L'influence du droit français sur le droit chinois des sûretés mobilières

Zhouxi Zhang

▶ **To cite this version:**

Zhouxi Zhang. L'influence du droit français sur le droit chinois des sûretés mobilières. Droit. Université de Perpignan; Université de Wuhan. Nonlinear Science Center (Chine), 2016. Français. NNT : 2016PERP0043 . tel-01526007

HAL Id: tel-01526007
https://theses.hal.science/tel-01526007

Submitted on 22 May 2017

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

Collège Doctoral du Languedoc-Roussillon

THÈSE

Pour obtenir le grade de

Docteur

Délivré par

UNIVERSITE DE PERPIGNAN VIA DOMITIA

Préparée au sein de l'école doctorale
Et de l'unité de recherche

Spécialité : Droit privé

Présentée par ZHANG Zhouxi

TITRE DE LA THESE :

L'INFLUENCE DU DROIT FRANÇAIS SUR LE DROIT CHINOIS DES SÛRETES

Soutenue le 7 décembre 2016 devant le jury composé de

M. Christophe ALBIGES, Professeur agrégé à l'Université de Montpellier	Rapporteur
Mme Jacqueline AMIEL-DONAT, Professeur agrégée à l'Université de Perpignan	
Mme Christine HUGON, Professeur agrégée à l'Université de Montpellier	Rapporteur
M. Yves PICOD, Professeur à l'Université de Perpignan	Directeur
M. Jiayou SHI, Professeur à l'Université Renmin de Chine	Co-directeur

UNIVERSITÉ PERPIGNAN VIA DOMITIA

La Faculté n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans cette thèse ; ces opinions doivent être considérées comme propres à leur auteur.

A mon épouse, à mes enfants et mes parentes

Remerciment

Que ces lignes soient l'occasion d'exprimer toute ma gratitude,
A Monsieur le Doyen Yves PICOD, pour la justesse de sa direction,
A Monsieur le Doyen Jiayou SHI, pour ses précieux conseils,
A mon épouse, pour le soutien moral,
Ainsi qu'à ceux qui m'ont écouté.

Abréviations des intitulés de revues

(Classement par pays d'édition des revues)

BC	Bulletin des arrêts de la Cour de cassation
BICC	Bulletin d'information de la Cour de cassation
BJ	Bulletin Joly Sociétés
D.	Recueil Dalloz
Def.	Répertoire du notariat defrénois
DH	Dalloz hebdomadaire
DP	Dalloz périodique
Gaz. Pal.	Gazette du palais
JDI	Journal du droit international (Clunet)
J.-Cl. Civil	Jurisclasseur droit civil
J.-Cl. Comm.	Jurisclasseur droit commercial
LPA	Les petites affiches
RCDIP	Revue critique de droit international privé
RDAI	Revue de droit des affaires internationales
RDBF	Revue de droit bancaire et financier
RDC	Revue des contrats
Rép. civ. Dalloz	Répertoire de droit civil Dalloz
Rep. com. Dalloz	Répertoire de droit commercial Dalloz
Rev. fonds com	Revue du fonds de commerce
RIDC	Revue internationale de droit comparé
RLDA	Revue lamy droit des affaires
RTD civ.	Revue trimestrielle de droit civil
RTD com.	Revue trimestrielle de droit commercial
JCP E	Semaine juridique, édition entreprises et affaires
JCP G	Semaine juridique, édition générale
JCP N	Semaine juridique, édition notariale et immobilière
S.	Sirey

Sommaire

Abréviations des intitulés de revues 7

Sommaire 9

Introduction générale 13

Partie première – Les principes directeurs des sûretés mobilières confontés à la liberté contractuelle 40

Sous-partie 1 – Les principes fondamentaux du droit des sûretés mobilières 44

Titre I – Le principe d'accessoire 46

Chapitre 1 – Le caractère accessoire inhérent aux sûretés réelles mobilières. 50

Chapitre 2 – Un régime caractérisé par la flexibilité notable. 66

Conclusion du Titre I 85

Titre II – Le principe de proportionnalité 86

Chapitre 1 – La recherche de l'idée de la proportionnalité dans les dispositions légales relatives aux sûretés réelles mobilières 92

Chapitre 2 – La recherche d'une possibilité et de moyens de généraliser le contrôle de la proportionnalité comme principe des sûretés réelles mobilières 121

Conclusion du Titre II : 144

Titre III – Principe de spécialité des sûretés réelles mobilières 145

Chapitre 1 – La spécialité quant aux biens grevés 153

Chapitre 2 – La spécialité quant à la créance garantie 185

Conclusion du Titre III: 211

Conclusion de la sous-partie 1 212

Sous-partie 2 – L'aménagement des sûretés réelles mobilières par la volonté individuelle 213

Titre I – Le principe de la liberté contractuelle en droit des sûretés réelles mobilières 217

Chapitre I – La liberté contractuelle en droit des sûretés mobilières 222

Chapitre II – L'évolution du principe de la liberté contractuelle en droit chinois des sûretés réelles mobilières 265

Conclusion du Titre I 303

Titre II – La liberté contractuelle face aux principes généraux du droit des sûretés réelles mobilières 304

Chapitre I – La liberté contractuelle face aux règles d'ordre public 305

Chapitre II – Les volontés individuelles face au principe de l'accessoire 327

Chapitre 3 - Les volontés individuelles face au principe de proportionnalité 363

Conclusion du Titre II 383

Conclusion de la sous-partie 2 385

Conclusion de la Première partie. 387

Partie seconde – Les techniques spécifiques des sûretés mobilières 389

Titre I – Les influences d'origine française 391

Chapitre préliminaire – La pluralité des régimes de sûretés réelles mobilières en France et en Chine 394

Conclusion du chapitre préliminaire 422

Chapitre 1 – Les différentes classifications des sûretés réelles mobilières ... 423

Chapitre 2 – L'utilisation de l'exclusivité dans la garantie des paiements 486

Chapitre 3 – L'étape audacieuse sur la suppression d'interdiction du pacte commissoire. 578

Chapitre 4 – Sûretés réelles pour autrui : régime hybride dans les sûretés réelles. 635

Conclusion du Titre I : 694

Titre II – Les influences concurrentes et/ou complémentaires. 697

Chapitre 1 – L'affranchissement du principe de spécialité: une inspiration de la législation allemande et de la législation anglo-saxonne 699

Sous-chapitre 1 : L'affranchissement du principe de spécialité par les différents pays 699

Sous-chapitre 2 : L'affranchissement présent et futur du principe de spécialité en Chine 730

Chapitre 2 – L'incidence des procédures de surendettement des consommateurs sur les sûretés mobilières 752

Conclusion du Titre II 859

Conclusion de la Partie seconde 860

Conclusion générale 862

Annexe 871

I – Des lois chinoises importantes à cette recherche (avec la traduction) 871

II - Les traductions 909

Bibliographie 920

Index 976

Table des Matières 979

« La lettre tue, mais l'esprit vivifie ».

------Bible

Parmi un groupe trois personnes, on trouvera toujours quelque chose que je peux en apprendre. Fallait mieux suivre les points forts des autres, et utiliser les points faibles pour en faire des réflexions sur nous-mêmes (In a group of three people, there is always something I can learn from. Choose to follow the strengths of others, use the shortcomings to reflect upon ourselves).

------Confusius

Introduction générale

1.**Séduction à deux sens.** – Parlons de la Chine, c'est l'impression d'immense, de la croissance économique, de la longue histoire et aussi, peut-être, de la séduction[1]. La séduction, il faut l'entendre de façon neutre, c'est-à-dire une action d'attirer d'une façon puissante, irrésistible[2]. Ou bien, si nous pouvons l'interpréter comme de convaincre quelqu'un en persuadant ou en touchant[3], parce qu'elle a des points forts ou des qualités qui peuvent attirer les autres.

Toujours, une telle séduction ne peut pas être à sens unique, il faut dire que la séduction est mutuelle. Si la Chine est séduisante pour le monde, le monde est aussi séduisant pour la Chine. Il en est notamment dans le domaine juridique.

2.**Une législation chinoise jeune.** – En supprimant la totalité du système juridique « ancien », la Chine commence à établir son système juridique sans aucune

[1] B. Courmont, *Chine, La grande séduction, Essai sur le soft power chinois*, CHOISEUL,2009, Paris.
[2] Le petit robert, dictionnaire de la langue française, v° « séduire », 5e sens.
[3] Le petit robert, dictionnaire de la langue française, v° « séduire », 4e sens

expérience depuis sa déclaration d'indépendance en 1949. Par rapport aux autres pays, le système juridique chinois est d'une histoire très courte, le développement des idéologies juridiques est basé sur les modèles des autres pays, notamment ceux de l'Allemagne et des Etats-Unis.

3.**Prudence des législateurs français.** – En tant qu'un des meilleurs successeurs du droit romain, le système juridique français se développe timidement mais avec beaucoup plus de prudence par rapport à son voisin germanique. Il est aussi séduisant pour la Chine, parce que non seulement l'esprit romain mérite d'être répandu mais aussi le système chinois paraît comme une éponge qui veut sûrement absorber tout ce qui lui semble bon. De surcroît, la mondialisation exige une harmonisation de différents systèmes juridiques.

4.**Contexte.** – Presque dix ans[4] après la réforme chinoise sur le droit réel[5], notamment sur le droit des sûretés réelles, il faut se préparer, semble-t-il, à la prochaine. La crise mondiale financière nous fait réfléchir aussi à l'importance de la sécurité à celle du développement de crédit.

Il est alors intéressant de pénétrer le droit français, *de lege lata*, avec les réformes récentes, pour orienter des propositions utiles en matière de sûretés réelles. Vu la stabilité du domaine de sûretés réelles immobilières, et la croissance de plus en plus importante de la valeur des biens meubles, en France comme en Chine, il est plus intéressant, et plus logique, de développer les sûretés réelles mobilières, qui sont d'ores et déjà caractérisées par la diversité à cause de la variété de la nature des biens meubles.

5. **Prudence et sûreté.** – En France comme dans la plupart des autres pays, le crédit se présente comme un élément important et indispensable pour la vie économique, comme le Doyen PICOD a pu bel et bien indiquer au début de son ouvrage : « il n'y a

[4] Cinq ans c'est le rythme d'évolution politique en Chine, il n'en va pas de même pour l'évolution en matière du droit ?
[5] La loi chinoise sur le droit réel est celle qui est promulguée le 16 mars 2007, et entrée en vigueur le 1er octobre 2007.

pas de crédit sans sûreté et d'économie sans crédit »[6]. Les sûretés sont ainsi étroitement liées au crédit parce que ces premières sont utilisées par les créanciers contre les risques d'inexécution de son débiteur au moment de paiement. Le crédit se définit comme « une opération par laquelle une personne met une somme d'argent à la disposition d'une autre »[7], ou bien encore plus largement comme une « confiance dans la solvabilité de quelqu'un sans exiger de paiement immédiat »[8], ainsi, le crédit est, par sa nature, caractérisé par l'existence de risque. Le droit des sûretés est ainsi un droit de la méfiance, ou plutôt celui de la prudence[9].

6.Après une crise financière mondiale qui est la plus violente dans l'histoire, n'est-ce pas le moment de retourner sur l'idée de « prudence » malgré la nécessité de développement économique[10] ? Cette idée n'est pas du tout surprenante parce que les sûretés sont créées pour la sécurité des affaires.

7.**Le rôle et les variétés de sûreté. –** Il existe trois moyens permettant à un créancier d'améliorer sa situation[11] :

- 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 ;

---

[6] Y. PICOD, *Droit des sûretés*, PUF, Thémis, 2e éd., 2011, Paris, p. 1.
[7] Le Petit Robert, *Dictionnaire de la langue française*, v° crédit, sens II, 2.
[8] Le Petit Robert, *Dictionnaire de la langue française*, v° crédit, sens II, 1.
[9] V. en ce sens, S. PIEDELIEVRE, *Droit des sûretés*, Ellipses, Cours magistral, Paris, 2008, n° 1. Aussi, M. PICOD a pu lier la nécessité des sûretés avec le décalage entre la naissance de la créance et le paiement, l'idée générale est celle de prudence en prévenant les risques de défaillance du débiteur (Y. PICOD, *Droit des sûretés*, PUF, Thémis, 2e éd., 2011, Paris, p. 1).
[10] A l'encontre de l'idée d'incitation aveugle des crédits même si c'est exactement le cas en Chine. Nous allons le regarder à la fin de la recherche l'essor du développement des crédits en Chine qui semble irréductible pour des raisons économiques et politiques.
[11] Planiol, *Traité élémentaire de droit civil*, t. 2, 4e éd., LGDJ, n° 2312.

- 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.

8.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 Rau, 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. A l'inverse, si on analyse le patrimoine comme une masse de biens affecté à un but, le caractère réel l'emporte.

9.**Sûretés personnelles et sûretés réelles.** – La distinction classique est celle existant entre les sûretés personnelles et les sûretés réelles. L'une issue du droit des obligations est préférable et plus protectrice des intérêts du créancier. A ce titre, les sûretés personnelles, issues du droit des obligations sont considérées comme préférables et plus protectrices des intérêts du créancier. En soi, aucune sûreté n'est meilleure qu'une autre, car aucune ne confère une sécurité absolue. On connaît l'intérêt économique de la sûreté au moment de sa constitution, mais l'on ignore au

jour de sa mises 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.

10.**Efficacité et sûretés.** – 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. A l'inverse, elles présentent un plus grand intérêt pour garantir des prêts immobiliers, du moins lorsqu'une partie du prix est payée au comptant.

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 consommation[12]. 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 suretés ne parvient pas non plus à départager ces deux grandes catégories des sûretés. Certains garants se font rémunérer. D'autres jouent cerôle gracieusement. Quelques-unes se constituent à faible coût, alors que d'autres nécessitent des dépens plus importantes, comme les actes notariés et les 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 sûreté revolving. A l'inverse, les sûretés personnelles, consistant en un engagement par signature, n'entament pas, en apparence, le crédit du débiteur.

[12] S. Piedelièvre, « Droit des sûretés et droit de la consommation », *Droit et patrimoine*, septembre 1997, 56.

Ainsi remplissant les rôles de sécurité et de crédit, les sûretés sont définies de façon fonctionnelle.

11.**Notions du droit des sûretés réelles mobilières. –** Avant d'aborder notre sujet, il est opportun de bien développer et de cerner la définition des concepts qui compsent notre sujet. Une sûreté réelle mobilière est avant tout une sûreté, et ensuite une sûreté réelle. Il convient donc, avant de définir les sûretés réelles mobilières, regarder ce que signifient une sûreté et une sûreté réelle.

12.**La définition française.** – Lorsqu'on on parle de sûreté réelle, il faut d'abord savoir ce que c'est une sûreté dont la notion est souvent confondue avec celle de garantie[13]. Ainsi, pour distinguer la notion de la sûreté avec celle de la garantie, des efforts de définition ont été faits dans la doctrine notamment par M. CROCQ[14]. Selon cet auteur, « *une sûreté est l'affectation à la satisfaction du créancier d'un bien, d'un ensemble de biens ou d'un patrimoine , par l'adjonction aux droits résultant normalement pour lui du contrat de base, d'un droit d'agir, accessoire de son droit de créance, qui améliore sa situation juridique en remédiant aux insuffisances de son droit de gage général, sans être pour autant une source de profit, et dont la mise en œuvre directement ou indirectement* »[15], et **les garanties de paiement, ne pouvant être défini que d'une manière fonctionnelle**, « *sont des avantages spécifiques à un ou plusieurs créanciers dont la finalité est de suppléer à l'exécution régulière d'une obligation ou d'en prévenir l'inexécution* »[16].

---

[13] Ce phénomène a pu être constaté au travers de la lecture des définitions faites par l'Association Henri Capitant : 1, pour chaque citoyen :Garantie contre les arrestations, détentions et peines arbitraires ; Garantie de la liberté individuelle qui consiste dans la protection accordée par la société à chacun de ses membres pour la conservation de sa personne, de ses droits et de sa propriété ; l'un des objectifs de la police administrative de même que la sécurité , la salubrité et le bon ordre ; 3, pour un créancier , garantie fournie par une personne, ou établie par la loi ou plus rarement résultant d'un jugement, pour l'exécution d'une obligation ; disposition destinée à garantir le paiement d'une dette à l'échéance, malgré l'insolvabilité du débiteur (G. Cornu, *Vocabulaire juridique*, PUF, 2011, *v°* « Sûreté »).

[14] P. Crocq, *Propriété et garantie*, LGDJ 1995, préf. M. Gobert, p. 217 et s.

[15] P. Crocq, *Propriété et garantie*, LGDJ 1995, préf. M. Gobert, p. 234, n° 282.

[16] P. Crocq, *Propriété et garantie*, LGDJ 1995, préf. M. Gobert, p. 238, n° 287. Comp. avec la définition de M. CORNU : Au sens large, tout mécanisme qui prémunit une personne contre une perte pécuniaire ; an sens technique, obligation accessoire qui naît de certains contrats à la charge d'une partie et qui renforce la position de l'autre lorsqu'en cours d'exécution celle-ci n'obtient pas les

La distinction, *divisio summa*, entre la sûreté personnelle et la sûreté réelle est basée sur un critère du caractère du droit dont le créancier possède en cas de défaillance de son débiteur. La sûreté personnelle octroie un droit contractuel accessoire au créancier à l'encontre du garant, et la sûreté réelle octroie un droit réel au créancier à l'encontre du débiteur ou d'un tiers.

13.Ainsi, la sûreté réelle a pu être définie comme « *Sûreté assise sur une chose (meuble corporel ou incorporel, ou immeuble) qui offre au créancier qui en est nanti, pour la garantie de sa créance, non la solvabilité d'une personne, mais la valeur de la chose qui en est grevée ; plus précisément, sûreté portant sur un ou plusieurs biens déterminés, meubles ou immeubles, appartenant au débiteur ou à un tiers, consistant à conférer au créancier, sur ce bien, un droit réel, ainsi des sûretés sur les meubles et des sûretés sur les immeubles*»[17]. Malgré le mot « déterminé » ne correspond plus à la définition actuelle prévue par la Code civil[18] qui n'exige que les biens grevés soient « déterminables » au moment de la formation du contrat. Dans le cadre de notre étude, la sûreté réelle mobilière, est une sûreté réelle portant sur les biens meubles, corporel ou incorporel[19].

14.Si la distinction de la notion de garantie avec celle de sûreté est nécessaire dans la qualification de certaines techniques, une tendance est de les confondre pour la comparaison et l'analyse[20]. Cette tendance correspond à la définition fonctionnelle de

---

satisfactions qu'elle était en droit d'attendre (G. Cornu, *Vocabulaire juridique*, PUF, 2011, v° « Garantie »). Si selon l'idée courante de la doctrine est que toutes sûretés sont nécessairement une sorte de garanties de paiement, toutes sûretés ne sont pas soumises au principe de l'accessoire. Il convient donc de rejeter cette définition au moins d'enlever le caractère accessoire des garanties.

[17] G. Cornu, *Vocabulaire juridique*, PUF, 2011, v° « Sûreté réelle » sous v° « Sûreté ».

[18] C. civ., art. 2333 : « *Le gage est une convention par laquelle le constituant accorde à un créancier le droit de se faire payer par préférence à ses autres créanciers sur un bien mobilier ou un ensemble de biens mobiliers corporels, présents ou futurs. Les créances garanties peuvent être présentes ou futures ; dans ce dernier cas, elles doivent être déterminables* ». C. civ. Art. 2355 : « *Le nantissement est l'affectation, en garantie d'une obligation, d'un bien meuble incorporel ou d'un ensemble de biens meubles incorporels, présents ou futurs* ».

[19] C'est le domaine d'application des sûretés réelles mobilières en France. Mais en Chine, le domaine d'application des sûretés réelles mobilières est beaucoup plus restreint, selon la doctrine chinoise.

[20] G. Cornu, *Vocabulaire juridique*, PUF, 2011, v° « Garantie », sens 2 : parfois le mot garantie est utilisée en tant que le synonyme de sûreté (mais une sûreté n'est qu'une espèce de garantie). Ainsi la plusieurs ouvrages intitulés « sûreté » développent ses analyses sur des techniques qui n'ont pas obtenu une reconnaissance unanime de qualité de sûreté : Y. PICOD, *Droit des sûretés*, PUF, Thémis, 2e éd.,

la sûreté réelle donnée par M. BORGA : « *tout procédé spécifique, portant sur le patrimoine ou certains éléments du patrimoine du débiteur, mis en œuvre par un créancier et lui octroyant un droit d'agir pour obtenir directement ou indirectement l'exécution d'une obligation, ou un droit d'opposition lui permettant de parer à l'inexécution* »[21]. Il est tout de même regrettable que cette notion fonctionnelle de la sûreté réelle a omis les sûretés réelles pour autrui.

15.**La définition chinoise. –** En Chine, il n'existe pas une discussion sur la définition de la sûreté réelle dans la doctrine, et il semble que les chercheurs et les praticiens ne visent que la résolution des conflits dans la pratique. Ainsi, le magistrat WANG a pu bien souligner que la haute juridiction chinoise ne s'intéresse pas à la qualification, mais à la solution du problème[22]. En absence d'une définition générale de la sûreté réelle, la loi dite « droit réel » (LDR) a prévu que « *le créancier va bénéficier d'un droit de préférence selon les dispositions légales en cas de défaillance du débiteur ou les autres conditions d'exécution de la sûreté réelle prévues par le contrat, sauf dispositions contraires prévues par la loi* »[23]. Sans distinguer les sûretés réelles portant sur les meubles et les immeubles, la législation chinoise distingue, *summa divisio*, les sûretés avec ou sans dépossession, comme le droit français antérieur à

2011, Paris ; M. Mignot, *Droit des sûretés*, Montchrestien, Lextenso, 2010, Paris ; G. Petite, *Droit des sûretés*, 6e éd. 2012-2013, Gualino, Lextenso, Paris ; J.-F. Riffard, *Droit des sûretés*, 2e éd., 2012, BREAL, Paris, ; J.-B. Seube, *Droit des sûreté*, 6e éd., 2012, Dalloz, Paris ;Ph. Simler et Ph. Delebecque, *Droit civil, Les sûretés, La publicité foncière*, 6e éd., 2012,Précis Dalloz, Paris ; J. Mestre, E. Putman et M. Billiau, *Traité de droit civil, Droit spécial des sûretés réelles*, LGDJ 1996, Paris ;M. Bourassin, V. Brémond et M.-N. Jobard-Bachellier, *Droit des sûretés*, 3e éd., 2012, Sirey, Paris ; H. et L. Mazeaud, J. Mazeaud et F. Chabas, *Leçons de droit civil*, T. III, *Sûreté, Publicité foncière*, 7e éd. par Y. Picod, 1999, Montchrestien, Paris ; S. PIEDELIEVRE, *Droit des sûretés*, 2008, Ellipses, Cours magistral, Paris ; M. Cabrillac et *alii*, *Droit des sûretés*, 9e éd., 2010, Litec, Paris ; L. Aynès et P. Crocq, *Les sûretés, La publicité foncière*, LGDJ, 7e éd. 2013. En effet, soit sous nom de sûretés réelles, soit de sûretés hors concours, soit de sûretés réelles avec dessaisissement, soit de sûretés réelles par voie détournée, soit de mécanismes particuliers de garantie, le droit de rétention et les propriétés-sûretés sont toujours traitées avec les sûretés réelles traditionnelles offrant aux créanciers un droit de préférence et un droit de suite.

[21] N. Borga, *L'ordre public et les sûretés conventionnelles, Contribution à l'étude de la diversité des sûretés*, 2009, Dalloz, préf. S. Porchy-Simon, n° 407.

[22] C. WANG, « Conflits et Innovation, des questions dans l'application du droit réel et droit des sûretés » (冲突与创新 ——物权法与担保法衔接适用中的几个问题): http://wenku.baidu.com/view/bffa65c24028915f804dc2c4.html , consulté le 9 septembre 2012.

[23] Art. 170 de la loi du 16 mars 2007. Comp. avec l'article 2323 du Code civil en France : c'est presque la même chose, les causes légitimes de préférence sont strictement prévues par la loi, et nous pouvons déduire tant en Chine qu'en France, la volonté individuelle ne peut créer aucun droit de préférence en dehors des dispositions du droit.

l'ordonnance de 2006. En lisant les textes de la loi « droit réel », nous pouvons facilement constater qu'en Chine, la sûreté réelle est une notion fonctionnelle[24]. Ainsi, une sûreté est créée pour garantir l'exécution d'une ou plusieurs obligations.

16.**Convergence.** – Nous pouvons aisément constater que malgré des différences en matière du droit de rétention, l'idée générale de la constitution d'une sûreté réelle, tant en France qu'en Chine reste le même : garantir l'exécution d'obligations de manière privilégiée.

17.**Divergences.** – En Chine, les sûretés réelles conventionnelles, selon un courant doctrinal, peuvent être divisées en trois parties : les sûretés réelles immobilières, les sûretés réelles mobilières et les sûretés réelles portant sur les biens incorporels[25]. Mais, toutes les sûretés réelles nommées sont des sûretés réelles portant sur un **droit de préférence** d'un bien corporel ou un bien incorporel.

18.Il est regrettable que le droit des sûretés réelles chinois n'ait pas pu intégrer les sûretés-propriétés dans ses textes, malgré la proposition doctrinale[26]. Mais les sûretés-propriétés existent en droit chinois[27]. Donc, c'est exactement un droit réel portant sur

---

[24] Art. 179 de la loi du 16 mars 2007 : « *Une **sûreté réelle sans dépossession** est l'affectation, pour la garantie d'obligation, sans dépossession des biens ; en cas de défaillance du débiteur ou les cas prévus d'exécution de sûreté, le créancier bénéficie un droit de préférence sur ces biens*».
Art. 208 de la loi du 16 mars 2007 : « *Une **sûreté réelle avec dépossession** est l'affectation des biens, pour la garantie d'obligation, par le débiteur ou un tiers, avec la dépossession du bien, le créancier bénéficie, en cas de défaillance du débiteur ou les autres conditions d'exécution de sûreté, un droit de préférence sur ces biens*».
Art. 230 de la loi du 16 mars 2007 : « *En cas de défaillance du débiteur, le créancier a de droit de retenir les biens meubles qu'il a légalement obtenu la possession, et il a un droit de préférence sur les biens retenus* ».
Nous allons justement citer les définitions des sûretés réelles ordinaires pour donner un exemple et encadrer le domaine de notre recherche.

[25] En effet, le mot employé est «sûretés réelles portant sur un droit ». Mais en regardant le détail des dispositions légales, ce droit ne comporte que les droits personnels tels que les créances, les parts sociales, le droit de propriété intellectuelle, le droit d'auteur, le droit au brevet (art. 223 de la loi du 16 mars 2007) etc. C'est la même chose que les biens incorporels que nous utilisons en droit français des sûretés réelles.

[26] Z.-H. QU, « La concordance de la créance et le droit réel, la réserve de propriété en droit comparé », Law press, 2010, Pékin, p. 530 : l'auteur a non seulement qualifier la réserve de propriété comme une sûreté, mais aussi proposer intégrer les dispositions concernées dans le droit réel (la partie concernant le droit des sûretés réelles).

[27] Art. 134 de la loi chinoise du contrat.

l'objet de sûreté qui permet au créancier de garantir le paiement de sa créance à l'encontre du débiteur.

19.**La notion retenue par la recherche.** – Il est donc préférable de définir la sûreté réelle comme : ***tout procédé spécifique, employant la propriété ou un autre droit réel, portant sur un ou plusieurs biens, corporels ou incorporels, du débiteur ou d'un tiers, mis en œuvre par un créancier et lui octroyant un droit préférentiel ou exclusif pour obtenir directement ou indirectement l'exécution d'une obligation, ou un droit d'opposition lui permettant de parer à l'inexécution*[28].**

20.Cette définition correspond bien à l'objectif de se faire payer avant tous les créanciers chirographaires et aussi l'idée de diversité de mécanismes employés pour ce faire. Notre recherche va ainsi se développer en basant sur cette notion assez élargie de la sûreté réelle sans pourtant substituer celle de la garantie de paiement qui est une notion beaucoup plus vaste[29]. Ainsi, il est opportun d'intégrer le droit de rétention[30] et les propriétés-sûretés[31] dans notre recherche[32]. En effet, il est logique d'englober tous les mécanismes utilisés dans la pratique à des fins de sûreté[33] au profit

---

[28] Rapproche avec la définition des MM. Jacques MESTRE, Emmanuel PUTMAN et Marc BILLIAU qui considèrent la sûreté réelle comme : « *la technique spécifique de sûreté visant cumulativement, d'une part, la rupture d'égalité, qui est réalisée par le droit de préférence, et d'autre part, l'affectation de biens au paiement de la dette, qui est réalisée corrélativement, par le droit de prélèvement prioritaire sur la valeur du bien* » (J. Mestre, E. Putman et M. Billiau, *Traité de droit civil, Droit commun des sûretés réelles*, LGDJ 1996, Paris, n° 12). Mais il est regrettable que cette définition n'a prévu que les hypothèses de concours, les hypothèses d'absence concours ne sont pas couvertes par cette définition.

[29] Comme M. DUPICHOT a pu bien souligner que « *si toute sûreté est une garantie, toute garantie n'est certes pas une sûreté* » (Ph. Dupichot, *Le pouvoir des volontés individuelles en droit des sûretés*, préf. M. Grimaldi, 2005, Panthéon-Assas Paris II, n° 5, p. 16.

[30] En effet, ici, le droit de rétention doit être interprété d'une manière plus large, v. notamment L. Bougerol-Prud'homme, *Exclusivité et garanties de paiement*, LGDJ, Bibliothèque de droit privé, T. 538, n° 141 et s : l'auteur a pu étroitement glisser de la détention au pouvoir de blocage, qui correspond l'objectif essentiel de l'exécution d'un droit de rétention. Ainsi, un pouvoir de blocage d'un ou plusieurs utilités d'un bien peut s'exercer non seulement sur les biens corporels (anciennement accordé au droit de rétention), mais aussi sur les biens incorporels.

[31] Ce sont des mécanismes par l'affectation de la propriété des biens du débiteur employés par le créancier à des fins de garantie de paiement, nous allons développer cette notion ultérieurement dans le développement de notre recherche.

[32] Même si dans la loi « droit réel » les propriétés-sûretés ne sont pas prévues dans les textes, les propriétés-sûretés sont largement utilisées dans la pratique.

[33] Malgré l'emploi de l'expression « introuvable notion de sûreté », M. Cabrillac explique que l' *« idée de sûreté est tout à la fois facile à saisir (il s'agit d'offrir au créancier une sécurité accrue, une chance*

d'un créancier, portant sur un droit réel d' un ou plusieurs meubles, appartenant au débiteur ou à un tiers. Parce que, pour la sécurité juridique ou encore une idéologie de « prudence », il y a toujours intérêt de prévoir les régimes juridiques de ces mécanismes venus de la pratique.

Ces mécanismes et régimes, peuvent être notés dans le cadre de cette recherche même si nous ne nous y attarderons pas lors de nos développements. Néanmoins, ils permettent de comprendre, la portée des sûretés réeelles mobilières et la place qu'elles occupent dans d'autres régimes juridiques qui n'entrent pas directement dans notre champ de recherche. C'est le cas de la notion de *Sécurity Interest* en droit américain dont l'exposé sera suivie de celle de l'hypothèque en droit québécois.

21.**La notion de « *Security Interest* » du droit américain.** – La pertinence de cette définition retenue peut être constatée en comparant avec la notion de « Security Interest » du droit américain dont le régime est réputé être comme un régime uniformisé[34]. En effet, la notion de « *Security Interest* » est assez large. Elle comporte toutes les techniques octroyant au créancier un droit supplémentaire ou complémentaire pour le remforcement du droit de créance en cas d'inexécution de la

---

supplémentaire de paiement), et difficile à définir » (M. Cabrillac et *alii*, *Droit des sûretés*, 9e éd., 2010, Litec, Paris, n° 2). Ici, nous prenons justement ce sens.

[34] À nos yeux, les rédacteurs de l'article 9 du UCC n'a pas réussi à unformiser toutes les techniques créant un "droit de garantie (Security Interest)", parce que les rédacteurs ont aussi prévu des règles particulières pour rendre compte la diversité des biens grevés. V. en ce sens aussi Ch. Gijsber, *Sûretés réelles et droit des biens*, préf. M. Grimaldi, ECONOMICA, 2016, n° 453, p. 456 : « *En effet, contrairement à ce qui est parfois soutenu, le régime introduit par l'article 9 du Uniform Commercial Code (UCC) n'est nullement indifférent à la nature des biens grevés. Le Security Interest ne s'applique, tout d'abord, qu'aux biens mobiliers, les immeubles étant soumis à un régime qui leur est propre. En outre, même au sein des meubles éligibles à la sûreté unique, les rédacteurs du Livre IX du UCC ainsi trois grandes catégories : les meubles corporels (goods), les meubles représentés par un titre (semi-intangibles) et les meubles incorporels (intangibles). Puis, au sein de chacune d'elle, des sous-catégories apparaissent. Les biens corporels se divisent entre les marchandises (consummer goods), biens agricoles (farm product), stock (inventory), meubles fixés à un immeuble (fixures) et matériel d'équipement (equipment). Parmi les meubles représentés par un titre, la loi distingue les titres représentatifs de biens corporels (document) et les titres représentatifs de créances (instruments) tels que les chèques (checks), valeurs mobilières (securities), les lettres de change (draft) et les « papiers-valeurs » (chattel-papers). Les meubles incorporels, enfin, regroupent les biens qui n'entrent pas dans la catégorie précédente, tels que les créances (accounts) ou les propriétés intellectuelles (intellectual property)[34]. Comme le note un auteur, « les juristes américains ont très rapidement pris conscience qu'il leur fallait, au sein même du régime uniforme, prévoir sur certains points, pour des raisons pratiques ou de politique économique, des règles différentes suivant la nature du bien grevé* ».

dette garantie[35]. Il est aussi à rajouter que ce qui est révolutionnaire pour l'article 9 du *UCC* est la notion unique des sûretés réelles, qui a substitué les différentes techniques de garanties prévues par des règles dispersées. Le noyau dur de la méthode fonctionnelle dans la qualification d'une opération à une transaction de garantie est la notion de « droit de garantie » (*Security Interest*). Cette expression conceptualisée et couvre presque tous les « droits portant sur l'objet de sûreté réelle » existaient en droit américain, tels que le droit de propriété au sein des mortgages ou des ventes à réméré, le droit de rétention reconnu au créancier gagiste, etc. La notion du « *Security Interest* » est prévue par l'article 1-201 (35) du *UCC* comme « un droit portant sur les biens mobilier ou immobilier personnels qui sécurise le paiement ou l'exécution d'une obligation »[36]. L'article 9-109 du même code prévoit que les dispositions de cet article sont applicables à toutes les transactions créant un « droit de garantie » portant tant sur les biens mobiliers que sur les biens immobiliers, sans regarder sa forme[37]. L'article 9-201 du même code prévoit aussi que les dispositions de cet article sont applicables peu importe si l'objet de droit de garantie appartient au créancier ou au

[35] UCC, art. 1-201：（35） "Security interest" means an interest in personal property or fixtures which secures payment or performance of an obligation. "Security interest" includes any interest of a consignor and a buyer of accounts, chattel paper, a payment intangible, or a promissory note in a transaction that is subject to Article 9. "Security interest" does not include the special property interest of a buyer of goods on identification of those goods to a contract for sale under Section 2-505, the right of a seller or lessor of goods under Article 2 or 2A to retain or acquire possession of the goods is not a "security interest", but a seller or lessor may also acquire a "security interest" by complying with Article 9. The retention or reservation of title by a seller of goods notwithstanding shipment or delivery to the buyer under Section 2-401 is limited in effect to a reservation of a "security interest." Whether a transaction in the form of a lease creates a "security interest" is determined pursuant to Section 1-203.

[36] UCC, art. 1-201：（35） "Security interest" means an interest in personal property or fixtures which secures payment or performance of an obligation. "Security interest" includes any interest of a consignor and a buyer of accounts, chattel paper, a payment intangible, or a promissory note in a transaction that is subject to Article 9. "Security interest" does not include the special property interest of a buyer of goods on identification of those goods to a contract for sale under Section 2-505, the right of a seller or lessor of goods under Article 2 or 2A to retain or acquire possession of the goods is not a "security interest", but a seller or lessor may also acquire a "security interest" by complying with Article 9. The retention or reservation of title by a seller of goods notwithstanding shipment or delivery to the buyer under Section 2-401 is limited in effect to a reservation of a "security interest." Whether a transaction in the form of a lease creates a "security interest" is determined pursuant to Section 1-203.

[37] UCC, art. 9-109, (a): « Except as otherwise provided in subsections (c) and (d), this article applies to: (1) a transaction, regardless of its form, that creates a security interest in personal property or fixtures by contract; […] ».

débiteur[38]. Autrement dit, sauf les exceptions prévues expressément par les règles de droit, l'application des dispositions de l'article 9 du *UCC* dépend exclusivement à l'existence d'un droit de garantie, elle ne dépend nullement à l'appartenance du bien grevé ou à la forme de la transaction.

22.**La notion de l'hypothèque du droit québécois[39].** – A la différence avec le « *Security Interest* » du droit américain, l'hypothèque mobilière québécoise revêt une connotation moins vaste[40]. Elle est prévue par l'article 2660 du Code civil québécois comme « *un droit réel sur un bien, meuble ou immeuble, affecté à l'exécution d'une obligation; elle confère au créancier le droit de suivre le bien en quelques mains qu'il soit, de le prendre en possession ou en paiement, de le vendre ou de le faire vendre et d'être alors préféré sur le produit de cette vente suivant le rang fixé dans le présent code* »[41]. Il est évident que l'hypothèque couvre toutes les sûretés réelles octroyant au créancier un droit de préférence, un droit de suite ou un droit de rétention. Les propriétés-sûretés ne sont pas prise en compte, puisque que la réserve de la propriété[42] (vente à tempéramment) et le crédit-bail[43] sont prévus par d'autres articles du Code

---

[38] UCC, art. 9-201: « Except as otherwise provided with respect to consignments or sales of accounts, chattel paper, payment intangibles, or promissory notes, the provisions of this article with regard to rights and obligations apply whether title to collateral is in the secured party or the debtor ».

[39] Il faut souligner aussi que le droit québécois n'est pas vraiment un modèle de régime passe-partout même si les propriétés-sûretés n'entraient pas dans le cadre des sûretés réelles. En effet, il en est de même à Québec dont le régime est aussi réputé en tant qu'un régime uniformisé. A nos yeux, la qualification d'uniformité du régime d'hypothèque québécoise n'est qu'un trompe l'œil (en ce sens aussi, v. Ch. Gijsber, *Sûretés réelles et droit des biens*, préf. M. Grimaldi, ECONOMICA, 2016, n° 454, p. 457). Parce qu'à part d'une notion assez large de l'hypothèque, nous pouvons constater des règles différentes qui ont pour objet d'adapter à la réalité de la diversité de la nature du bien grevé. Ainsi, il existe des règles particulières pour l'hypothèque avec dépossession (CCQ (Code civil québécois), art. 2696 à 2701.), l'hypothèque sans dépossession (CCQ, art. 2702 à 2709), l'hypothèque mobilières sur des créances (qui se subdivise en hypothèque mobilière sur des créances en général et en hypothèque avec dépossession sur certaines créances pécuniaires) (CCQ, art. 2710 à 2713.1), l'hypothèque mobilière sur navire, cargaison et fret (CCQ, art. 2714) et l'hypothèque mobilière avec dépossession sur certaines valeurs ou certains titres (CCQ, art. 2714.1). Pourrait-on ainsi conclure que l'uniformisation des régimes des sûretés réelles n'est, théoriquement, pas possible à cause de la diversité de la nature des biens grevés qui est difficile à être ignorée.

[40] A la différence avec la compréhension des auteurs chinois qui penser que la notion de l'hypothèque mobilière québécoise est équivalente avec celle du « Security Interest ». V. en ce sens, par exemple, S.-P. GAO (高胜平), « Le droit américain des sûretés réelles mobilières et la législation future des sûretés réelles mobilières de notre pays (*美国动产担保交易法和我国动产担保物权立法*) », *The Jurist (法学家)*，2006（5），p. 82 et s.

[41] CCQ, art. 2660.

[42] CCQ, art. 1842 et s.

[43] CCQ, art. 1745 et s.

civil québécois.

23.La notion des sûretés réelles retenue par notre recherche est assez large pour rendre compte toutes les techniques contractuelles ou juridiques permettant un créancier de mieux sécuriser son droit de créance en violation du principe d'égalité des créanciers avec un droit qui est séparé du droit de créance lui-même. En outre, avant de s'intérroger l'enjeu de notre recherche comparative, il convient d'envisager des notions importantes du droit des sûretés réelles.

24.**Les différentes notions prises en compte dans la recherche.** – La défintion des sûretés mobilères fait émerger une question imporante : qu'est-ce que c'est les biens mobiliers. Si la distinction, *summa divisio*, entre les biens immobiliers et les biens mobiliers ne se pose pas en France, il n'en va pas de même dans d'autres pays.

25.**Tripartite des biens chinois.** – En Chine, notamment en matière du droit des sûretés, les sûretés réelles sont divisées en trois catégories : les sûretés réelles portant sur les immeubles corporels[44], les sûretésréelles portant sur les meubles corporels, et les sûretés réelles portant sur les biens incorporels. C'est-à-dire qu'en Chine, les sûretés réelles portant sur les meubles incorporels ne sont pas intégrées dans les sûretés réelles mobilières. C'est tout à fait une notion à part les sûretés réelle portant sur les biens incorporels. La question se pose à savoir si dans notre recherche il est opportun d'intégrer les sûretés réelles portant sur les biens incorporels.

26.**Les distinctions en matière de sûretés réelles.** – La distinction française des sûretés réelles portant sur le critère du bien grevé est bien fondée parce que les biens sont naturellement divisés en deux groupes, les biens immobiliers et les biens mobiliers. Il est aussi possible de qualifier les biens incorporels dans l'une de ces deux catégories. Parce qu'en France, la notion du bien est une notion négative : « *est bien tout ce qui n'est pas personne* »[45]. En effet, les choses peuvent être conçues différemment : dans un sens étroit, « *chose signifie ce qui est saisissable, ce qui est*

[44] Il est facile de la constater en lisant la loi du droit réel du 16 mars 2007.
[45] S. Schiller, *Droit des biens*, 5e éd. 2011, Dalloz, Paris, p. 10, n° 8.

visible, etc. », « ce qui est donné à portée de main (*das vorhandere*) »; dans un sens plus large, « *chose signifie toute affaire, tout ce dont il en va de telle ou telle manière, les choses qui adviennent dans le monde, les faits, les événements* »[46].Ici, il convient de prendre le sens large. En Chine, les biens se distinguent aussi en deux groupes, les meubles et les immeubles. Mais ici, les meubles et les immeubles ne sont que des biens corporels[47]. Les biens incorporels ne sont pas pris en considération dans la Loi des droits réels chinois. Or, pour certains, cela s'explique par la structure des dispositions légales chinoise ; les biens incorporels sont spécialement réglementés par des lois spéciales, telles que la loi sur le droit de propriétés intellectuelles, la loi portant sur le droit au brevet, etc. La division tripartite chinoise des sûretés réelles n'est, donc, pas anodine, parce que les biens incorporels utilisés comme objet d'une sûreté réelle sont souvent matérialisés par un titre ou un certificat. Si les biens incorporels sont difficiles à saisir, le titre ou le certificat dans lequel un bien incorporel est incorporé peut aisément faire l'objet d'une saisie, ils sont toujours remis au créancier au moment de la formation de la sûreté, et une telle exigence de dépossession représentative est devenue une règle commune pour toutes les sûretés réelles portant sur les biens incorporels.

Mais, à cause de la nécessité de la sécurité, la grande différence entre les sûretés immobilières et les autres sûretés réelles[48] est la nécessité d'inscription au registre spécial en tant une condition de formation[49]. Cette formalité est la différence la plus importante. Il convient, donc, dans notre recherche, de regrouper les autres sûretés réelles à l'encontre des sûretés réelles immobilières, à l'instar du système français. Et

---

[46] M. Heidegger, *Qu'est-ce qu'une chose ?*, éd. Fribourg-en-Brisgau, 1962, trad. Franç. Éd. Tel, 1998, p. 15 et s.

[47] *Droit réel, le contexte de la législation et des idées diverses*, par Commission législative de la Comité permanent de l'Assemblée populaire nationale de Chine, Law press, 2007, Pékin,(*物权法，立法背景与观点全集， 全国人民代表大会常务委员会法制工作委员会民法室 编著，法律出版社*) p. 93.

[48] Pourtant, il ne faut pas oublier que pour certaines sûretés réelles portant sur les biens mobiliers, l'inscription au registre particulier est aussi requise, par exemple, les fudicies-sûretés mobilières, le nantissement du fonds de commerce, etc.

[49] En effet, en France, une hypothèque est un contrat sous forme d'acte authentique qui doit faire l'objet d'une inscription au « service chargé de la publicité foncière » (art. 2426, C. civ). Mais, en Chine, l'hypothèque immobilière (il faut préciser parce qu'une hypothèque chinoise peut aussi porter sur des meubles) est constatée par un écrit (qui n'est pas forcément sous la forme d'acte authentique), et sa validité est constatée par l'inscription à un registre spécial (art. 187, LDR).

nous allons utiliser la dénomination « sûretés réelles mobilières » pour regrouper les sûretés réelles qui ne sont pas purement immobilières.

27.En effet, ces deux divisions (division juridique chinoise et française) ne correspondent pas à la pratique. Une nouvelle division couramment utilisée dans la doctrine française semble bien utile : les sûretés immobilières, les sûretés mobilières et les sûretés portant tant sur les biens immobiliers que sur les biens mobiliers[50]. Mais ce qui nous intéresse dans cette recherche est l'ensemble des techniques, portant sur les droits réels portant sur l'un ou plusieurs biens mobiliers, qui remplissent le fonctionnement de sûreté[51]. Mais les privilèges n'entreront pas dans notre domaine de recherche parce que les législations concernées dépendent de la politique juridique de chaque pays, et en Chine, à cause des discussions doctrinales[52], il n'y a pas encore une loi qui regroupe toutes ces privilèges.

28.**Notion de bien.** – Comme la définition ainsi faite, une sûreté réelle devrait être celle qui porte sur un bien, il est donc intéressant de savoir ce que c'est un bien pour que nous puissions déterminer le champ d'application des sûretés réelles.

29.Un « Bien » peut être défini comme « *toute chose matérielle susceptible d'appropriation* »[53] par opposé du « droit » ; ou comme, relativement à une personne, « *tous les éléments mobiliers ou immobiliers qui composent son patrimoine, à savoir les choses matérielles qui lui appartiennent et les droits dont elle est titulaire* »[54].

30.Ce qui devrait être retiré de la première définition du bien donné par M. Cornu est qu'un bien est susceptible d'appropriation, autrement dit, il est appropriable ; et par la

---

[50] Pour donner un exemple, Y. PICOD, *Droit des sûretés*, PUF, Thémis, 2e éd., 2011, Paris.
[51] Ainsi, nous allons regarder toutes les sûretés réelles mobilières traditionnelles et les sûretés portant sur un droit réel exclusif.
[52] La discussion se manifeste notamment sur la qualification des privilèges. C'est seulement la solution dans la pratique qui intéresse les magistrats, donc, lors qu'il n'y a pas de conflits massifs concernés, le législateur chinois n'a pas encore vu l'importance de réglementer l'ensemble des privilèges dans le corps de textes des sûretés réelles.
[53] G. Cornu, *Vocabulaire juridique*, 9e éd. PUF 2011, V° « Bien », sens 1.
[54] G. Cornu, *Vocabulaire juridique*, 9e éd. PUF 2011, V° « Bien », sens 2. *Contra*. M. Mignot, « Le *numerus clausus* et les sûretés réelles », *in Liberté contractuelle et droits réels*, Institut universitaire Varenne, 2015, ss dir. L. Andreu, p. 195 : qui considère que le bien est aussi un droit, c'est un droit sur la chose qui constitue le *corpus*.

seconde définition donnée, il convient d'observer qu'un bien est un élément constitutif d'un patrimoine, autrement dit qu'il fait l'objet d'un droit patrimonial. Ainsi, M. Berlioz a pu, sur cette observation, proposer de faire la saisissabilité[55], laquelle suppose l'aliénabilité, le critère de la qualification des biens[56]. Par contre, cette proposition n'est que partiellement fondée, parce que nous ne voyons pas comment les revenus non-saisissables[57] n'entrent pas dans un patrimoine. *Stricto sensu*, pour être qualifié de bien, la saisissabilité n'est pas un caractère obligatoire. Mais dans le monde du droit des sûretés réelles, ce qui compte pour le créancier bénéficiaire, soit d'un droit de préférence, soit un droit exclusif, est la valeur de l'assiette de la sûreté. Aussi, l'efficacité d'une sûreté réelle suppose que l'objet affecté puisse être réalisé, autrement dit, l'objet affecté devrait être aliénable[58]. Ainsi, la proposition de M. Berlioz est parfaitement fondée sous le contexte du droit des sûretés réelles. Autrement, un bien, au regard du droit des sûretés réelles, est un élément d'une valeur patrimoniale, saisissable et aussi susceptible d'appropriation. Il peut être corporel ou incorporel.

31.Le bien corporel se confond souvent avec la chose parce que cette dernière est couramment définie comme « *objet matériel considéré sous le rapport du Droit ou comme objet de droits* »[59]. La corporalité constitue ainsi un point commun d'une chose et un bien corporel. Par contre, il semble que la chose est une notion plus vaste que celle du bien, parce qu'un bien est nécessairement une chose appropriée par une personne, un élément constitutif d'un patrimoine, alors qu'une chose peut être « sans

[55] Ainsi, pour M. Berlioz, le bien devrait, d'une définition fonctionnelle, pouvoir servir à la garantie de paiement pour son propriétaire (P. Berlioz, *La notion de bien*, préf. L. Aynès, LGDJ 2007, Bibliothèque de droit privé Tome 489, Paris, n° 1102).
[56] P. Berlioz, *La notion de bien*, préf. L. Aynès, LGDJ 2007, Bibliothèque de droit privé Tome 489, Paris, n° 679 et s.
[57] Les revenus qui servent à garantir une vie minimale pour le débiteur.
[58] Même si en cas de propriété sûreté, cette aliénabilité est requise, parce que d'une part, la réserve de propriété n'est utile que dans un contrat translatif de propriété, et d'autre part, la constitution du patrimoine suppose déjà le transfert du bien affecté dans un patrimoine d'affectation.
[59] G. Cornu, *Vocabulaire juridique*, 9e éd. PUF 2011, V° « Chose », sens 1.

maître », donc n'appartient à personne[60]. Pourrait-on aussi dire que le bien corporel est une « chose appropriée »[61].

32.En droit français des sûretés réelles, les biens mobiliers corporels susceptibles d'être gagés sont des « *choses matérielles* » appropriées et aliénables[62] « *qui peuvent être déplacées* »[63]. En droit chinois, le législateur chinois a clairement indiqué, par l'article 209 de la Loi des droits réels de 2007, en matière de gage des meubles corporels, que tous les « meubles »[64] qui font l'objet d'interdiction d'aliénation par les lois et les règlements ne peuvent pas être gagés. A la différence avec le droit français, le « meuble », en droit chinois, ne comporte que les choses corporelles mobilières, à l'opposé des « droits » qui sont incorporels[65]. En effet, l'expression chinoise « *DongChan* » (traduit en français par bien mobilier), signifie déjà des biens mobiliers appartenant à une personne ; parce que « *Dong-* » signifie tout ce qui est mobilier, et « *-Chan* » revêt une connotation semblable au « patrimoine[66] », autrement dit tout ce qui « appartient à une personne ».

Au travers de ces éléments, il est aisé à déterminer le domaine d'application des sûretés réelles portant sur les meubles corporels. La question est plus délicate quant aux biens incorporels, qui sont autrement appelés les « droits », en droit chinois.

33.**Question particulière sur la notion des biens incorporels affectés pour la garantie de paiement.** – La question est un peu surprenante parce qu'au sens commun un bien incorporel sera un bien qui n'a pas de *corpus*. Mais avant être qualifié de bien incorporel, cet élément devrait être, au moins, qualifié de bien. La

---

[60] Nous savons bien que le patrimoine est, d'une doctrine classique, nécessairement, attaché à une personnalité, physique ou morale.
[61] Sur cette qualification, F. Zenati et Th. Revet, *Les biens*, 4e éd. PUF 2008, n° 2 ; P. Berlioz, *La notion de bien*, préf. L. Aynès, LGDJ 2007, Bibliothèque de droit privé Tome 489, Paris, n° 902.
[62] A l'exception du droit de rétention français qui peut être constitué sur un bien non aliénable.
[63] G. Cornu, *Vocabulaire juridique*, 9e éd. PUF 2011, V° « Meuble », sens 1.
[64] En Chinois, «*动产*».
[65] V. en ce sens, « La Loi de la République populaire de Chine sur les droits réels : principes fondamentaux et notions de base », *RIDC*, 2009-1, p. 73 et s.
[66] Par contre, selon notre connaissance, il n'y a pas de notion juridique du « patrimoine » dégagé, de manière claire, dans la doctrine chinoise.

question est notamment complexe[67] s'agissant la qualification de la créance. Sous la dénomination du nantissement de créance en droit français ou « le gage de créance » en droit chinois, il semble que la créance est considérée directement comme un bien incorporel. La définition donnée par M. Cornu semble confirmer l'appellation chinoise considérant la créance comme « *droit personnel, en vertu duquel une personne nommée créancier peut exiger d'une autre nommée débiteur l'accomplissement d'une prestation* (donner, faire ou ne pas faire quelque chose) »[68]. Suivant cette définition, la question posée trouve une réponse négative : la créance n'est pas un bien[69]. Même, si nous revenons sur le droit des sûretés réelles, selon lequel une sûreté réelle traditionnelle est un droit réel accessoire, alors dans l'hypothèse particulière de nantissement de créance, le créancier nanti sera titulaire d'un droit réel portant sur un droit personnel alors que la distinction entre les deux est nette. Comment expliquer qu'un droit réel, normalement qualifié de droit sur une chose ou un bien, puisse être porté sur un droit mais pas un bien. Dans ce cas-là, un droit réel se confond nécessairement avec un droit personnel. Mais le droit réel porte sur un droit personnel ne pouvait être un droit personnel parce que « la créance sur créance ne vaut »[70]. En outre, s'il faut admettre un droit réel sur la créance, il faut admettre d'abord l'existence de la propriété sur une créance, parce que selon une doctrine courante, le droit réel accessoire est aussi le résultat d'un démembre du droit de propriété qui est « *le type le plus achevé de droit réel* »[71]. Nous trouvons en France des partisans de la propriété des créances, en particulier MM. Zénati et Revet qui soulignent notamment que « *ce que la loi, la doctrine et la jurisprudence désignent, timidement, par titularité, n'est autre qu'un rapport de propriété* »[72]. Un autre argument favorable à cette observation en est l'aliénabilité de créance est expressément prévue par le Code civil français, et aussi par la Loi chinoise du droit

[67] J. François, « Les créances sont-elles des biens ? », *in Liber Amicorum Christian LARROUMET*, Economica 2010, p. 149 et s. spéc. n° 45, p. 179.
[68] G. Cornu, *Vocabulaire juridique*, 9e éd. PUF 2011, V° « Créance », sens 1.
[69] En ce sens, J. François, « Les créances sont-elles des biens ? », *in Liber Amicorum Christian LARROUMET*, Economica 2010, p. 149 et s. spéc. n° 45, p. 179.
[70] Comp. art. 2, LDR, aux termes de cette disposition, la loi peut prévenir qu'un droit puisse être l'objet d'un droit réel.
[71] G. Cornu, *Vocabulaire juridique*, 9e éd. PUF 2011, V° « Propriété ».
[72] F. Zenati et Th. Revet, *Les biens*, 4e éd. PUF 2008, n° 3, p. 22.

des contrats[73]. Il ne faut pas oublier qu'une vente de la chose d'autrui est nulle[74]. Par contre, il nous semble qu' il ne pourrait pas y avoir de propriété, *stricto sensu*, sur une créance, et cela est pour au moins deux raisons :

34.D'abord, la créance constitue le fondement sur lequel, un créancier peut exiger àun autre d'une prestation. Si cette prestation est le paiement d'une somme d'argent, la créance ne garantit pas que son titulaire soit devenu automatiquement le propriétaire de cette somme d'argent. Si bien la créance, dans cette hypothèse, représente une valeur, elle ne permet surtout pas que son titulaire soit enrichi deux fois[75]. Il pourrait arriver que le débiteur soit en état de surendettement, et que le créancier titulaire de créance ne se trouve pas au rang favorable, l'objet de cette créance se réduira à néant. A la différence avec une propriété, *stricto sensu*, sur une chose matérielle, la titularité d'une « créance pécuniaire »[76], ne permet pas un droit « effectif » à son bénéficiaire.

35.Ensuite, si la prestation exigée par le créancier n'est pas une somme d'argent, mais une prestation de service ou encore une obligation négative, malgré q'une évaluation est possible, nous ne traitons pas la cession d'une telle prestation comme une cession de créance, mais une cession de contrat[77], par exemple, la cession d'un contrat de bail. En effet, dans cette hypothèse assez particulière, ce n'est pas la valeur de la créance qui est prise en compte dans la détermination de la contrepartie de la cession du contrat, parce qu'il n'existe pas vraiment une transmission. La subrogation de consentement est requise dans cette cession de contrat ; deux consentements se distinguent l'un à l'autre, d'une part un consentement sur la cession de contrat, et d'autre part, un consentement sur la prestation fournie par le bailleur.

36.En Chine, certains auteurs distinguent la sûreté personnelle avec la sûreté réelle avec deux critères : d'une part, le principe de spécialité des sûretés réelles, et d'autre

---

[73] Art. 80, Loi du 15 mars 1999 portant sur le droit des contrats.
[74] Art. 1599, C. civ.
[75] Encore une fois, la différence entre un droit personnel et un droit réel.
[76] La qualification utilisée par J. François, « Les créances sont-elles des biens ? », *in Liber Amicorum Christian LARROUMET*, Economica 2010, p. 149 et s.
[77] En ce sens, v. aussi, J. François, « Les créances sont-elles des biens ? », *in Liber Amicorum Christian LARROUMET*, Economica 2010, p. 149 et s. spéc. n° 37, p. 172 et s..

part, l'exclusion du principe d'égalité entre les créanciers. Autrement dit, la sûreté réelle est une technique conventionnelle par laquelle les parties affectent un ou plusieurs « biens certains »[78] pour la garantie d'une ou plusieurs créances, en accordant au créancier un droit à exclure le principe d'égalité des créanciers[79]. En effet, ces auteurs admettent que le gage des droits est un droit réel accessoire dont l'objet est un droit, sans demander, dans cette hypothèse, si le droit réel conserve son caractère réel[80]. Pour eux, tout ce qui compte est le principe de spécialité quant à l'assiette de la sûreté réelle, et un droit direct sur la valeur de l'assiette ; ces deux caractères sont spécifiques d'un droit réel par rapport à un droit personnel.

37.Au demeurant, une créance ne pourrait pas faire l'objet d'un nantissement ou un gage en droit chinois si, pour le créancier bénéficiaire, elle ne représente de valeur comparable à la créance garantie. La raison pour laquelle un bien incorporel, ou un droit, quelle que soit la qualification, puisse être gagé ou nanti, c'est parce qu'il représente une valeur réalisable. Ainsi, en droit chinois des sûretés réelles mobilières, seulement les créances pécuniaires, présentes ou futures, sont susceptibles d'être gagées[81].

38.Pourrait-on ainsi conclure que les biens incorporels susceptibles d'être gagés ou nantis sont les créatures intellectuelles qui ont une valeur réalisable, sous conditions que la réalisation prétendue ne soit pas prohibée par les lois ou les règlements. Par exemple en France, en cas de gage ou de nantissement des propriétés intellectuelles, ce qui est gagé ou nanti est le droit d'exploitation monopole ; parce que dans une propriété intellectuelle, il existe une sphère morale et une sphère patrimoniale, et la cession de la première, qui est attachée étroitement à la personne, n'est pas possible.

---

[78] En Chinois, « *特定财产* », une partie certaine du patrimoine (du débiteur ou d'un tiers).
[79] SUN Peng, WANG Qinlao et FAN Xuefei (孙鹏，王勤劳，范雪飞), *担保物权法原理*, China University of Renmin Press (中国人民大学出版社), 2009, Pékin, p. 6 à 7.
[80] SUN Peng, WANG Qinlao et FAN Xuefei (孙鹏，王勤劳，范雪飞), *担保物权法原理*, China University of Renmin Press (中国人民大学出版社), 2009, Pékin, p. 290.
[81] En ce sens, SUN Peng, WANG Qinlao et FAN Xuefei (孙鹏，王勤劳，范雪飞), *担保物权法原理*, China University of Renmin Press (中国人民大学出版社), 2009, Pékin, p. 303 et s.

Selon la doctrine chinoise dominante[82], l'objet du gage des droits est « un droit patrimonial incorporel »[83]. Une convergence a pu ainsi être constatée entre le droit français et la doctrine chinoise. Donc, l'assiette des sûretés réelles mobilières incorporelles est constituée par des droits patrimoniaux dont l'objet est incorporel

39.**La délimitation de notre domane de recherche. –** Toutes les sûretés réelles traditionnelles portant sur les meubles corporels et les biens incorporels entrent dans notre domaine de recherche[84].

Toutes les techniques emploiyant un droit réel exclusif pour des fins de garanties de paiement d'une créance doivent nécessairement entrer dans notre domaine de recherche. Or ces techniques, que ce soit le droit de rétention ou la cession ou la réserve d'un droit de propriété permettent aux créanciers bénéficiaire de sécuriser plus ou moins leur de droit de créance.

Toutes les sûretés-propriétés doivent être prises en considération dans notre recherche, ainsi, la clause de réserve de propriété, les cessions-Dailly, les fiducies-sûretés et les cessions à titre de garantie de droit commun.

40.**Problématique. –** Lors de la réforme complète du droit réel chinois le 16 mars 2007, le législateur chinois a aussi effectué une refonte sur le droit des sûretés réelles qui vise à satisfaire la nécessité de la sécurité des affaires et la nécessité des crédits dans le développement économique et surtout à remplir les lacunes en matière du droit réel. En effet, le législateur chinois a commencé à préparer cette réforme depuis 1993, mais l'avant-projet de cette loi n'a été remis à la discussion pour la première fois qu'en 2002. Et en 2005, l'avant-projet a été remis au public pour recueillir les idées diverses. Plus de dix mille propositions ont été données par les peuples, et plus de cent séances de réunions ont été organisées pour accueillir les différentes voix sur

---

[82] V. par ex. SUN Peng, WANG Qinlao et FAN Xuefei (孙鹏，王勤劳，范雪飞), *担保物权法原理*, China University of Renmin Press (中国人民大学出版社), 2009, Pékin, p. 292 et 293.

[83] En Chinois, « *无形之财产权利* », qui signifie droit patrimonial.

[84] En effet, certains ouvrages chinois ont déjà mis les sûretés réelles portant sur les biens incorporels sous l'appellation de la sûreté mobilières. V. notamment: P. LIU, *Successful models on movable collateral innotion in China*, China Citic Press, 2010, Pékin.

cette réforme. La loi est finalement promulguée, le 16 mars 2007, avec six modifications[85] de l'avant-projet.

41.L'idée générale de cette réforme sur le droit des sûretés réelles chinoises est de créer un système mature du droit réel qui va encadrer et améliorer les relations des citoyens basées sur les droits réels. Le nouveau droit réel chinois vise à permettre une sécurité consolidée des affaires et une société en harmonie. Les trois fonctionnements du droit chinois des sûretés réelles sont : de garantir l'exécution des créances, de protéger la sécurité des affaires et de favoriser les crédits[86]. Ces trois fonctionnements ne sont pas d'une importance égale. Le plus important fonctionnement d'une sûreté réelle est de garantir l'exécution des créances, qui correspond bien à la notion antérieurement donnée.

En s'inspirant des différentes législations[87], la législation chinoise a pris un pas prudent dans la réforme[88]. Il est regrettable que la réforme française du 23 juin 2006 n'ait pas pu être prise en considération.

42.Bien que réputé d'être prudent, le législateur français a, en effet, successivement, fait des pas assez importants dans l'évolution du droit des sûretés réelles. La réforme de 2006 portant sur la réforme du droit des sûretés réelles en est un très bon exemple.

---

[85] Les modifications sont faites les 19 octobre 2004 (12e session de Comité permanent de la 10e Assemblée populaire nationale), le 24 juin 2005(16e session de Comité permanent de la 10e Assemblée populaire nationale), le 19 octobre 2005 (18e session de Comité permanent de la 10e Assemblée populaire nationale), le 22 août 2006(23e session de Comité permanent de la 10e Assemblée populaire nationale), le 27 octobre 2006 (24e session de Comité permanent de la 10e Assemblée populaire nationale) et le 24 décembre 2006 (25e session de Comité permanent de la 10e Assemblée populaire nationale).

[86] *Droit réel, le contexte de la législation et des idées diverses*, par Commission législative de la Comité permanent de l'Assemblée populaire nationale de Chine, Law press, 2007, Pékin,(*物权法，立法背景与观点全集， 全国人民代表大会常务委员会法制工作委员会民法室 编著，法律出版社*) p. 65.

[87] *Droit réel, le contexte de la législation et des idées diverses*, par Commission législative de la Comité permanent de l'Assemblée populaire nationale de Chine, Law press, 2007, Pékin, (*物权法，立法背景与观点全集， 全国人民代表大会常务委员会法制工作委员会民法室 编著，法律出版社*) : dans cette réforme de 2007, les législateurs ont consulté notamment les systèmes de l'Australie, de la Nouvelle Zélande, de l'Allemagne, des Etats Unis, du Canada, de l'Italie, de la Grande Bretagne, du Japon, de Taïwan, et de Hongkong.

[88] La doctrine chinoise a unanimement critiqué que cette réforme sur le droit des sûretés réelles n'est pas une réforme complète et malgré des nouveautés cette réforme ne représente pas la totalité des nécessités des affaires.

43.L'introduction des fruits de la réforme française de 2006 portant sur le droit des sûretés réelles, en Chine, est un peu en retard. Elle est faite par M. LI Shigang, avec son fameux article « La réforme du droit des sûretés française » au mois de mars 2007. C'est exactement le même mois, la loi chinoise du droit réel est promulguée. Théoriquement, la réforme française de 2006 n'a pas vraiment une influence sur la réforme chinoise de 2007. Mais nous pouvons constater, au travers d'une comparaison approfondie, qu'il existe des points de convergence entre les deux réformes portant sur les sûretés réelles mobilières.

44.Le but de notre recherche ici est de savoir si le droit français reste « séduisant » pour le droit chinois des sûretés mobilières. Si la réponse est positive, il convient de savoir quelles sont les nouveautés qui peuvent séduire le législateur chinois. Si la réponse est négative, il convient de démontrer pourquoi ces nouveautés ne sont pas applicables en Chine.

45.**Méthodologie. –** La méthode traditionnelle de droit comparé consiste à comparer, de manière chronologique ou paralélle, les différents régimes de différents pays, mais elle ne sera utile que si l'objectif n'est que de trouver les points communs et les différences. En plus, une telle comparaison va donner une impression de complexité sur le droit des sûretés et souvent les différences ou les convergences se constatent qu'au niveau théorique. D'une façon plus synthétique, il sera peut-être mieux d'aborder la comparaison à travers les principes généraux, dont les différences sont minimes, dans les deux systèmes différents, à l'instar des travaux de MM. Jacques MESTRE, Emmanuel PUTMAN et Marc BILLIAU[89]. Nous allons regarder non seulement les principes généraux qui ne soulèvent pas de question, tels que le principe de liberté contractuelle, le principe d'indivisibilité et le principe de l'accessoire, mais aussi, nous allons essayer de voir, suivant le courant doctrinal, le principe de proportionnalité qui mérite d'être répandu jusqu'au domaine de sûretés réelles mobilières.

[89] J. Mestre, E. Putman et M. Billiau, *Traité de droit civil, Droit commun des sûretés réelles* ;*Traité de droit civil, Droit spécial des sûretés réelles*, LGDJ 1996, Paris.

46.Bien évidemment, une comparaison des techniques spéciales, basée sur les différences des deux systèmes, est nécessaire. Mais, une appellation de comparaison pure franco-chinoise semble-t-il impertinente parce que les règles ou les techniques du droit français des sûretés réelles ne sont pas toutes d'origine française. Certaines techniques ou bien idéologies sont adoptées par le droit français par transposition. C'est la raison pour laquelle une introduction des techniques spécifiques va être faite entre deux parties, d'une part, les techniques d'origine française, et d'autre part, les techniques étrangères mais transposées en France. Il s'agit donc des différentes techniques concurrencées qui vont toutes « séduire » la ChineUn autre élément novateur dans la méthodologie mérite d'être souligné. Par souci de clarté et de systématisation, nous procéderons à des systémaisation des développements effectués dans le cadre de cette recherche à travers des conclusions partielles.

47.**Justification du plan choisi.** – Cette démarche a pour intérêt d'introduire une positionnement dynamique afin d'un de ne pas procedér exclusivement à une analyse descriptive et chronologique.

Une étude comparative des sûretés réelles mobilières en France et en Chine revêt plusieurs intérêts qu'il convient d'analyser.

D'un point de vue théorique, les réflexions sur les fondements des deux cadres d'analyse, objet de notre recherche, sont particulièrement inégalitaires.

Le domaine des suretés réelles mobilières en France connaît un foisonnement de principes dont les origines remontent à l'héritage du droit romain. Le développement est consolidé par une volonté du législateur de mettre en place un cadre flexible non dépourvu de sécurité pour les pratique.

Alors qu'en Chine, l'ouverture du système socio-économique et la construction du droit des sûretés sont relativement récentes. Ce qui constitue à la fois un intérêt théorique mais juridique.

Par ailleurs, c'est cette particularité du droit français qui fait qu'il continue à être modèle de référence dans la construction du droit chinois notamment dans le domaine des suretés réelles.

Les influences constatées, même si elles sont constamment concurrencées par la coexistence d'autres sources (droit allemand, anglais...) restent importantes, au sein d'une société chinoise en mutation.

A ce titre, les principes directeurs qui encadrent les deux régimes que nous essayerons d'analyser sous l'influence de la liberté contractuelle, peuvent ne pas avoir les mêmes portées.

En effet, l'interprétation et la traduction de la liberté contractuelle, sont susceptibles d'être influencées par les volontés individuelles dont le contenu diffère selon que l'on se trouve en France ou en Chine.

Ces divers intérêts notés, expliquent la nécessité d'analyser l'impact de mécanismes concrets afin de rendre compte à la fois les différences et les ressemblances du droit français et du droit Chinois en matière de sûretés mobilières.

A travers la pratique vécue et/ou souhaitée, une évaluation du contenu des principes directeurs pourrait permettre d'ajuster les techniques mise en œuvre par les droits positifs des deux pays.

48. **Plan.** – L'enjeu de cette étude est donc à la fois comparatif et prospectif. La présentation des principes directeurs du droit des sûretés réelles mobilières permettront, de manière générale, d'encadrer leurs formation et transmission et de concevoir les limites dans l'exécution. Pourtant, la résistance de la liberté contractuelle à ces principes directeurs montrera bien la flexibilité des régimes de sûretés réelles qui servent toujours au développement d'une société en mutation. Les techniques particulières qui traitent de manière *in concreto* la mise en place des sûretés réelles nous permettent de constater la nécessité de réforme au travers du constat des conflits et des concurrences entre les créanciers « préférentiels » et des

difficultés rencontrées dans le déroulement des procédures de traitement des particuliers en difficulté.

49.Une comparaison[90] de droit général des sûretés réelles mobilières (**première partie**) précédera la comparaison de techniques particulières (**seconde partie**).

[90] La comparaison va principalement porter sur les deux réformes, mais, le droit français a un sens beaucoup plus large qu'une petite réforme. Nous allons d'une manière générale introduire l'influence de différentes techniques utilisées dans le domaine des sûretés mobilières sur l'évolution actuelle du droit des sûretés mobilières et les évolutions éventuelles dans une future très prochaine.

Partie première – Les principes directeurs des sûretés mobilières confontés à la liberté contractuelle

50.**Introduction de la première partie.** – En nous intéressant du contenu du droit des sûretés, tout en ayant en tête des idées sur sa définition, la question de savoir ce que c'est une bonne sûreté[91] ou une sûreté idéale[92] ? L'un des outils utilisés pour répondre à cette question, selon M. BORGA, est la notion de l'efficacité[93] d'une sûreté réelle. Si l'efficacité n'est pas la seule donnée à prendre en considération pour juger de la qualité d'une sûreté, elle reste un élément indispensable[94]. Comme un auteur a pu le souligner, alors même que l'efficacité n'est pas une notion juridique, « elle demeure pourtant essentielle au Droit car elle fait appel à ses finalités, aux

[91] P. Ancel, « Nouvelles sûretés pour créanciers échaudés », Rapport, *in 16e entretiens de Nanterre des 17 et 18 mars 1989*, JCP E, 1989, *Cah. Dr. entr.*, suppl., n° 5, p. 3, soulignant qu' « *une bonne sûreté n'est pas seulement une sûreté bonne pour le créancier, qui lui assure une sûreté efficace. Elle doit aussi être une sûreté équilibre, ne gênant pas de manière excessive les intérêts du débiteur ne ceux des tiers* ».

[92] L. Aynès et P. Crocq, *Les sûretés, La publicité foncière*, LGDJ, 7e éd. 2013, n° 8, p. 7 : selon les auteurs, une sûreté idéale « *devrait être :d'une constitution simple et peu onéreuse, pour ne pas augmenter le coût du crédit ; adaptée à la dette qu'elle garantit – ni trop ni pas assez – afin d'éviter l'abus de sûreté qui gaspille le crédit du débiteur ; efficace, c'est-à-dire donner au créancier la certitude d'être payé à l'échéance, si le débiteur ne s'exécute pas ; d'une réalisation simple, afin d'éviter les lenteurs et les frais inutiles* » ; S. Piedelièvre, *Droit des sûretés*, Cours magistral, Ellipse, 2008, n° 9 : « *Idéalement, elle (sûreté) devrait être efficace, rapide et simple* ».

[93] N. Borga, *L'ordre public et les sûretés conventionnelles, Contribution à l'étude de la diversité des sûretés*, 2009, Dalloz, préf. S. Porchy-Simon, p. 33 et s., n° 26.

[94] P. Ancel, « Nouvelles sûretés pour créanciers échaudés », Rapport, *in* 16e entretiens de Nanterre des 17 et 18 mars 1989, JCP éd. E, 1989, *Cah. Dr. entr.*, suppl., n° 5, p. 3, soulignant qu' « *une bonne sûreté n'est pas seulement une sûreté bonne pour le créancier, qui lui assure une sûreté efficace. Elle doit aussi être une sûreté équilibre, ne gênant pas de manière excessive les intérêts du débiteur ne ceux des tiers* ». V. également : L. Aynès et P. Crocq, *Les sûretés, La publicité foncière*, LGDJ, 7e éd. 2013, n° 8, p. 7 : selon les auteurs, une sûreté idéale « *devrait être :d'une constitution simple et peu onéreuse, pour ne pas augmenter le coût du crédit ; adaptée à la dette qu'elle garantit – ni trop ni pas assez – afin d'éviter l'abus de sûreté qui gaspille le crédit du débiteur ; efficace, c'est-à-dire donner au créancier la certitude d'être payé à l'échéance, si le débiteur ne s'exécute pas ; d'une réalisation simple, afin d'éviter les lenteurs et les frais inutiles* ».

objectifs poursuivis »[95]. L'objectif premier est d'assurer la satisfaction du créancier dans le recouvrement de sa créance. Au sens commun, une sûreté conventionnelle suppose donc, pour être efficace, de produire « l'effet qu'on en attend »[96]. L'efficacité est alors une notion neutre et n'est pas affectée d'une connotation économique qui conduirait à l'entendre comme « la capacité de produire le maximum de résultats avec le minimum d'effets, de dépenses »[97]. En ce sens, l'efficacité fait l'objet de critique par l'approche utilitariste du droit qu'elle véhicule et son incapacité à saisir les valeurs morales[98]. C'est toutefois plus d'efficience que d'efficacité dont il s'agit[99]. Si le droit des sûretés est supposé favoriser le crédit, le versant économique de l'efficacité n'est pas le plus adéquat lorsqu'il s'agit d'apprécier l'influence des normes impératives sur les sûretés traditionnelles. Ainsi, son sens le plus commun sera retenu, renvoyant à une adéquation entre une finalité poursuivie et un effet obtenu. Cet effet attendu de la sûreté peut être envisagé de manière subjective ou objective[100].

---

[95] C. Ouerdane-Aubert de Vincelles, *Altération du consentement et efficacité des sanctions contractuelles*, Dalloz, 2002, Nouv. Bibl. de Thèses, vol. 19, préf. Y. Lequette, n° 3. V. également : M. Bourassin, *L'efficacité des garanties personnelles*, LGDJ, 2006, Bibl. dr. privé, T. 456, préf. M.-N. Jobard-Bachelier et V. Brémond, n° 4, qui souligne que « *l'évaluation du droit à travers le prisme de l'efficacité est abandonnée aux sociologues et surtout aux économistes. L'efficacité est tenue à l'écart de la sphère juridique, car elle est suspectée d'être incompatible, non seulement avec les modes d'appréciation traditionnels du droit, mais aussi avec des valeurs juridiques fondamentales. L'efficacité, comme instrument d'évaluation des mécanismes juridiques et des règles de droit, est donc considérée comme dangereuse* ».

[96] Le Robert, *Dictionnaire de la langue française*, v° « efficace », qui vient du latin « *efficax* ». V. encore : Dictionnaire de la langue française Littré, v° « efficace », « Qui produit son effet » ; *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, dir. A.-J. Arnaud, LGDJ, 1993, v° « efficacité », où cette notion est définie comme un « *mode d'appréciation des conséquences des normes juridiques er de leur adéquation aux fins qu'elles visent* ».

[97] Le Robert, dictionnaire de langue française, v° « efficacité », 2e sens.

[98] Voir notamment : F. Rangeon, « Réflexion sur l'efficacité du droit », in *Les usages sociaux du droit*, PUF, 1989, p. 126, et s. p. 132, pour qui l'efficacité conduit à « *une conception taylorienne de l'application du droit selon laquelle il y aurait une manière et une seule de rendre le droit efficace* ». V. également : M. Bourassin, *L'efficacité des garanties personnelles*, LGDJ, 2006, Bibl. dr. privé, T. 456, préf. M.-N. Jobard-Bachelier et V. Brémond, n° 42 et s.

[99] Voir d'ailleurs, Le Robert, *Dictionnaire de langue française*, v° « efficacité », 2e sens, qui le rapproche de l'anglais *efficiency*. Sur ce point, V. également : M. Bourassin, *L'efficacité des garanties personnelles*, LGDJ, 2006, Bibl. dr. privé, T. 456, préf. M.-N. Jobard-Bachelier et V. Brémond, n° 6, *in fine*.

[100] Sur cette distinction, V. M. Bourassin, *L'efficacité des garanties personnelles*, LGDJ, 2006, Bibl. dr. privé, T. 456, préf. M.-N. Jobard-Bachelier et V. Brémond, n° 8 et s.

51.**Des principes directeurs…** – L'efficacité est non seulement un outil pour mesurer si une sûreté est idéale, mais aussi un outil de sanction en cas de violation de l'ordre public[101] ou des principes directeurs qui s'imposent de manière générale aux titulaires et aux constituants de la sûreté.

52.Ainsi, par définition, les sûretés réelles mobilières sont caractérisées par l'application stricte du principe *accessorium sequitur principale*. Cela s'explique par l'objectif même de la constitution d'une sûreté réelle. Aussi, le créancier est protégé, suivant l'idée générale de la sécurité, par le principe de l'indivisibilité au cours de l'exécution du contrat principal et au moment de l'exécution de la sûreté. Malgré une divergence doctrinale sur l'expansion du principe de la proportionnalité[102] au droit des sûretés réelles, nous pouvons constater une exigence croissante de proportionnalité dans ce domaine.

53…**face à la liberté contractuelle.** – En appliquant systématiquement tous ces principes, les sûretés réelles seront, théoriquement, simples et efficaces. Mais, ces buts ne sont pas achevés à cause de l'intervention de la volonté individuelle des parties contractantes.

54.Depuis 1995, la question a été posée sur le pouvoir des volontés individuelles en matière de sûretés réelles[103]. La réponse a été donnée par M. DUPICHOT avec un ouvrage très riche[104] « Le pouvoir de la volonté en droit des sûretés » : une croissance d'influence de la volonté individuelle dans les sûretés réelles doit être constatée.

Si la formation et l'exécution des sûretés réelles juridiques ou judiciaires sont strictement encadrées par les législateurs et les juges, les sûretés réelles conventionnelles sont, d'un point de vue, le résultat de la volonté des parties

---

[101] N. Borga, *L'ordre public et les sûretés conventionnelles, Contribution à l'étude de la diversité des sûretés*, 2009, Dalloz, préf. S. Porchy-Simon, p. 33 et s., n° 26 et s.
[102] En effet, la proportionnalité n'est pas unanimement reconnu comme un principe en matière du droit des sûretés réelles, mais cette appellation a été déjà utilisée dans la doctrine : D. Legeais, « Le principe de proportionnalité entre l'engage des garants et ses ressources », *SJEA*, n° 44, 30 Octobre 1997, 1007.
[103] Ph. Simler, « Rapport de synthèse générale », Journées Porto, *Les garanties de financement*.
[104] Ph. Dupichot, *Le pouvoir des volontés individuelles en droit des sûretés*, éd. Panthéon Assas 2005. Les idées ou des propositions dans cet ouvrage ne font qu'être confirmées par la réforme de 2006.

contractantes. Selon M. DUPICHOT, la « *contractualisation du droit des sûretés réelles* » [105] a pu être constatée au travers de l'évolution de ce droit. La contractualisation des sûretés réelles signifie une croissance d'influence de volontés individuelles sur la formation, la transmission et l'exécution de sûreté réelle conventionnelle. Si une contractualisation des sûretés réelles nommées ne suffit pas à témoigner l'existence d'un principe général de la liberté contractuelle en matière de droit des sûretés réelles mobilières qui fait partie du droit des sûretés réelles, la création des nouvelles garanties réelles avec l'assistance du contrat va pouvoir renforcer le statut de la liberté contractuelle dans le domaine.

Malgré la reconnaissance de la valeur constitutionnelle du principe de la liberté contractuelle par le conseil constitutionnelle, ce principe ne donne pas aux praticiens une liberté absolue.

55.Il convient, donc, d'étudier les principes fondamentaux des sûretés réelles portant sur les meubles (**Sous-partie 1**), aménagés par la volonté individuelle (**Sous-partie 2**).

[105] Ph. Dupichot, *Le pouvoir des volontés individuelles en droit des sûretés*, éd. Panthéon Assas 2005, n° 552 : le droit des sûretés réelles nommées fait l'objet d'une surprenante « contractualisation ». Pour expliquer cette expression, l'auteur, dans le même paragraphe, a donné une définition de la contractualisation : *« on y recourra pour désigner l'évolution d'une institution ou d'une branche du droit, marqué par une intensification de son caractère contractuel* » en citant une référence du Vocabulaire juridique de l'association Henri Capitant portant sur le vocable « contractuel » : « *Plus généralement qui se rattache aux contrats* ».

Sous-partie 1 – Les principes fondamentaux du droit des sûretés mobilières

56. **Annonce.** – Nous allons examiner, d'abord, le principe de l'acessoire des sûretés réelles (Titre I), parce qu'il est traditionnellement considéré comme un caractère inhérent des sûretés réelles, conventionnelles ou légales. Ayant été constituées pour la garantie de paiement d'une créance, les sûretés réelles sont intrinséques un droit complémentaire à la créance garantie en droit français . Au contraire, en droit chinois, le législateur a précisé que le contrat constitutif d'une sûreté réelle est un contrat accessoire au contrat principal, c'est-à-dire celui qui fait naître la créance garantie.

57.De ce point de vue, une sûreté réelle est par nature un accessoire de la créance garantie, que le caractère accessoire ne peut être ignoré. Par contre, le principe de l'accessoire n'est pas si simple qu'il semble. Si bien qu'il est logique d'appliquer la règle « *accesorium sequitur principale* » à toute les sûretés réelles mobilières parce que ces dernières sont nécessairement qualifiées d'accessoires de la créance garantie, il est parfois nécessaire d'écarter l'application de ce principe pour la préservation des valeurs plus importantes.

58.Avec beaucoup plus de réserve dans la jurisprudence française, la proportionnalité est exigée de plus en plus en matière des sûretés réelles. La proportionnalité en droit des sûretés réelles n'est pas la même que celle exigée en matière du cautionnement qui exige le garant à engager personnellement en cas de défaillance du débiteur. La proportionnalité exigée en matière des sûretés réelles est le rapport entre la valeur du bien grevé et le montant de la créance garantie. Le créancier peut exiger le débiteur à fournir une sûreté réelle contre le risque de la défaillance de ce dernier, mais il n'est pas conféré d'un pouvoir d'en exiger une sûreté réelle excessive ou d'abuser son droit dans la réalisation d'une sûreté réelle qui est légalement conclue. Ainsi, il n'est pas

illogique d'exiger la proportionnalité, non seulement au profit de la protection du droit des créanciers mais aussi au profit de la protection des crédits du débiteur qui est devenu de plus en plus important, notamment en cas de sauvegarde des entreprises en difficulté. Il est à constater que l'exigence de la porportionnalité des sûretés réelles (Titre II) est en perspective. Il est donc interessant d'anaylser s'il est opportun de considérer l'exigence de la proportionnalité comme un principe fondamental en matière de sûretés réelles, surtout celles portant sur les biens mobilières.

59.Par ailleurs, il ne faut pas oublier le principe de spécialité qui est constitué de deux sphères, la spécialité quant au bien grevé et la spécialité quant à la créance garantie (Titre III). L'exigence de la spécialité du bien grevé et de la créance garantie est tellement courante et banale que rares sont des auteurs français et chinois qui y pensent. Mais ce prinicpe est critiqué par M. Crocq qui constate un « déclin de fait ». Néanmoins, il est à constater que ce principe est maintenu par les législateurs français et le législateur chinois dans les réformes récentes. Parce que le contournement, s'il est nécessaire, reste toujours exceptionnel.

60.Enfin, le principe de l'indivisibilité est par apparence un principe qui soulève le moins de débat doctrinal tant en France qu'en Chine. Il est soulevé presque systématiquement en cas de discussion sur un contrôle de la porportionnalité en cas d'exécution d'une sûreté réelle. En effet, l'utilité de ce principe est réduite à une peau de chagrin. Et nous n'allons pas le traiter particulièrement dans cette recherche.

Titre I – Le principe d'accessoire

61.**Introduction générale de la notion.** – En France, sans aucun texte légal précis et exprès, la question sur le caractère de l'accessoire des sûretés réelles mobilières ne se pose pas, parce que ce caractère est inhérent de la notion de la sûreté réelle mobilière. Avec les réformes récentes sur le droit des sûretés réelles, la notion de la sûreté réelle a été élargie. Cette révolution est notamment caractérisée par l'apparition de propriété-sûreté qui est qualifiée aussi de sûreté réelle. Il est question de savoir comment le droit réel le plus complet[106] a pu être lui-même un droit accessoire à la créance, un droit personnel. Une telle difficulté n'est pas facile à régler. Cela a peut-être causé un retard dans la reconnaissance de la fiducie-sûreté en droit français[107]. Mais l'évolution de la notion de la sûreté réelle n'affecte pas le principe de l'accessoire. Pour répondre à cette question, l'ordonnance du 23 juin2006 a, par l'article 2367, alinéa 2, du Code civil, précisé que « *La propriété ainsi réservée est l'accessoire de la créance dont elle garantit le paiement* ». Autrement dit, la réserve de la propriété est un accessoire de la créance.

62.En Chine, la réforme sur le droit réel du 16 mars 2007 a, pour la première fois, indiqué que le contrat constituant la sûreté réelle est un contrat accessoire attaché à celui qui fait naître la créance garantie[108]. Ainsi, en droit chinois, les sûretés réelles conventionnelles sont constituées par un contrat qui se distingue clairement avec celui de la créance garantie. La naissance de la sûreté réelle conventionnelle dépend strictement de la validité du contrat principal. Mais en réalité, dans la pratique, le lien

---

[106] Selon la théorie classique sur la notion du droit de propriété, la propriété est la somme de l'ensemble des prérogatives qu'une chose a pu offrir à une personne, et l'origine des droits réels est le démembrement. Ainsi, la propriété est le droit réel le plus complet (V. notamment : W. Dross, Droit civil, Les choses, LGDJ 2012, n° 115 et s., p. 227 et s.).

[107] Rappr. C. Juillet, *Les accessoires de la créance*, préf. Ch. Larroumet, Defrénois, pp. 204 et 205.

[108] Art. 172 de la loi du 16 mars 2007 : « *Pour constituer une sûreté réelle, il faut conclure, selon les dispositions de cette loi ou des autres lois, un contrat de sûreté. Le contrat de sûreté est le contrat accessoire du contrat qui fait naître la créance principale (créance garantie). La nullité du contrat principal rend nul le contrat de sûreté, sauf les dispositions légales contraires.*
En cas de nullité du contrat de sûreté, le débiteur, la caution ou le créancier fautif doivent engager la responsabilité civile pour les fautes personnelles. ».

de dépendance est à l'inverse. En effet, dans la plupart des cas, l'obtention d'un crédit dépend largement à la validité de la sûreté réelle. On ne comprendra mal, comment une sûreté réelle conventionnelle a pu être valablement constituée, en Chine, si le contrat principal, dont il dépend, n'est pas encore conclu. Un tel paradoxe nous force de demander si la sûreté réelle est l'accessoire de la créance garantie.

Il est question de savoir si les sûretés réelles mobilières sont des accessoires de la créance, et aussi de savoir comment appliquer le principe de l'accessoire dans le domaine du droit des sûretés réelles mobilières.

63.**Origine du terme de l'« accessoire ».** – Issu du terme latin « *accedere* » signifiant « *ajouter* », le vocable « accessoire » revêt un double sens dans le langage commun. Ainsi peut-on lire dans Le petit Larousse illustré, que le terme « accessoire » désigne « *ce qui suit ou accompagne une chose principale* » et ce qui est « *secondaire* »[109]. De façon encore plus précise, Le Nouveau Petit Robert définit l'accessoire comme étant « *Ce qui vient avec ou après ce qui est principal ou essentiel* »[110]. En somme, le terme « *accessoire* » peut désigner un élément supplémentaire, mais également un élément secondaire. Et, comme l'avait relevé M. Goubeaux, qui consacra ses travaux de doctorat *à La règle de l'accessoire en droit privé*[111], on doit à Voirin d'avoir mis en valeur la même réalité dans le domaine juridique : « *Le mot « accessoire » a deux sens, il signifie tantôt « secondaire » et tantôt « dépendant ». Dans le premier sens, il s'oppose à « essentiel » et, dans le second à « principal »* »[112]. Ce point de vue est d'ailleurs confirmé par le *Vocabulaire juridique* puisque l'entrée à l'adjectif « *accessoire* » renvoie à cette même dualité de sens[113]. Partant, en droit, comme dans le langage commun, le terme accessoire peut signifier secondaire ou supplémentaire. Ainsi, lorsqu'on parle de clause accessoire dans un contrat, notamment à propos de l'incidence de la nullité de cette clause sur le contrat, on désigne généralement une

[109] *Le Petit Larousse illustré*, V° « Accessoire ».
[110] *Le Nouveau Petit Robert*, V° « Accessoire ».
[111] G. Goubeaux, *La règle de l'accessoire en droit privé*, LGDJ, 1969, préf. D. Tallon, n° 9.
[112] P. Voirin, *in* C. Beudant, par P. Lerevours-Pigeonnière et P. Voirin, *Cours de droit civil français*, t. 4, Rousseau, 2nde éd., 1938, note 3 sous n° 111 : cité par C. Juillet, *Les accessoires de la créance*, préf. C. Larroumet, t. 37, Collection des thèses, Defrénois 2009, n° 3, p. 1.
[113] G. Cornu, *Vocabulaire juridique*, PUF 2011, V° « Accessoire ».

clause secondaire. A l'inverse, dans le mécanisme de l'accession immobilière, l'accessoire représente un élément supplémentaire. Et comme l'avait remarqué Voirin, la notion d'accessoire produit des effets distincts suivant le sens dans lequel il doit être compris : « *Dès lors, les procédés techniques destinés à informer la règle de l'accessoire soit de deux sortes. Les uns sont des procédés de réduction (…) Les autres sont des procédés de nivellement, d'assimilation, on traite l'accessoire comme le principal dont il dépend* »[114].

64.Lorsqu'il est envisagé dans ce second sens, comme un élément supplémentaire qui soit ou accompagne le principal, l'accessoire est à nouveau susceptible de deux sens différents. M. Goubeaux a en effet mis en valeur une distinction essentielle entre accessoire par production et accessoire par affectation[115]. L'accessoire par production évoque, c'est une lapalissade, ce qui est produit par le principal. L'expression renvoie principalement aux fruits mais, de façon plus générale, elle désigne la résultante d'une réunion d'éléments épars par le principal[116]. Quant à l'accessoire par affectation, il vise l'élément qui est ajouté au principal afin de faciliter la réalisation de l'objectif que poursuit ce dernier[117].

65.**Définition de l'accessoire de la créance.** – Les accessoires par production ou par affectation peuvent se rapporter à un droit de créance. Mais la notion de l'accessoire de la créance n'est pas facile à cerner[118], ainsi dans la doctrine française, elle est considérée comme « *fort incertaine* »[119], « *fuyante* »[120] et « *pas très limpide* »[121]. A l'absence d'une définition claire et précise de la notion de l'accesoire de la créance, il a fallu recourir à la jurisprudence pour les besoins liés à la partique de son utilisation,

---

[114] P. Voirin, in C. Beudant, par P. Lerevours-Pigeonnière et P. Voirin, *Cours de droit civil français*, t. 4, Rousseau, 2nde éd., 1938, note 3 sous n° 111 : cité par C. Juillet, *Les accessoires de la créance*, préf. C. Larroumet, t. 37, Collection des thèses, Defrénois 2009, n° 3, p. 2.
[115] G. Goubeaux, *La règle de l'accessoire en droit privé*, LGDJ, 1969, préf. D. Tallon, n° 18 et s.
[116] G. Goubeaux, *La règle de l'accessoire en droit privé,* LGDJ, 1969, préf. D. Tallon, n° 21 et s.
[117] G. Goubeaux, *La règle de l'accessoire en droit privé*, LGDJ, 1969, préf. D. Tallon, n° 19 et s.
[118] V. en ce sens : J. Flour, J.-L. Aubert, Y. Flour et E. Savaux, *Les obligations – Le rapport d'obligation*, Sirey, 4e éd., 2006, n° 348.
[119] M. Cabrillac, « Les accessoires de la créance », *in* Mélanges A. Weill, 1983, Dalloz-Litec, p. 107 et s., spéc., n° 1, p. 107.
[120] C. Ginestet, « La qualification des sûretés », *Rép. Def.* 1999, pp. 80 et 203, n° 16.
[121] M. Cabrillac et C. Mouly, par S. Cabrillac et P. Pétel, *Droit des sûretés*, Litec, 9e éd., 2010, n° 567, p.414.

« *mais, avec un peu plus d'optimisme, on pourrait également considérer que le meilleur moyen de servir la pratique, ce n'est pas de laisser la jurisprudence trancher au regard des enjeux de chaque espèce qui lui serait soumise mais au contraire, de fournir aux acteurs de la vie économique quelques certitudes, afin que les conséquences d'une situation juridique dans laquelle ils se trouvent ou projettent de se trouver, soient prévisibles* »[122]. Car, la sécurité est, de quelques sortes, basée sur la prévisibilité.

66.Ayant constaté que la finalité de la créance est « *l'obtention de la prestation qui fait l'objet de son droit* »[123], Monsieur Christophe Juillet a contourné l'obstacle de donner une définition directe sur l'accessoire de la créance. Face aux imprécisions liées à la notion, il propose une démarche pratique qui s'oriente vers une définition fonctionnelle. En justifiant qu'un accessoire de la créance ne pourrait être qu'un droit supplémentaire de la créance[124], M. Juillet a pu bien définir l'accessoire de la créance comme « *un droit supplémentaire au droit de créance destiné à prémunir le créancier contre la défaillance de son débiteur* »[125]. Nous ne pouvons qu'approuver cette définition, assez large mais aussi précise. Cette définition permet d'englober les propriétés-sûretés et le droit de rétention qui ne sont pas des sûretés réelles mobilières traditionnelles, et aussi d'exclure les techniques qui se confondent souvent avec les sûretés réelles, telles que la compensation des créances, l'exception d'inexécution, l'action directe, etc.

67.Ainsi, reprenant la définition des sûretés réelles mobilières, nous pouvons facilement constater que les sûretés réelles mobilières sont par définition les

---

[122] C. Juillet, *Les accessoires de la créance*, préf. C. Larroumet, t. 37, Collection des thèses, Defrénois 2009, n° 6, p. 3.
[123] C. Juillet, *Les accessoires de la créance*, préf. C. Larroumet, t. 37, Collection des thèses, Defrénois 2009, n° 280, p. 172.
[124] C. Juillet, *Les accessoires de la créance*, préf. C. Larroumet, t. 37, Collection des thèses, Defrénois 2009, p. 59 et s.
[125] C. Juillet, *Les accessoires de la créance*, préf. C. Larroumet, t. 37, Collection des thèses, Defrénois 2009, n° 283, p. 173 ; comp. avec ZHANG Xiang, De l'accessoire des sûretés réelles et la tendance vers son indépendance, mémoire pour le diplôme de Master, Ocean University of China, 2011 (张翔，论担保物权的从属性及其独立化趋势 ,中国海洋大学硕士论文，2011), p. 20 : « *Selon la théorie traditionnelle de l'accessoire de la créance, une sûreté réelle doit être étroitement attachée à la créance principale, parce qu'elle est un droit complémentaire de la créance garantie* ».

accessoires de la créance (Chapitre 1). Mais l'application stricte de l'*accessorium sequitur principle* n'est qu'une partie du régime de l'accessoire, parce qu'il est un régime qui est caractérisé par sa flexibilité (Chapitre II).

Chapitre 1 – Le caractère accessoire inhérent aux sûretés réelles mobilières

68.Les sûretés réelles mobilières ont pu être définies comme : « *tout procédé spécifique, employant la propriété ou un autre droit réel, portant sur un ou plusieurs biens, corporels ou incorporels, du débiteur ou d'un tiers, mis en œuvre par un créancier et lui octroyant un droit préférentiel ou exclusif pour obtenir directement ou indirectement l'exécution d'une obligation, ou un droit d'opposition lui permettant de parer à l'inexécution* ». Il convient de constater que cette définition fonctionnelle correspond bien à la notion de l'accessoire de la créance parce qu'une sûreté mobilière ne se confond pas avec la créance elle-même[126], et qu'elle remplit la fonction de se prémunir contre la défaillance du débiteur. Il est alors logique d'appliquer la règle de l'accessoire aux sûretés réelles mobilières.

Ayant été considérée comme un accessoire d'une créance, une sûreté mobilière est strictement née pour l'exécution, d'au moins, d'une créance. Il est alors logique de penser qu'une sûreté mobilière ne saurait naître indépendamment de toute créance (Section 1). Par ailleurs, l'adage d'*accessorium sequitur principle* s'applique notamment dans la transmission (Section 2). En outre, selon la définition de l'accesoire de la créance, une sûreté mobilière ne saurait être mise en place qu'en cas de défaillance du débiteur (Section 3), d'où,l'importance d'aborder le point conernant l'extinction de la sûreté mobilière (4)

---

[126] Un accessoire de la créance est d'abord un droit supplémentaire de la créance, dont, il est obligé que cet accessoire ne se confond pas avec la créance elle-même ; V. en ce sens : C. Juillet, *Les accessoires de la créance*, préf. C. Larroumet, t. 37, Collection des thèses, Defrénois 2009, n° 20, p. 15 : « *L'accessoire de la créance est nécessairement un élément distinct de la créance, et à laquelle il est simplement rajouté* » ; C. Houin-Bressand, *Les contre-garanties*, Dalloz, 2006, préf. H. Synvet, n° 186 : « *En tant qu'accessoires, les sûretés se caratérisent d'abord par un certain détachement. Pour être liées à la créance garantie, elles nécessitent, en effet, par définition, de pouvoir en être préalablement séparées* » ; P. Crocq, *Propriété et garantie*, préf. M. Gobert, LGDJ, Bibliothèque de droit privé, tome 248, 1995, n° 121 et n° 277.

Section 1 – Le caractère de l'accessoire au moment de la constitution d'une sûreté mobilière

69.La présentation du principe de l'accessoire en droit français au moment de la constitution d'une sûreté réelle (§1) précédera l'exigence du respect de ce principe en droit chinois au moment de la constitution des sûretés réelles mobilières (§2).

§1 – La naissance de la sûreté mobilière en France : un droit au service exclusif de la créance garantie

70.**Nullité d'une sûreté réelle indépendante.** – Si la définition de la sûreté réelle mobilière permet de nous démontrer qu'une sûreté mobilière est établie au service de la créance principale, logiquement, nous pouvons déduire qu'une sûreté mobilière indépendante est nulle. Une telle cause de nullité n'est pas expressément prévue par les textes légaux français, mais au travers des dispositions légales, nous pouvons, de toute façon, constater une telle exigence de l'existence de la créance garantie (le principal). L'article 2333, alinéa 2, du Code civil dispose que : « *Les créances garanties peuvent être présentes ou futures ; dans ce dernier cas, elles doivent être déterminables* ». Selon le président du groupe de travail de l'avant-projet de la réforme de 2006, une telle disposition a pour objet d'extension de l'assiette du gage sans pourtant abandonner le principe de spécialité des créances garanties[127]. C'est dire aussi que l'exigence d'une créance garantie dans la constitution d'une sûreté mobilière est toujours la même. Cette idée est confirmée par les législateurs de 2006 dans l'article 2336 du même Code : « *Le gage est parfait par l'établissement d'un écrit contenant la désignation de la dette garantie, la quantité de biens donnés en gage ainsi que leur espèce ou leur nature* ». Il est alors compréhensible qu'un gage n'est pas parfait si la dette garantie n'est pas désignée, or nous concevons mal qu'un

[127] Rapport GRIMALDI du 28 mars 2005, p. 11 : « *Le principe de la spécialité du gage quant aux créances garanties et aux bien grevés a été conservé* ». V. aussi *infra* n° 239 et s.

accessoire de la créance peut exister sans une créance. C'est exactement la même chose pour le nantissement de meubles incorporels[128].

71.**Service exclusif.** – M. Cabrillac allant encore plus loin, écrivait que « *L'accessoire doit avoir été conçu, par la loi ou par les parties, pour le service exclusif d'une créance* »[129]. C'est-à-dire que, en tant qu'un accessoire de la créance, une sûreté réelle doit non seulement être établie au service d'une créance, mais elle doit rendre service exclusif à cette créance. Pour cet auteur, une sûreté réelle doit être, alors, née concomitamment avec la créance garantie ou postérieurement[130].

72.**Créance existante et individualisée.** – Ainsi, M. Juillet a pu bel et bien dégagé les conditions de formation de l'accessoire de la créance : il faut que la créance soit « *existante et individualisée* »[131]. Parce que, d'abord, la notion d'accessoire est fondamentalement une notion relative, et un élément n'est jamais accessoire en soi mais toujours accessoire par rapport à un autre élément[132]. Concernant l'exigence d'une créance principale individualisée, cet auteur a argumenté : *« il n'est pas possible de concevoir qu'un rapport s'établisse entre deux droits si l'un, censé être le principal, est inconnu* »[133]. Il convient donc de retenir, sur le plan des principes, que l'accessoire a besoin d'une créance individualisée pour exister en tant que tel. De la même façon, la validité d'une sûreté mobilière nécessite la détermination de la créance garantie. Il arrive que la nécessité d'une créance individualisée se confonde

[128] C. civ., art. 2356 : « *A peine de nullité, le nantissement de créance doit être conclu par écrit. Les créances garanties et les créances nanties sont désignées dans l'acte* ».
[129] M. Cabrillac, « Les accessoires de la créance », *in* Mélanges A. Weill, 1983, Dalloz-Litec, p. 107 et s., spéc., n° 20, p. 115.
[130] M. Cabrillac, « Les accessoires de la créance », *in* Mélanges A. Weill, 1983, Dalloz-Litec, p. 107 et s., spéc., n° 19, p. 115
[131] C. Juillet, *Les accessoires de la créance*, préf. C. Larroumet, t. 37, Collection des thèses, Defrénois 2009, n° 386 et s., p. 231 et s.
[132] C. Juillet, *Les accessoires de la créance*, préf. C. Larroumet, t. 37, Collection des thèses, Defrénois 2009, n° 387, p. 232.
[133] C. Juillet, *Les accessoires de la créance*, préf. C. Larroumet, t. 37, Collection des thèses, Defrénois 2009, n° 389, p. 233.

avec le principe de spécialité, mais les deux exigences n'ont pas un même fondement[134].

73.Alors, la logique se comprend facilement. En Chine, au travers des dispositions légales, nous pouvons aussi constater ce lien extrême étroit entre la « *créance principale* »[135] et la sûreté réelle.

§2 – La naissance de la sûreté mobilière en Chine : par un contrat accessoire du contrat principal

74.**Les dispositions légales.** – En Chine, la sûreté mobilière conventionnelle est obligatoirement un contrat accessoire du contrat qui fait naître de la créance garantie[136]. Et dans le cas d'une sûreté mobilière, il en résulte une obligation de mentionner la créance garantie[137]. Dès lors, le caractère de l'accessoire est l'un des caractères les plus importants des sûretés réelles comme en témoigne la fonction d'une sûreté réelle dont l'existence dépend de la relation qui existe entre les obligations qui découlent de la créance principale. Sans une telle relation entre le créancier et le débiteur, une sûreté réelle ne saurait exécutée, et est, donc, sans valeur[138].

75.En annonçant que le contrat constituant la sûreté réelle est un contrat accessoire du contrat principal qui fait naître la créance garantie, la loi chinoise n'a jamais directement indiqué que ce contrat accessoire doit être né concomitamment ou après la naissance du contrat principal. C'est la phrase suivante – « *La nullité du contrat*

---

[134] V. en ce sens : P. Crocq, « Le principe de spécialité des sûretés réelles : chronique d'un déclin annoncé », *Dr. & Patri.* Avril 2001, p. 60 : « *ce serait oublier, d'une part, que la question de la spécialité se pose lors de la constitution de la sûreté alors que la question du caractère accessoire concerne bien d'avantage la réalisation de celle-ci et, d'autres part, et surtout, que notre droit connaît (…) le cautionnement omnibus, donné pour toutes dettes présentes et à venir (…). Or, le cautionnement omnibus (…) [est un] droit accessoire. Ce simple constat permet d'affirmer que le principe de spécialité n'est pas (…) un principe lié au caractère accessoire* ».

[135] C'est l'expression couramment utilisée par les législateurs du 2007 qui signifie exactement la même chose que « *créance garantie* » en France.

[136] Art. 172, al. 1er, de la LDR.

[137] Art. 185 de la LDR pour les hypothèques ; Art. 210 de la LDR pour les gages.

[138] WU Qian (dir.), *Property Law of the People's Republic of China, Commentary & Application*, Law Press, China, p. 467.

principal rend nul le contrat de sûreté, sauf les dispositions légales contraires »[139] – qui nous fait déduire logiquement une telle exigence. Mais, il arrive que la sûreté réelle mobilière conventionnelle soit régulièrement signée par les parties, mais que le contrat de crédit n'est pas encore conclu. Le contrat principal n'est pas valide, tant pour les parties que pour les tiers. Est-ce que dans cette hypothèse nous pouvons dire que la sûreté réelle conventionnelle est nulle ou suspendue du point de vue de ses effets ? Sans aller trop loin, nous pouvons, au moins, logiquement dire que la validité de cette convention n'est pas exempte de vice, à cause d'absence d'objet.

76.Nous voyons, au moins théoriquement, que la naissance de la sûreté réelle conventionnelle portant sur les biens mobiliers est étroitement dépendante à la naissance de la créance garantie. La théorie est la même en droit français et en droit chinois. En effet, à cause de cette dépendance et aussi du caractère exclusif du lien entre la sûreté réelle et la créance garantie, cette première est étroitement attachée à la seconde en cas de transmission de cette dernière.

Section 2 – La maxime *accessorium sequitur principle* au moment de la transmission de la créance garantie.

77.En France comme en Chine, au moment de la transmission de la créance, les accessoires de la créance seront transmis avec la créance. Ainsi l'article 1692 du Code civil[140] prévoit que « *la vente ou cession d'une créance comprend les accessoires de la créance, tels que caution, privilège et hypothèque* ». Nous comprenons bien que

[139] Art. 172, al. 1er, de la LDR.

[140] Comp. avec les nouvelles dispositions du Code civil à l'issu de l'ordonnance du 10 février 2016 portant sur la réforme du droit des obligations. A partir du 1er octobre 2016, la nouvelle disposition qui sert du fondement du principe de l'accessoire sera incoporée dans l'article 1321 du Code civil. Par son 3ème alinéa, le législateur dispose que « Elle (la cession de créance) s'étend aux accessoires de la créance.

cette liste d'accessoires de la créance n'est pas une liste exhaustive[141]. Tous les accessoires de la créance seront transmis avec la créance, sauf en cas de dispositions conventionnelles ou légales contraires. Mais le législateur a supprimé purement et simplement cette liste dans la réforme du 10 février 2016. Le nouveau texte servant de fondement au principe de l'accessoire prévoit tout simplement que « *elle s'étend aux accessoires de la créance* ». Et, en droit chinois, l'article 192 de la LDR ne fait que d'imposer l'application de cette règle d'une manière plus stricte. Il convient, alors, d'analyser, successivement, la maxime *accessorium sequitur principale* dans la transmission de créance garantie dans le système français (§1) et le système chinois des sûretés réelles mobilières (§2).

§1 – La transmission des accessoires avec la créance en France

78.**La justification de l'application de la règle de la transmission des accessoires des sûretés réelles traditionnelles.** – L'application de la règle de la transmission des accessoires des sûretés réelles traditionnelles a été justifiée par les buts qu'elle poursuit. En effet, les avantages procurés par la transmission de plein droit des accessoires de la créance sont nombreux. D'abord, elle favorise l'intervention des tiers qui acceptent de désintéresser le créancier en se faisant subroger dans ses droits[142] ; ensuite, elle a pour effet de favoriser le crédit par mobilisation et le refinancement des entreprises, ce qui, en période de crise, facilite la vie des entreprises[143] ; et, enfin, de manière plus générale, il est économiquement plus satisfaisant que l'accessoire se transmette automatiquement avec la créance[144].

79.**Question particulière d'une transmission de la propriété-sûreté. –** Cependant, il peut arriver dans une situation déterminée qu'elle soulève une question particulière .

[141] Par exemple, en cas de cession de créance, le débiteur peut invoquer contre le cessionnaire les exceptions d'inexécution inhérentes à la dette même si elles sont apparues postérieurement à la notification de la cession (Com., 12 jan. 2010, *Bull. civ.* IV, n° 2 ; *D.* 2010, 266, obs. Delpech).
[142] C. Juillet, *Les accessoires de la créance*, préf. C. Larroumet, t. 37, Collection des thèses, Defrénois 2009, n° 436, p. 263.
[143] C. Juillet, *Les accessoires de la créance*, préf. C. Larroumet, t. 37, Collection des thèses, Defrénois 2009, n° 437, p. 263.
[144] C. Juillet, *Les accessoires de la créance*, préf. C. Larroumet, t. 37, Collection des thèses, Defrénois 2009, n° 438, p. 264.

Il en est ainsi dans le cas d'une transmission de propriété qui intégre une sûreté. En France, concernant les sûretés réelles traditionnelles (lorsque le débiteur conserve toujours la propriété de l'assiette), une telle transmission des accessoires avec la créance ne se pose pas de problème[145], mais quant à une propriété-sûreté, il faut se demander si la propriété « réservée » ou « transférée » à titre de garantie sera aussi transmise avec la créance. Une telle question n'est pas une question purement théorique, elle est bien pragmatique parce qu'une telle hypothèse se pose souvent dans la réalitéet cela arrive souvent, notamment dans le domaine de la cession de véhicule. Un concessionnaire va céder une voiture à une personne, physique ou morale, en lui offrant des échéances de paiement, avec, bien entendu, une clause de réserve de propriété portant sur l'objet de vente. Ensuite, ce concessionnaire va céder une telle créance sur le prix de vente à un établissement de crédit. En cas de défaillance de la personne débitrice, la banque va demander la restitution du véhicule qui est entre les mains de cette première tout en prétendant qu'elle est le propriétaire véritable, parce que le droit de propriété lui est transmis avec la créance. En effet, pour résoudre ce problème, certains auteurs ont essayé de justifier cette transmissibilité en démontrant que la réserve de propriété répondait bien à la notion large de l'accessoire de la créance[146]. Bien que certains auteurs aient souligné que le droit de propriété était par sa nature rebelle au rôle d'accessoire d'un droit personnel[147], la Haute Juridiction s'est prononcée dans ce sens par plusieurs arrêts rendus en 1988[148]. Aujourd'hui, cette question ne se pose plus[149]. Le nouvel article 2367 du

---

[145] V. sur la justification de la transmission des accessoires : C. Juillet, *Les accessoires de la créance*, préf. C. Larroumet, t. 37, Collection des thèses, Defrénois 2009, n° 423 et s., p. 253 et s. Selon cet auteur, la transmission des accessoires est nécessaire au regard de la personne du créancier, tel que les salariés et le trésor public.

[146] Sur cela : M. Cabrillac, « Les accessoires de la créance », *in Mélanges A. Weill*, Dalloz-Litec, 1983, p. 107 et s.

[147] Ghestin J., « Réflexions d'un civiliste sur la clause de réserve de propriété », *D.* 1981, chron. 1, p. 1 et s. ; Ghozi A., « Nature juridique et transmissibilité de la clause de réserve de propriété », *D.* 1986, chr., p. 317.

[148] Cass. com., 15 mars 1988, n° 86-13.687, *RTD civ.* 1988, p. 791, obs. M. Bandrac ; *RD ban. et fin.* 1988, n° 8, p. 129, obs. F.-J. Credot et Y. Gérard ; *RD bancaire et fin.* 1988, n° 7, p. 103, obs. F. Dekeuwer-Defossez; *JCP G* 1989, II, 21348, note M.-L. Morançais-Demester ; *D.* 1988, jur., p. 330, note F. Pérochon ; *Banque* 1988, p. 699, obs. J.-L. Rives-Lange ; *Gaz. Pal*. 1988, 1, p. 244, note B. Soinne. – Cass. com., 11 juill. 1988, n° 87-10.834, *Bull. civ.* IV, n° 237, *RD ban. et fin.* 1988, n° 10, p.

Code civil issu de l'ordonnance du 23 mars 2006[150] consacre expressément la solution dans son alinéa 2 puisqu'il énonce « *la propriété réservée est l'accessoire de la créance dont il garantit le paiement* ». Ainsi, M. Juillet a pu rajouter que « *si la propriété fiduciaire n'a pas vocation à circuler seule, elle a, au contraire, une pleine vocation à circuler avec la créance qu'elle garantit* »[151]. Concernant la condition dans laquelle une sûreté réelle doit transmise avec la créance garantie, la jurisprudence applique la maxime accessorium sequitur principale lorsque l'accessoire paraît attaché à la personne du créancier, et que « *même s'il ne s'agit plus tout à fait d'une transmission accessoire, le principe de transmission avec la créance est reconnu* »[152]. Concernant les accessoires qui n'existent que par l'exercice d'un *corpus* sur la chose grevée, ancien gage de droit commun, antichrèse et droit de rétention, auxquels il convient d'ajouter l'aliénation fiduciaire d'une chose fongible dont la propriété ne se transfère qu'avec la remise de la chose, la transmission accessoire ne pose pas non plus de problème, malgré qu'« *elle aurait pu donner lieu à hésitation* »[153], parce qu'elle constitue une transmission de plein droit, ce qui signifie que la transmission accessoire est purement intellectuelle. Même s'il ne s'agit plus tout à fait d'une transmission accessoire, le principe de transmission avec la créance est reconnu, parce que « *l'obligation de délivrance va naître de plein droit par le seul effet de la transmission de la créance* »[154].

206, obs. F. Dekeuwer-Defossez ; *RTD com.* 1988, p. 656, obs. M. Cabrillac et B. Teyssié, ; *Rev. proc. coll.* 1989, p. 66, obs. Ph. Delebecque, *RTD com.* 1988, p. 698, obs. A. Martin-Serf, *Banque* 1988, p. 932, obs. J.-L. Rives-Lange.

[149] Les résistances dressées contre la transmission accessoire de la clause de réserve de propriété ont été combattues par la jurisprudence : J. Ghestin, « Réflexion d'un civiliste sur la clause de réserve de propriété », *D.* 1981, chron. 1, n° 33 et s. ; A. Gohzi, « Nature juridique et transmissibilité de la clause de réserve de propriété », *D.* 1986, chron. 317, p.320 et s.

[150] Ord. n° 2006-346, 23 mars 2006, *JO* 24 mars 2006.

[151] C. Juillet, *Les accessoires de la créance*, préf. C. Larroumet, t. 37, Collection des thèses, Defrénois 2009, p. 258, note de pas page n° 1132. Comp. P. Crocq, Propriété et garanties, préf. M. Gobert, LGDJ 1995, n° 158.

[152] C. Juillet, *Les accessoires de la créance*, préf. C. Larroumet, t. 37, Collection des thèses, Defrénois 2009, n° 428, p. 256.

[153] C. Juillet, *Les accessoires de la créance*, préf. C. Larroumet, t. 37, Collection des thèses, Defrénois 2009, n° 428, p. 256.

[154] C. Juillet, *Les accessoires de la créance*, préf. C. Larroumet, t. 37, Collection des thèses, Defrénois 2009, n° 428, p. 257.

80.**Transmission partielle.** – Ce qui pourrait donner lieu, encore une fois, à hésitation sur la transmission accessoire, c'est la transmission partielle de la créance. Lorsque la créance est cédée partiellement à un ou plusieurs créanciers ou lorsque l'accessoire garantit plusieurs créances dont seules quelques-unes sont transmises, on aurait également pu hésiter à admettre la transmission des accessoires. Au fond, l'accessoire conservant un intérêt pour le cédant, il aurait pu apparaître logique de lui maintenir son titre de bénéficiaire[155]. Pourtant, la jurisprudence a préféré adapter la transmission accessoire à ce cas de figure plutôt que de l'écarter[156]. Cette espèce concernait une hypothèque et la Cour de cassation décida que sauf clause de garantie de solvabilité, cédant et cessionnaire viennent en concours[157]. Cela suppose qu'ils sont devenus, par l'effet de la cession, co-titulaires de l'hypothèque, puisque l'indivisibilité de l'hypothèque s'oppose à ce que celle-ci se divise entre les deux créanciers[158]. Et de toute façon, si l'hypothèse se scindait en deux, nous ne comprendrions pas comment les deux pourraient venir au même rang. Ainsi, il convient de reconnaître que la transmission partielle de la créance n'a donc pas empêché la transmission de l'accessoire avec la créance[159].

§2 – La transmission des accessoires avec la créance en Chine

81.**Disposition légale.** – En Chine, la loi de 2007 (LDR) n'a pas expressément prévu, de manière générale, le caractère de l'accessoire des sûretés réelles mobilières en cas de cession de créance, mais le prévoit expressément dans les dispositions du régime

[155] *Contra* : estimant qu'en cas de cession partielle de la créance, les accessoires doivent passer au créancier dérivé : F.-X. Grignon-Derenne, *Contribution à l'étude des accessoires de la créance*, *th.* Paris II, 1999, n° 370.
[156] Civ., 29 mai 1866, *S.* 1866, 1, 393.
[157] La solution ne serait différente, qu'en cas de garantie de solvabilité présente et future ou en cas de subrogation qui ne peut nuire au subrogeant (Art. 1252 C. civ.).
[158] Sur ce rattachement de la solution de la Cour de cassation à l'indivisibilité de l'hypothèque, V. H., L. et J. Mazeaud et F. Chabas, par Y. Picod, *Sûreté-Publicité foncière*, Montchrestien, 7e éd., 1999, note 1 sous n° 607.
[159] Même sens : C. Juillet, *Les accessoires de la créance*, préf. C. Larroumet, t. 37, Collection des thèses, Defrénois, 2009, n° 431, p. 260.

l'hypothèque[160]. Ainsi, l'article 192 de la LDR prévoit que : « *l'hypothèque (*la sûreté réelle sans dépossession*) ne saurait être transmise indépendamment de la créance garantie ou être utilisée pour la garantie d'autres créances. En cas de transmission de la créance (*principale*), l'hypothèque est transmise avec la créance, sauf en cas de dispositions, légales ou conventionnelles, contraires* ». C'est dans la loi des contrats du 15 mars 1999[161] que les législateurs ont prévu, de manière générale, que les accessoires de la créance seront transmis avec la créance.

82.**Hésitation théorique de l'extension.** – Ici, la législation chinoise n'a pas utilisé l'expression « les accessoires de la créance », mais « *les droits accessoires de la créance* ». Au regard de la notion de l'accessoire de la créance en droit français, les deux expressions signifient exactement la même chose, parce que l'accessoire de la créance, en droit français, est strictement un droit. La seule différence, ici, c'est le domaine d'application de l'accessoire de la créance. Parce qu'en Chine, il n'y a pas de notion de l'accessoire de la créance, ni dans les textes légaux ni dans la doctrine. Donc, il est logique de soumettre au pouvoir souverain des juges la possibilité de traiter cas par cas le contenu des « droits accessoires de la créance » en cas de conflit. Une telle absence de fixation du contenu des « droits accessoires de la créance » va poser certaines questions dans l'application des règles légales. Ainsi, l'extenstion du domaine d'application de la dispostion de l'article 192 de la LDR n'est pas certaine.

83.**Vers une généralisation.** – *De lege lata*, il n'existe que trois grandes catégories de sûretés réelles mobilières : les sûretés réelles sans dépossession, les sûretés réelles avec dépossession et le droit de rétention. Seulement, dans la première catégorie des sûretés réelles, la loi a expressément prévu le principe selon lequel elle sera transmise avec la créance en application de la maxime *accessorium sequitur principle*. Selon les dispositions de l'article 81[162] de la loi du 15 mars 1999[163], cette règle de

[160] L'article 192 de la LDR prévoit l'application de la règle de l'accessoire en cas d'hypothèque.
[161] Art. 81 de la loi du 15 mars 1999 : « *En cas de cession de la créance par le créancier, le cessionnaire va aussi obtenir les droits accessoires de la créance, sauf si ces droits sont exclusivement attachés à la personne du créancier* ».
[162] Art. 81 de la loi du 15 mars 1999 : «*En cas de cession de la créance par le créancier, le cessionnaire acquiert tous les droits accessoires de la créance, sauf les droits attachés à la personne*

l'accessoire doit s'appliquer pour toutes les sûretés réelles mobilières (les droits accessoires de la créance). Mais si la sûreté réelle suit la créance en cas de transmission, il ne va pas de soi dans toutes les hypothèses, au moins qu'une simple notification[164] au débiteur ne suffit pas à justifier la transmission du droit de rétention avec la créance, parce que le cessionnaire n'est pas en possession de la chose, objet de rétention. De surcroît, il semble que l'article 172 de la loi LDR ne vise que les sûretés réelles conventionnelles. Nous pouvons logiquement penser que le législateur chinois a exclu intentionnellement le droit de rétention dans le domaine des « droits accessoires de la créance », or le droit de rétention est une sûreté légale qui se diffère clairement avec les autres sûretés réelles conventionnelles. Une telle distinction entre les sûretés réelles conventionnelles et les sûretés réelles légales est toutefois fâcheuse, parce que sans la règle de l'accessoire, la circulation de la créance sera sans garantie, au moins pour celles qui sont garanties par un gage ou un droit de rétention. Nous acceptons plus difficilement une cession de créance sans garantie, au moins, qu'il semble que, une telle créance aura, en apparence, moins de valeur. Bien entendu, la cession de créance est devenue une pratique très courante dans la vie économique, et qu'elle permet une circulation plus rapide des capitaux. Il conviendra d'appliquer la règle de l'accessoire pour toutes les sûretés réelles en cas de cession de la créance.

84.*De lege ferenda*, en Chine, une disposition générale concernant l'application maximale *accessorium sequitur principle* en tant qu'un principe est nécessaire. Parce que, comme nous avons déjà expliqué, un bon système de droit de sûreté a besoin de prévisibilité encore plus forte, qui permet une sécurité juridique renforcée. Si nous pouvons logiquement considérer que le droit de rétention est une sûreté réelle qui est attachée étroitement à la personne du créancier rétenteur, en cas de cession de la créance, l'absence de créance garantie, pour le cédant, va justifier l'obligation de délivrer la chose retenue au propriétaire. Parce que le droit de rétention sera sans objet.

---

du créancier. »(债权人转让权利的，受让人取得与债权有关的从权利，但该从权利专属于债权人自身的除外。).

[163] La loi chinoise portant sur le droit des contrats (中华人民共和国合同法).

[164] Art. 80 de la loi chinoise du 15 mars 1999 exige la notification au débiteur dans la cession de créance.

85.En outre, dans le système chinois des sûretés mobilières, les textes légaux ne reconnaissent pas les propriétés-sûretés. Donc, la question sur la transmissibilité de la propriété avec la créance ne se pose pas encore. Mais, dans la pratique, les propriétés-sûretés existent déjà, les praticiens ont été beaucoup influencés par la législation anglo-saxonne, notamment par l'institution dite « mortgage ». Si, un jour, les propriétés-sûretés seront reconnues par la législation chinoise, il conviendra aussi de noter l'importance d'étendre le domaine d'application du principe de l'accessoire aux propriétés-sûretés.

Les sûretés réelles ne seront mises en place que si le débiteur avait une difficulté dans l'exécution de la créance garantie, parce qu'elles ont pour objet le service exclusif[165] de la créance. C'est, donc, en cas de la mise en danger à la créance par le débiteur que la sûreté réelle mobilière va être mise en place.

Section 3 – La nécessité de la défaillance du débiteur pour la mise en œuvre des sûretés mobilières.

86.A la différence de la garantie autonome[166], qui n'est pas directement liée avec l'échéance de la créance garantie, les sûretés réelles mobilières sont étroitement liées à la créance garantie. C'est la défaillance du débiteur qui peut générer le démarrage de la procédure de sa mise en œuvre.

87.**Disposition chinoise.** – En Chine, l'exigence de la défaillance du débiteur pour la mise en place des sûretés réelles mobilières fait partie de la définition elle-même. Ainsi la sûreté réelle sans dépossession a pu être définie comme : « *l'affectation d'un ou plusieurs biens, par le débiteur ou un tiers, pour la garantie de l'exécution de la créance, sans dépossession de ces biens, en accordant au créancier un droit de se faire payer par préférence sur ces biens en cas de défaillance du débiteur ou dans les*

[165] M. Cabrillac, « Les accessoires de la créance », *in* Mélanges A. Weill, 1983, Dalloz-Litec, p. 107 et s., spéc., n° 20, p. 115.
[166] Art. 2321 C. civ.

autres conditions prévues d'exécution de sûreté »[167], la sûreté chinoise avec dépossession comme « *l'affectation d'un ou plusieurs biens, par le débiteur ou un tiers, pour la garantie de l'exécution de la créance, avec dépossession de ces biens, en accordant au créancier un droit de se faire payer par préférence sur ces biens en cas de défaillance du débiteur ou dans les autres conditions prévues d'exécution de sûreté* »[168], et enfin, le droit de rétention comme un droit pour le créancier, en cas de non-paiement de la créance, de retenir la chose dont il a déjà régulièrement obtenu la détention, et de se faire payer par préférence sur cette chose, si les conditions prévues par la loi sont remplies[169].

88.**Exigence française.** – En France, les définitions légales des sûretés réelles mobilières n'exigent plus la défaillance du débiteur, mais cette exigence est inhérente au régime des sûretés réelles mobilières. Ainsi, l'article 2346 du Code civil prévoit qu' « *à défaut de paiement de la dette garantie, le créancier peut faire ordonner en justice la vente du bien gagé* ». Et que « *cette vente a lieu selon les modalités prévues par les procédures civiles d'exécution sans que la convention de gage puisse y déroger* ». L'article 2347[170] prévoit une autre possibilité d'exécution forcée pour le créancier gagiste, c'est l'attribution judiciaire. Les dispositions de ces deux articles constituent les moyens d'exécution du gage. Il convient de constater que l'exigence de la défaillance du débiteur, ou bien plus précisément, le défaut de paiement de la dette garantie fait partie des conditions d'exécution des sûretés réelles, et que le législateur français ne s'embête pas de répéter dans le détail pour chaque sûreté réelle mobilière[171].

89.**Exceptions.** – Mais, il convient de constater que la défaillance du débiteur n'est pas indispensable pour l'exécution d'une sûreté réelle mobilière, parce que les parties

---

[167] Art. 179 de la LDR.
[168] Art. 208 de la LDR.
[169] Art. 230 de la LDR.
[170] Art. 2347 C. civ. : « *Le créancier peut aussi faire ordonner en justice que le bien lui demeurera en paiement* ».
[171] Par exemple, l'article 2365 du Code civil prévoit qu' *« en cas de défaillance de son débiteur, le créancier nanti peut se faire attribuer, par le juge ou dans le conditions prévues par la convention, la créance donnée en nantissement ainsi que tous les droits qui s'y rattachent* ». L'article 2371 du même code prévoit une telle exigence pour la propriété retenue ou cédée à titre de garantie.

peuvent prévoir des autres conditions qui autorisent le créancier à exécuter ces sûretés réelles mobilières[172].

Section 4 – L'anéantissement des sûretés réelles mobilières en cas de la nullité ou l'extinction de la créance garantie.

90.Le régime de l'anéantissement des sûretés réelles mobilières ou de l'extinction de la créance garantie présente des similitudes au niveau de la finalité. Cependant, les mécanismes ou les moyens qui le prévoient reflètent des différences selon que l'on se situe en droit français ou chinois.

91.**En droit français.** – L'extinction de la sûreté réelle mobilière à cause de l'extinction de la créance garantie est depuis longtemps considérée comme l'application de la règle de l'accessoire[173]. Ce procédé, y est souvent appélé l'extinction par voie accessoire[174] ou à titre accessoire[175].Les auteurs ont pu souligner que c'est la nature d'accessoire qui désigne que le gage s'éteigne lorsque la créance qu'il garantit s'éteint pour une raison quelconque[176]. Par contre, une telle voie d'extinction n'est pas expressément prévue par le Code civil. C'est-à-dire qu'une telle règle peut s'appliquer en cas d'absence de dispositions conventionnelles contraires, mais rien n'empêche que les parties contractuelles y dérogent expressément dans leur convention.

---

[172] V. *infra* n°559 et s. (la partie portant sur la liberté contractuelle).
[173] En ce sens : Y. Picod, *Droit des sûretés*, 2e éd. 2011, n° 210, p. 209 ; M. Bourassin, V. Brémond, M.-N. Jobard-Bachellier, *Droit des sûretés*, 3e éd. 2012, Sirey, n° 1716, p. 447 ; M. Cabrillac, Ch. Mouly, S. Cabrillac, Ph. Pétel, *Droit des sûretés*, 9e éd., 2010, Litec, n° 756, p. 567.
[174] Y. Picod, *op. cit.*, n° 210, p. 209 ; M. Bourassin, V. Brémond, M.-N. Jobard-Bachellier, *Droit des sûretés*, 3e éd. 2012, Sirey, n° 1716, p. 447.
[175] M. Cabrillac, Ch. Mouly, S. Cabrillac, Ph. Pétel, *Droit des sûretés*, 9e éd., 2010, Litec, n° 756, p. 567.
[176] M. Cabrillac, Ch. Mouly, S. Cabrillac, Ph. Pétel, *Droit des sûretés*, 9e éd., 2010, Litec, n° 756, p. 567. Et en même sens : Y. Picod, *op. cit.*, n° 210, p. 209.

92.**En droit chinois.** – En Chine, L'article 177 de la LDR prévoit expressément que les sûretés réelles s'éteignent lorsque la créance garantie est éteinte[177]. Une telle voie d'extinction est générée par la nature d'accessoire de la sûreté réelle[178]. Ici, l'extinction de la créance garantie va produire l'effet de l'extinction de la sûreté réelle qui la garantit, mais nous ne demandons pas le moyen d'extinction[179]. En effet, une telle disposition ne fait que résumer les dispositions des articles 52, 58, 73, 74 et 88 de la loi chinoise de 1995[180] portant sur le droit des sûretés.

Il n'y a pas d'exceptions expressément prévues par la loi de l'application de cette règle de l'accessoire. C'est-à-dire qu'en Chine, les sûretés réelles s'éteignent lorsque la créance garantie est anéantie de quelque raison que ce soit.

93.De surcroît, la loi chinoise de 2007 a prévu expressément qu'en cas de nullité du contrat qui fait naître la créance principale, ou bien du contrat principal, la sûreté réelle conventionnelle est nulle[181]. La nullité de la sûreté réelle, dans cette hypothèse, se comprend facilement, parce que le contrat sera sans objet, il n'y aura pas de créance à garantir. Pourtant, comme en droit français, il est toujours concevable que les parties contractantes prévoient expressément l'exclusion de ce principe en cas d'extinction ou la nullité de la créance garantie que nous allons développer ultérieurement.

En un mot, la sûreté réelle mobilière s'éteigne, par principe, avec la créance garantie.

---

[177] Art. 177 de la LDR : « *La sûreté réelle s'éteint dans les conditions suivantes :1) L'extinction de la créance principale ; 2) L'exécution de la sûreté réelle ;3) L'abandon de la sûreté réelle par le créancier bénéficiaire ; 4)Les autres conditions de l'extinction prévues par les lois* ».

[178] WU Qian, *Property law of the People's Republic of China, Commentary & Application*, Law Press, China, p. 480.

[179] WU Qian, *Property law of the People's Republic of China, Commentary & Application*, Law Press, China, p. 481.

[180] La loi du 30 juin 1995, qui est la première loi qui, de manière générale, rassembler et disposer les règles du droit des sûretés, personnelles et réelles.

[181] Art. 172 de la LDR.

Conclusion du Chapitre 1

94.En tant qu'accessoire de la créance par définition, la sûreté réelle mobilière est caractérisée par l'application générale du principe de l'accessoire. Une telle application générale du principe est recommandée non seulement par la notion même de la sûreté réelle, mais aussi par la nécessité de la sécurité juridique qui garantit l'ordre économique et social.

Il est important de souligner que la validité d'un accessoire est subordonnée à l'existence et à la validité d'un principal. Selon cette logique, il convient d'admettre qu'une sûreté réelle ne saurait être créée indépendamment de la créance garantie. Il n'est donc pas difficile de comprendre cette exigence tant en droit français qu'en droit chinois, parce qu'une sûreté réelle est au service exclusif de la créance garantie et sans cette dernière la première n'aura pas d'intérêt à exister.

L'application de la règle de l'accessoire au moment de la transmission de la créance garantie est concrétisée par l'adage « *accessorium sequitur principale* ». C'est-à-dire qu'une sûreté réelle va être transmise de plein droit avec la créance garantie.

Conformément à la théorie de l'accessoire des créances, un accessoire de la créance est un droit complémentaire du droit de la créance. Ainsi, il est logique dans ce cas, en cas de défaillance du débiteur que le créancier demande la réalisation de la sûreté réelle.

Enfin, l'extinction de la créance qui fait éteindre la sûreté réelle constitue aussi l'effet juridique de l'application de la règle de l'accessoire. Dans cette hypothèse, la sûreté réelle sera éteinte par voie d'accessoire.

95.Mais, l'application stricte de la maxime *accessorium sequitur princiaple* ne correspond pas toujours à l'exigence de la justice dans la vie quotidienne. C'est la raison pour laquelle, le régime de l'accessoire de la créance doit être un régime flexible. Autrement dit, son exclusion est possible si elle est nécessaire.

Chapitre 2 – Un régime caractérisé par la flexibilité notable

96.En lisant les dispositions légales, chinoises comme françaises, nous pouvons facilement constater qu'il existe des exceptions au principe de l'accessoire. Elles peuvent être légales [182], judiciaires et conventionnelles [183]. Les exceptions de l'application de la maxime *accessorium sequitur principaple* sont souvent légitimées par l'équité de l'opération ou l'efficacité de la sûreté réelle. En outre, l'écart de l'application de ce principe peut être aussi justifié par la nécessité de la lutte contre la fraude de la loi[184].

Dans ce chapitre de la recherche, il est opportun de présenter de manière comparative, en droit français et en droit chinois, l'exclusion de l'application de la règle de l'accessoire qui est imposée aux parties. Dans la second sous partie, nous aborderons l'exclusion voulue par les parties la relation entre la liberté et les s^ùretés réelles portant sur les biens mobiliers. L'écart d'application de la règle accessoire a principalement pour objet la préservation des règles qui sont d'une valeur supérieure : l'équité de l'opération envisagée (Section 2) et l'efficacité [185] de la sûreté réelle (Section 1).

[182] Nous allons d'abord traiter les exceptions légales dans cette partie.
[183] V. *infra* Sous-Partie 2.
[184] Par exemple, l'application de la règle de l'accessoire ne saurait être l'outil pour un enrichissement sans cause (Civ. 2e, 27 février 2014, 13-10.891 (n° 310 F-P+B), *D.* 2014, p. 1081, obs. D. R. Martin).
[185] Encore une fois, nous soulignons l'importance l'efficacité de la sûreté réelle, qui va diriger l'évolution du droit des sûretés réelles.

Section 1 – L'éviction de la règle de l'accessoire au profit du maintien l'efficacité de la sûreté réelle

97.Si bien que l'application de la règle de l'accessoire correspond, dans la plupart des cas, à la nécessité économique et aussi à la volonté des parties conventionnelles, elle peut produire des résultats pratiques insatisfaisants dans des hypothèses particulières. Ce résultat peut même limiter l'efficacité de la sûreté réelle. Nous prenons deux exemples, dont l'un montre la possible exclusion de la règle de l'accessoire au profit de l'efficacité des sûretés réelles imposées par le législateur (§1), et l'autre correspond à une exclusion imposée par la jurisprudence (§2).

§1 – L'exclusion de la règle de l'accessoire au profit du maintien de l'efficacité des sûretés réelles imposées par le législateur

98.**Conséquence d'application de la règle de l'accessoire.** – A la différence avec les sûretés personnelles, en droit français, une sûreté réelle est traditionnellement une garantie portant sur un bien appartenant au débiteur[186]. Il est donc couramment admis de penser que le droit pour le créancier titulaire d'une sûreté réelle de réaliser cet accessoire de la créance soit suspendu en même temps que le droit de poursuite personnelle. Si le créancier perd temporairement son droit de poursuite personnelle contre le débiteur, il perd aussi, temporairement, le droit d'exercer son droit de mettre en œuvre la sûreté réelle qui dépend de l'exercice du droit de créance. C'est en application de la règle de l'accessoire que le créancier se voit privé temporairement le droit à la réalisation de la sûreté réelle.

[186] J.-J. Ansault, *Le cautionnement réel*, préf. P. Crocq, Defrénois, 2009, n° 40 et s. selon lequel les sûretés réelles sont historiquement façonnée pour garantir la dette du constituant. Autrement dit, elles sont traditionnellement constituées sur le bien du débiteur.

99.Par contre, une sûreté réelle, aux termes des dispositions du Code civil après la réforme de 2006, peut être constituée tant pour soi-même que pour un au autrui. C'est-à-dire que le débiteur peut fournir à son créancier une sûreté réelle portant sur son propre bien, ou une sûreté réelle portant sur un bien d'un tiers. C'est dans cette dernière hypothèse que l'application de la règle de l'accessoire va produire un résultat insatisfaisant.

100.**Exclusion française par le législateur favorisant l'efficacité de sûreté réelle.** – En droit français, la sûreté réelle pour autrui, anciennement appelé cautionnement réel, est devenue une véritable sûreté réelle à l'issue de la réforme qui a abaissé le débat doctrinal sur la nature juridique du « cautionnement réel »[187]. Selon la disposition de l'article 2334 du Code civil qui est consacré particulièrement àla sûreté réelle pour autrui, le caractère réel de l'engagement du tiers constituant ne fait pas de doute. La qualification de sûreté réelle du « cautionnement réel » est de lourde conséquence : seulement les règles de sûreté réelles sont applicables. En se basant sur cette qualification, la Cour de cassation a refusé, à multiple reprises, l'application des règles du cautionnement de droit commun.

101.Cela étant, en application de la règle de l'accessoire, le créancier n'allait pas pouvoir réaliser la sûreté réelle dont il est titulaire en cas d'ouverture d'une procédure de sauvegarde, de redressement ou de liquidation judiciaire, même si celle-ci est constituée sur un bien appartenant au tiers garant. Autrement dit, ce tiers garant peut ne pas engager sa responsabilité de garantie en cas d'insolvabilité du débiteur. Il est assez surprenant d'observer qu'un tiers garant tenu d'un engagement personnel va exécuter l'obligation de paiement en cas d'insolvabilité du débiteur principal[188], alors qu'un tiers garant tenu d'un engagement réel pouvait ne pas répondre de son engagement.

---

[187] Sur une présentation du débat doctrinal sur la nature juridique du cautionnement réel en France, v. *infra* n° 1356 et s.

[188] Art. L. 626-11, al. 2, C. com. *Adde.* Com. 16 févr. 1993, Bull. Civ. IV, n° 58; Defrénois 1993, art. 35617, n° 95, note L. Aynès: « *Le redressement judiciaire du débiteur n'a pas pour effet de suspendre les poursuites dirigées contre la caution solidaire* ». Mais le tribunal pourrait souverainement décider un sursis, jusqu'à ce que la créance principale soit vérifiée, s'il existe un risque de rejet.

102.Ainsi, pour certains, le droit de poursuite contre la caution est autonome[189] lorsque la caution est une personne morale[190], il n'est pas en dépendance de la créance garantie. L'exclusion de la règle de l'accessoire est consacrée directement par le législateur français[191]. C'est-à-dire que la caution personnelle, personne morale, ne bénéficie pas de délai de grâce, de moratoires ou de suspension des poursuites[192]. D'ailleurs, la caution ne bénéficie non plus de la suppression de la créance garantie en cas de clôture de la liquidation pour insuffisance d'actif[193] car celle-ci n'entraîne pas l'extinction de la dette du débiteur principal en « faillite »[194].

103.Avant qu'une consécration législative ne réglemente cette situation, cette solution imposée par le législateur devrait être étendue, par analogie, au cautionnement réel, parce que la caution réelle est dans exactement la même situation qu'une caution personnelle. Par conséquent, il n'y a pas de raison particulière qui pourrait justifier une solution différente.

104.Face à ce vide juridique, c'est enfin l'ordonnance n° 2008-1345 du 18 décembre 2008 qui a fait étendre les mêmes règles en matière de sûreté réelle pour autrui en employant l'expression « les personnes « *ayant affecté ou cédé un bien en garantie* »[195] tout en respectant la distinction entre les personnes physiques et les personnes morales. Autrement dit, la caution réelle peut bénéficier la suspension des poursuites individuelles et l'arrêt du cours des intérêts si elle est personne physique,

---

189189 V. par ex. L. Aynès et P. Crocq, *Les sûretés, La publicité foncière*, 6e éd. Defrénois, 2012, n° 140 et s. p. 44 et s.

190 Par contre, lorsque la caution personnelle est une personne physique, elle peut se prévaloir d'une part, de la suspension des poursuites individuelles ne cas de sauvegarde et de redressement judiciaire et, d'autre part, de l'arrêt du cours d'intérêts en cas d'ouverture d'une procédure de sauvegarde ou de liquidation judiciaire aux termes des articles L. 622-28, L. 631-14 et L. 641-3 du Code de commerce.

191 En ce sens v. aussi Ch. Juillet, *Les accessoires de la créance*, préf. Ch. Larroumet, Defrénois 2009, n° 488 et s. p. 297 et s.

192 L. Aynès et P. Crocq, *Les sûretés, La publicité foncière*, 6e éd. Defrénois, 2012, n° 141, p. 44 et s.

193 Art. L. 643-11, C. com. En effet, il en va de même en cas d' « effacement » partielle ou totale de la dette garantie en cas de procédure de surendettement (art. L. 332-9, C. consom.). Par contre, en modifiant les dispositions concernant les procédures collectives, le législateur a, apparemment, oublié une procédure équivalente particulièrement établie pour les personnes physiques, ainsi, l'article L. 332-9 ne vise que la caution personnelle et les coobligés. Pourtant, il semble que cette solution devrait s'étendre au cautionnement réel.

194 Civ. 2e, 17 janv. 2007, et Com., 13 mars 2007, *D.* 2008, 576, obs. P.-M. Le Corre.

195 Art. L. 622-28, L. 626-11, L. 631-14, L.631-20, C. com.

sinon elle ne peut pas bénéficier. C'est-à-dire que la caution réelle doit, par principe, réaliser la sûreté réelle en cas d'ouverture d'une procédure de sauvegarde ou de redressement ou liquidation judiciaire, et la qualité de personne physique justifie des règles particulières. Par contre, les bénéfices des cautions réelles personnes physiques prévus par ces textes légaux n'ont pas pour objet de la préservation de la règle de l'accessoire[196]. En réalité, il s'agit d'atteindre un objectif jugé supérieur à celui de l'efficacité de la sûreté réelle pour autrui. Puisque la règle de l'accessoire est écarté afin d'obtenir un résultat pratique plus satisfaisant que celui qui résulterait de son application, il est logique qu'elle soit réintroduite lorsqu' un nouvel impératif pratique supérieur ne peut être atteint que par cette règle[197].

105.**Exclusion chinoise envisageable.** – En droit chinois, le législateur n'a pas prévu de règles particulières pour le cautionnement réel dans le cas où le débiteur se trouve en faillite. Par contre, il semble que les règles du cautionnement devraient s'appliquer au cautionnement réel par analogie. L'article 92 de la Loi du droit de la faillite des entreprises (LDF) prévoit dans son second alinéa que les mesures arrêtées dans le plan d'une procédure de redressement, opposables à tous les créanciers du débiteur, n'empêchent à un créancier d'exercer son droit à l'encontre des cautions ou des coobligés du débiteur. Autrement dit, le droit de poursuite contre la caution est autonome par rapport àl'exercice du droit de la créance garantie. A la différence avec le droit français, la caution personne physique n'est protégée particulièrement par les textes légaux. Ainsi, une même solution devrait être retenue tant pour la caution réelle personne physique que pour la caution réelle personne morale. Pourtant, il convient de préciser l'application de cette règle à la caution réelle comme ce qui a été fait par le législateur chinois de 2007 sur le recours de la caution réelle au débiteur principal[198].

106.La réalisation d'une sûreté réelle pour autrui, ou le cautionnement réel, devant les procédures collectives constitue la première hypothèse dans laquelle l'exclusion de la

[196] En ce sens, Ch. Juillet, *Les accessoires de la créance*, préf. Ch. Larroumet, Defrénois 2009, n° 496, p. 301.
[197] En ce sens. Ch. Juillet, *Les accessoires de la créance*, préf. Ch. Larroumet, Defrénois 2009, n° 496, p. 301.
[198] Art. 176, LDR.

règle de l'accessoire est imposée par le législateur en vue de maintenir l'efficacité de la sûreté réelle. En effet, la règle de l'accessoire est exclue deux fois, d'abord par le droit autonome de la poursuite, et ensuite par la maintenance de la sûreté réelle en cas d'extinction de la dette garantie.

En effet, la seconde solution se trouve aussi en cas de la réserve de la propriété, mais cette fois ici, elle est imposée par la jurisprudence mais pas par le législateur.

§2 – L'exclusion de la règle de l'accessoire au profit du maintien de l'efficacité des sûretés réelles imposées par la jurisprudence

107.**Situation de la question.** – En application de la règle de l'accessoire, une sûreté réelle disparait en même temps que la créance garantie. C'est la raison pour laquelle la survie de la créance garantie est d'importance. Cela étant, en présence d'une procédure de rétablissement personnel du débiteur, la sûreté ne disparait que lorsque la créance ne fasse l'objet de mesures d' « effacement » total. Lorsque la sûreté réelle est constituée sur un bien appartenant au débiteur, la solution ne paraît pas étonnante parce que le bien affecté sera utilisé pour le désintéressement des créanciers du débiteur, sa disparition peut aussi être expliquée par la disparition de l'objet. Cette solution sera surprenante lorsque la sûreté réelle est constituée sur un bien n'appartenant pas au débiteur. Si la sûreté réelle est un cautionnement réel, le législateur a déjà donné la réponse, comme déjà expliqué dans le paragraphe précédent. Par contre, il est toujours question lorsque la sûreté réelle est une clause de réserve de la propriété[199].

108.**Arrêt du 27 février 2014.** – Par un arrêt tout récent, la Cour de cassation[200] a posé le principe selon lequel : « *la sûreté réelle est maintenue malgré l'effacement de la dette garantie. La cour a souligné que le créancier est en droit de demander la*

[199] Pourtant il ne faut pas oublier que la réserve de la propriété est qualifiée de l'accessoire de la créance garantie par l'article 2367, al. 2, du Code civil.
[200] Civ. 2e, 27 févr. 2014, n° 13-10.891, JurisData n°2014-003260, *RD ban. et fin.* n° 3, mai 2014, comm., 113, commentaire S. Piedelièvre.

restitution du bien au titre de la réserve de propriété dont il est bénéficiaire ». Autrement dit, l'application de la régle de l'accessoire est ainsi écartée.

En l'espèce, un jugement avait ouvert au bénéfice de Mme X... une procédure de rétablissement personnel qui avait été clôturée pour insuffisance d'actif avec effacement de la dette contractée auprès de d'une société de crédit pour l'acquisition d'un véhicule automobile grevé, par subrogation conventionnelle, d'une clause de réserve de propriété à son profit. La société de crédit avait sollicité l'appréhension du véhicule. Les juges du fond ont fait droit à sa demande. Mme X... s'est pourvue en cassation en faisant valoir que lorsque la créance disparaît, la garantie qui en dépend doit également disparaître. En conséquence, l'extinction de la créance de prix entraîne par conséquent celle de la réserve de propriété qui y est attachée. Or en l'espèce, la procédure de rétablissement personnel de Mme X... a conduit à l'extinction de la créance de prix sur le véhicule ; cette extinction devait entraîner celle de la clause de réserve de propriété.

109.La Cour de cassation rejette le pourvoi aux motifs « *qu'ayant retenu à bon droit que l'extinction de la créance de la société C., du fait de l'effacement des dettes de Mme X..., consécutif à la clôture pour insuffisance d'actif de la procédure de rétablissement personnel dont elle avait bénéficié, n'équivalait pas à son paiement de sorte que le transfert de propriété ne pouvait être intervenu au profit de l'acquéreur, la cour d'appel a, par ces seuls motifs, légalement justifié sa décision* ».

110.**Logique de la solution.** – La solution adoptée est tout à fait logique. Selon l'article 2367 du Code civil, la propriété d'un bien peut être retenue en garantie par l'effet d'une clause de réserve de propriété qui suspend l'effet d'un contrat translatif jusqu'au paiement complet du prix qui en constitue la contrepartie. Elle s'analyse en un accessoire de la créance. Le vendeur impayé aura la possibilité de revendiquer le bien dont il est toujours propriétaire. L'efficacité de cette sûreté réelle dépend du caractère exclusif du droit de propriété dont le créancier réservataire est titulaire. Nous ne voyons pas pourquoi l'extinction d'une créance ferait perdre son droit de propriété au bénéficiaire de la clause. Le transfert de la propriété est subordonné au paiement intégral du bien, objet du contrat de vente. Or du fait de la procédure de

rétablissement personnel, il y a eu extinction de la créance, sans qu'il y ait eu satisfaction du créancier.

Pourrait-on aussi retenir par cette décision que la règle de l'accessoire est logiquement écartée au profit de l'efficacité de la réserve de la propriété ? En effet, la solution retenue par la Cour de cassation peut aussi être interprétée comme une exclusion de la règle de l'accessoire en vue de maintenir l'équité globale de l'opération. A l'inverse, en retenant une solution contraire, cela reviendrait à donner à une personne, la possibilité d'obtenir la propriété d'un bien sans l'éxécution d'une obligation conventionnelle qui résulte de son consentement. A ce titre, le transfert de propriété serait admise à l'absence du paiement complet du prix de vente. Cette manière de voir ne correspond pas aux buts poursuivis par l'équité globale de l'opération et non plus à la force obligatoire du contrat.

111.**Une solution chinoise inverse retenue en matière de la réserve de propriété.** – En droit chinois, comme ce qui sera expliqué dans le titre consacré au principe de la proportionnalité, le créancier ne peut pas demander la restitution du bien affecté par une clause de la réserve de propriété dès lors que le débiteur est en défaillance. La réussite de cette demande de la restitution suppose aussi que la somme payée par le débiteur ne dépasse pas trois quart du prix de vente[201]. Sinon, le créancier peut toujours demander la restitution du bien, parce que le prix de vente n'est pas complètement payé. Nous ne voyons pas comment la solution pourrait être autrement lors que le débiteur acquéreur est en défaillance et les autres conditions d'exercice de la demande de la restitution sont réunies. En outre, l'insolvabilité du débiteur va justifier une solution différente parce qu'il est fort probable qu'il ne pouvait payer le créancier réservataire malgré un délai de grâce. L'interdiction pour le créancier réservataire d'exercer son droit à demander la restitution, non à titre de la réalisation de la sûreté réelle, mais vraiment en tant que le propriétaire du bien va indirectement admettre le transfert de la propriété malgré un paiement incomplet[202]. Aussi, cette solution va causer un enrichissement sans cause si le créancier perd tous ses moyens à

[201] Art. 36, EJ 2012 (8).

[202] Parce que le débiteur a quand payé une somme correspondant à plus de trois quart du prix de vente.

effectuer la poursuite contre le débiteur. S'il garde son droit de poursuivre le débiteur mais pas le droit à demander la restitution du bien, il va devenir un créancier chirographaire du débiteur. Ainsi le créancier perd un droit exclusif garantissant son droit de créance sans qu'il l'ait volontairement voulu. Par contre, dans cette hypothèse, il n'existe pas un intérêt plus important à protéger au détriment de l'équité qui est toujours cherché par le législateur et les magistrats.

La solution proposée par les magistrats chinois est contraire à celle de la Cour de cassation française susvisée. La première met en avant la proportionnalité en sacrifiant l'efficacité de la sûreté réelle et même le principe de l'accessoire, alors que la seconde met l'accent sur l'efficaité de la sûreté réelle en excluant la règle de l'accessoire. Il sera pourtant absurde à concevoir, pour nous, une sûreté qui n'assure par une sûreté pour ceux qui en prétendent leur effet.

Conclusion de la Section 1

112.L'éviction de la règle de l'accessoire au profit de l'efficacité de la sûreté réelle se trouve notamment dans les hypothèses où le droit du créancier d'exercer son droit de créance est empêché soit par la suspension de droit de poursuite individuelle soit pas l'anéantissement forcé de la créance. L'éviction de cette règle est possible lors que l'assiette de la sûreté réelle existe, et que l'interdiction de la réalisation de la sûreté réelle n'est pas d'ordre public. Ainsi, la réalisation de la sûreté réelle pour autrui et la réserve de la propriété est possible malgré la suspension du droit de poursuite individuelle ou l'effacement partiel ou total de la dette garantie.

Si bien qu'une même solution portant l'autonomie du droit de poursuite du créancier bénéficiaire d'une sûreté réelle pour autrui s'impose aussi en droit chinois, il semble que tout au moins qu'une précision par des textes légaux est toujours nécessaire. En cas d'effacement de la dette garantie, la maintenance de la réserve de la propriété peut être expliquée par une double logique : l'absence de transfert de la propriété en cas de paiement incomplet, d'une part, et un manquement de l'équité en cas de solution

inverse. La solution choisie par la Cour de cassation de 2014[203] est tout à fait justifiée que nous ne voyons pas de solution inverse possible. En droit chinois, une même solution s'impose. Parce que l'exigence du principe de la proportionnalité empêche l'exercice d'une action tendant à la restitution du bien grevé, or une sûreté réelle ne doit pas constituer un outil d'enrichissement sans cause. D'ailleurs, il semble que la disposition de l'article 36 de cette Explication judiciaire[204] de 2000 n'est applicable que lors que le débiteur est *in bonis* ; une solution contraire est possible et nécessaire lors que le débiteur est dans un état d'insolvabilité.

113.Une éviction du principe de l'accessoire peut avoir lieu non seulement pour maintenir l'efficacité de la sûreté réelle, elle le peut aussi au profit du maintien de l'équilibre global de l'opération.

[203] Civ. 2e, 27 févr. 2014, n° 13-10.891, arrêt préc.
[204] Une explication judiciaire est explication ordonnée par certains organes qui sert à clarifier les expressions obscures ou ambigues dans les lois chinoises. Certes, les explications judiciaires ne sont pas des lois, mais elles doivents être respectées au niveau judiciaires, comme les lois. Les juges peuvent citer directement les dispositions des explications judiciaires dans les jugements.

Section 2 – L'éviction de la règle de l'accessoire imposée aux parties au profit du maintien de l'équilibre global de l'opération

114.L'éviction de la règle de l'accessoire au profit du maintien de l'équilibre global peut être imposée par le législateur (§1) ou les juges. Il convient de présenter l'une après l'autre (§2).

§1 – L'éviction législative de la règle de l'accessoire au profit du maintien de l'équilibre global de l'opération

115.**Aménagement du principe de l'accessoire par l'ancien article 1299 du Code civil.** – En principe, l'effet extinctif de la compensation emporte la disparition des sûretés réelles et plus généralement de tous les accessoires qui étaient affectés aux créances réciproques. Cette solution est dans la logique de l'accessoire. Les accessoires de la créance périssent avec cette dernière, quelle qu'en soit la cause[205]. Cependant, il peut arriver que le bénéficiaire d'une de ces sûretés réelles paye son créancier réciproque dans une légitime ignorance de la cause de compensation. La compensation opérant de droit[206], il ne lui resterait plus à agir contre l'autre partie en répétition de l'indu. Sa propre créance ayant disparu par la compensation, c'est la seule voie qu'il lui reste. Mais en principe, cette créance de répétition ne bénéficie pas de sûretés réelles qui garantissaient sa créance primitive. Puisque son fait générateur, en l'occurrence le paiement indu, lui est propre, cette créance est nouvelle et de nature chirographaire. En somme, alors qu'il bénéficiait initialement d'une garantie, le *solvens* de bonne foi se trouve créancier chirographaire par l'effet de la règle de l'accessoire. L'équilibre initial est ainsi rompu et l'on constate combien le résultat pratique est insatisfaisant. Aussi, s'il avait une juste raison d'ignorer la cause de la compensation, il pourra, selon l'ancien article 1299 du Code civil, bénéficier « les privilèges ou hypothèques » qui garantissaient sa créance primitive. Au lieu de

[205] C. Juillet, *Les accessoires de la créance*, préf. C. Larroumet, t. 37, Collection des thèses, Defrénois 2009, n° 397, p. 238.
[206] Art. 1290, C. civ.

s'éteindre par voie accessoire, la sûreté réelle est ainsi reportée sur une autre obligation que celle à la garantie de laquelle elle était initialement affectée. De la sorte, le législateur français crée une entorse au régime de l'accessoire afin de maintenir l'équilibre entre les deux parties. Il assouplit le régime de l'accessoire afin d'obtenir un résultat pratique satisfaisant. D'ailleurs, cet assouplissement est assez sérieux dans la mesure où, derrière la fiction, les sûretés réelles peuvent subsister seules pendant un certain délai. En effet, puisque la créance de répétition de l'indu ne naît qu'avec le paiement indu[207], les sûretés réelles survivent sans support depuis la date de la compensation jusqu'à la date de ce paiement. Durant tout ce temps, il n'existe pas de créance principale servant de support d'un droit de préférence.

116.**Elargissement du domaine d'application possible.** – Il semble que la solution peut être étendue à toutes les sûretés réelles si bien l'article 1299 du Code civil ne vise que les privilèges et les hypothèques[208]. En effet, à partir du moment où la solution légale est plus satisfaisante que celle qui se découle d'une application stricte de la règle de l'accessoire, le bon sens milite pour son extension aux accessoires qui présentent des similitudes avec le privilège et l'hypothèque. Par analogie pourraient ainsi être reportés à la garantie de la créance de répétition de l'indu, le gage, le nantissement, la propriété réservée ou la fiducie-sûreté.

117.En effet, la sûreté réelle peut aussi reportée en cas de novation. Par contre, la réserve de la sûreté réelle admise par le législateur nécessite l'intervention de la volonté des parties. Autrement dit, le report n'est pas de droit si les parties n'ont pas expressément prévu la réserve de la sûreté réelle au moment de la novation. Nous choisissons ainsi de mettre cette éviction de la règle de l'accessoire dans la partie consacrée à la liberté contractuelle.

---

[207] Com., 5 juin 2007, *Bull. civ.* 2007, IV, n° 154.
[208] En ce sens, C. Juillet, *Les accessoires de la créance*, préf. C. Larroumet, t. 37, Collection des thèses, Defrénois 2009, n° 548, p. 333.

§2 – L'éviction prétorienne de la règle de l'accessoire au profit du maintien de l'équilibre global de l'opération

118.Dans deux hypothèses, la jurisprudence française s'est affranchie de la règle de l'accessoire afin de maintenir un équilibre dans la relation des parties contractuelles qui serait iniquement rompue par l'application de la règle de l'accessoire. Il s'agit d'une part, du maintien de l'aval en cas de remplacement d'un effet par un autre dans le but de réaliser une prorogation de terme (A) et, d'autre part, du maintien des sûretés réelles en cas de nullité du contrat de prêt (B).

A – Le maintien de l'aval par acte séparé en cas de remplacement d'un effet par un autre afin de réaliser une modification d'échéance

119.**Maintien de l'aval…** – L'aval est l'accessoire d'une obligation cambiaire. La logique de l'accessoire voudrait donc qu'il disparaisse avec celle-ci. Or, en raison de son caractère littéral, l'engagement cambiaire disparaît avec la destruction du titre le contenant. Le remplacement d'un effet par un autre afin de modifier la seule échéance réalise une opération proche[209] d'une novation laquelle emporte anéantissement des sûretés attachées à la créance primitive, sauf la possibilité de réserver les sûretés réelles. Dès lors, lorsqu'un effet est anéanti, ne serait-ce que pour en modifier l'échéance qui, en droit commun, ne remet pas en cause le cautionnement, l'aval devrait disparaître puisque l'obligation cambiaire elle-même disparaît. Pourtant, c'est un tout autre parti qu'adopte la jurisprudence puisqu'elle décide qu'en pareille hypothèse, l'aval, lorsqu'il est souscrit par acte séparé, est maintenu[210]. Au lieu de disparaître avec l'obligation cambiaire, l'aval va être reporté sur la nouvelle obligation cambiaire.

120**….au profit de l'équilibre d'opération.** – Très certainement, cette exception à la règle de l'accessoire est à nouveau justifiée par le souci d'obtenir un résultat plus

[209] Par contre, il ne s'agit pas de novation, parce qu'en droit commun, une modification d'échéance ne constitue pas vraiment une novation au sens de l'article 1271 du Code civil.
[210] Com., 12 juin 1978, *Bull. civ.* 1978, IV, n° 159 ; *RTD com.* 1979, p. 275, obs. M. Cabrillac et J.-L. Rives-Lange: « *Le donneur d'aval consenti par acte séparé reste tenu lorsque la lettre de change qu'il s'est engagé à payer n'a été remplacée par une autre que pour opérer un report d'échéance* ».

satisfaisant que celui que produirait l'application de la règle de l'accessoire. Il s'agit, pour la jurisprudence, de préserver l'équilibre de l'opération, équilibre qui serait injustement rompu si l'aval disparaissait alors que le remplacement d'un effet par un autre n'a d'autre finalité que de réaliser un simple report d'échéance et que la disparition de la précédente obligation résulte simplement de ce que l'obligation cambiaire à un caractère littéral. A titre de comparaison, en droit commun, la modification d'échéance de l'obligation principale ne décharge pas la caution, personnelle ou réelle. Au reste, la solution contraire constituerait un frein à l'octroi de délais par le créancier et serait contraire aux intérêts de crédits.

121.**Possible transposition de la solution française en Chine.** – En effet, nous ne voyons pas pourquoi une même solution ne doit pas être appliquée par les magistrats chinois. Parce que la Loi chinoise des billets à ordre (LB)[211] n'a prévu que deux voies de l'extinction de l'obligation cambiaire en dehors de la nullité de l'obligation cambiaire causée par défaut de mentions obligatoires : le paiement soit par le débiteur soit par l'aval[212] et la prescription des droits cambiaires[213]. Il est très certain qu'un effet de commerce peut être substitué par un autre pour le motif d'une modification de certaines mentions. Il pourrait arriver la même hypothèse que celle susvisée de la jurisprudence précitée. Ainsi, une même solution, semble-t-il, s'impose.

122.En effet, par cette solution, les intérêts du donneur d'aval ne sont pas remis en cause puisque, outre le fait que le quantum de son engagement n'est pas modifié, il bénéficie du recours avant paiement que lui ouvre l'article 2316 du Code civil, qui, pour nous, est aussi applicable au cautionnement réel. En plus, la solution doit être strictement cantonnée à l'hypothèse visée[214]. Ainsi, sous ce rapport, il est nécessaire qu'il y ait aval par acte séparé et modification de l'échéance par constitution d'un nouveau titre. D'une part, l'aval serait anéanti s'il avait été donné sur l'effet lui-même et le donneur d'aval ne pourrait être tenu de plein droit du nouvel effet qu'il n'a pas

[211] Loi du 10 mai 1995, entrée en vigueur le 1er janvier 1996.
[212] Art. 60, LB.
[213] Art. 17, LB.
[214] Ch. Juillet, *Les accessoires de la créance*, préf. Ch. Larroumet, Defrénois 2009, Doctorat & Notariat t. 37, n° 555, p. 337.

signé[215]. D'autre part, l'aval sur le titre ou par acte séparé ne serait pas modifié lorsque la modification de l'échéance intervient par biffage de l'échéance initiale puisqu'en ce cas, l'article L. 511-77 du Code de commerce[216] permet au donneur d'aval de se prévaloir de la mention biffée[217]. En droit chinois, l'aval est constitué nécessairement d'un acte séparé d'un effet de commerce, l'acte d'aval sera collé au dos du billet à ordre[218].

B – Le maintien des accessoires de la créance en cas de nullité du contrat de prêt

123.**La jurisprudence française.** – Lorsqu'un contrat est annulé, toutes les obligations qu'il avait fait naître sont anéanties rétroactivement. *Quod nullum est nullum producit effectum*. Toutefois, lorsque le contrat avait reçu un début d'exécution, voire une exécution totale, les obligations contractuelles laissent la place à de nouvelles obligations, celles de restituer. Or, dans les contrats dits de restitution, et spécialement dans le contrat de prêt que nous prendrons comme exemple, l'obligation de restituer la chose à la suite de la nullité présente la particularité d'être similaire à celle de restituer qui était née du contrat.

124.C'est en partant de cette particularité qu'une jurisprudence désormais bien établie, décide que la caution qui garantissait la dette de remboursement reste tenue de la dette de restitution consécutive à la nullité du prêt[219]. La solution n'est d'ailleurs pas propre au cautionnement et semble devoir être appliquée à tous les accessoires de la créance. Ainsi, après une hésitation demeurée inédite[220], la Cour de cassation a étendu la solution admise en matière de cautionnement aux hypothèses dans lesquelles le

---

[215] M. Cabrillac et J.-L. Rives-Lange, obs. sous Com., 12 juin 1978, *RTD com.* 1979, p. 275

[216] Art. L. 511-77, C. com. : « En cas d'altération du texte d'une lettre de change, les signataires postérieurs à cette altération sont tenus dans les termes du texte altéré ; les signataires antérieurs le sont dans les termes du texte originaire ».

[217] M. Cabrillac et J.-L. Rives-Lange, obs. sous Com., 12 juin 1978, *RTD com.* 1979, p. 275

[218] Art. 46, LB.

[219] Com., 17 nov. 1982, *Bull. civ.* 1982, IV, n° 357 ; Civ. 1re, 18 avr. 1985, *Bull. civ.* 1985, I, n° 114 ; Com., 13 juin 1989, *Bull. civ.* 1989, IV, n° 183 ; Civ. 1re, 25 mai 1992, *Bull. civ.* 1992, I, n° 154 ; Civ. 1re, 4 juin 1996, Bull. civ. 1996, I, n° 236 ; Civ. 1re, 18 mars 1997, *Bull. civ.* 1997, I, n° 96 ; CIv. 1re, 1997, *Bull. civ.* 1997, I, 224. Comp. les solutions admise en matière de nullité de contrats à l'exécution successive, à propos de l'obligation de restituer en valeur : Com. 26 févr. 1991 (3 arrêts), n° 89-12208, n° 89-15242, n° 89-18046.

[220] Civ. 1re, 5 mai 1991, n° 89-17167 (cité par Ch. Juillet, *Les accessoires de la créance*, *op. cit.* p. 338).

remboursement du prêt, par la suite annulé, était garanti par une sûreté réelle. Dans un arrêt du 2 novembre 1994, elle a, après avoir constaté la nullité du contrat de prêt, décidé de maintenir les cautionnements hypothécaires pour garantir l'obligation de restitution consécutive à la nullité[221]. Il est vrai qu'en l'espèce, il s'agissait d'un cautionnement hypothécaire et que la Cour de cassation vise l'ancien article 2012[222] du Code civil, relatif au cautionnement. Cependant, ce n'est pas une raison pour limiter la solution aux garanties conférées par un tiers. D'une part, la solution ne repose pas sur la nature de la garantie mais sur la particularité de la dette de restitution consécutive à la nullité d'un prêt. D'autre part, dans son attendu de principe, la Cour de cassation vise toute garantie de sorte qu'elle n'entend pas en limiter le champ d'application. Elle a d'ailleurs appliqué la même solution à un nantissement de police d'assurance[223] et à une hypothèque consentie, cette fois-ci, par le débiteur lui-même[224]. Au final, ce sont donc toutes les garanties d'exécution qui sont potentiellement concernées par la solution[225].

125.Il est vrai que dans l'esprit de la jurisprudence, cette solution ne semble pas réellement perçue comme une entorse à la règle de l'accessoire. Ainsi, lorsqu'elle parle d' « obligation de restituer inhérente au contrat de prêt »[226], laquelle « demeure valable »[227], et n'est pas éteinte par la nullité[228] ou lorsqu'elle vise les anciens articles 2012 et 2014[229] du Code civil[230], la Cour de cassation semble vouloir indiquer que l'obligation principale demeure la même. L'obligation initiale de restituer demeurerait malgré la nullité du contrat. Par conséquent, il serait logique que les sûretés

---

[221] Com., 2 nov. 1994, *Bull. civ*. 1994, IV, n° 321; *Defrénois*, 1995, p. 423, obs. L. Aynès. Adde, Civ. 1re, 28 juin 207, n° 06-13714.
[222] Aujourd'hui, art. 2289, C. civ.
[223] Civ. 1re, 29 nov. 2002, *Bull. civ.* 2002, I, n° 253.
[224] Com. 26 mars 2002, n° 98-23378.
[225] F.-X. Grignon-Derenne, th. préc., n° 246 ; P. Delebecque, obs. sur Com., 2 nov. 1994, *JCP G* 1995, I, 3851, n° 13 ; L. Aynès, obs. sur Com., 2 nov. 1994, *Defrénois*, 1995, p. 423, *in fine*, selon qui, le raisonnement « *peut être étendu à l'ensemble des garanties accessoires* ».
[226] Com., 17 nov. 1982, *préc.* ; Civ. 1re, 4 juin 1996, *préc*.
[227] Civ. 1re, 25 mai 1992, *préc.* ; Civ. 1re, 4 juin 1996, *préc*.
[228] Com., 18 avril 1985, *préc*.
[229] Aujourd'hui, article 2393, C. civ.
[230]À propos de l'ancien article 2012 du Code civil, v. Com., 2 nov. 1994, préc. ; Civ. 1re, 1er juillet 1997, *préc*. À propos de l'ancien article 2014 du Code civil, v. Com, 29 otc. 2002, *préc*.

continuent de garantir cette obligation[231] et c'est ce qui expliquerait que la solidarité passive demeure également[232]. Cependant, on peut ne pas être tout à fait convaincu par cette analyse, et il n'est pas interdit de penser qu'il s'agit bel et bien d'une éviction de la règle de l'accessoire destinée à obtenir un résultat pratique plus satisfaisant que celui qui résulterait de l'application de la règle de l'accessoire. Car en effet, il est douteux que l'obligation de rembourser et l'obligation de restituer à la suite de la nullité du prêt constituent une seule et même obligation. Sur le plan des principes, l'obligation de restituer la chose à la suite de la nullité du prêt présente une existence distincte de l'obligation contractuelle de rembourser. D'ailleurs, elle ne présente plus une nature contractuelle mais une nature extracontractuelle, ce qui montre bien que l'obligation n'est plus la même[233]. Logiquement, l'anéantissement de l'obligation contractuelle de rembourser le prêt devrait donc emporter celui du cautionnement et de tous les accessoires de la créance[234]. Or, en l'espèce, c'est justement l'inverse qui se produit. Le cautionnement et autres accessoires ne subissent pas le sort de l'obligation contractuelle mais se greffent sur l'obligation extracontractuelle de restitution. Il y a donc bien entorse à la règle de l'accessoire[235].

126.De façon peu contestable, cette éviction de la règle de l'accessoire permet de maintenir l'équilibre que les parties avaient envisagé lors de l'octroi du crédit[236]. Anéantir les accessoires de la créance, constitués pour la garantie du remboursement du prêt alors que l'obligation de restituer est similaire à l'obligation initiale de rembourser, ce serait ruiner la sécurité du prêteur qui n'avait accepté de prêter qu'à la condition d'obtenir ces garanties. L'équilibre économique souhaité initialement par les parties serait iniquement rompu. C'est donc, une nouvelle fois, cette exigence pratique d'équité qui conduit à écarter la règle de l'accessoire. Et c'est donc une nouvelle occasion de remarquer la souplesse du régime de l'accessoire de la créance.

---

[231] Ph. Delebecque et Ch. Mouly, note sous Com., 17 nov. 1982, *JCP G* 1984, II, 20216, n° 8 et s.
[232] Civ. 1re, 5 juillet 2006, *Bull. civ*. 2006, I, n° 357.
[233] A.-S. Barthez, obs. sous Civ. 1re, 5 juillet 2006, JCP G 2006, I, n° 176, *in fine*.
[234] J.-L. Aubert, obs. sur Com., 17 nov. 1982, *Defrénois*, 1984, 368.
[235] Ch. Juillet, *Les accessoires de la créance*, préf. Ch. Larroumet, Defrénois 2009, Doctorat & Notariat t. 37, n° 556 p. 339
[236] Ph. Delebecque et Ch. Mouly, note sous Com., 17 nov. 1982, *JCP G* 1984, II, 20216, n° 11 et s.

127.La possible transmission de la solution jurisprudentielle française en droit chinois. – Dans le cadre de notre recherche, nous sommes posés la question de savoir si la solution jurisprudentielle française pouvait être transposée en chine ? En Chine, l'application de cette solution dans la pratique ne doit pas poser de problème particulier, parce que le principe de l'accessoire est décrit par la Loi des droits réels de manière suivante : « le contrat de la garantie[237] est le contrat accessoire du contrat de la créance principale[238] ». Le législateur a poursuivi son raisonnement en précisant que la nullité du contrat de la créance principale va rendre la nullité du contrat de la garantie, sauf dispositions légales contraires. Autrement dit, en cas de nullité de la créance garantie, la sûreté réelle ainsi constituée est aussi nulle de droit. Par application de la règle de l'accessoire, la validité de la sûreté réelle est attachée au contrat faisant naître la créance garantie, mais pas à une obligation particulière. Ce faisant, la sûreté réelle est nulle même si l'obligation de la restitution à la suite de la nullité du contrat de prêt est analysée comme celle de remboursement. La qualification de l'obligation de la restitution importe peu pour la nullité de la sûreté réelle qui n'est attachée qu'au contrat de la créance principale. Autrement dit, pour appliquer la même solution jurisprudentielle française, c'est-à-dire de maintenir la sûreté réelle à la garantie de l'obligation de la restitution, il aura absolument une entorse de la règle de l'accessoire.

128.Aussi, il faut souligner que la violation de cette règle de l'accessoire n'est possible qu'en cas de dispositions légales contraires, autrement dit, les dispositions conventionnelles contraires ne sauraient aménager l'effet juridique de la nullité de la sûreté réelle lorsque la créance garantie est nulle. Ainsi, l'aménagement de cette solution insatisfaisante dans cette hypothèse particulière pourrait être laissé aux magistrats chinois.

---

[237] En chinois, « *担保合同* », qui signifie l'acte constitutif de la sûreté réelle.
[238] En chinois, « *主债权合同* », qui signifie le contrat qui fait naître la créance garantie. v. l'article 172, LDR.

En somme, cette éviction de la règle de l'accessoire imposée par la juridiction est théoriquement applicable en Chine, et il n'y a pas de raison particulière de refus parce qu'elle est justifiée par la protection de l'équité globale de l'opération.

Conclusion de la section 2

129.Par une démonstration rapide, nous voyons qu'une éviction de la règle de l'accessoire peut être imposée aux parties contractuelles par les juges dans des circonstances bien particulières. Pourtant, nous ne tendons pas à plaider l'extension possible de la solution, mais de montrer la possibilité de contourner de la règle de l'accessoire par le juge au profit d'un intérêt jugé plus important, l'équité globale de l'opération, que le respect du principe de l'accessoire. En Chine, toutes les décisions de la plus haute juridiction étatique (la Cour suprême populaire de la RPC) n'ont pas de portée indicative comme la jurisprudence française. Si un haut magistrat chinois a choisi d'appliquer la même solution que celle prise par la Cour de cassation française, les autres n'ont pas l'obligation à aligner leur décision avec la décision de la plus haute juridiction chinoise. Néanmoins, une bonne solution mérite à être appliquée partout.

Conclusion du Chapitre 2

130.L'éviction de la règle de l'accessoire est possible en vue de maintenir l'efficacité de la sûreté et l'équité globale de l'opération. Cette éviction peut être imposée aux parties soit par le législateur soit pas les juges. Par contre, le législateur chinois n'a pas prévu d'éviction ni au profit du maintien de l'efficacité ni au profit du maintien de l'équité des parties. Cependant, il semble que la même solution peut être retenue par les magistrats chinois.

Néanmoins, il est toujours plus prudent de prévoir des exceptions par les textes légaux, parce qu'un régime satisfaisant doit pourvoir être adapté aux nécessités économiques, mais aussi d'une stabilité qui permet la sécurité juridique.

Conclusion du Titre I

131.Incorporé dans la nature des sûretés réelles, le principe de l'accessoire s'applique presque automatiquement lors de la constitution, de la transmission, de la réalisation et de l'extinction d'une sûreté réelle. Nous constatons au travers d'une vision comparative que tant en France qu'en Chine, l'application de la règle de l'accessoire est toujours exigée. Par contre, le principe de l'accessoire n'est pas d'ordre public, son application ou éviction est toujours justifiée par un intérêt déterminé. Ainsi, la règle de l'accessoire peut être écartée au profit d'un intérêt jugé plus important : l'efficacité de la sûreté réelle et l'équité globale de l'opération. Malgré la possibilité d'éviction qui est toujours justifiée par un intérêt important, l'application de la règle de l'accessoire n'aura pas besoin d'aucune justification particulière, elle est une règle supplétive. Autrement dit, elle doit être appliquée lorsqu'il n'y a pas de dispositions légales ou conventionnelles contraires. De ce fait, elle constitue un véritable principe des sûretés réelles du droit français et du droit chinois.

132.Le principe de l'accessoire constitue un principe qui ne soulève pas beaucoup de critique, par contre, il existe des principes dont l'existence a soulevé des discussions doctrinales. Il convient d'abord de regarder ce qui a fait couler beaucoup d'encre dans la doctrine française et qui a été occulté dans la doctrine chinoise : le principe de la proportionnalité des sûretés réelles.

Titre II – Le principe de proportionnalité

133.**Introduction. –** Le terme « proportionnalité » n'est pas de nature à être une notion juridique[239], elle a été couramment utilisée dans le domaine des mathématiques qui sert à exprimer que la cause et l'effet d'un phénomène sont toujours dans le même rapport[240]. Ainsi, nous le définissons comme le « *caractère des grandeurs qui sont ou restent proportionnelles entre elles* »[241] ; plus simplement, c'est le caractère d'un rapport de convenance[242] dit « proportion » qui se définit comme le « rapport de grandeur, de quantité »[243]. De toute façon, la proportionnalité est une notion qui est plutôt dans le sens objectif que le sens subjectif[244].

Une précision de son contenu en rapport avec le droit ainsi que la détermination de sa finalité aideraient à cerner et faciliter l'utilisation que nous souhaitons en faire dans le cadre de cette recherche.

134.**La proportionnalité et le droit public.** – En matière de droit, de manière générale, la proportionnalité est loin, à être un principe. Avant d'employer l'expression de « principe de proportionnalité », il convient d'abord d'utiliser l'expression « *problème de la proportionnalité* »[245]. En droit public, le problème de la proportionnalité pose le problème de l'adéquation des moyens . L'exemple le plus

---

[239] Contra, F. Terré, « La proportionnalité comme principe ? », *JCP G* 15 juin 2009. 31, p. 52 et s., n° 3 : « *La proportion est inhérente au droit* ». Par contre, la proportionnalité est maintes fois utilisée dans la doctrine. V. not. S. Le Cac-Pech, *La proportionnalité en droit privé des contrats*, préf. H. Muir-Watt, LGDJ 2000, Bibliothèque de droit privé, t. 335 ; M. Mekki, *L'intérêt général et le contrat*, préf. J. Ghestin, LGDJ 2004, Bibliothèque de droit privé, t. 411 ; M. Guibal, « De la proportionnalité », *AJDA*, octobre 1978, p. 477 ;S. Néri, « Le principe de proportionnalité dans la jurisprudence de la Cour relative au droit communautaire agricole », *RTD Eur.*, 1981, p. 652 ;

[240] G. Cornu, *Vocabulaire juridique*, PUF, 2011, V° « proportionnalité », sens 1.

[241] Le Petit Robert, Dictionnaire de la langue française, 2015, V° « proportionnalité ».

[242] F. Terré, « La proportionnalité comme principe ? », *JCP G* 15 juin 2009. 31, p. 52 et s., n° 12.

[243] Le Petit Robert, *Dictionnaire de la langue française*, 2015, V° « proportion », sens I.

[244] V. en ce sens : A. Gallois, « Quelle proportionnalité pour les sûretés réelles », *D. 2010*, p. 335 et s., n° 6.

[245] M. Behar-Touchais, « Existe-t-il un principe de proportionnalité en droit privé », Colloque du 20 mars 1998, « Rapport introductif », *LPA*, n° spécial du 30 septembre 1998, p. 3.

illustrant est de « *savoir si l'on n'a pas tiré sur des moineaux avec un canon* »[246]. C'est ce qu'exprime Philippe XAVIER lorsqu'il cite W. Jellinck. En termes moins imaginés, il s'agit donc de rechercher s'il existe une adéquation des moyens employés au but poursuivi[247]. Et un autre publiciste d'ajouter que l'idée de l'exigence de la proportionnalité est « *simple, en plus d'être évidente, permanente et … normale* »[248]. L'existence d'un principe de la proportionnalité en droit public a pu être constatée parce que la proportionnalité ne pose pas trop de souci dans nombreuses branches de droit : droit administratif, droit constitutionnel, droit européen, droit communautaire, et bien sûr, droit pénal[249]. Ainsi, dans le dictionnaire de M. Cornu, sous l'expression du « principe de proportionnalité »[250], seul le droit public et droit international qui sont référencés.

135.**La proportionnalité et le droit privé.** – Par contre, la proportionnalité, n'est pour le privatiste ni simple, ni évidente, ni permanente, ni normale[251]. Les raisons sont nombreuses[252]. La plus importante consiste à la compatibilité d'un contrôle de la proportionnalité avec la théorie de l'autonomie de la volonté. Il était donc question de se demander s'il existe un principe de proportionnalité en droit privé[253]. Et encore, ce

---

[246] W. Jellinck, cité par Xavier Philippe, *in* Le Contrôle de la proportionnalité dans les jurisprudences constitutionnelle et administrative française, Economica, 1990, page de garde.
[247] M. Behar-Touchais, « Existe-t-il un principe de proportionnalité en droit privé », Colloque du 20 mars 1998, Rapport introductif, *Petites Affiches*, n° spécial du 30 septembre 1998, p. 3.
[248] M. Guibal, De la proportionnalité, AJDA, oct. 1978, p. 477.
[249] V. sur ce point : Xavier Philippe, *in Le contrôle de la proportionnalité dans les jurisprudences constitutionnelle et administrative française*, Economica, 1990 ; M. Guibal, « De la proportionnalité », *AJDA*, octobre 1978, p. 477 ;S. Néri, « Le principe de proportionnalité dans la jurisprudence de la Cour relative au droit communautaire agricole », *RTD Eur.*, 1981, p. 652 ; M. Beher-Touchai, « Rapport introductif », *in* Existe-t-il un principe de proportionnalité en droit privé ? , *LPA*, n° spécial, 30 septembre 1998, p. 3.
[250] G. Cornu, *Vocabulaire juridique*, PUF, 2011, V° « principe de proportionnalité » : « *Dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme et de la Cour de justice de l'Union européenne, règle de pondération selon laquelle les atteintes portées à des droits fondamentaux par la puissance publique ne peuvent excéder ce qui n'est nécessaire à l'intérêt général ; principe voisin en vertu duquel l'action de la Communauté ne doit pas excéder ce qui est nécessaire pour atteindre les objectifs du traité de l'Union* ».
[251] M. Behar-Touchais, « Existe-t-il un principe de proportionnalité en droit privé », Colloque du 20 mars 1998, Rapport introductif, *Petites Affiches*, n° spécial du 30 septembre 1998, p. 3.
[252] Sur ce : M. Behar-Touchais, « Existe-t-il un principe de proportionnalité en droit privé », Colloque du 20 mars 1998, Rapport introductif, *Petites Affiches*, n° spécial du 30 septembre 1998, p. 3 et s.
[253] Une étude approfondie a été consacrée pour une telle question : Le colloque du 20 mars 1998. Cela signifie que la proportionnalité pose de problème.

qui nous intéresse le plus c'est : existe-il un principe de proportionnalité en droit des sûretés réelles mobilières.

Pour répondre à une telle question, il convient de dégager, d'abord, l' « essence »[254], ou bien le contenu, de l'exigence de la proportionnalité. Parce que selon les différents domaines, le contenu et les fonctionnements de la proportionnalité se varient[255].

136.**Finalité de la proportionnalité.** – La finalité de la proportionnalité doit être précisée. Selon la réponse donnée, une conception plus ou moins extensive de la proportionnalité est retenue, ce qui est de nature à modifier considérablement le champ et l'analyse du sujet. Plus la conception est large, en se référant notamment à l'idée d'équilibre, plus la notion se brouille et entre en conflit avec d'autres notions voisines comme par exemple la bonne foi, la cause ou la lésion[256] . A l'inverse, plus la conception de la proportionnalité est stricte, plus elle est apte à traduire la spécificité de la notion et, partant, son utilité. La proportionnalité tend à lutter contre les excès[257] , et seulement contre les excès. Il faut quant même préciser que cet excès peut être le résultat d'une exigence conventionnelle[258] ou tout simplement l'application d'une règle de loi[259]. Il convient ainsi de dissocier proportionnalité et abus[260]. Certes, les

---

[254] L'expression utilisée par : M. Behar-Touchais, « Existe-t-il un principe de proportionnalité en droit privé », Colloque du 20 mars 1998, Rapport introductif, *LPA*, n° spécial du 30 septembre 1998, p. 3.

[255] En ce sens : A. Gallois, « Quelle proportionnalité pour les sûretés réelles », *D. 2010*, p. 335 et s., n° 2.

[256] V. G. Chantepie, *La lésion*, LGDJ, 2006, préf. G. Viney, spéc. n° 90 s. ; M. Behar-Touchais, « Rapport introductif », *in* Actes du colloque du 20 mars 1998, « Existe-t-il un principe de proportionnalité en droit privé », *LPA*, 30 sept. 1998. 3, n° 16 ; D. Mazeaud, « Le principe de proportionnalité et la formation du contrat », *in* Actes du colloque du 20 mars 1998, « Existe-t-il un principe de proportionnalité en droit privé », p. 12, n° 14.

[257] En ce sens, V. not. F. Terré, « La proportionnalité comme principe ? », *JCP G* 15 juin 2009. 31, spéc. p. 56.

[258] Ainsi, le projet d'ordonnance de réforme de droit des contrats du 25 février 2015 prévoit dans un nouvel article 1221 du Code civil que « *Le créancier d'une obligation peut, après mise en demeure, en poursuivre l'exécution en nature sauf si cette exécution est impossible ou* ***si son coût est manifestement déraisonnable*** ». Comp. le nouvel article 1221 du Code civil qui prévoit que « *Le créancier d'une obligation peut, après mise en demeure, en poursuivre l'exécution en nature sauf si cette exécution est impossible ou* ***s'il existe une disproportion manifeste entre son coût pour le débiteur et son intérêt pour le créancier*** ».

[259] Cass. 3e civ., 15 oct. 2015, n° 14-23.612, FS P+B+R; M. Behar-Touchais, « La proportionnaltié conquérante », *JCP G* 2016, p. 51 et s. En effet, la Cour de cassation a exigé « le contrôle de la proportionnalité du retour au *statu quo ante* à la suite de la nullité du contrat ».

[260] V. D. Bakouche, *L'excès en droit civil*, LGDJ, 2005, préf. M. Gobert, spéc. n° 41 à 45, n° 367 et n° 441 à 447 ; O. Salati, *Le juge face aux sûretés réelles non judiciaires*, PUAM, 2000, *préf.* E. Putman,

notions d'excès et d'abus sont proches et contribuent à une sorte de « morale de la mesure »[261]. Elles sont généralement confondues[262]. Cependant, alors que la détection d'un abus repose sur une logique subjective, caractérisée par l'appréciation d'un comportement conduisant à porter un jugement de valeur, la détection d'un excès se fonde sur une logique beaucoup plus objective, mathématique pourrait-on dire, caractérisée par le dépassement d'un seuil. Néanmoins, dès l'instant où ce seuil n'est pas chiffré, caractériser un excès comprend également une part de subjectivité. Il est d'ailleurs symptomatique qu'il soit souvent requis une disproportion ou un excès - les formules légales ou jurisprudentielles varient - manifeste[263]. De ces expressions émane l'idée d'une disproportion non sérieusement discutable[264], évidente. Bref, une disproportion objective. Celle-ci se concrétise par un seuil déterminé au moyen d'un chiffre ou d'une formule permettant la détermination de ce chiffre, même si cela n'exclut pas, le cas échéant, de discuter de la pertinence de la valeur du seuil fixé. A titre d'exemple, l'article 2444 du code civil prévoit un seuil chiffré pour la réduction d'inscriptions hypothécaires excessives. C'est un seuil de proportion, comme l'a indiqué la jurisprudence[265], et non un seuil d'abus. Dans certaines hypothèses, le rapport de proportionnalité peut avoir une valeur de 1. Proportion est alors synonyme d'adéquation[266]. La proportionnalité est notamment, comme l'indique M. Crocq[267], un principe d'adéquation utilisé pour combattre l'excès.

2de partie, titre II ; *comp*. P. Crocq, « Sûretés et proportionnalité », *in* Etudes offertes au Doyen Philippe Simler, Litec, 2006, p. 291 et s.., n° 4, p. 293.

[261] Expression utilisée par D. Bakouche, *op. cit*., n° 44, p. 43.

[262] V. not. D. Bakouche, *op. cit.*, n° 42, p. 40.

[263] V. notamment, art. 220, al. 2, C. civ.

[264] Expression utilisée par J. Mestre, E. Putman et M. Billiau, *Droit commun des sûretés réelles*, LGDJ, 1996, n° 206, p. 196.

[265] Civ. 3e, 14 déc. 1976, *Bull. civ. III*, n° 463. « *Attendu qu'en statuant ainsi, sans préciser ni le montant total des créances inscrites, ni le point de savoir si, compte tenu de la valeur de l'immeuble, la proportion fixée par l'article précité est respectée* (...) ».

[266] Le Petit Larousse illustré, 2007, V° « adéquation » : Adéquation signifie adaptation parfaite. En l'espèce, cela signifie que la valeur de la sûreté est égale au montant de la créance garantie.

[267] P. Crocq, « Sûretés et proportionnalité », in Etudes offertes au Doyen Philippe Simler, Litec, 2006, p. 291et s., p. 293. L'auteur retient toutefois une seconde facette de la proportionnalité qui nous semble peu opportune dans la mesure où elle associe proportionnalité et abus.

137.Malgré une exigence d'égalité entre les parties contractuelles en droit privé[268], une inégalité de puissance entre les protagonistes existe toujours, notamment en matière du droit de crédit, l'inégalité entre le créancier prêteur et le débiteur emprunteur est patente. La partie puissante va souvent profiter, donc une possibilité d'abus[269], la faiblesse ou bien la dépendance économique de son partenaire, et plus ou moins de leur « forcer » à accepter des conditions d'inégalité. Ainsi, la lutte contre l'abus, d'inégalité[270], ou d'excès[271] est toujours nécessaire, et peut être réalisée au travers de l'exigence de la proportionnalité.

138.**Plan.** – Malgré une conclusion positive sur l'existence du principe de la proportionnalité, en droit privé français, s'impose, il faut l'affirmer avec certaines réserves[272]. Aujourd'hui, parlant du principe de la proportionnalité, le domaine le plus référencé, parmi les différentes branches de droit privé, n'est pas celui du droit des sûretés réelles, mais celui de la protection judiciaire[273]. C'est la raison pour laquelle il est toujours nécessaire de chercher s'il existe une possibilité, particulière et propre aux sûretés réelles mobilières, et un moyen d'exiger la proportionnalité comme un principe en droit des sûretés réelles, notamment dans le domaine des sûretés réelles mobilières qui nous intéresse le plus (Chapitre 2). Parce que, loin d'être affirmée qu'il existe vraiment une exigence généralisée de proportionnalité en tant que le principe en

---

[268] V. sur le principe d'égalité, P. Mazière, *Le principe d'égalité en droit privé*, préf. B. Teyssié, PUAM 2003.

[269] Sur l'abus de cette puissance contractuelle, v. not. A.-S. Choné, *Les abus de domination-Essai en droit des contrats et en droit de la concurrence*, préf. B. Teyssié, Economica, 2010, n° 117, p. 81. En effet, l'auteur traite l'abus de situation, l'abus de puissance contractuelle, l'exploitation abusive de l'inégalité, de la dépendance économique, l'utilisation excessive de la position de force … comme dénominations équivalentes de l' « *abus de domination* ».

[270] Sur une exigence possible d'égalité proportionnelle, v. P. Mazière, *Le principe d'égalité en droit privé*, préf. B. Teyssié, PUAM 2003, n° 780 et s., p. 391 et s.

[271] D. Bakouche, *op. cit.*, n° 108, p. 106. L'auteur propose la qualification de l'excès « *de défaut d'équivalence, de disproportion, ou de déséquilibre* ». Ainsi, l'exigence de la proportionnalité permet de lutter contre l'excès.

[272] M. Behar-Touchais, « Existe-t-il un principe de proportionnalité en droit privé », Colloque du 20 mars 1998, Conclusion, *LPA*, n° spécial du 30 septembre 1998, p. 68.

[273] La loi n°2007-308 du 5 mars 2007, portant réforme des mesures de protection juridique des majeurs, entrée en vigueur le 1er janvier 2009, est venue rappeler que les mesures de protection (sauvegarde de justice, curatelle ou tutelle) devaient être en adéquation avec trois grands principes: le principe de nécessité, de subsidiarité et de proportionnalité.

droit de sûreté réelle [274], il convient d'abord de chercher les idées de la proportionnalité dans ce domaine (Chapitre 1).

[274] V. en ce sens, v. not. A. Gallois, « Quelle proportionnalité pour les sûretés réelles », *D. 2010*, p. 335 et s. pour lequel, il n'existe pas, *de le lata*, un principe de proportionnalité en droit des sûretés réelles.

Chapitre 1 – La recherche de l'idée de la proportionnalité dans les dispositions légales relatives aux sûretés réelles mobilières

139.En tant qu'un élément nécessaire pour la qualification de bonne foi, d'existence de justice, et aussi un outil pour sanctionner l'excès[275], l'idée de proportionnalité est un outil très efficace qui corrige la disproportion manifeste[276].

Ainsi, l'exigence de proportionnalité peut se matérialiser comme les dispositions contre les abus, contre l'inégalité et contre l'excès. Nous pouvons dire par avance que l'idée de l'exigence de la proportionnalité existe partout, parce que c'est, si l'on ose bien à le dire, la nécessité de l'équité et de la justice qui en recommande. Il convient donc de rechercher successivement l'idée d'exigence de la proportionnalité en droit français des sûretés (Section 1) et en droit chinois des sûretés réelles (Section 2).

[275] A. Gallois, Quelle proportionnalité pour les sûretés réelles, *D. 2010*, p. 335 et s., sp. n° 6 ; F. Terré, La proportionnalité comme principe ?, *JCP G* 15 juin 2009. 31, spéc. p. 56.
[276] C'est souvent au travers du constat de la disproportion manifeste qu'un juge va pouvoir effectuer un contrôle de proportionnalité.

Section 1 – La proportionnalité française, d'une exigence du droit des sûretés personnelles à une exigence du droit des sûretés réelles ?

140.La première apparition de l'eixgence de la proportionnalité en tant qu'un principe en droit des sûretés est consacrée par la jurisprudence dans le domaine du cautionnement. Après des pas de Waltz faits par la Haute juridiction, une exigence de proportionnalité s'est survécue et a été renforcée par le législateur. Il faut constater qu'une telle exigence de proportionnalité apparue en sûreté personnelle (§1) s'étend rapidement en sûreté réelle (§2).

§1 – L'apparition de la proportionnalité en droit des sûretés personnelles

141.**Consécration du principe de proportionnalité par la jurisprudence.** – Le premier arrêt de la Cour de cassation qui soulève la proportionnalité, en matière du droit des sûretés, en tant qu'un principe [277] est relativement récent. Par l'arrêt Macron [278], la chambre commerciale de la Haute juridiction sanctionne un établissement de crédit pour avoir sollicité une personne physique, M. Macron, à s'engager de garantir une créance d'une valeur disproportionnée par rapport aux revenus et au patrimoine de cette victime tout en soulevant que : « *après avoir retenu que M. Macron avait souscrit un aval de 20.000.000 F, "manifestement disproportionné" à ses revenus, d'un montant mensuel de 37.550 F, et à son patrimoine, d'un montant inférieur à 4.000.000 F, la cour d'appel, tout en estimant que M. Macron n'avait pas commis d'erreur, viciant son consentement, a pu estimer, en raison de "l'énormité de la somme garantie par une personne physique", que, dans*

[277] V. notamment en ce sens : D. Legeais, « Le principe de proportionnalité entre l'engagement d'un garant et ses ressources », *JCP E*, 1997, II, 1007 : « *Cet arrêt pourrait donc être l'annonciateur d'une seconde décision par laquelle le principe de proportionnalité serait cette fois expressément consacré et défini* ».

[278] Com. 17 juin 1997, n° 95-14.105, *Bull. Civ.* IV, n° 188; *JCP E* 1997, II, 1007, note D. Legeais ; *Defrénois* 1997, 1424, obs. Aynès ; *RTD civ*. 1998, p. 100, obs. J. Mestre ; *RTD civ*. 1998, p. 157, obs. P. Crocq ; RTD civ. 1998, p. 421 ; RTD com. 1997, p. 662, obs. M. Cabrillac.

les circonstances de fait, exclusives de toute bonne foi de la part de la banque, cette dernière avait commis une faute en demandant un tel aval, "sans aucun rapport" avec le patrimoine et les revenus de l'avaliste ». En effet, c'est une sûreté personnelle, accordée par une personne physique face à un établissement de crédit, qui se voit conserver sa validité malgré son montant « manifestement disproportionné » aux revenus et au patrimoine du souscripteur, le gérant de l'entreprise débitrice.

142.Nous le voyons bien que ce cas d'espèce entre bien dans le domaine d'application des dispositions de l'article L. 313-10 du Code de la consommation qui prévoyait (selon la version applicable en 1997) qu'un établissement de crédit « *ne peut se prévaloir du cautionnement conclu par une personne physique dont l'engagement était, lors de la conclusion, manifestement disproportionné à ses biens et revenus…* ». Il convient de constater qu'en domaine du droit de la consommation, la sanction du non-respect de ce principe de la proportionnalité est rigoureuse, c'est l'inefficacité. C'est-à-dire que la caution aurait été totalement exonérée[279]. Mais dans cet arrêt, les hauts magistrats ne sont pas saisis de cette affaire au visa de l'article susvisé, mais des dispositions du droit commun. Pourtant, la réponse reste la même, la responsabilité de l'établissement de crédit est retenue pour avoir commis une faute.

143.**Portée limitée.** – Il faut quand même relativiser la portée de cet arrêt. L'étude de la jurisprudence postérieure à l'arrêt montre pourtant que les juridictions du fond ne se sont pas docilement pliées à la solution retenue par la Cour de cassation le 17 juin 1997. Ainsi, les juges de la Cour d'appel de Versailles se sont servis de l'ancien article 2018 du Code civil, aux termes duquel « *le débiteur obligé à fournir une caution doit en présenter une (...) qui ait un bien suffisant pour répondre de l'objet de l'obligation* », pour limiter la portée de la règle posée par la Cour de cassation quelques mois plus tôt. Ils ont considéré qu'une personne qui s'est portée caution solidaire du remboursement du prêt consenti à une SARL ne peut pas faire état de la disproportion de ses moyens par rapport à l'engagement qu'elle a contracté parce que « *les dispositions relatives à la disproportion ne peuvent être invoquées que par le*

[279] M. Cabrillac, *RTD com*. 1997, p. 662, obs. sous Com. 17 juin 1997, n° 95-14.105.

créancier qui se serait vu offrir des garanties insuffisantes et, en aucun cas, par la caution »[280] .

144.Au contraire, la Cour de d'appel de Lyon, puis la Cour d'appel de Paris, ont successivement appliqué, les 16 janvier[281] et 27 novembre 1998[282], la règle posée par la chambre commerciale, en retenant la responsabilité de la banque ayant obtenu un aval d'un montant disproportionné par rapport aux ressources de la caution. L'idée d'un devoir de modération du créancier dans ses rapports avec les garants semblait donc « susceptible » de prospérer.

145.**Abandon de la solution Macron ?** – « Susceptible de prospérer » seulement : un arrêt rendu par la chambre commerciale le 8 octobre 2002[283] a été perçu par beaucoup comme l'abandon de la solution Macron. En l'espèce, deux promoteurs immobiliers, dirigeants de leurs entreprises, s'étaient portés cautions pour les dettes de cette dernière, l'enjeu dépassant largement la superficie de leur patrimoine. L'opération escomptée par l'entreprise ayant échoué en raison de la crise de l'immobilier, les cautions ont été poursuivies. Arguant du caractère disproportionné de leur engagement, elles ont invoqué la jurisprudence Macron devant les juges du fond. Ces derniers, retenant que le montant des cautionnements était en rapport avec les profits escomptés par l'opération immobilière, les ont déboutés de leur demande. Les garants ont alors formé un pourvoi en cassation, espérant obtenir la réduction du montant de leur condamnation. L'argument n'a pas été retenu par la chambre commerciale, qui a jugé que les cautions « *qui n'ont jamais prétendu ni démontré que la banque aurait eu, sur leurs revenus, leurs patrimoines et leurs facultés de remboursement raisonnablement prévisibles en l'état du succès escompté de l'opération immobilière entreprise par la société, des informations qu'eux-mêmes auraient ignorées, ne sont pas fondées à rechercher la responsabilité de cette banque* ». La solution manque

[280] CA Verseilles, 31 oct. 1997, *RTD civ.* 1998, 421, obs. P. Crocq.
[281] CA Lyon, 16 janv.1998, *JCP G* 1999, I 116, n° 6, obs. Ph. Delebecque et Ph. Simler.
[282] CA Paris, 27 nov. 1998, *JCP G*1999, I 116, n° 6, obs. Ph. Delebecque et Ph. Simler ; *JCP G* 1999, II, 10092, obs. J. Casey ; *JCP E*, 1999, 105, obs. J. Casey. La solution retenue dans cette espèce va au-delà de celle qui a été adoptée par les juges dans l'arrêt Macron, puisque le banquier a été condamné à verser à la caution des dommages et intérêts d'un montant égal à celui de son engagement.
[283] L'arrêt Nahoum, Com. 8 oct. 2002, *Bull. civ.* IV, n° 136.

singulièrement de clarté : reprenant une motivation déjà employée pour exclure la responsabilité de l'établissement de crédit vis-à-vis de l'emprunteur, la Cour de cassation fait de la connaissance par le créancier des chances de succès de l'opération le critère principal du contrôle de proportionnalité. Faut-il en déduire que l'obligation d'information qui pèse sur le banquier prend – en présence d'un cautionnement intégré – le relais du contrôle de proportionnalité ? La formule employée par la Haute juridiction peut conduire à penser qu'elle entend substituer à la responsabilité objective fondée sur la disproportion une responsabilité subjective découlant du défaut de partage des connaissances. Les arrêts qui ont suivi confirment cette analyse. Si beaucoup sont rédigés de la même manière que la décision du 8 octobre 2002[284], la solution retenue par la chambre commerciale le 18 mars 2003[285], bien que n'ayant pas eu les faveurs du Bulletin, permet de lever les doutes sur les liens qu'entretiennent désormais l'obligation d'information et le contrôle de proportionnalité[286]. La Cour affirme clairement que le gérant ou l'associé [287] ne peuvent pas invoquer la disproportion de leur engagement en dehors du cas où la banque a manqué à l'obligation d'information qui pèse sur elle. Le contrôle de proportionnalité semble réduit à bien peu de chose puisque le gérant de la société débitrice est en règle générale bien renseigné sur les chances de succès des opérations dans lesquels son entreprise s'engage.

[284] V. par exemple, Com. 29 avril 2003, pourvoi n° 99-10.524 inédit (cité par Mme S. Pensenti,, Le principe de proportionnalité en droit des sûretés, LPA, n° 51, 11 mars 2004, p. 12 s. n° 23).

[285] Com. 18 mars 2003, pourvoi n° 98-16.427, inédit (cité par Mme S. Pensenti, « Le principe de proportionnalité en droit des sûretés », *LPA*, n° 51, 11 mars 2004, p. 12 s. n° 23). V. aussi Com. 25 mars 2003, pourvoi n° 00-15.386. Les juges ont interdit à la caution d'invoquer la disproportion de son engagement dès lors qu'elle exerce au sein de la société débitrice « *des fonctions qui la privent de la possibilité de mettre en cause la responsabilité de l'établissement de crédit* ».

[286] On peut y lire que « *M. X, gérant et associé des deux sociétés débitrices, et Mme X, qui avait également la qualité d'associée dans ces sociétés, n'ont jamais prétendu que la banque aurait eu sur leurs revenus, leurs patrimoines et leurs facultés de remboursement raisonnablement prévisibles en l'état du succès escompté de l'opération immobilière entreprise par les sociétés, des informations qu'eux-mêmes auraient ignorées, de sorte qu'ils n'étaient pas fondés à rechercher la responsabilité de cette banque pour s'être fait consentir des cautionnements disproportionnés par rapport aux revenus et patrimoine des cautions* ».

[287] Auxquels il convient d'assimiler le directeur.

146.Par contre, cela ne signifie pas qu'en droit français, nous allons abandonner le contrôle de la proportionnalité en domaine de sûretés personnelles au travers les sévérités da la haute juridiction à l'égard des cautions.

147.**La prise de relais par le législateur sur le contrôle de proportionnalité.** – Le législateur n'a manifestement pas entendu se laisser impressionner par les réticences dont la Cour de cassation fait preuve, depuis quelques temps, à l'égard de la protection des cautions. Après avoir, en 1998, précisé dans l'*ancien article 2024*[288] du Code civil que le cautionnement ne doit pas priver le garant du « *minimum de ressources fixé à l'article L. 331-2 du Code de la consommation* »[289], il a décidé d'étendre à toute caution personne physique qui s'engage envers un créancier professionnel les mécanismes protecteurs qui n'étaient jusque-là organisés qu'au profit des consommateurs. A ce titre, le nouvel article L. 341-4 du Code de la consommation[290] répond aux questions relatives au champ d'application de l'arrêt *Nahoum*[291] : d'application générale, il devrait permettre à toute caution personne physique, quel que soit son statut[292], de se prévaloir de la disproportion de son engagement, peu importe que le cautionnement résulte d'un acte sous seing privé ou d'un acte authentique. Le recours aux règles de la responsabilité civile perd une très large part de son utilité : la jurisprudence Macron ne pourra désormais être appliquée

[288] Ancien art. 2024, C. civ. : « *Toutes les fois que la caution a fait l'indication de biens autorisée par l'article précédent, et qu'elle a fourni les deniers suffisants pour la discussion, le créancier est, jusqu'à concurrence des biens indiqués, responsable à l'égard de la caution, de l'insolvabilité du débiteur principal survenue par le défaut de poursuites* ».

[289] Sur ce texte, v. les observations de P. Crocq, *RTD civ*. 1998, 953 s ; *RTD civ*. 2003, 953 et s.

[290] Art. L 341-4, C. conso. : « *Un créancier professionnel ne peut se prévaloir d'un contrat de cautionnement conclu par une personne physique dont l'engagement était, lors de sa conclusion, manifestement disproportionné à ses biens et revenus, à moins que le patrimoine de cette caution, au moment où celle-ci est appelée, ne lui permette de faire face à son obligation* ». Sur lequel, v. A. Robardet, D. 2003, p. 2083 ; D. Houtchieff, « Les dispositions applicables au cautionnement issues de la loi sur l'initiative économique », *JCP G* 2003, I, 161.

[291] Il faut cependant relever que, s'il apporte certaines réponses, le nouveau texte ne manque pas de susciter de nouvelles interrogations. Ainsi, nous pouvons se demander comment il s'articulera avec les articles 2024 (ancien) et L. 313-10 du Code de la consommation.

[292] Pour une critique de cette solution, v. D. Houtchieff, « Les dispositions applicables au cautionnement issues de la loi sur l'initiative économique », *JCP G* 2003, I, 161, n° 28. L'auteur relève que « *l'article L. 341-4 bénéficiera immanquablement à des cautions averties à la bonne foi douteuse* ». La solution retenue par le législateur va à l'encontre de la jurisprudence dominante, qui n'admet pas que le dirigeant puisse invoquer une erreur sur l'étendue de son engagement. V. Com., 16 nov. 1993, *RJDA*, avril 1994, n° 438; *JCP E* 1994, *pan.* 106 ; *RTD com*, 1995, 291, obs. D. Villani.

qu'aux cautionnements conclus à l'égard de créanciers non professionnels, ou par des cautions personnes morales. Cette dernière hypothèse ne manquera certainement pas de susciter de nouvelles divergences puisque le contrôle de proportionnalité est perçu par beaucoup comme une manifestation du mouvement général de protection des débiteurs, à qui il convient d'assurer le maintien d'un minimum vital.

148.L'application de la solution aux personnes morales est-elle pour autant exclue ? Cela n'est pas certain [293] . Comme l'a observé Pierre Crocq, « *une fois le principe de proportionnalité dégagé (...), on ne voit pas bien pourquoi il ne serait pas appliqué à une caution personne morale, laquelle peut, tout aussi bien souscrire un cautionnement sans rapport avec le montant de son patrimoine et de ses ressources dans des circonstances de fait exclusives de toute bonne foi de la part de la banque* »[294] . Rien ne s'oppose à ce que le juge sanctionne le créancier qui contracte avec une caution personne morale comme il le fait lorsque le garant est une personne physique. Le caractère de généralité du principe suppose que le juge intervienne toutes les fois que cela s'avère nécessaire.

149.**La proportionnalité pour toutes les sûretés personnelles.** – Ainsi entendu, le contrôle de proportionnalité peut dépasser le seul cadre dans lequel il prend actuellement place, c'est-à-dire celui d'un cautionnement conclu dans des conditions excessives. La solution n'est pas justifiée par le caractère accessoire du cautionnement [295] , et peut à ce titre être transposée à l'ensemble des sûretés personnelles. La jurisprudence en a, du reste, déjà fait application en matière de garantie à première demande[296] , alors que l'on aurait pu penser que l'autonomie de celle-ci à l'égard de la créance principale aurait fait barrière au contrôle de la proportionnalité externe.

---

[293] V. *contra*, A. Robardet, D. 2003, p. 2083.
[294] V. P. Crocq, obs. sur Com. 17 juin 1997, *RTD civ.* 1998, 157.
[295] V. cependant D. Grimaud, *Le caractère accessoire du cautionnement*, préf. D. Legeais, PUAM, 2001, n° 485, p. 512, qui considère que le contrôle de proportionnalité découle du caractère accessoire du cautionnement.
[296] V. CA Paris, 12 mai 2000, *Banque et droit* 2000, comm. 197, obs. J.-P. M.

De ce fait, certains auteurs ont même directement employé l'expression de « principe de la proportionnalité »[297] pour constater la généralisation de cette exigence en matière de sûres personnelles. En effet, une fois émergée en matière de sûretés personnelles, l'expression de la proportionnalité envahit rapidement le droit des sûretés réelles parce que cette idée se trouve déjà dans les textes légaux.

§2 – L'extension de l'exigence de proportionnalité au droit des sûretés réelles.

150.**Quelle proportionnalité en droit des sûretés réelles ?** – Si une généralisation de l'exigence de la proportionnalité[298] s'impose en matière du droit des sûretés personnelles, il n'en va pas de même, logiquement, en droit des sûretés réelles. Parce qu'en matière de sûretés réelles, ce n'est pas une obligation personnelle qui est due par le constituant envers le créancier. Ainsi, une sûreté réelle pour autrui[299], qui était dénommée de cautionnement réel, ne saurait pas bénéficier de l'application des dispositions de l'article susvisé[300]. Une telle solution se comprend . Dans la logique, qu'en grevant une partie de ses biens dans la sûreté réelle, la disproportion entre l'engagement, qui se limite à la valeur du bien grevé, et le patrimoine du constituant ne sera pas retenue.

151.En effet, ce qui nous intéresse, dans l'exigence de proportionnalité en droit des sûretés personnelles, ce ne sont pas les dispositions du Code de la consommation, non plus le moyen de sanction en cas non-respect du principe de la proportionnalité, mais le contenu de la proportionnalité. Il convient de constater qu'ici, la proportion retenue est le rapport entre le montant de l'engagement et la solvabilité (le patrimoine et les

[297] V. par ex. D. Legeais, « Le principe de proportionnalité entre l'engagement d'un garant et ses ressources », *JCP E*, 1997, II, 1007

[298] D. Legeais, « Principe de proportionnalité : le cas du contrat de crédit avec constitution de garantie », *LPA* 30 sept. 1998, p. 38 et s. ; N. Molfessis, « Le principe de proportionnalité en matière de garanties », *Banque et Droit*, mai-juin 2000, 4 ; A. Cerles, « Le point sur la protection de la caution personnelle », *Dr. et patr.*, juill.-août 2003, p. 54.

[299] A partir de la réforme de 2006, le cautionnement réel est devenu une sûreté réelle pour autrui.

[300] Cass. Civ. 1re, 5 nov. 2009, *CCC 2010*, n° 59, obs. Raymond; *RLDC 2010*, 37, obs. Ansault: Le constituant d'une sûreté réelle pour autrui ne peut invoquer le bénéfice de l'article L. 313-10 puisque la sûreté réelle consentie pour garantir la dette d'un tiers n'implique aucun engagement personnel à satisfaire l'obligation d'autrui et n'est donc pas un cautionnement.

revenus disponibles [301]) du patrimoine du souscripteur. Malgré plusieurs modifications[302] par les législateurs français sur l'article L. 313-10 du Code de la consommation, aussi des nouvelles dispositions de l'article L. 341-4 du même Code, la proportion retenue en est toujours le même rapport, celui entre la solvabilité du garant avec le montant de l'engagement souscrit.

Ainsi, il convient de demander quelle proportionnalité est-t-il exigée dans le domaine des sûretés réelles, et surtout dans le domaine des sûretés réelles mobilières ?

152.**La proportion retenue.** – Pour répondre à la question posée, il convient de revenir sur la notion de la proportionnalité en droit public, qui vise un rapport entre l'objectif envisagé et le moyen employé. Et, l'objectif d'une sûreté réelle est de prévoir le risque de la défaillance du débiteur, c'est-à-dire de satisfaire le créancier en cas de défaillance du débiteur par l'affectation d'un bien, soit un droit préférentiel portant sur la valeur du bien grevé, soit un droit exclusif sur ce dernier. Ainsi, selon l'idée de la proportionnalité en droit public, tous les moyens engagés dans une sûreté réelle ne doivent pas dépasser, manifestement, à ceux qui sont nécessaires, ce'est-à-dire de satisfaire le créancier. Si une certaine proportion s'impose, d'une manière plus stricte, le moyen employé ne doit pas être ni plus ni moins.

153.En retenant que l'idée de la proportionnalité en droit des sûretés réelles consiste à chercher une « *sûreté suffisante* »[303], il convient de rechercher les traces de l'exigence de la proportionnalité en quatre temps : d'abord, c'est au moment de la réalisation de la sûreté réelle, parce que c'est à ce moment-là que le créancier voit la réalisation de son objectif; ensuite, il convient de remonter un peu en amont, c'est justement un peu avant la réalisation ; encore, avant la défaillance du débiteur, une obligation de

[301] Il convient de rajouter l'adjectif « disponible » parce qu'en cas de cautionnement souscrit par une personne physique, seulement les revenus disponibles peuvent être utilisés dans le remboursement des dettes. En droit français, le droit de l'exécution civile protège les personnes physiques en lui laissant une partie de revenu minimum pour vivre. En cas de cautionnement souscrit par une personne morale, cette dernière n'a pas de revenu *stricto sensu*.

[302] Cet article fut modifié par la Loi n° 2008-776 du 4 août 2008, l'Ordonnance n° 2009-866 du 15 juillet 2009, la Loi n° 2013-100 du 28 janvier 2013 et l'Ordonnance n° 2013-544 du 27 juin 2013.

[303] Ce terme est d'ailleurs expressément employé dans certains textes tels que l'article 1752 du Code civil ou de l'article 517 du Code de procédure civile ; V. aussi P. Crocq, « Sûreté et proportionnalité », *in* Etudes offertes au Doyen Philippes SIMLER, Litec-Dalloz 2006, p. 291 s., spéc. n° 5.

maintenir la valeur du bien grevé peut se comprendre comme une exigence de proportionnalité ; enfin, il conviendra de revenir sur le tout début, c'est la constitution de la sûreté réelle. Un tel ordre chronologiquement inverse s'impose parce qu'il « *permet d'aller progressivement, s'agissant des applications de l'idée de proportionnalité, du plus évident au plus récent, du plus classique au plus discutable* »[304].

154.**La proportionnalité dans la réalisation d'une sûreté réelle. –** Plusieurs dispositions du code civil évoquent l'excès de sûreté, au moment où la sûreté réelle se réalise. C'est l'hypothèse où le créancier a trop perçu ou risque de trop percevoir par rapport au montant de la créance garantie par la sûreté. Dans la mesure où la proportionnalité lutte contre l'excès, on peut voir dans ces dispositions une des applications de l'idée de proportionnalité.

155.C'est le cas tout d'abord en matière de gage, qu'il s'agisse d'attribution judiciaire[305] ou de pacte commissoire[306]. Le code civil dispose que, lorsque la valeur du bien excède le montant de la dette garantie, la somme égale à la différence est versée au débiteur ou, s'il existe d'autres créanciers gagistes, consignée. Une disposition analogue existe, *mutatis mutandis*, pour le nantissement de créance[307], pour la propriété-sûreté[308] et pour la fiducie-sûreté[309]. Il est également question d'excès à l'article 2403 du code civil s'agissant de l'hypothèque légale des époux. Mais l'excès dont il est question se mesure en comparant le montant de l'inscription définitive et celui de l'inscription provisoire.

156.Hormis cette dernière hypothèse, les dispositions précitées montrent une première fonction de la proportionnalité : éviter l'enrichissement du créancier[310]. La satisfaction du créancier doit se limiter à la garantie de l'exécution de son obligation. Il n'entre pas

---

[304] A. Gallois, « Quelle proportionnalité pour les sûretés réelles », *D. 2010*, p. 335 et s., spéc. n° 9.
[305] Art. 2347, al. 2, C. civ.
[306] Art. 2348, C.civ.
[307] Art. 2366, C.civ.
[308] Art. 2371, C.civ.
[309] Art. 2372-4, C. civ.
[310] La nécessité d'équité, et l'application de la règle de l'accessoire ont pu être constatées.

dans les fonctions d'une sûreté d'enrichir le créancier. Si l'affirmation est évidente, le rappel n'est pas inutile. Le rapport Grimaldi avait préconisé l'introduction de quelques principes directeurs du droit des sûretés, parmi lesquels l'affirmation que la sûreté ne saurait être une source d'enrichissement pour le créancier[311]. Sans doute a-t-on pu observer, ici ou là, quelques dérives. Si l'idée de proportionnalité apparaît ainsi au stade de la réalisation de la sûreté réelle, elle peut apparaître avant.

157.**La proportionnalité avant la réalisation d'une sûreté réelle. -** Avant même que la sûreté réelle soit réalisée, les excès de sûreté sont combattus. On peut d'abord noter l'article 22 de la loi n° 91-650 du 9 juillet 1991 portant réforme des procédures civiles d'exécution, texte applicable aux sûretés réelles. Selon cette loi, le créancier a le choix des mesures propres à assurer l'exécution ou la conservation de sa créance. Cependant, l'exécution de ces mesures ne peut excéder ce qui se révèle nécessaire pour obtenir le paiement de l'obligation. Cette disposition a pu être considérée comme la consécration d'un principe de proportionnalité, dont l'application devait être la plus large possible[312]. En application de ce texte, l'article 259 du décret n° 92-755 du 31 juillet 1992 dispose, lorsque la valeur des biens grevés est manifestement supérieure au montant des sommes garanties, que le débiteur peut faire limiter par le juge les effets de la sûreté provisoire s'il justifie que les biens demeurant grevés ont une valeur double du montant de ces sommes. Il est permis de voir là une deuxième fonction de la proportionnalité : éviter une surprotection injustifiée du créancier. Préjudiciable au crédit du constituant de la sûreté, cette surprotection conduit à libérer partiellement celui-ci de la sûreté excessive.

158.La réduction des inscriptions hypothécaires excessives, prévue aux articles 2444 et 2445 du code civil, constitue une autre illustration de la proportionnalité. Il s'agit d'une réduction judiciaire appelée « cantonnement de l'hypothèque »[313]. Ces

[311] Groupe de travail relatif à la réforme du droit des sûretés, rapport remis au garde des Sceaux, mars 2005, p. 4.
[312] H. Croze, La loi n° 91-650 du 9 juillet 1991 portant réforme des procédures civiles d'exécution : le nouveau droit commun de l'exécution forcée, *JCP G* 1992. I. 3555, n° 11, p. 62.
[313] V. not. S. Piedelièvre, La réduction des inscriptions hypothécaires excessives, *Defrénois* 2000, art. 37190.

dispositions sont applicables aux hypothèques légales et judiciaires[314]. Elles traduisent *a priori* deux approches différentes de la proportionnalité. L'article 2444 du code civil définit avec précision l'excès. L'inscription hypothécaire est excessive si elle grève plusieurs immeubles et si la valeur d'un ou plusieurs immeubles excède une somme égale au double du montant des créances en capital et accessoire légaux, augmenté du tiers de ce montant. Cette disposition ne s'applique pas en matière d'hypothèque judiciaire conservatoire [315] où le débiteur ne peut faire limiter les effets de l'hypothèque que par le magistrat qui l'a autorisée et à charge de prouver que les immeubles qu'il indiquera à cette fin ont une valeur double du montant des sommes inscrites[316]. Quant à l'article 2445 du code civil, il envisage les inscriptions prises d'après l'évaluation faite par le créancier des créances conditionnelles, éventuelles ou indéterminées dont le montant n'a pas été réglé par la convention. Le texte précise les différents éléments devant être pris en considération par le juge pour apprécier l'excès[317]. Dès lors, contrairement à la précédente hypothèse, l'excès semble empreint ici de subjectivité. Mais, en réalité, le seuil de l'article 2444 s'applique également à l'hypothèse visée à l'article 2445[318], de sorte que l'appréciation de l'excès est objective, étant précisé que les juges disposent d'un pouvoir discrétionnaire pour évaluer les créances conditionnelles, éventuelles ou indéterminées servant de base à des inscriptions hypothécaires dont la réduction est demandée[319].

159.Contrairement aux réalisations excédentaires de sûretés, la réduction des hypothèques excessives ne tend pas à éviter l'enrichissement du créancier. La possibilité offerte au débiteur de demander la réduction vient ici en contrepartie de la possibilité offerte au créancier d'inscrire son droit sur tous les immeubles du débiteur. La deuxième fonction précitée de la proportionnalité se retrouve à nouveau.

---

[314] La réduction judiciaire d'une hypothèque conventionnelle ne peut intervenir car elle remettrait en cause la volonté des parties.
[315] Civ. 1re, 4 mars 1986, *Bull. civ. I*, n° 53.
[316] Civ. 2e, 12 janv. 1994, *Bull. civ. II*, n° 22.
[317] Il s'agit des circonstances, des probabilités et des présomptions de fait, afin de concilier les droits du créancier avec l'intérêt du crédit à conserver au débiteur, sans préjudice des nouvelles inscriptions à prendre avec hypothèque du jour de leur date, lorsque l'événement aura porté les créances indéterminées à une somme plus forte.
[318] Civ. 1re, 7 févr. 1979, *Bull. civ. I*, n° 49.
[319] Civ. 3e, 21 févr. 1984, *Bull. civ. III*, n° 84.

160.**La proportion au cour de la vie d'une sûreté réelle. -** Une autre application de la proportionnalité avant la réalisation de la sûreté réelle est évoquée par M. Crocq[320]au niveau de la doctrine . C'est l'hypothèse où la valeur économique de l'assiette de la sûreté réelle diminue. Le problème apparaît notamment en matière de sûretés ayant pour objet des instruments financiers. Le cas échéant, le problème peut être réglé par les parties par des clauses d'arrosage ou de substitution d'assiette[321]. Lorsque les parties n'ont rien prévu, la loi fait parfois peser sur le débiteur une obligation de maintien ou de reconstitution de la valeur de la sûreté[322]. Dans cette hypothèse, la proportionnalité a pour fonction d'éviter au créancier une déperdition de la valeur de sa sûreté réelle et d'obliger le constituant à maintenir « *une juste proportion* »[323] entre la sûreté et la créance garantie. Une telle exigence est reprise par l'ordonnance de 2006. En matière de gage sur stocks, l'article L. 527-7 du Code de commerce, dans son alinéa 2, dispose que : « *Il* (le débiteur) *s'engage à ne pas diminuer de son fait la valeur des stocks* », et « *Lorsque l'état des stocks fait apparaître une diminution de 20 % de leur valeur telle que mentionnée dans l'acte constitutif, le créancier peut mettre en demeure le débiteur, soit de rétablir la garantie, soit de rembourser une partie des sommes prêtées en proportion de la diminution constatée. S'il ne lui est pas donné satisfaction, le créancier peut exiger le remboursement total de la créance, considérée comme échue* ». L'exigence de la proportionnalité est tellement rigoureuse que la sanction pour non-respect peut aller jusqu'à la déchéance de la totalité de la créance qui est une sanction très lourde pour le débiteur. L'article L. 527-8 du même Code prévoit une solution qui est marquée par l'idée de proportionnalité : « *Les parties peuvent convenir que la part des stocks*

[320] P. Crocq, « Sûretés et proportionnalité », *in Etudes offertes au Doyen Philippe Simler*, Litec, 2006, p. 291 s., n° 6 et s. : l'auteur soutient notamment que l'obligation mise en charge au constituant de maintenir la valeur des sûretés réelles fait partie du principe de proportionnalité.

[321] Ces clauses permettent de laisser au débiteur une maîtrise de la gestion des biens donnés en garantie tout en lui imposant de maintenir une adéquation entre la sûreté et le montant de l'encours du crédit garanti.

[322] Sur cette obligation qui apparaît en matière de sûretés réelles sans dépossession et sur la question de sa généralisation, V. P. Crocq, « Sûretés et proportionnalité », *in Etudes offertes au Doyen Philippe Simler*, Litec, 2006, p. 291 s., n° 8 s., p. 294 s.

[323] Expression utilisée par P. Crocq, « Sûretés et proportionnalité », *in Etudes offertes au Doyen Philippe Simler*, Litec, 2006, p. 291 s., n° 14, p. 298.

engagés diminue à proportion du désintéressement du créancier ». La proportionnalité n'est donc pas systématiquement favorable au constituant de la sûreté.

Appliquée au stade de la réalisation de la sûreté et avant même sa réalisation, la proportionnalité apparaît également, depuis peu, au stade de la constitution de la sûreté réelle.

161.**La proportion dans la constitution d'une sûreté réelle.** - Avec l'article L. 650-1 du code de commerce, la loi n° 2005-845 du 26 juillet 2005 de sauvegarde des entreprises a introduit la proportionnalité au stade de la constitution de la sûreté réelle. Le texte 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. En utilisant le terme de garanties, le législateur a donné un champ d'application extrêmement vaste à ce texte, susceptible de s'appliquer à des sûretés réelles[324]. A l'origine, la sanction prévue était la nullité. Depuis l'ordonnance n° 2008-1345 du 18 décembre 2008, le texte a évolué[325]. Désormais, la sanction peut également être la réduction de la garantie par le juge. Au regard des incertitudes afférentes à ce texte, et notamment en l'absence de seuil de disproportion fixé par la loi[326], cette évolution traduit sans doute la volonté de tempérer les rigueurs de cette disposition. Une quatrième fonction de la proportionnalité transparaît de l'article L. 650-1 du code de commerce : sanctionner le créancier en engageant sa responsabilité et en libérant, totalement ou partiellement, le constituant de la garantie disproportionnée. Cette quatrième fonction de la proportionnalité rejoint en partie la deuxième, laquelle conduit à réduire l'assiette de la sûreté consentie.

---

[324] V. not. P. Crocq, « La réforme des procédures collectives et le droit des sûretés », *D. 2006.* Chron. 1307-1308, n° 15 à 17 ; G. Piette, « Une nouvelle proportionnalité dans les sûretés : brèves observations sur l'article L. 650-1 du code de commerce », *RLDC*, juin 2006. 27.

[325] V. R. Routier, « Les retouches de l'article L. 650-1 du code de commerce », *Gaz. Pal.* 8-10 mars 2009. 837.

[326] Ce qui confirme l'idée que la fixation d'un seuil de disproportion applicable à toutes les sûretés, notamment réelles, est difficilement envisageable.

162.Cette consécration légale de la proportionnalité au stade stratégique de la constitution de la sûreté réelle est significative d'un mouvement qui tend à la progression constante de cette idée en droit des sûretés. Aussi, Fallait-il se demander si la proportionnalité peut poursuivre son développement au stade de la constitution de la sûreté réelle[327].

163.Après tout, il convient de constater que le rôle du juge est important dans le contrôle de proportionnalité. Définie par M. Cornu comme « *juste mesure à observer dans l'application à un litige de deux principes antinomiques d'égale valeur qui ont l'un et l'autre vocation à en gouverner la solution ; critère directif de pondération qui doit conduire le juge non pas à affirmer, en général, la primauté d'une règle sur l'autre, mais à mettre en balance concrètement les conséquences qui découleraient de l'application de chacune, afin de faire prévaloir, en l'espèce, celle qui sauvegarde le mieux les intérêts en présence ; issue d'expédient à envisager quelle que soit la nature des règles en conflit* »[328], la proportionnalité est nécessairement un outil dans l'application des règles de loi. C'est-à-dire que l'exercice du contrôle de la proportionnalité est plutôt un rôle pour les juges que les législateurs, que ce premier n'effectuerait une intervention, souvent qualifiée de gênante ou dangereuse pour la force obligatoire du contrat[329], qu'en cas de la saisine par l'une des parties.

[327] Nous allons traiter cette question dans Chapitre II de ce titre.
[328] G. Cornu, *Vocabulaire juridique*, PUF, 2011, V° « Proportionnalité ».
[329] V. D. Mazeaud, Le principe de proportionnalité et la formation du contrat, *in* Actes du colloque du 20 mars 1998, Existe-t-il un principe de proportionnalité en droit privé ?, *LPA* 30 sept. 1998, n° 117, p. 12 et s.

Conclusion de la section 1

164.En France, le principe de proportionnalité n'existe qu'en droit des sûretés personnelles. Ainsi, une juste proportion, à l'instar de la formule de M. Crocq[330] que nous reprenons, est exigée entre le patrimoine et les revenus du souscripteur de la garantie et le montant de cette garantie. Par contre, une même proportion ne saurait être exigée, de manière générale, en droit des sûretés réelles qui n'engagent pas le constituant sur la totalité de ses biens.

Les proportions retenues dans la sûreté réelle peuvent se diffèrer selon l'objectif envisagé. Au sens large, une proportion entre le moyen employé et l'objectif cherché doit être exigée. Ainsi, l'idée de proportionnalité peut se trouver dans toutes les phases de vie d'une sûreté réelle : au moment de la constitution, au moment juste avant la réalisation, et au moment de la réalisation.

Il convient, ensuite, de chercher aussi l'idée de proportionnalité en droit chinois des sûretés réelles.

[330] P. Crocq, « Sûretés et proportionnalité », *in* Etudes offertes au Doyen Philippe Simler, Litec, 2006, p. 291 s.

Section 2 – La proportionnalité chinoise, une règle spécifique pour le droit de rétention

165.**Généralité.** – En Chine, le principe de la proportionnalité (*成比例原则/Cheng Bi Li Yuan Ze* ou *比例原则/ Bi Li Yuan Ze*)[331] n'existe que dans le domaine du droit public[332], par exemple, le droit administratif[333], le droit pénal[334], le droit de l'urbanisme[335] etc. Il est rarement montionné dans les domaines du droit privé.

166.**Le principe de proportionnalité en droit public chinois.** – En Chine, l'objectif du principe de la proportionnalité est de rechercher la justice substantielle et la justice d'affaire particulière[336]. Ainsi, l'exigence de la proportionnalité va permettre une limitation de la liberté, constituer un critère de qualification pour la protection d'égalité, et aussi de maximiser l'efficacité de l'utilisation des ressources. Dans le domaine du droit administratif chinois, le principe de la proportionnalité a pu être défini comme le respect d'un certain rapport entre l'importance des intérêts communs envisagé et la gravité des atteintes portées aux intérêts individuels dans l'exercice du

---

[331] Ou bien nous pouvons aussi dire 比例原则(*Bi Li Yuan Ze*).

[332] Plutôt dans la doctrine que dans les textes légaux. V. notamment, WANG Mingyang (王名扬) et FENG Junbo (冯俊波), Du principe de la proportionnalité (论比例原则), *Presentday law science*, 2005(4), p. 20 à 25. Ainsi, tout en parlant, de manière générale, du principe de la proportionnalité, l'auteur n'a mentionné que le droit administratif.

[333] HUANG Xuexian (黄学贤),Study on the Principle of Proportionality of Administration Law (行政法中的比例原则简论), *Law science journal of Northwest University of Politics and law*, 2001 (1), p. 72 à 78.

[334] Il convient d'abord de souligner, ici, qu'en Chine, le droit pénal est considéré comme un droit public parce que la sanction de violation est assumée par la force étatique. Pour donner un exemple sur le principe de la proportionnalité en droit pénal chinois, V. HUANG Shixi (黄世席), « Application of the principle of proportionnality in the doping-related cases (比例原则在兴奋剂违规处罚中的适用) », *Journal of TUS*, 2013, n° 2, p. 162 à 166. L'auteur a notamment souligné que l'exigence de la proportionnalité est un principe impératif.

[335] WEN Chaoxiang (文超祥) et MA Wuding (马武定), On the institutional significance of proportion principle in the implementation of urban and rural plan (论比例原则在城乡规划实施中的制定意义), *Urban Planning Forum*, 2013 (3), p. 70 à 76.

[336] JIANG Xin (姜昕), On legitimate basis for pronciple of proportionality(论比例原则的正当性基础), *Law science magazine*, 2008(4), p. 155 à 157.

pouvoir public[337]. Nous pouvons aussi dire que, c'est la proportion entre le moyen employé (ainsi une conséquence indésirable va être produite) et l'objectif envisagé qui doit être respectée.

167.**Le principe de la proportionnalité, rarement mentionné en droit privé chinois.** – le principe de la proportionnalité est rarement soulevé en matière de droit privé[338] chinois.

168.En prévoyant six principes fondamentaux[339], le législateur en droit civil chinois n'a pas prévu le principe de proportionnalité, par contre l'exigence de l'équité et la prohibition de l'abus de droits[340] ont été pris en compte. En France, le principe de la proportionnalité a un étroit lien avec la lutte contre les abus et les excès. Est-ce qu'en Chine, nous pouvons aussi atteindre les mêmes objectifs en recourant au principe de l'équité ou bien la prohibition de l'abus de droits ?

---

[337] V. par exemple, WANG Mingyang (王名扬) et FENG Junbo (冯俊波), Du principe de la proportionnalité (论比例原则), *Presentday law science*, 2005(4), p. 20 à 25, notamment, p.21 : «*Le principe de la proportionnalité est la proportion entre la réalisation des intérêts communs et la protection des intérêts particuliers que doit respecter dans l'exercice du pouvoir public* (比例原则，是指国家权力的行使应当兼顾公共利益的实现和公民权利的保护)».

[338] Selon notre connaissance, seulement deux articles dans les revues chinois ont expressément mentionné le principe de la proportionnalité dans le domaine du droit privé : en droit du travail : JIANG Ying (姜颖) et LI Wenpei (李文沛), « On the application of the principe of proportionnality in the discharge of the labor contract (试论比例原则在劳动合同解除中的应用) », *Hebei Law science*, 2012, n° 8, p. 76 à 81 ； et en droit de la propriété intellectuelle : WANG Bing (王炳), « Du principe de la proportionnalité entre la difficulté de la création et la protection de la propriété intellectuelle (论知识生产难度与知识产权保护成比例原则) », *Industry into Economic Issues*, 2009 (9), p. 137 à 140.

[339] Les six principes fondamentaux du droit commun chinois (六项民法基本原则/*Liu Xiang Min Fa Ji Ben Yuan Ze*) : le principe d'égalité (平等原则/*Ping Deng Yuan Ze*), le principe de libre consentement (自愿原则/*Zi Yuan Yuan Ze*), le principe d'équité (公平原则/*Gong Ping Yuan Ze*), le principe d'honnêteté et de loyauté (诚实信用原则/*Cheng Shi Xin Yong Yuan Ze*), le principe de légalité et le principe (守法原则/*Shou Fa Yuan Ze*) de la prohibition de l'abus de droit (禁止权力滥用原则/*Jin Zhi Quan Li Lan Yong Yuan Ze*).

[340] Art. 51 de la Constitution de la République Populaire de Chine de 1982 : « *L'exercice de libertés et de droits par un citoyen de la République Populaire de Chine ne doit pas porter atteintes aux intérêts de l'Etat, de la société et des collectivités, et des libertés et des droits légaux des autres citoyen* (中华人民共和国公民在行使自由和权利的时候，不得损害国家的、社会的、集体的利益和其他公民合法的自由与权利)» ; Art. 7 de la loi du 12 avril 1986 portant sur le droit civil : « Les activités civiques doivent respecter les bonnes mœurs sociales, et ne doivent pas porter atteintes aux intérêts sociaux, au plan économiques de l'Etat, et ne doivent pas troubler l'ordre socio-économique (民事活动应当尊重社会公德，不得损害社会公共利益，破坏国家经济计划，扰乱社会经济秩序)». Selon la traduction de M. LI Shigang, ce sont les six principes généraux du droit civil (LI Shigang, Le droit chinois des sûretés, thèse Paris II, 2008, Annexe II).

169.**L'exigence de la proportionnalité et l'exigence d'équité.** – L'exigence d'équité peut se comprendre comme une obligation d'entreprendre avec un respect de l'esprit de justice sociale et l'esprit de l'équilibre, et en cas de conflit, de chercher une solution en prenant compte tous les intérêts de toutes les parties[341]. De ce constat, l'exigence de l'équité est, en droit chinois, une exigence subjective. Il convient de souligner d'emblée que l'exigence d'équité en droit chinois se distingue nettement de l'exigence d'égalité qui est une exigence basée sur un critère objectif. Comment peut-on savoir si un acte juridique envisagé correspond à l'équité ? L'exigence de l'équité n'exige absolument pas que tout le monde soit altruiste, selon l'individualisme. A la différence avec l'exigence d'équité, le principe de la proportionnalité exige le respect d'une proportion objective qui est nécessairement un rapport entre deux éléments. En passant un acte tout en ignorant les intérêts de l'autre partie n'est pas forcément une violation de l'exigence d'équité, par exemple, dans le cas où une personne veut vendre sa voiture, d'une valeur vénale d'un millions euros, à 10 000 euros, et une autre personne accepte cette offre, le contrat est parfaitement valable lorsque le consentement des deux parties n'est pas vicié. Ainsi, nous ne pouvons pas dire que l'exigence d'équité est l'équivalent de l'exigence de la proportionnalité. Un contrat peut être d'une disproportion manifeste sans être sanctionné par défaut d'équité. Il vaudra mieux, ainsi, distinguer ces deux notions.

170.**Le principe de la proportionnalité et la prohibition de l'abus de droits[342].** – Le principe de la prohibition de l'abus de droit est une limite de la théorie de l'autonomie de la volonté. L'exercice des libertés et des droits doit être encadré par des justes limites, sinon, il sera qualifié de l'abus de droit qui engendrerait la responsabilité de son auteur en cas de dommages causés. Certainement, une personne est censée libre dans l'exercice d'un droit que la loi lui confère, et personne ne saurait l'embêter. Mais l'exercice d'un tel ou tel droit ne saurait jamais porter atteintes aux

[341] Le principe d'équité, en chinois : « *公平原则* ». V. sur cette explication : http://baike.baidu.com/view/322907.htm, dernière consultation le 15 juin 2015.
[342] En chinois, « *禁止权利滥用原则*».

intérêts des autres[343]. La violation de ce principe est rigoureusement sanctionnée par les juges. Par contre, **le contrôle du juge n'est pas systématique. Une sanction de l'abus de droit n'aura lieu que dans le domaine où ce principe est expressément prévu par la loi**[344]. Et en Chine, le principe de la prohibition de l'abus de droit n'est expressément prévu par la loi que dans certains domaines[345].

171.**L'absence de consécration législative.** – La dernière réforme chinoise portant sur le droit des sûretés réelles est celle de la loi du 16 mars 2007. Elle a introduit quatre principes fondamentaux en matière de droit réel : le principe de *numerus clausus* des droits réels[346], le principe la spécialité[347], le principe de publicité[348] et le principe de la protection des droits réels[349].

172.Le principe de la prohibition de l'abus de droits n'est pas l'un des principes fondamentaux qui dirigent les régimes portant sur les droits réels y compris les sûretés réels. Donc, le recours à un contrôle de l'abus de droits par le juge afin d'exiger une proportionnalité, en matière de droit des sûretés réelles, n'est pas évident.

---

[343] SUN Jianjun (孙健军) et CAO Ruzhong (曹如中), « De la nature et le contenu du principe de la prohibition de l'abus de droit (试论禁止权力滥用原则的本质内涵) », *JOURNAL OF NANJING PARTY INSTITUTE OF CPC AND NANJING ADMINISTRATION INSTITUTE*, 2004 (5), 47 à 49.

[344] SUN Jianjun (孙健军) et CAO Ruzhong (曹如中), « De la nature et le contenu du principe de la prohibition de l'abus de droit (试论禁止权力滥用原则的本质内涵) », *JOURNAL OF NANJING PARTY INSTITUTE OF CPC AND NANJING ADMINISTRATION INSTITUTE*, 2004 (5), 47 à 49.

[345] Ainsi, le principe de la prohibition de l'abus de droit n'est applicable que dans certains domaines : art. 7 de la loi du 12 avril 1986 portant sur le **droit civil** ; art. 7 de la loi du 15 mars 1999 portant sur le **droit des contrats** ; art. 4 de la loi du 1er juin 1990 portant sur le droit des auteurs ; art. 5 de la loi du 1er octobre 1984 portant sur le **droit des brevets**.

[346] Art. 5, LDR. Sur ce principe, V. LI Shigang, La loi de la République Populaire de Chine sur les droits réels : principes fondamentaux et notions de bases, *RIDC*, 2009-1, p. 73 s., n°4.

[347] Art. 2, al. 3, LDR. Sur ce principe, V.LI Shigang, La loi de la République Populaire de Chine sur les droits réels : principes fondamentaux et notions de bases, *RIDC*, 2009-1, p. 73 s., n°5. Il convient de constater que le principe de la spécialité en droit chinois n'est que la spécialité de l'objet de droit réel, il ne comporte pas l'exigence de l'individualisation de la créance garantie.

[348] Art. 6, LDR. Sur ce principe, V.LI Shigang, La loi de la République Populaire de Chine sur les droits réels : principes fondamentaux et notions de bases, *RIDC*, 2009-1, p. 73 s., n°6.

[349] Art. 4, LDR : « *Les droits réels d'État, de collectivité, d'individu et d'autres titulaires sont protégés par les lois, aucun groupement, ni personne ne peut les empiéter* ». Sur ce principe, V.LI Shigang, La loi de la République Populaire de Chine sur les droits réels : principes fondamentaux et notions de bases, *RIDC*, 2009-1, p. 73 s., n°7.

173.Cependant, il ne faut pas perdre toute espérance. Il convient de chercher l'idée de la proportionnalité au travers des dispositions légales, d'abord au moment de la constitution (§1), ensuite au cours de sa vie (§2), et enfin, au moment de sa réalisation (§3), parce que la lutte contre les abus et l'iniquité existe dans toutes les branches de droit. Et c'est ça le véritable objectif de l'application de l'exigence de la proportionnalité.

§ 1 – Absence d'exigence de la proportionnalité au moment de la constitution de sûreté réelle mobilière.

174.**Porportion à exiger.** – S'il faut exiger une certaine proportionnalité dans la constitution d'une sûreté réelle mobilière, la seule proportion que nous pouvons retenir c'est celle du rapport entre la valeur du bien affecté et le montant de la créance garantie.

175.**Absence d'exigence légale...** – Les dispositions légales chinoises n'exigent pas de proportionnalité entre la valeur du bien affecté par rapport au montant de la créance garantie. Une telle absence se comprend par la nécessité de la liberté contractuelle, qui laisse une liberté totale aux parties, dans une convention à créer une sûreté réelle qui vise à garantir une créance présente ou future. Encore une fois, il faut rappeler qu'une surabondance de sûreté réelle ne nuit pas[350], à l'inverse, elle peut se réveler profitable[351].

176.**…malgré la possible disproportionnalité.** – Dans la pratique, la valeur du bien affecté est souvent deux fois plus importante que le montant du crédit octroyé, ou bien de la créance garantie. Avec les paiements successifs du débiteur, et l'application stricte du principe de l'indivisibilité des sûretés réelles, la valeur du bien affecté va devenir cinq fois voire vingt fois du montant de la créance garantie.

---

[350] J. Mestre, E. Putman et m. Billiau, *Traité de droit civil, Droit commun des sûretés réelles*, LGDJ, 1996, n° 156, p. 139.
[351] J. Mestre, E. Putman et m. Billiau, *Traité de droit civil, Droit commun des sûretés réelles*, LGDJ, 1996, n° 157, p. 140.

177.Si une absence totale d'exigence de la proportionnalité au moment de constitution d'une sûreté réelle mobilière a pu être constatée, rien n'empêche que les parties, dans le cadre d'une convention, puissent intégrer une obligation pour les parties de maintenir une certaine proportion entre la valeur du bien affecté et le montant de la créance due. Par contre, le législateur chinois n'a prévue qu'une obligation pour le débiteur.

§ 2 – Existence d'exigence de la proportionnalité au cours de la vie d'une sûreté réelle mobilière

178.**Obligation du maintien de la valeur de gage et proportionnalité.** – L'exigence de la proportionnalité, selon M. Crocq, peut se matérialiser à une obligation pour le constituant de maintenir la valeur du bien grevé. Une telle exigence est aussi expressément prévue par la LDR tant pour les sûretés réelles avec dépossession[352] ou sans dépossession[353]. De manière générale, la loi prévoit que le créancier pourrait demander le constituant à maintenir la valeur du bien affecté dans la garantie de paiement de sa créance en cas de diminution de la valeur du bien grevé, ce peut être l'affectation d'un autre bien ou de substituer le bien grevé avec un autre dont la valeur suffit à couvrir la créance garantie. Il convient de constater qu'une telle disposition s'appliquera en cas d'absence de stipulation particulière, rien n'interdit une stipulation plus stricte.

179.**Une obligation au profit exclusif du créancier.** – Si l'idée est de maintenir une certaine proportion entre la valeur du bien affecté et le montant de la créance garantie, une obligation pour le débiteur de maintenir la valeur de gage n'est faite que pour l'une des hypothèses portant sur la fluctuation de la valeur du bien, la diminution de la valeur du bien. Rien n'est prévu en cas d'augmentation de la valeur du bien affecté. Ainsi, une telle disposition n'a pour objet que de sauvegarder l'efficacité de la sûreté

[352] Art. 216 de la LDR.
[353] Art. 193 de la LDR.

réelle, mais pas vraiment pour maintenir une proportion quelconque. Si certains ont pu bien souligner l'existence de l'hypothèque rechargeable et de gage rechargeable qui permet l'affectation d'un même bien ou d'un même ensemble de bien à garantir plusieurs créances à venir, il faut quand même constater que le solde des créances dues ne doivent pas dépasser un certain plafond[354], et il peut exister une grande différence entre le plafond d'engagement et le plafond du solde de créances. C'est-à-dire que l'autorisation d'affecter le même bien dans la garantie d'autres créances ne vise, effectivement, pas à remédier la disproportion constatée entre la valeur du bien affecté et le solde des créances dues. Il est regrettable de constater que le seul avantage d'une telle rechargeablilité d'une sûreté réelle est de simplifier le processus pour le débiteur à obtenir les crédits. Nous ne pouvons dire que cette disposition nous permet d'entrevoir une idée de proportionnalité.

De surcroît, concernant le droit de rétention, qui n'est pas une sûreté conventionnelle en droit chinois, les parties ne sauraient affecter cette sûreté réelle mobilière dans la garantie de paiement d'autres créances.

§ 3 – Existence d'exigence de la proportionnalité au moment de l'exécution d'une sûreté réelle mobilière.

180.Une absence totale du principe de proportionnalité en constitution du droit chinois des sûretés réelles mobilières et la quasi-existence de proportionnalité exigée pour les sûretés réelles ne doit pas nous faire perdre l'espérance. L'idée de proportionnalité existe dans l'exécution d'une sûreté réelle mobilière sous différentes formes.

[354] V. la notion sur l'hypothèque rechargeable, ou bien l'hypothèque de montant maximal, LI Shigang, Le droit chinois des sûretés, thèse Paris II, 2008, p. 309 et s. Dans le contrat constitutif d'une hypothèque rechargeable chinoise, les parties conventionnelles doit fixer un plafond dont le solde de créances dues ne doit dépasser (art. 205, LDR). Par contre, cet auteur n'a fait attention que sur le caractère futur des créances garanties et le caractère limite du montant de recouvrement par le constituant.

181.**Les dispositions applicables au droit de rétention chinois.** - La seule disposition légale chinoise, dans de la loi portant sur le droit réel, qui peut être comprise comme l'application de l'idée de la proportionnalité, portant sur le rapport entre la valeur du bien affecté et le montant de la créance garantie, est celle de l'article 233. Selon les termes de cet article, « *lorsque les biens retenus sont divisibles, la valeur de biens retenus doit correspondre à la somme de la créance garantie* »[355]. Dans le texte, nous ne voyons pas directement le mot proportionnalité, mais l'idée reste le même. La valeur des biens retenus doit pouvoir permettre au rétenteur à se faire payer sa créance[356]. Cela correspond bien à l'idée de la proportionnalité égalitaire soutenue par M. Puig[357]. Par contre, le même texte n'a pas prévu de sanction en cas de non-respect du principe de proportionnalité. N'est t-il pas une confirmation de l'adage selon lequel une « surabondance de sûretés ne nuit pas »[358] ?

182.Par contre, dans la pratique, il convient de distinguer selon que le créancier rétenteur soit de bonne ou mauvaise foi. Nous le savons bien que le droit de rétention chinois est une sûreté réelle juridique portant nécessairement sur les biens corporels mobiliers. Au moment de la naissance de la créance particulière, le créancier obtient le droit de rétention sans qu'il ait une volonté d'en exercer. Il convient de présumer qu'avant qu'il agisse en tant que tel, le créancier est de bonne foi. Si le créancier sait bien que les biens retenus ont une valeur beaucoup plus importante que le montant de la créance garantie, et qu'une partie de ces biens divisibles suffisent à garantir la créance garantie, mais il retient expressément les biens, de manière abusive. Dans cette hypothèse-là, il y a une mauvaise foi du créancier.

183.En cas de bonne foi du créancier, le débiteur peut demander au créancier la restitution d'une partie des biens divisibles, sans qu'il ait besoin de recourir à

---

[355] Article en chinois : «留置财产为可分物的，留置财产的价值应当相当于债务的金额 ».

[356] Pour nous l'expression « doit correspondre (应相当于) » n'est veut pas dire « égal ». Il convient de le traduire comme « doit être proportionnel (par rapport) », parce que selon l'objectif de la sûreté réelle, la satisfaction complète du créancier en cas de défaillance du débiteur est le but envisagé.

[357] V. sur la distinction de la proportionnalité égalitaire et l'égalité proportionnelle : P. Puig, Le contrôle de proportionnalité en droit des affaires, LPA, 5 mars 2009, n° 46, p. 93. sp. n° 18 et s.

[358] J. Mestre, E. Putman et M. Billiau, *Traité de droit civil, Droit commun des sûretés réelles*, LGDJ 1996, n° 156, p. 139.

l'autorité étatique judiciaire, mais une voie judiciaire est aussi possible, sans qu'il y ait un besoin de sanction quelconque pour le créancier. Par contre, en cas d'exercice abusif du droit de rétention, souvent la mauvaise foi du créancier est caractérisée, le débiteur peut demander une sanction pour faute.

184.**Art. 236 de la LDR.** – À côté d'une telle disposition, nous voyons, en matière de droit de rétention, certaines autres dispositions peuvent être qualifiées de l'exigence de proportionnalité. L'article 236 de la LDR, dans son premier alinéa, prévoit que « *Le créancier rétenteur et le débiteur peuvent convenir un délai d'exécution de la créance après la détention des biens ; à défaut ou en cas d'équivoque, le créancier rétenteur doit donner au moins un délai de* ***deux mois*** *pour que le débiteur puisse exécuter ses obligations, sauf si les biens mobilières retenus sont des biens périssables et ne se conservent pas (鲜活易腐等不易保管的动产)*».

185.**Commentaires.** – Certains commentaires s'imposent. Selon cette disposition, le créancier rétenteur doit laisser un délai pour que le débiteur puisse exécuter ses obligations contractuelles. C'est-à-dire que le créancier rétenteur ne saurait réaliser le bien qui est sous son emprise même si la défaillance du débiteur au terme est constatée. Il convient de souligner qu'en droit chinois, l'exercice de la rétention du bien n'est pas le moyen de la réalisation de cette sûreté réelle. Dès l'exercice de la rétention, le créancier peut convenir avec son débiteur un délai de « grâce ». A la différence avec les dispositions de la LS[359], la loi de 2007 laisse la liberté de négociation entre le créancier rétenteur avec son débiteur, propriétaire du bien retenu. Et la LS prévoyait que le délai de « grâce » ainsi octroyé doit être fixé au moins égal à deux mois, par contre, pas de sanction prévue en cas de violation. L'exception existe, c'est en cas où les biens retenus sont des biens périssables tels que les fruits de mer, des fruits ou de légumes. C'est quand le délai de « grâce » est passé, et encore, le débiteur ne satisfait pas le créancier rétenteur, que le créancier peut réaliser le droit de

[359] Une disposition semblable existe déjà dans la loi de 1995 portant sur le droit des sûretés. Art. 87, LS.

rétention[360]. L'objetif de laisser un délai supplémentaire pour que le débiteur puisse exécuter ses obligations contractuelles est double. D'une part, une telle sûreté réelle n'est pas voulue par le débiteur au moment de la conclusion de la créance garantie, parce que le droit de rétention ne peut qu'être une sûreté légale. Une réalisation forcée directement à l'échéance de la créance, soit par la vente soit par la dation en paiement, peut apparaître comme une sanction pour le débiteur. Une sûreté réelle légale n'est absolument pas une sanction pour le débiteur qui veut récupérer son bien. De ce point de vue, ce texte constitue un signe de la proportionnalité. D'autre part, il peut arriver que le bien retenu fasse aussi l'objet d'une sûreté réelle sans dépossession ; ce délai supplémentaire peut servir à notifier tous les autres créanciers, ou bien encore, un tiers bénéficiaire de droit de préemption.

186.**Art. 237 de la LDR.** – L'article 237 de la LDR prévoit que « *Le débiteur peut demander au créancier à exécuter son droit de rétention après l'échéance de la créance garantie ; en cas d'inexécution du droit de rétention par le créancier rétenteur, le débiteur peut demander à la juridiction populaire à faire vendre, amicalement ou aux enchères, ces biens, objet de rétention* ». C'est-à-dire qu'en cas de l'accord ou de la recommandation du débiteur, le créancier peut, dès l'échéance de la créance, exécuter son droit de rétention. Le débiteur peut même demander à la juridiction compétence à réaliser la sûreté en cas de négligence de créancier. Ici, l'idée essentielle de ce texte est d'accélérer l'exécution du droit de rétention. Une telle possibilité peut permettre le débiteur à récupérer, le plus vite possible, la différence entre la valeur du bien et le montant de la créance garantie, et aussi d'éviter la détention abusive du bien par le créancier. Encore, l'idée de la proportionnalité se trouve ici. Le but d'exercice un droit de rétention par le créancier sur le bien appartenant au débiteur est de faire pression à ce dernier pour qu'il désintéresse le plus vite possible le créancier. Le bien retenu peut, le plus souvent, avoir une valeur beaucoup plus importante que la créance garantie, par exemple la rétention de navire pour une créance issue de son entretien ou d'une réparation. La gêne occasionnée par

[360] La réalisation du droit de rétention se fait par la vente de bien retenu ou la dation en paiement convenu entre les parties conventionnelles. Art. 236, al. 2, LDR.

la rétention peut être disproportionnée par rapport au but envisagé. Ainsi, une réalisation de la sûreté, notamment dans l'hypothèque où c'est le débiteur le recommande, le plus vite possible peut paraître profitable, pour le créancier et pour le débiteur.

Par contre, nous ne voyons pas de même dispositions applicables pour les autres sûretés réelles mobilières chinoises.

187.**Les dispositions applicables pour toutes les sûretés réelles mobilières.** – En plus des dispositions de la LDR, la loi portant sur la procédure civile[361], modifiée par la loi du 28 octobre 2007 et celle du 31 août 2012, prévoient aussi une idée de proportionnalité dans la procédure de l'exécution forcée. L'article 242 de cette loi prévoit que l'exécution forcée doit porter sur les biens, appartenant au débiteur, dont la valeur « *doit correspondre* » à ce qui est dû par le débiteur. Une telle disposition est, d'abord, applicable en matière de gage général. Parce que toute personne est censée engager tous ces biens pour le paiement de ses dettes. Ensuite, elle est aussi applicable si plusieurs biens sont affectés pour la garantie de paiement et ses biens ont une valeur supérieure du montant de la créance due. Une telle hypothèse recouvre tous les sortes de sûretés réelles mobilières, parce que quelle que soit une hypothèque, un gage ou un droit de rétention peut porter sur un ensemble de bien. Ainsi, la réalisation forcée ne peut être plus que nécessaire, tout en sachant que les biens nécessaires à la vie quotidienne du débiteur et de sa famille sont insaisissables[362]. L'exigence de la proportionnalité peut se trouver, donc, ici, dans la procédure civile d'exécution.

[361] La loi chinoise du 9 avril 1991.
[362] Art. 244 de la loi du 9 avril 1991 portant sur la procédure civil d'exécution.

Conclusion de la section 2

188.En Chine, tout en respectant les volontés individuelles, une absence d'exigence de proportionnalitéau moment de la formation des sûretés réelles mobilières doit être constatée. Une obligation de maintenir la valeur du gage étant mise à la charge du débiteur nous fait penser à l'existence d'un signe de proportionnalité, mais une absence de droit au profit du débiteur en cas d'augmentation du bien affecté (certes, une hypothèse bien rare), pour nous, est discutable, parce que les parties ne sont pas équipées d'arsenal de protection de la même manière. Enfin, plusieurs dispositions concernant l'exécution des sûretés réelles mobilières nous font penser finalement que l'idée de la proportionnalité existe, même si ces règles ne sont pas applicables de manière générale à toutes les sûretés réelles, en droit chinois portant sur les sûretés réelles mobilières.

Conclusion du Chapitre 1

189.Le développement de l'exigence de la proportionnalité est une évolution récente en droit français. Ainsi, la tendance est l'extension d'une telle exigence des sûretés personnelles vers les sûretés réelles. Si le principe de la proportionnalité s'impose en matière de sûreté personnelle, il ne constitue pas, *de lege lata*, un véritable principe en matière de sûreté réelle.

En droit chinois public, le principe de la proportionnalité n'existe qu'au niveau doctrinal. Et ce principe est rarement mentionné en droit chinois privé. Par contre, l'idée d'exiger une certaine proportion entre la valeur du bien grevé et le montant de la créance garantie existe déjà dans le domaine des sûretés réelles mobilières.

Malgré quelques signes favorables, la proportionnalité est loin d'être un principe du droit commun des sûretés réelles, tant pour la France que pour la Chine. Pourtant, il ne faut pas nier l'importance de la proportionnalité permettant, d'une part, la maintenance d'une certaine équité entre les parties contractantes, et d'autre part, la lutte contre les excès. Il convient donc de s'interroger sur la possiblité de la généralisation du contrôle de la proportionnalité en tant qu'un principe en droit des sûretés réelles mobilières.

Chapitre 2 – La recherche d'une possibilité et de moyens de généraliser le contrôle de la proportionnalité comme principe des sûretés réelles mobilières

190.En revenant sur la question de savoir qu'est -ce qu'une bonne sûreté réelle, il convient d'ajouter, à côté de la simplicité, de la rapidité et de l'efficacité, qu'une bonne sûreté réelle est une sûreté « suffisante »[363], c'est à-dire proportionnée par rapport aux risques pris par le créancier. Ainsi, MM. Mestre, Putman et Billiau plaident pour la nécessité d'un contrôle des sûretés réelles inutiles[364]. D'ailleurs, comme ce qui est expliqué précédemment, l'abus de la puissance ou de domination[365] n'est pas un phénomène nouveau, et il existe presque dans tous les cas où une convention est conclue entre les parties, une différence de puissance. La nécessité de lutter contre cet abus justifie largement la possibilité d'une systématisation d'exigence de la proportionnalité en matière de sûretés réelles conventionnelles (Section 1).

Si bien que l'exigence de la proportionnalité a l'intérêt à devenir un principe des sûretés réelles, elle ne deviendra effective que si une sanction de la violation est expressément consacrée par le législateur. La question est, ainsi, de savoir avec quel fondement un juge peut exiger les parties à respecter cette exigence de proportionnalité (Section 2).

---

[363] Expression utilisée par P. Crocq, « Sûretés et proportionnalité », *in* Etudes offertes au Doyen Philippe Simler, Litec, 2006, p. 291 s., n° 5, p. 293.
[364] J. Mestre, E. Putman et M. Billiau, *Traité de droit civil, Droit commun des sûretés réelles*, LGDJ 1996, n° 201 et s., p. 190 et s. .
[365] Ainsi, le nouvel article 1143 à l'issu de l'ordonnance du 10 février 2016 a prévu que l'abus de l'état de dépendance constitue un cas particulier de violence sanctionné par la nullité du contrat. V. aussi, H. Barbier, « La violence par abus de dépendance », *JCP G* 2016, p. 421 et s.

Section 1 – Recherche sur la nécessité de l'exigence de la proportionnalité comme principe

191.**L'absence de possible remise en cause de la nécessité du principe de la proportionnalité au stade de la réalisation de sûretés réelles mobilières.** – Au travers de la recherche sur l'idée de l'exigence de la proportionnalité dans les droits positifs en France et en Chine, nous pouvons facilement constater que l'exigence de la proportionnalité au moment de la réalisation d'une sûreté réelle constitue un principe tacite qui est métamorphosé en lutte contre l'abus ou l'excès, notamment en cas où le créancier est bénéficiaire d'un droit exclusif (le droit de rétention ou le droit de propriété) sur le bien grevé.

192.**Question particulière de la nécessité du principe de la proportionnalité au stade de la constitution de sûretés réelles mobilières.** – Par contre, il est important de souligner que la justification de la nécessité d'établir un principe de la proportionnalité au moment de la constitution d'une sûreté réelle conventionnelle n'est pas aisée. Parce que de manière plus générale, il n'existe pas un principe de la proportionnalité au stade de la conclusion d'un contrat[366]. L'explication de cette absence constatée est tout simple : elle se trouve sur le principe de la liberté contractuelle. Autrement dit, par principe, les parties contractuelles sont libres de convenir de la proportion entre le montant de la créance garantie et la valeur du bien grevé et elles ne peuvent être forcées à modifier cette proportion librement convenue. Néanmoins, la présence de ce principe ne contredit pas nécessairement à l'exigence de la proportionnalité qui sert particulièrement à la lutte contre l'excès ou l'abus dont

[366] D. Mazeaud, « Le principe de proportionnalité et la formation du contrat », *in* Actes du colloque du 20 mars 1998, Existe-t-il un principe de proportionnalité en droit privé ?, *LPA* 30 sept. 1998, n° 117, p. 12 et s., sp. n° 3 : « *Existe-t-il un « principe » de proportionnalité au stade de la formation du contrat ? S'il existe, je ne suis pas certain de l'avoir rencontré…* ».

la sanction ne prendra pas nécessairement la forme de la nullité du contrat[367] légitimement passé, ou une modification forcée du contenu de ce contrat. L'excès de liberté est à la source d'un péril[368]. La nécessité d'établir un principe de la proportionnalité existe s'il existe un risque d'excès ou d'abus[369].

193.L'abus peut prendre deux formes particulières au stade de la constitution. D'une part, l'abus peut être constaté lorsque le créancier exige la constitution des sûretés réelles dont la valeur de l'assiette s'avère trop importante par rapport au montant de la créance garantie (§1). D'autre part, l'abus peut être constaté lorsque le créancier refuse abusivement d'accorder un autre crédit, lorsque le solde de la première ou des premières créances garanties est manifestement très peu important par rapport à la valeur estimée du bien grevé au moment de la demande de nouveau crédit (§2). Pourtant, le fondement qui justifie la lutte contre ces abus est le même, la protection du constituant contre le gaspillage de crédit.

§1 – Le gaspillage de crédit causé par le choix abusif de sûreté réelle

194.**Utilité d'exigence de proportionnalité.** – La volonté de protéger le crédit du constituant pourrait justifier l'idée de développer la proportionnalité au stade de la constitution de la sûreté réelle, sachant que la proportionnalité poursuit parfois cet objectif après ce stade. Mais quelles sont les sûretés réelles qui gaspillent le crédit ? Pour les identifier, le tableau relatif aux qualités des sûretés, tel qu'il est dressé par

---

[367] Par contre, un abus de l'état de dépendance sera sanctionné par la nullité de contrat après le 1er octobre 2016 : art. 1142 et art. 1143, C. civ.

[368] R. Savatier, *Les métamorphoses économiques et sociales*, Dalloz, 3e éd., 1964, p. 48 et s.; J. Rochfeld, « Du statut du droit contractuelle « de protection de la partie faible » : les interférences du droit des contrats, du droit du marché et des droits de l'homme », *in Mélanges G. Viney*, LGDJ 2008, p. 835 : d'après l'auteur, un second fondement qui pourrait bientôt justifier l'amélioration du statut de la partie dite « faible » : le respect du « *statut fondamentalisé par les droits de l'homme* ». Il nous semble que dernière justification est à rattacher à la justification traditionnelle, c'est-à-dire à la raison morale d'où découlent, ensuite, les droits fondamentaux de la personne humaine (A.-S. Choné, *Les abus de domination*, préf. B. Teyssié, Economica, 2010, p. 335, note de bas page n° 3).

[369] Ou bien nous pouvons dire que c'est la nécessité de la protection de la partie faible qui justifie l'établissement d'un « principe de la proportionnalité ». Rappr. A.-S. Choné, *Les abus de domination*, préf. B. Teyssié, Economica, 2010, n° 511 et s., p. 335 et s.

MM. Aynès et Crocq[370], est fort utile. Les sûretés réelles concernées seraient ainsi les suivantes : le gage avec dépossession, la réserve de propriété et la fiducie.

195.**Dangerosité de la dépossession.** – En matière de gage avec dépossession, c'est la dépossession qui crée le risque de gaspillage du crédit. Or, ce risque peut être évité par entiercement du gage[371] et, plus récemment, par inscription du gage[372] : des gages cumulatifs sur un même bien sont ainsi possibles. Pour une fiducie-sûreté, des affectations cumulatives du ou des biens peuvent également, *mutatis mutandis*, se concevoir de la part du fiduciaire ou d'une tierce personne[373]. Enfin, s'agissant de la réserve de propriété, le débiteur se trouve généralement en possession du meuble objet de la réserve de propriété, ce qui relativise le gaspillage de son crédit. Ces différents mécanismes supposent un rapport de forces équilibré entre le créancier et le constituant. Ce n'est pas toujours le cas. Et c'est sans nul doute en présence d'un rapport de forces inégales que le risque d'une sûreté disproportionnée est le plus grand. Sachant que des inscriptions hypothécaires excessives peuvent être réduites pour éviter une surprotection injustifiée du créancier, l'hypothèque pourrait également figurer sur la liste des sûretés réelles gaspilleuses de crédit. Avec la consécration de l'hypothèque rechargeable[374], l'argument perd inévitablement de la force. En définitive, le risque de gaspillage du crédit par une sûreté réelle semble devoir être globalement relativisé[375]. Par contre, il convient de souligner que le risque de gaspillage du crédit n'est relativisé que dans l'hypothèse où un « rechargement » est possible ; le créancier est tout à fait libre à limiter le pouvoir du constituant à conclure un contrat de rechargement sur le bien grevé.

---

[370] L. Aynès et P. Crocq, *Les sûretés. La publicité foncière*, 6e éd., Defrénois, 2012, n° 7, p. 7.
[371] Solution présentant un coût. En ce sens, L. Aynès et P. Crocq, *op. cit.*, n° 510, p. 238.
[372] A la suite de la réforme opérée par l'ordonnance n° 2006-346 du 23 mars 2006.
[373] Sur le risque de gaspillage du crédit par la fiducie-sûreté, V. P. Crocq, *Sûretés et proportionnalité*, *op. cit.*, n° 17 s., p. 299 s.
[374] Art. 2422, C. civ.
[375] En ce sens, V. P. Crocq, *op. cit.*, n° 223, p. 303.

196.**Dangerosité du cumul des sûretés.** – La volonté d'éviter une surprotection injustifiée du créancier pose également la question du cumul de sûretés[376]. Il peut s'agir du cumul d'une sûreté personnelle et d'une sûreté réelle[377]. L'hypothèse se trouve aux confins du champ de la présente étude. C'est pourquoi, il faut surtout songer ici au cumul de sûretés réelles[378]. La proportionnalité pourrait justifier le non-cumul dès lors que l'une des sûretés réelles couvre la totalité de la créance[379]. La constitution d'une sûreté inutile serait alors évitée[380]. La sûreté excessive a pu d'ailleurs être considérée comme une sûreté inutile, outrepassant la mesure nécessaire au paiement de la créance[381]. Cependant, combattre les sûretés inutiles suppose une conception utilitariste du droit, qui ne fait pas nécessairement l'unanimité[382]. Ce serait dès lors en tant que mécanisme correcteur des injustices que la proportionnalité s'imposerait au stade de la constitution d'une sûreté réelle, la proportion étant une manifestation du juste. Toutefois, la notion de justice ne fait pas l'objet d'une approche uniforme[383].

197.**Proportionnalité et abus.** – L'exigence de la proportionnalité pourrait aussi se développer sur le fondement de l'abus dans le contrat, notamment l'abus de l'état de dépendance. En matière de droit commun, la sanction de l'abus dans le contrat va devenir la réalité en France. Dans la réforme du droit des obligations, du régime général et de la preuve des obligations, une double arme est prévue directement contre l'abus dans le contrat : il s'agit d'un article dans la section relative aux vices du

---

[376] C'est le cas lorsqu'une personne consent une sûreté réelle pour autrui en étant déjà caution personnelle du débiteur. C'est également le cas lorsqu'une banque demande à un dirigeant de se porter caution des dettes de la société tout en bénéficiant de sûretés réelles à l'égard de la société.

[377] Une telle exigence de cumul d'une sûreté personnelle et d'une sûreté réelle est presque systématique dans la pratique chinoise.

[378] Sur la tendance des créanciers à multiplier les sûretés, V. N. Molfessis, « Le principe de proportionnalité en matière de garanties », *Banque et droit*, mai-juin 2000. 4 s., n° 6, p. 5.

[379] Pourtant, le contrôle de la proportionnalité n'est pas exercé au moment de la conclusion du contrat de sûreté réelle. La question se pose toujours sur la légitimité d'une sanction par nullité, si le cumul s'avère inutile.

[380] V. en ce sens, A. Gallois, « Quelle proportionnalité pour les sûretés réelles », *D. 2010*, p. 335 et s., n° 22.

[381] En ce sens, V. J. Mestre, E. Putman et M. Billiau, *Traité de droit civil, Droit commun des sûretés réelles*, LGDJ, 1996., n° 200, p. 189.

[382] V. P.-Y. Gautier, « Contre Bentham : l'inutile et le droit », *RTD civ.* 1995. 797.

[383] Comme le montre notamment la distinction classique entre justice distributive et justice commutative. V. sur cette question, par ex. J. Mestre, E. Putman et M. Billiau, *op. cit.*, n° 200, p. 188 et s.

consentement, et un autre dans celle relative au contenu (qui est utilisé à la place de l'objet) du contrat. Ainsi, le nouvel article 1143 dispose que « *Il y a également violence lorsqu'une partie, abusant de l'état de dépendance dans lequel se trouve son cocontractant, obtient de lui un engagement qu'il n'aurait pas souscrit en l'absence d'une telle contrainte et en tire un avantage manifestement excessif*..»[384]. Et le nouvel article 1171 souligne que « *Dans un contrat d'adhésion, toute clause qui crée un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties au contrat est réputée non écrite* ». Il est quand même regrettable de constater que cette disposition n'est applicable qu'en maitère des contrats d'adhésion[385]. En matière de droit commercial, une protection contre l'abus est déjà prévue par l'article L. 442-6 du Code de commerce qui a établi une liste des pratiques abusives en matière de relations commerciales. Parmi ces pratiques sont notamment intéressantes celles « *D'obtenir ou de tenter d'obtenir d'un partenaire commercial un avantage quelconque ne correspondant à aucun service commercial effectivement rendu ou manifestement disproportionné au regard de la valeur du service rendu*»[386], parce qu'il semble qu'une sanction peut être prononcée par le juge saisi à l'encontre d'un créancier qui abuse de sa puissance économique dans la conclusion d'un ou des sûretés réelles excessives.

198.En tout d'état de cause, le caractère excessif de la valeur des biens grevés par rapport à la créance garantie déterminée dans l'acte constitutif de sûreté réelle ne suffit pas pour faire constater la violation du principe de la proportionnalité[387]. Parce qu'une sûreté réelle peut servir à la garantie d'une autre créance, ou une créance dont le montant est indéterminé. C'est la limite du pouvoir d'affecter la même sûreté pour

---

[384] Comp. avec art. 1114-3 de l'avant projet du groupe Catala : P. Catala, *Avant-projet de réforme des obligations et de la prescription*, La documentation française, 2006.
[385] V. sur le commentaire du nouvel article 1171 du Code civil, M. Behar-Touchais, « Le déséquilibre significatif dans le Code civil », *JCP G* 2016, p. 391.
[386] Art. L. 422-6, I, 1°.
[387] V. sur le principe de refus de sanction des sûretés réelles excessives, D. Bakouche, *op. cit*., n° 165, p. 154 : « *Le principe de refus de sanction des sûretés réelles excessives explique, traditionnellement, il soit admis que le créancier a le droit de cumuler les sûretés et même de se surgarantir et que, out aussi classiquement, il soit reconnu au créancier le droit de réaliser librement les biens assiette de ses sûretés* ». Par contre, pour l'auteur, l'évolution du contrôle des sûretés réelles excessives est en perspective (n° 167 et s.)

la garantie d'un autre crédit permettant maximiser la valeur d'échange du bien qui va être qualifié d'abusif.

§2 – Le gaspillage de crédit causé par la limitation de grever le bien affecté

199.En effet, le créancier est libre à limiter le pouvoir du constituant à affecter la même sûreté réelle, soit par un contrat de rechargement soit par la constitution d'une autre sûreté réelle, pour la garantie d'une autre dette que celle prévue dans l'acte constitutif. Cette limitation n'est pas susceptible de quelconque sanction que lorsque cette limitation s'avère excessive ou abusive. Un gaspillage de crédit pourrait être causé par une limitation de pouvoir du constituant de grever le même bien pour la garantie d'un autre crédit.

200.**Le fondement de sanction en droit français.** – Ainsi, la possibilité de rechargement est expressément prévue par le Code civil en matière de fiducie-sûreté mobilière[388]. Cette possibilité de rechargement est même protégée par le législateur, parce qu'une clause limitant cette possibilité sera réputée non écrite[389]. Néanmoins, ces dispositions ne sont applicables qu'aux fiducies-sûretés mobilières. Si en matière de la réserve de la propriété, le gaspillage de crédit est relativisé, le risque de gaspillage de crédit existe toujours en matière de sûreté réelles préférentielles conventionnelles, le Code civil n'a rien prévu sur cette limitation, et il n'a pas prévu, non plus, la possibilité de rechargement des sûretés réelles préférentielles. Ainsi, il faut chercher ailleurs un autre fondement qui nous permet de sanctionner cette limitation en cas d'excès ou d'abus.

201.En matière de relations commerciales, nous trouvons toujours le fondement dans les dispositions de l'article L. 442-6. Par les termes « *De soumettre ou de tenter de soumettre un partenaire commercial à des obligations créant un déséquilibre significatif dans les droits et obligations des parties* »[390], le Code de commerce sanctionne les clauses qui créent un déséquilibre significatif des parties. Et en matière

[388] Art. 2372-5, al. 1er, C. civ.
[389] Art. 2372-5, al. 4, C. civ.
[390] Art. L. 442-6, I, 2°, C. com.

de droit commun, nous ne pouvons que d'espérer l'adoption de l'avant-projet sur la réforme des obligations et de la prescription. Parce qu'il semble que l'article 1122-2 de cet avant-projet permet une sanction de cette limitation abusive du pouvoir du constituant.

202.**Le fondement de sanction en droit chinois.** – En droit chinois, c'est seulement avec la forme particulière de sûreté réelle dite « à montant maximal », que le constituant peut affecter une même sûreté réelle pour la garantie des créances futures, donc il existe une possibilité d'une pluralité de créances. Dans cette hypothèse particulière, la sûreté réelle va être affectée à la garantie d'une nouvelle créance née entre les mêmes parties que lorsqu'une créance sera née. Mais il est possible qu'à un moment donné, le créancier puisse refuser à accorder de nouveaux crédits au débiteur alors que le solde de créances non payées est manifestement faible au regard du « montant maximal » fixé dans l'acte constitutif. Ainsi, dans cette hypothèse, une « cristallisation » quant aux créances garanties va s'opérer à la demande du créancier. Est-ce qu'il y a bien un gaspillage de crédit ? La réponse n'est pas facile à donner. Parce que si le constituant est libre à constituer une autre sûreté réelle grevant le même bien, il est toujours libre à maximiser les utilités de ce bien en tant qu'un outil de crédit (assiette de sûreté réelle) par constitution d'une autre sûreté réelle. Néanmoins, si le créancier a en même temps limité le pouvoir de grever ce même bien par constitution d'une autre sûreté réelle, un gaspillage de crédit pourrait être constaté. Dans cette hypothèse, le refus d'accorder un crédit n'est pas susceptible d'une quelconque sanction parce que le refus fait partie de sa liberté contractuelle que personne ne saurait lui forcer à conclure un contrat ; mais la clause limitant le pouvoir du constituant peut être sanctionnée sur le fondement d'un « contrat susceptible de modification ou d'annulation »[391].

203.Aux termes de l'article 54 de la Loi chinoise du droit des contrats (LDC)[392] de 1999, les contrats conclus dans les conditions de « malentendu grave »[393] ou de

[391] En chinois, « *可变更可撤销的合同* ».
[392] Loi du 15 mars 1999 portant sur le droit des contrats.
[393] En chinois, « *重大误解*».

« déséquilibre significatif »[394] au moment de la conclusion peuvent être modifiés ou annulés, lorsque la partie qui a subi de préjudice en fait la demande auprès d'un tribunal populaire ou d'une institution d'arbitrage. La partie victime d'un préjudice ne peut demander la modification ou l'annulation du contrat lorsque le contrat est signé en condition de fraude, de violence ou par l' « exploitation de la position vulnérable »[395] de la victime. En effet, les conditions sont cumulatives mais pas alternatives.

204.A notre avis, le constituant peut se fonder sur les dispositions de cet article et demander l'annulation de la clause limitant son pouvoir à grever le même bien par une autre sûreté réelle. Par contre, à notre sens, les magistrats ne doivent pas accorder la demande d'annulation d'un contrat de sûreté réelle parce qu'un tel contrat est par principe légitimement passé entre les parties, sauf lorsqu'une cause de nullité entame les obligations principales de ce contrat.

205.Concernant le champ d'application de cet article 54, il semble qu'il est applicable tant aux contrats civils qu'aux contrats commerciaux[396]. Ainsi, il couvre toutes les sûretés réelles mobilières. Il est donc possible de se fonder sur les dispositions de cet article contre les abus particuliers au stade de la constitution des sûretés réelles mobilières.

206.Le principe de la prohibition de l'abus de droit[397] exigé par le droit chinois pourrait aussi constituer le fondement de l'exigence de la proportionnalité. Par contre,

---

[394] En chinois, « *显失公平*».

[395] En chinois, «*乘人之危* », qui signifie littéralement « profiter de malheur de quelqu'un ». En effet, plus largement, en matière du droit de contrat, cette expression signifie une condition dans laquelle, la partie plus faible est à fond de cale, soit elle accorde les propositions d'un déséquilibre manifeste, soit elle va être en danger, ou être dans une situation encore pire. Nous pouvons aussi considérer que dans cette situation, la partie plus faible est en dépendance de la partie plus puissante ; la victime est en position de vulnérabilité, pas forcément physique, mais surement psychologique.

[396] Dans l'avant-projet sur la législation des règles communes de droit commercial (*商事通则*) chinois, le groupe de préparation dirigé par M. WANG Baoshu n'a pas prévu de règle particulière sanctionnant l'abus des relations commerciales. Ainsi, nous ne pouvons que d'appliquer l'article 54 pour tous les abus dans le contrat. v. l'avant-projet sur les règles communes de droit commercial : http://www.icaijing.com/laws/article4829211.

[397] L'article 7 de la Loi du 12 avril 1986 dite « *Ming Fa Tong Ze* » (règles commune du droit civil) est communément considéré comme le fondement du principe de la prohibition de l'abus de droit.

cet article n'a prévu de critère concret permettant la qualification de l'abus. Pour appliquer ce principe, il appartiendra au juge d'exercer un pouvoir discrétionnaire sur la qualification d'existence de l'abus. De notre point de vue, il sera plus simple pour le juge d'appliquer l'article 54 de la Loi du droit des contrats que l'article 7 de la Loi de 1986.

Conclusion de la section 1

207.La présentation des fondements juridiques, en droit français et en droit chinois, permettant la lutte contre les abus nous permet de constater la possible exercice d'un contrôle généralisé de la proportionnalité. En effet, ce que le contrôle de la proportionnalité permet est la lutte contre le gaspillage de crédit qui est anti-économique. Le gaspillage de crédit peut être causé par un choix abusif de sûretés réelles et la limitation de grever le bien affecté.

En droit français, il existe plusieurs fondements juridiques permettant la lutte contre l'abus dans le contrat de droit commun ou commercial, tel que la notion de la violence par abus de dépendance et la clause abusive. Par contre, il n'existe pas de notion équivalente en droit chinois. Quant au gaspillage causé par la limitation de grever le bien affecté, il existe des fondements pour exercer des contrôles d'abus tant en France qu'en Chine. Pourtant, les législateurs français et le législateur chinois n'ont pas préciser la proportion à retenir. Tout dépend, alors, de l'appréciation des juges du fond.

208.Ce qui reste est de savoir quelle sera la sanction de la violation de l'exigence de la proportionnalité si cette dernière constitue un véritable principe des sûretés réelles mobilières. Toutes les sanctions en cas de violence du principe de la proportionnalité doivent être prévues expressément par les textes légaux, parce que le prinicpe reste : « pas de sanction sans texte ».

Section 2 – Recherche sur le moyen d'exercice du contrôle de la proportionnalité

209.Si l'exigence de la proportionnalité au moment de la constitution et au moment de la réalisation d'une sûreté réelle mobilière a pour objet de lutter contre l'excès ou l'abus, la sanction de la violation doit ne doit pas être la même, parce qu'un abus au moment de la constitution et un abus au moment de la réalisation ne portent pas atteintes au constituant de la même manière. Au moment de la constitution, la proportionnalité va protéger le constituant contre le gaspillage du crédit, donc préserver le droit à l'accès au crédit futur ; alors qu'au moment de la réalisation, la proportionnalité sert à protéger le droit patrimonial du constituant sur le bien grevé. Ainsi, il convient de regarder séparément le moyen de sanction de l'abus selon que cet abus est commis au moment de la constitution (§2) ou au moment de la réalisation (§1).

§1 – Le moyen de sanction de l'abus commis au moment de la réalisation d'une sûreté réelle

210.La présentation de la sanction française (A) précédera celle de la sanction chinoise (B).

A – Les sanctions françaises de l'abus dans la réalisation d'une sûreté réelle

211.**Interdiction d'inscription supplémentaire.** – Dès lors que le créancier dispose d'une sûreté réelle couvrant la totalité de la créance, la mise en œuvre de la proportionnalité pourrait se traduire par des dispositions législatives interdisant le recours à des sûretés réelles supplémentaires[398]. Ces dispositions pourraient être d'ordre public afin de mettre en échec des dispositions contractuelles contraires. Par ailleurs, en matière d'hypothèque, dès lors que la valeur d'un immeuble du constituant couvre le montant de la créance garantie, il ne semble pas indispensable d'offrir au créancier la possibilité d'inscrire son droit sur tous les autres immeubles du débiteur.

[398] Sauf dans l'hypothèse où la valeur de la sûreté consentie viendrait à diminuer.

En dehors de ces hypothèses, la mise en œuvre de la proportionnalité au stade de la constitution de la sûreté réelle nécessiterait, pour la sûreté réelle concernée, la fixation par la loi d'un seuil d'excès chiffré. Comme le rappelle MM. Aynès et Crocq, « *il n'appartient pas au juge mais, le cas échéant, au législateur d'interdire ou d'entraver le recours à telle ou telle sûreté* »[399]. Pour conserver une souplesse d'appréciation et pour tenir compte des évolutions économiques, il serait opportun que la loi renvoie au décret pour fixer le seuil d'excès. Ainsi, il pourrait être modifié plus facilement en cas de besoin. La valeur du seuil pourrait être déterminée après consultation des différents acteurs du marché de la sûreté concernée. L'appréciation tant de la valeur du bien donné en garantie que du rapport de proportionnalité serait logiquement réalisée au jour de la constitution, selon les modalités définies par les parties ou par la loi.

212.**Interdiction d'une rétention excessive.** – Un autre exemple peut être donné avec le droit de rétention, qui peut se révéler injuste en cas de disproportion de valeur entre la créance et la chose retenue[400]. On pourrait songer à ce que la loi fixe un seuil d'excès limitant l'exercice de certains droits de rétention[401]. Une condition de proportionnalité s'ajouterait alors aux conditions existantes[402]. A titre d'exemple, il pourrait fait obstacle au droit de rétention exercé par le garagiste en cas de disproportion entre le montant des réparations effectuées et la valeur du véhicule. Cette limite dans l'exercice du droit de rétention ne semble pas éloignée, dans l'esprit, d'autres propositions doctrinales, comme de celle considérant que le droit de rétention pourrait relever de l'article 22 de la loi de 1991 s'il est excessif[403].

---

[399] L. Aynès et P. Crocq, *Les sûretés. La publicité foncière*, 6e éd., Defrénois, 2012, n° 18, p. 12.
[400] En ce sens, L. Aynès et P. Crocq, *Les sûretés, La publicité foncière,* 6e éd. Defrénois, 2012, n° 435, p. 193.
[401] Il n'existe pas un droit de rétention mais des droits de rétention comme le montre l'art. 2286 c. civ. V. A. Aynès, « La consécration légale des droits de rétention », *D.* 2006. Chron. 1301.
[402] *Contra* V. not. M. Cabrillac, Ch. Mouly, S. Cabrillac et Ph. Pétel, *Droit des sûretés*, 9e éd., Litec, 2010, n° 629, p. 468.
[403] L. Aynès et P. Crocq, *op. cit.*, n° 453, p. 204. *Contra* Com. 19 nov. 2002, *Bull. civ.* 2002 IV, n° 172.

B - La sanction chinoise de l'abus dans la réalisation d'une sûreté réelle

213.Dans le cadre des sanctions prévues en droit chinois, il faut une différences de régime. Il y a des sanctions prévues par dess régles particulières (a) et celles prévues par des régles communes (b).

a – Sanction prévues par des règles particulières Les règles particulières s'intéressent plus particulièrement à la réserve de propriété et au droit de rétention

214.**Réserve de propriété.** – En droit chinois, l'Explication judiciaire de 2012[404] portant sur les questions particulières dans la mise en œuvre des contrats de vente a fait appliquer le principe de la proportionnalité en proposant un seuil. En effet, par cette explication, la haute juridiction chinoise a, pour la première fois, proposé des règles applicables en cas de la réserve de propriété à titre de garantie. Par son article 36, cette Explication judiciaire souligne notamment dans le cas où l'acquéreur débiteur a payé plus de soixante-quinze pour cent de prix, et que le créancier réservataire demande la restitution du bien en cas défaillance du débiteur, le tribunal populaire ne doit pas faire droit à sa demande. Autrement dit, si la réserve de propriété constitue une sûreté réelle pour le créancier réservataire à la garantie du paiement de prix de la vente, il perdra cette sûreté réelle lorsque l'acquéreur a payé une grande partie du prix, plus précisément trois quart. Si bien que cette disposition est critiquable[405], elle constitue un pas significatif pour le droit chinois à exiger un véritable principe de la proportionnalité des sûretés réelles. L'application par les praticiens de cette disposition est tout à fait simple, au cas où le paiement ne dépasse pas le trois quatrième du prix de vente, le créancier peut parfaitement récupérer le bien vendu ; au contraire, sa demande ne va pas être accordée par le tribunal populaire compétent. Cette règle ne porte pas atteinte à la validité de la clause de la réserve de propriété, non plus à la pérennité de cette clause conventionnelle, mais elle empêche le droit du créancier à demander la restitution du bien, le moyen de la réalisation de la sûreté réelle. Par contre, il n'est pas préciser le sort du créancier lorsqu'il ne peut

[404] EJ 2012 (8) du 10 mai 2012.
[405] Le seuil proposé n'est pas le rapport entre la valeur du bien grevé et le montant de la créance garantie qui est retenu comme la proportion exigée dans notre recherche.

demander à l'acquéreur la restitution du bien. Si bien son droit de propriété ne pose pas de problème, parce qu'en cas de paiement partiel le transfert de la propriété ne se fait pas, le créancier ne peut réaliser sa sûreté réelle. Parce que pour la doctrine chinoise, le créancier réservataire n'est protégé que par son droit de demander la restitution du bien[406]. De ce point de vue, par l'empêchement de l'exercice le droit de demander la restitution du bien affecté, le créancier a perdu la protection offerte par la clause de la réserve de propriété. Il ne bénéficie, dans cette hypothèse qu'un droit de créance chirographaire contre l'acquéreur. La raison de l'exigence de ce principe de la proportionnalité a notamment pour objet la protection de l'équilibre des parties[407]. Par contre, nous ne concevons mal comment l'exigence de la proportionnalité peut anéantir une clause contractuelle qui est pourtant légitime. Il est notamment à souligner que le principe de la proportionnalité des sûretés réelles n'est pas d'ordre public, comme dans certains autres domaines[408].

215.**Le droit de rétention.** – En matière de droit de rétention, le législateur prévoit une exception de l'indivisibilité au profit de la proportionnalité[409]. Ainsi, la valeur des choses retenues, lors que les choses retenues sont par nature divisibles, doit être seulement suffisante à permettre la couverture de la créance garantie, ou bien cette valeur doit être égale au montant de la créance garantie. Autrement dit, la sanction sera une restitution forcée par le juge saisi. Parce contre, il n'y a pas de réparation de préjudice parce que l'exercice de droit de rétention sur l'ensemble des biens est tout à fait légitime, sans que le créancier ait une intention particulière de nuire.

En dehors de ces cas évoqués, des règles communes sont prévues pour les sanctions

---

[406] V. en ce sens, par ex. GUAN Tao (关涛), « Le problème du droit d'être payé par préférence en cas de coexistence de la réserve de propriété et du gage (关于所有权保留与质权竞存时的优先受偿问题) », *Journal of Yantai University* (烟台大学报), oct. 2013, p. 47 et s. ; ZENG Xiaodong (曾晓东), « *所有权保留制度若干问题探究* », *Law and Economy* (法制与经济), 2013 (2), p. 19 et s. **Autrement dit, l'acquéreur débiteur bénéficie aussi un droit de disposition sur le bien vendu, même s'il n'est pas le propriétaire effectif.**

[407] ZENG Xiaodong (曾晓东), « *所有权保留制度若干问题探究* », *Law and Economy* (法制与经济), 2013 (2), p. 19 et s.

[408] En ce sens, v. not. M. Mekki, *L'intérêt général et le contrat – Contribution à une étude de la hiérachie des intérêts en droit privé*, préf. J. Chestin, LGDJ 2004, deuxième partie.

[409] Art. 233, LDR.

b – Sanction prévue par les règles communes

216.**Art. 242 de la LPC.** – Sur le fondement de l'article 242 de la Loi chinoise sur la procédure civile (LPC), le créancier ne saurait exercer son droit que sur les biens dont la valeur s'avère nécessaire ou suffisante. D'emblée, le sens de cette règle est en contradiction avec celui du principe de l'indivisibilité. Parce que selon le principe de l'indivisibilité, le créancier peut exercer son droit sur l'ensemble des biens grevés. Mais cette exigence au moment de la procédure d'exécution n'empêche pas vraiment l'exercice du droit du créancier, parce que si le créancier dispose un droit sur l'ensemble des biens grevés, il ne peut obtenir un montant plus important que son droit de créance. La sanction de non-respect va être la réparation de préjudice. Comme les autres sanctions, cette sanction de non-respect de l'exigence de la proportionnalité n'est pas automatique. Un contrôle de la proportionnalité doit être soulevé par la victime.

217.Il est pourtant important de noter que cette disposition est applicable à toutes les sûretés réelles chinoises. Autrement dit, même si le créancier bénéficie un droit indivisible sur plusieurs biens grevés, il ne saurait exiger la vente de tous ces biens lorsque la valeur d'un ou plusieurs parmis eux suffit à satisfaire le créancier.

§2 – Le moyen de sanction de l'abus commis dans la constitution d'une sûreté réelle conventionnelle

218.Avant d'envisager quel sera le moyen de sanction pour le non-respect du principe de la proportionnalité, il convient de souligner qu'un contrôle systématique d'une sûreté réelle excessive au moment de la constitution n'existe pas[410], et il n'est pas possible d'établir un tel contrôle. N'étant qu'un des outils pour lutter contre l'abus, le

[410] V. en ce sens, D. Bakouche, *op. cit*. n° 163, p. 153. En proposant un contrôle en perspective, l'auteur ne vise que les hypothèses dans lesquelles un abus est constaté en dehors de la sûreté réelle conventionnelle, tel que une appréhension du bien grevé par fraude ou par violence, un refus de restitution du bien retenu pour l'absence de paiement complet d'une créance injustifiée (n° 169, p. 158 à 160).

contrôle de la proportionnalité ne va pas être exercé que si la victime[411] de cet abus l'a sollicité devant une juridiction étatique ou d'arbitrage.

En effet, la sanction de l'abus diffère d'un pays à l'autre malgré une convergence sur le constat de la nécessité de lutter contre les abus. La présentation des sanctions françaises de l'abus (A) précédera celle des sanctions chinoise de l'abus (B).

A – En droit français

219.Il faut distinguer, en droit français, la sanction de l'abus du moment de la constitution d'une sûreté réelle en droit commun (a) et en droit commercial (b). Parce que si l'adage « *specilia generalibus derogant* » ne constitue pas une obligation pour les parties, il existe un intérêt pour la victime à recourir aux dispositions de droit commercial parce que la sanction est plus révère.

a- En droit commun

220.**Sûretés judiciaires.** – Pour illustrer l'application de la proportionnalité au stade de la constitution de la sûreté réelle, on peut d'abord songer aux sûretés judiciaires[412]. L'article 259 du décret n° 92-755 du 31 juillet 1992 fixe un seuil de réduction des effets de la sûreté judiciaire. Ce que la loi envisage en aval, pourquoi ne pourrait-elle pas l'envisager en amont[413] ? Ainsi, on pourrait imaginer de transposer ce seuil dès le stade de la constitution de la sûreté judiciaire sachant que « *la sûreté provisoire est dominée par le principe de proportionnalité* »[414]. En conséquence, un créancier ne

[411] Pourtant, le saisissant peut être une autre personne en droit commercial français.
[412] A la suite de la réforme de 1991-1992, la nature judiciaire de ces sûretés a été discutée et contestée. Sur ce point, V. R. Perrot et P. Théry, *Procédures civiles d'exécution*, 2e éd., Dalloz, 2005, n° 884.
[413] Pour M. Dagot (*Les sûretés judiciaires provisoires*, Litec, 1994, n° 1581, p. 419), s'agissant de la mise en œuvre du principe de proportionnalité, le problème est de savoir, « **au moment de la constitution de la sûreté judiciaire provisoire est sollicitée** », ce qui se révélera nécessaire. Ces développements laissent entendre qu'un contrôle de proportionnalité est déjà possible à ce stade, ce qui est contestable. Comp. R. Perrot et P. Théry, *op. cit.*, n° 899 s., p. 789 s. ; C. Giverdon, « Mesures conservatoires. Sûretés judiciaires », J.-Cl. Procédure civile, spéc. n° 84.
[414] M. Dagot, *op. cit.*, n° 969, p. 263. Rappr. J. Mestre, E. Putman et M. Billiau, *Traité de droit civil, Droit commun de sûretés réelles*, LGDJ 1996, n° 205, p. 193.

pourrait prendre une sûreté judiciaire sur des biens ayant une valeur double par rapport au montant de la créance[415]. Si l'autorisation du juge est nécessaire pour constituer la sûreté judiciaire, le juge vérifierait à cette occasion si le seuil est respecté. Dans le cas contraire[416], le professionnel concerné[417] opérerait un contrôle « formel » de la proportionnalité[418].

221.**Sûretés conventionnelles.** – Lorsqu'une sûreté réelle excessive est voulue par les parties sans qu'il ait de quelconque vice de consentement, il n'y aura pas de sanction du non-respect de la proportionnalité[419]. Parce que le propriétaire est censé être libre d'utiliser son propre bien, sauf en cas d'abus. Si la constitution d'une sûreté réelle excessive ne porte pas atteintes aux tiers, le constituant est tout à fait libre à conclure une telle sûreté réelle.

222.Il sera différent lorsqu'il existe un abus du créancier dans la constitution d'une sûreté réelle excessive. L'avant-projet de la Commission Catala a proposé deux solutions pour lutter cet abus, soit en constatant l'existence d'une violence[420] qui est sanctionnée par la nullité du contrat[421], soit en constatant une clause créant un déséquilibre manifeste qui est annulable[422]. Et cette proposition a été confirmée par l'ordonnance du 10 février 2016 avec un peu de modification, à savoir la sanction de

---

[415] La preuve du non-dépassement de ce seuil lui incomberait. Pour les créanciers qui se verraient, le cas échéant, dans l'impossibilité de constituer une sûreté judiciaire, il faut observer qu'ils ne seraient pas dépourvus de toute protection. En effet, une créance peut être en péril en raison du comportement du débiteur. Or, la loi pénale réprime l'organisation frauduleuse de l'insolvabilité et peut condamner solidairement le complice, dans la limite de la valeur des fonds ou des biens reçus, aux obligations pécuniaires résultant de la condamnation à l'exécution de laquelle l'auteur de l'infraction a voulu se soustraire (art. 314-7 et 314-8 C. pén.).

[416] V. art. 68 de la loi n° 91-650 du 9 juill. 1991 portant réforme des procédures civiles d'exécution.

[417] A titre d'exemple, le conservateur des hypothèques pour une inscription provisoire d'une hypothèque ; le greffier du tribunal de commerce pour une inscription provisoire d'un nantissement d'un fonds de commerce.

[418] On voit là un des intérêts concrets d'une approche objective de la proportionnalité, fondée sur une logique mathématique.

[419] Comp. art. 1122-1, Avant-projet de la réforme des obligations et de la prescription : « *Le défaut d'équivalence entre les prestations convenues dans un contrat commutatif n'est pas une cause de nullité, hormis le cas où la loi admet la rescision du contrat pour cause de lésion* ».

[420] Art. 1114-3, Avant-projet de la réforme des obligations et de la prescription.

[421] Art. 1114, C. civ.

[422] Art. 1122-2, Avant-projet de la réforme des obligations et de la prescription.

la clause créant un déséquilibre manifeste n'est applicable qu'en matière des contrats d'adhésion.

223.**Sanction par la réparation de préjudice.** – Néanmoins, nous concevons mal comment un non-respect du principe de la proportionnalité peut être sanctionné par la nullité de la sûreté réelle dont la subsistance est indispensable pour maintenir l'équité globale de l'opération[423]. Prenons un arrêt rendu par la troisème Chambre civile de la Cour de Cassation du 15 octobre 2015[424] comme exemple, la Haute juridiction exige une proportionnalité des mesures prononcées et les désordres causés par une violation des règles de lois. Dans les autres cas, l'abus ne peut pas assimilé comme un simple non-respect de la proportionnalité mais à une vraie intention de nuire qui justifiera la nullité du contrat. Il est aussi d'intérêt d'aligner la solution en droit des sûretés réelles avec celle du droit des sûretés personnelles. Un abus ou un excès sera sanctionné par engagement de responsabilité civile, donc la réparation de préjudice de la victime.

224.**Sanction par la correction de la disproportionnalité.** – En outre, la sanction peut aussi être materialisée en une correction de la disproportion : à savoir la réduction de l'assiette. La mise en œuvre de la proportionnalité au stade de la constitution de la sûreté réelle appelle également des précisions quant à la sanction de la violation du seuil d'excès. Dans la mesure où la proportionnalité sert les intérêts du constituant de la sûreté, la sanction doit lui être utile. C'est pourquoi, celle-ci devrait avoir pour vocation première de libérer le constituant, partiellement ou totalement, de la sûreté excessive. En conséquence, soit la réduction de l'assiette de la sûreté est matériellement possible et elle devrait être appliquée. Si cette réduction n'est pas

[423] Rappr. D. Mazeaud, « Le principe de proportionnalité et la formation du contrat », *in* Actes du colloque du 20 mars 1998, Existe-t-il un principe de proportionnalité en droit privé ?, *LPA* 30 sept. 1998, n° 117, p. 12 et s., spéc. n° 3 : « *Si, souhaitablement, une certaine proportion entre la valeur du bien grevé et le montant de la créance garantie doit être imposée, mais une simple absence d'équivalence économique entre les prestations des cocontractants ne saurait pas mettre en cause la validité d'une convention* ».

[424] Cass. 3e civ., 15 oct. 2015, n° 14-23.612, FS P+B+R : JurisData n° 2015-022823; v. aussi, *JCP G 2015, act. 1232.*

possible, il conviendrait alors d'envisager la nullité[425]. Il faut noter que ces sanctions sont déjà présentes à l'article L. 650-1 du Code de commerce. Dans certains cas, notamment en cas d'entrave à l'exercice de certains droits de rétention, ce type de sanction serait inapproprié, soit parce que la chose retenue ne pourrait être réduite, soit parce que la possession rendrait vaine toute idée de nullité. Le cas échéant, la mise en œuvre de la responsabilité civile pourrait être envisagée à l'encontre d'un rétenteur qui ne respecterait pas le seuil d'excès.

b- En droit commercial

225.**Une sanction sévère par une amende civile.** – A la différence avec le droit civil, l'abus est sanctionné lourdement en droit commercial. Aux termes de l'article L. 442-6 du Code de commerce, le commettant de l'abus doit d'abord réparer le préjudice subi par la victime[426], en dehors de la nullité de la clause remise en cause. En outre, la juridiction saisie peut aussi prononcer une amende civile qui ne dépasse pas 2 millions euros[427]. Par rapport à la sanction de l'abus proposée à l'avant-projet de la réforme des obligations et de la prescription, la sanction prévue par le Code de commerce est beaucoup plus sévère. D'ailleurs, cette action en justice pour l'abus en droit commercial peut être déclenchée non seulement par la victime, mais aussi par « *toute personne justifiant d'un intérêt, par le ministère public, par le ministre chargé de l'économie ou par le président de l'Autorité de la concurrence lorsque ce dernier*

[425] En application de la théorie moderne des nullités, il s'agirait d'une nullité relative. Sur cette théorie et sur ses infléchissements, V. F. Terré, P. Simler et Y. Lequette, *Droit des obligations*, 10e éd., Dalloz, 2009, n° 88-89, p. 107-108.

[426] Art. L. 442-6, I, C. com.

[427] Art. L. 442-6, III, C. com.: « *Lors de cette action, le ministre chargé de l'économie et le ministère public peuvent demander à la juridiction saisie d'ordonner la cessation des pratiques mentionnées au présent article. Ils peuvent aussi, pour toutes ces pratiques, faire constater la nullité des clauses ou contrats illicites et demander la répétition de l'indu. Ils peuvent également demander le prononcé d'une amende civile dont le montant ne peut être supérieur à 2 millions d'euros. Toutefois, cette amende peut être portée au triple du montant des sommes indûment versées ou, de manière proportionnée aux avantages tirés du manquement, à 5 % du chiffre d'affaires hors taxes réalisé en France par l'auteur des pratiques lors du dernier exercice clos depuis l'exercice précédant celui au cours duquel les pratiques mentionnées au présent article ont été mises en œuvre. La réparation des préjudices subis peut également être demandée. Dans tous les cas, il appartient au prestataire de services, au producteur, au commerçant, à l'industriel ou à la personne immatriculée au répertoire des métiers qui se prétend libéré de justifier du fait qui a produit l'extinction de son obligation* ».

constate, à l'occasion des affaires qui relèvent de sa compétence, une pratique mentionnée au présent article »[428].

226.**Essai d'une explication de la sanction sévère.** – En effet, il est aisé de comprendre cette différence. Un crédit va servir principalement dans deux sens, les activités professionnelles et la consommation. En cas de crédit à la consommation, il s'agit notamment de la gestion du patrimoine et l'utilisation de la richesse ; alors en cas de crédit pour les activités professionnelles, dont le régime est réglementé par le Code de commerce, il s'agit non seulement de l'exercice des activités professionnelles d'une personne, mais aussi, d'une entreprise dont la viabilté dépend de sa capacité à accéder aux crédits. La viabilité d'une entreprise est de lourdes conséquences tant économiques que sociales. La faillite d'une entreprise va probablement porter atteintes aux intérêts de plusieurs autres entreprises par absence de paiement de ses dettes et aussi les emplois de ses employés. Par l'effet de chaîne, une absence de la protection du crédit des commerçants va causer de lourdes conséquences pour une région au niveau économique et au niveau social. Ainsi, l'abus qui cause une restriction d'une possibilté d'accés au crédit en matière commerciale est extrêmement dangereux. Cela va plus ou moins expliquer la sévère sanction prévue pour un abus commis en matière commerciale.

B – En droit chinois

227.**Nullité ou modification imposée.** – La sanction prévue par l'article 54 de la Loi du droit des contrats (LDC) est la nullité ou la modification du contrat remis en cause. Néanmoins, il ne nous semble pas que les magistrats vont prononcer la nullité d'une sûreté réelle à cause de la disproportion manifeste entre la valeur du bien grevé et le montant de la créance garantie, sauf en cas de vice de consentent[429]. Ainsi, une sûreté réelle, même si inutile, ne va pas être annulée que si cette sûreté réelle est conclue en

[428] Art. L. 442-6, III, C. com.

[429] En effet, si le créancier peut justifier la nécessité pour lui à exiger à son débiteur à fournir une sûreté réelle, cette cause légitime va justifier la maintenance de la sûreté réelle. Il est seulement théoriquement possible qu'une sûreté réelle conclue par l'exploitation de la position vulnérable soit annulée. En pratique, à cause de la dépendance économique, le constituant ne va pas solliciter le caractère excessif de la sûreté réelle fournie devant une quelconque juridiction.

cas de fraude, de violence ou par l'exploitation de la position vulnérable sans lesquelles cette sûreté réelle n'aurait pu être conclue par la victime du déséquilibre manifeste contractuel.

228.Dans la plupart des cas, la victime va demander justement la suppression de la clause limitant son pouvoir à l'accès au crédit, parce que c'est cette clause qui a créé de déséquilibre manifeste. D'ailleurs, si la victime a subi de préjudice, il est aussi en droit de demander la réparation du préjudice subi en engageant la responsabilité civile de son cocontractant.

229.Il ne semble pas que la victime de l'exploitation de la position vulnérable puisse recourir au principe de la prohibition de l'abus de droit prévu par la Loi dite *Ming Fa Tong Ze* de 1986.Parce que, d'une part, cette loi n'a pas prévu de critère permettant les juges à sanctionner cet abus, or le principe est « pas de sanction sans texte » ; et d'autre part, selon certains auteurs[430] chinois, le principe de la prohibition de l'abus de droit constitue une limite inutile de la liberté des citoyens chinois. C'est-à-dire que pour sanctionner les abus, il faut qu'un texte légal prévoie cette sanction expressément.

230.En un mot, en Chine, et plus particulièrement en droit commun, la seule sanction possible en cas de violation du principe de la proportionalité est la nullité du contrat, parce qu'elle est la seule sanction prévue dans les textes légaux. Pourtant, cette sanction n'est pas toujours opportune pour une telle violation, parce que le créancier ne va pas accorder un crédit ou un approvisionnement sans sûreté. Pour que l'exigence de la proportionnalité puisse devenir un véritable principe général des sûretés réelles, une intervention du législateur est inéluctable.

---

[430] V. par ex. XU Zengyu (许增裕), « De la réflexion sur le principe de la prohibition de l'abus de droit civil (*对禁止民事权利滥用原则的思考*) », disponible sur la site internet : http://article.chinalawinfo.com/ArticleHtml/Article_49416.shtml, dernière consultation, 12 janvier 2015. Pour cet auteur, il n'est pas opportun de prévenir ce principe dans le droit civil, la même exigence pourrait être matérialisée dans les autres règles. Autrement dit, il faut limiter l'utilisation des droits dans chaque branches de droit mais pas de le prévenir comme un principe, de manière générale, de droit civil.

Conclusion de la section 2

231.De manière générale, la sanction du non-respect du principe de la proportionnalité doit être la réparation de préjudice. Si la disproportion est constatée dans la réalisation d'une sûreté réelle avec dépossession, la restitution du bien inutilement retenu suffit à remédier le déséquilibre. Par contre, en cas de disproportion constatée au moment de la constitution de la sûreté réelle, il existe plusieurs moyens pour corriger la situation d'excès. Si la disproportion est créée par l'exigence de grever des biens inutiles, une réduction de l'assiette est envisageable sous conditions que cette réduction est possible. Si la disproportion est créée par une clause conventionnelle, cette clause va être réputée non écrite ; la nullité du contrat est théoriquement possible, mais cette hypothèse est très rare.

232.En matière de droit commerciale française, l'abus est sanctionné sévèrement, à côté de la nullité de la clause créant un déséquilibre significatif et la réparation de préjudice, le juge compétent peut encore prononcer une amende civile qui peut aller jusqu'à deux millions euros. Cette sévérité de la sanction peut être expliquée par l'importance du crédit dans le monde de commerce. Nous attendons ainsi le réveil du législateur chinois pour consacrer des dispositions équivalentes en droit chinois, parce que l'importance de crédits professionnels mérite une protection particulière.

Conclusion du Chapitre 2

233.La sanction du non-respect de l'exigence de la proportionnalité peut être différente selon les différents étapes où se trouve la violation. Si la proportionnalité est violée au moment de la réalisation d'une sûreté réelle, qui est toujours causée par un acte ou un fait du créancier, l'objectif n'est autre que de corriger la balance entre les intérêts du créancier et du débiteur. Parce que le créancier est censé être libre d'utiliser un moyen suffisant pour réaliser son objectif : la réalisation de son droit de créance. Dans cette hypothèse, nous exigeons une proportionnalité de moyens de l'exécution.

234.Si la violation de la proportionnalité est constatée au moment de la constitution d'une sûreté réelle, elle est tout d'abord sanctionnée par nul effet de cette intention de profiter la position de domination. Autrement dit, si la disproportion résulite de certaines clauses conventionnelles, ces clauses seront réputées non écrites ; la sanction peut aussi prendre la forme d'une réduction de l'assiette qui vise notamment à restaurer l'équilibre des obligations réciproques ; si une réduction de l'assiette ou l'annulation des clauses abusives est avérée impossible, la sanction peut aussi prendre la forme de la réparation du préjudice causé. Enfin, plus particulièrement en matière de droit commercial dans lequel, la protection du crédit est d'une importance spéciale, une sanction par amande civile est aussi possible à l'instar du droit français.

235.Force est de constater que l'exigence de la proportionnalité est importante tant au moment de la réalisation qu'au moment de la constitution d'une sûreté réelle. L'absence de possible systématisation du contrôle de la proportionnalité ne doit pas empêcher cette exigence à devenir un principe. Parce qu'un principe peut être exigé au travers de différents moyens. Ici, le principe de la proportionnalité va être érigé comme un outil de sanction d'abus de la domination, ou un abus de droit.

Conclusion du Titre II :

236.*De lege lata*, aucune disposition légale ne nous permetà admettre qu'il existe un « principe de la proportionnalité » en droit des sûretés réelles mobilières. Pourtant, la généralisation de l'exigence de la proportionnalité est non seulement nécessaire mais aussi possible. L'exigence de la proportionnalité peut être assimilée à une protection du constituant contre l'excès et contre l'abus. Ainsi, le principe de la proportionnalité est en perspective.

237.*De lege ferenda*, en France, pour que le principe de la proportionnalité devienne une exigence vraiment utile pour la protection du constituant, il convient de militer les armes contre les abus en matière civile[431]. Aussi, il faut déterminer un seuil d'excès par le législateur lorsqu'une réduction de l'assiette va être généralisée en cas de violation du principe. En droit chinois, il importe d'abord de légiférer une protection particulière en matière de droit commercial contre les abus. En outre, une détermination de seuil d'excès est aussi importante pour faciliter le constat de « déséquilibre manifeste », condition indispensable à l'annulation d'un contrat « susceptible d'être modifié ou d'être annulé ».

En somme, la généralisation de l'exigence de la proportionnalité en droit des sûretés réelles est en perspectives. Mais pour ce faire, des préparations législatives, tant en France qu'en Chine, sont indispensables.

238.La nécessité constatée de reconnaître l'exigence de la proportionnaltié de manière générale en domaine des sûrets réelles montre déjà une mutation d'esprit : d'une protection exclusive du créancier vers une protection de l'équilibre d'opération. A cause de cette mutation, nous pouvons constater que le contenu du principe de la spécialité n'est plus le même qu'avant. Ainsi, qu'il est important de souligner cette mutation.

[431] Réalisation de la réforme des obligations et de la prescription.

Titre III – Principe de spécialité des sûretés réelles mobilières

239.**Le principe de la spécialité en droit français.** – « Spécialité », étant définie comme le « caractère de ce qui est spécial »[432], est un terme utilisé couramment dans le domaine du droit. Ainsi, parlant de la spécialité, nous pensons, d'abord, à la spécialité administrative[433], la spécialité budgétaire[434], et aussi la spécialité d'une entreprise[435]. Pourtant, l'adjectif « spécial » peut être interprété de différentes manières selon des différentes circonstances. S'agissant d'une mesure, d'une règle ou d'un acte juridique, il peut se présenter comme le synonyme de « *personnel, individuel ou particulier* »[436] ; s'agissant d'une institution ou d'un organe, il se présentera comme le synonyme de « *spécialisé, spécialement affecté à …, spécialement qualifié pour…* »[437] ; et s'agissant d'une chose, il signifie « *qui présente des particularités, des traits distinctifs* »[438]. Par contre aucune de ces interprétations n'est totalement satisfaisante pour expliquer le principe de la spécialité des sûretés réelles.

240.**La spécialité des sûretés réelles.** – La proposition de la notion fonctionnelle du bien par M. Berlioz[439] est fort intéressante pour expliquer les connotations du principe de la spécialité en matière de droit des sûretés réelles. En effet, pour M. Berlioz, les biens n'ont pas pour seules utilités de satisfaire les besoins de la personne dont ils composent le patrimoine, mais aussi ils servent à désintéresser ses créanciers en

---

[432] G. Cornu, *Vocabulaire juridique*, PUF 2011, V° « Spécialité », sens 1.
[433] Principe du droit administratif en vertu duquel les diverses autorités ont chacune leur sphère d'attribution et doivent limiter leur pouvoir à cette sphère.
[434] Règle du droit budgétaire par laquelle les crédits votés pour un chapitre ne doivent pas être employés pour un autre.
[435] Principe inhérent à la nature des personnes morales, suivant lequel les activités de celles-ci sont limitées aux domaines et objets en vue desquels elles ont été créées (G. Cornu, *Vocabulaire juridique*, PUF 2011, V° « Principe de spécialité »).
[436] G. Cornu, *Vocabulaire juridique*, PUF 2011, V° « Spécial », sens 1, par exemple décision spéciale.
[437] G. Cornu, *Vocabulaire juridique*, PUF 2011, V° « Spécial », sens 2, par exemple chambre spéciale.
[438] G. Cornu, *Vocabulaire juridique*, PUF 2011, V° « Spécial », sens 3, par exemple produit spécial.
[439] P. Berlioz, *La notion de bien*, préf. L. Aynès, LGDJ 2007, n° 629 et s., p. 206 et s.

permettant à ceux-ci d'exécuter sur eux leur créance, plutôt que d'exercer sur la personne même une contrainte jugée incompatible avec la protection qui doit lui être accordée[440]. Cette affirmation n'est pas surprenante au regard de la disposition de l'article 2284 du Code civil, puisque le débiteur « *est tenu de remplir son engagement sur tous ses biens mobiliers et immobiliers, présents et à venir* ». Autrement dit, un bien est de nature à constituer l'assiette du droit de gage général de tous les créanciers de son propriétaire. En bouleversant cette règle, le propriétaire peut créer un lien entre un ou plusieurs de ses biens avec une ou plusieurs créances par une sûreté réelle conventionnelle. Autrement dit, par la constitution d'une sûreté réelle, le constituant accorde, en apparence, un droit supplémentaire à son créancier ou au créancier d'un tiers ; mais plus profondément, il crée un lien entre le bien affecté et la créance garantie, parce qu'une sûreté réelle, par application du principe de l'accessoire, suit la créance garantie mais pas au créancier titulaire. De ce constat, au regard de la disposition de l'article 2284 du Code civil, la sûreté réelle conventionnelle peut être qualifiée en une exception du droit du gage général, donc un régime spécial. Cette spécialité est le double sens d'un lien : d'un côté, les biens servant à la garantie ne sont plus « tous les biens », mais un ou plusieurs biens spécialisés ou déterminés ; de l'autre côté, les dettes garanties ne sont pas toutes les dettes du propriétaire, elles peuvent être une dette individualisée du propriétaire, ou une dette d'un tiers (en cas de sûreté réelle pour autrui). C'est-à-dire que la spécialité des sûretés réelles doit être divisée en deux sphères, la spécialité quant au bien affecté et la spécialité quant à la créance garantie.

241.**Historique du principe de la spécialité en droit français des sûretés réelles conventionnelles[441].** - Né en réaction contre le système de l'Ancien droit, le principe a été introduit en droit français en 1798 et repris par le Code civil en 1804[442]. Dès l'origine, la doctrine l'a placé au sommet des principes fondamentaux du droit

[440] P. Berlioz, *La notion de bien*, préf. L. Aynès, LGDJ 2007, n° 629, p. 206.
[441] En droit français, seulement en matière de sûretés réelles conventionnelles le principe de spécialité sera strictement appliqué (v. en ce sens, SUN Peng (孙鹏), WANG Qinlao (王勤劳) et FAN Xuefei (范雪飞), *La théorie du droit des sûretés réelles* (担保物权法原理), Press of China University of Renmin (中国人民大学出版社), 2009, p. 33.
[442] C. Dauchez, *Le principe de la spécialité en droit des sûretés réelles*, th. Paris II, 2013, n° 3.

moderne des sûretés réelles. Jusqu'à la moitié du vingtième siècle, il a été l'objet d'un véritable culte[443] . Laurent y voyait « *la vérité relative telle qu'il est donné à l'homme de la connaître* »[444], Josserand, « *un principe secourable à tous* »[445], Pont, « *l'une des innovations les plus importantes introduites par la législation moderne* »[446] … La célébration du centenaire du Code civil était encore l'occasion pour Guillouard de fustiger le droit français car, comparativement à certaines législations étrangères, il n'imposait pas dans toute sa rigueur le principe de spécialité : notre législation hypothécaire était « […] au commencement du XXème siècle, une des plus mauvaises du monde, […] *Caveant consules* »[447] ! Les thèses[448] , les projets législatifs[449] et les

[443] F. LAURENT, *Principes de droit civil français*, t. 30, Bruylant-Christophe & Cie, 3ème éd., 1878, n°163 : « *Comment des idées d'une vérité aussi évidente ont-elles pu trouver de l'opposition au conseil d'Etat ? Les jurisconsultes sont des hommes de tradition : c'est leur force, mais c'est aussi leur faiblesse, quand, par respect pour le droit traditionnel, ils prétendent l'immobiliser* » ; L. GUILLOUARD, *Traité des privilèges et hypothèques*, t. 2, A. Pedone éditeur, 2ème éd., 1898, n°1021 : « *On ne peut qu'approuver sans réserves…* » ; M. PLANIOL et G. RIPERT, *Traité pratique de droit civil français*, t. 12, *Sûretés réelles*, première partie, avec le concours de E. BECQUE, LGDJ, 1927, n°379 : « *Les rédacteurs du Code de 1804 ont donc bien fait de consacrer le principe de la spécialité* » ; la même formule, A. COLIN et H. CAPITANT, *Cours élémentaire de droit civil français*, avec le concours de M. JULLIOT de la MORANDIERE, t. 2, Dalloz, 8ème éd., 1935, n°1274 ; G. BAUDRY-LACANTINERIE et P. de LOYNES, *Traité théorique et pratique de droit civil. Du nantissement, des privilèges et hypothèques et de l'expropriation forcée*, t. 2, 3ème éd., 1906, n°1366 : « *Nos lois y ont gagné* » ; la spécialité est l'essence même de l'hypothèque conventionnelle, P. PONT, continuateur de V. MARCADE, *Explication théorique et pratique du Code civil*, t. 11, *Commentaire-traité des privilèges et hypothèques et de l'expropriation forcée mis en rapport avec la loi sur la transcription*, t. 2, 2ème éd., 1868, n°672 ; G. GENET, *Le principe de spécialité en matière hypothécaire*, thèse, Toulouse, G. MOLLAT Librairie-Editeur, 1912, p. 4 ; A. M. DEMANTE, *Cours analytique de Code civil*, continué depuis l'article 980 par E. COLMET de SANTERRE, t. 9, *Traité des privilèges et des hypothèques*, Articles 2092-2218, E. Plon et Cie imprimeurs-éditeurs, 1880, n°96 ; M. DURANTON, *Cours de droit français suivant le Code civil*, t. 19, Alex-Gobelet libraire-éditeur, 1835, n°363. Seul HUC dénonce la « faiblesse extrême » des motifs allégués en faveur de la spécialité, T. HUC, *Commentaire théorique et pratique du Code civil*, t. 13, *Privilèges et hypothèques*, F. Pichon successeur éditeur, 1900, n°215.

[444] F. LAURENT, *Principes de droit civil français*, t. 30, Bruylant-Christophe & Cie, 3e éd., 1878, n°498.

[445] L. JOSSERAND, *Cours de droit civil positif français*, t. 2, *Théorie générale des obligations. Les principaux contrats du droit civil. Les sûretés*, Sirey, 3ème éd., 1939, n°1681.

[446] P. PONT, continuateur de V. MARCADE, *Explication théorique et pratique du Code civil*, t. 11, *Commentaire-traité des privilèges et hypothèques et de l'expropriation forcée mis en rapport avec la loi sur la transcription*, t. 2, 2ème éd., 1868, n° 668.

[447] L. GUILLOUARD, « La révision du régime hypothécaire établi par le Code civil », *in Le Code civil, 1804-1904, Livre du centenaire*, t. 1, *Généralités – Etudes spéciales*, 1904, p. 439.

[448] Entre autres, F. ROY, *De la spécialité du gage hypothécaire en droit français*, thèse Bordeaux, Rochefort, 1895 ; G. TACQUET, *De la spécialité de l'hypothèque conventionnelle*, thèse, Lille, Imprimerie Victor Ducoulombier, 1897 ; J. C.-C. JOANNIDI, *De la spécialité quant au gage hypothécaire (étude critique de la législation française)*, thèse, Paris, Librairie nouvelle de droit et de jurisprudence, A. Rousseau, 1897 ; A. SALLE, *De la spécialité de l'hypothèque*, thèse, Paris, Librairie de la Société du Recueil Général des Lois et des Arrêts, L. Larose, 1904 ; P. LEBORGNE, *De la*

résolutions adoptées par les congrès de la propriété foncière [450] ne cessèrent de s'accumuler en vue de réclamer l'expansion du principe jusqu'au milieu du vingtième siècle, période à laquelle le principe recouvrit définitivement le droit des sûretés réelles. Son aura semblait alors inaltérable ; il s'imposait comme un principe de droit commun des sûretés réelles [451] avec lequel il faisait corps pour favoriser le développement du crédit.

242.Pourtant, à la fin du vingtième siècle, ce tableau idyllique se troubla. Le *satisfecit* doctrinal laissa place à la critique[452] et le principe fut rejeté. Peu utile[453], inadapté,

---

spécialité de la garantie hypothécaire en matière d'hypothèques conventionnelles, thèse, Rennes, Imprimerie Fr. Simon, successeur de A. Le Roy, 1904 ; R. BAUCHARD, *Publicité et spécialité des hypothèques, étude critique de la législation actuelle envisagée au point de vue économique*, thèse, Poitiers, Librairie des Facultés, A. Michalon, 1907 ; G. CASTIAU, *La publicité et la spécialité des hypothèques dans leurs rapports avec la protection des incapables : loi belge du 16 décembre 1851, projets de réforme français*, thèse, Paris, L. Larose et L. Tenin, 1908 ; G. GENET, *Le principe de spécialité en matière hypothécaire*, thèse, Toulouse, G. MOLLAT Librairie-Editeur, 1912 ; J. CHEZLEPRETRE, *La réforme du cadastre et du régime hypothécaire*, thèse, Lille, 1926. En général, leurs auteurs prônent la radicalisation de la spécialité et de la publicité de l'hypothèque conventionnelle, leur application à l'hypothèque légale et la suppression de l'exceptionnelle généralité conventionnelle, voir celle de l'hypothèque judiciaire.

[449] Le projet Darlan du 27 octobre 1896 applique, à toutes les hypothèques, la spécialité et la publicité et supprime l'hypothèque conventionnelle de biens à venir autorisée en cas d'insuffisance de biens présents ainsi que l'hypothèque judiciaire. Pour un historique, G. GENET, *Le principe de spécialité en matière hypothécaire*, thèse, Toulouse, G. MOLLAT Librairie-Editeur, 1912, p. 7 et s. ; P. LEBORGNE, *De la spécialité de la garantie hypothécaire en matière d'hypothèques conventionnelles*, thèse, Rennes, Imprimerie Fr. Simon, successeur de A. Le Roy, 1904, p. 12 et s. ; J. CHEZLEPRETRE, *La réforme du cadastre et du régime hypothécaire*, thèse, Lille, 1926 ; J. GRASSET, *Les projets de réforme hypothécaire depuis le Code civil*, thèse, Montpellier, 1907, p. 132 et s. Le projet Darlan est suivi du projet Thézard de 1908, projet Violette de 1915, des projets de la Société d'Etudes législatives de 1928-1929 et de 1942. Pour une vision postérieure, E.BECQUE, « La réforme de la publicité foncière (décret du 4 janvier 1955) », *JCP* 1955, I, 1226 n°1.

[450] Pour les résolutions des congrès de la propriété foncière de Paris – mars 1889, Paris - octobre 1892 et Rouen - octobre 1896, A. SALLE, *De la spécialité de l'hypothèque*, thèse, Paris, Librairie de la Société du Recueil Général des Lois et des Arrêts, L. Larose, 1904, p. 196.

[451] J. Mestre, E. Putman et M. Billiau, Traité de droit civil, *Droit commun des sûretés réelles*, LGDJ 1996, n°324 ; v. le titre de l'article de P. Crocq, « Le principe de spécialité des sûretés réelles : chronique d'un déclin annoncé », *Dr. et patr.* avril 2001, p. 58 et s. ; M. Bourrasin, V. Brémond et M-N. Jobard-Bachellier, *Droit des sûretés* 2e éd. Sirey, 2014, n°37 ; M. Cabrillac, Ch. Mouly, S. Cabrillac et Ph. Pétel, *Droit des sûreté*, 9e éd. Litec 2010, n°7 : qui évoquent le principe de spécialité en introduction générale de leur manuel et souligne que le principe de spécialité empêche l'évolution de la sûreté, tandis que les sûretés réelles sont adaptées à la garantie de relations suivies et de créances répétées.

[452] Voir, cependant, Ph. THERY, « La différenciation du professionnel et du particulier », *Dr. et patr.*, avril 2001, p. 57 : « *L'utilité du principe de spécialité* […] *peut être discutée. Son importance nous semble avérée* […]. *Le principe de spécialité ne mérite sans doute pas les reproches dont on l'accable. Qu'il s'agisse de la créance garantie ou des biens grevés, la spécialité constitue un frein à la démesure et ménage l'avenir du débiteur* ».

archaïque[454], obsolète[455], néfaste au crédit d'exploitation, fossoyeur des sûretés d'entreprise[456], il n'était même pas de l'essence de l'hypothèque[457]. Il raidissait le droit des sûretés réelles et conduisait, notamment, au rationnement du crédit des PME en obligeant les parties à constituer une nouvelle sûreté pour garantir toute nouvelle créance qui les lierait à nouveau ou pour ouvrir son assiette à tout nouveau bien qui n'aurait pas été prévu dans la convention d'origine. Les inconvénients suscités par le principe de spécialité étaient principalement ressentis lorsque la sûreté réelle était accordée par un professionnel[458] qui souhaitait financer son activité par le biais d'une sûreté réelle mobilière, car les meubles circulent plus vite que les immeubles et que leur vocation à la revente ou au renouvellement (stocks ou créances d'exploitation) en accélère, encore, le mouvement. Ainsi des « gisements de sûretés »[459] n'étaient pas exploités, alors qu'ils auraient pu concourir à remédier au rationnement du crédit des PME. Par ailleurs, lorsque la dette de l'entreprise finance le cycle d'exploitation, les crédits à court terme ont vocation à se succéder. La mise en place du crédit général de trésorerie[460] est, fréquemment, le préalable d'une entrée en relation de la banque avec le professionnel. Ce

---

[453] Lors de la constitution, Ph. DELEBECQUE et Ph. SIMLER, *Droit civil. Les sûretés. La publicité foncière*, Dalloz, 6e éd., 2012, n° 387.

[454] M-E. ANCEL, « Le droit français des sûretés réelles en quête d'un second souffle », *Banque et droit*, septembre-octobre 2004, p. 6.

[455] Ph. DUPICHOT, *Le pouvoir des volontés individuelles en droit des sûretés*, préf. M. Grimaldi, Editions Panthéon Assas, 2005, n°655, p. 501.

[456] L. AESCHLIMANN et B. FOEX, « Sûretés mobilières : limites et réforme du droit suisse », p. 27, *in Journée 2005 de droit bancaire et financier*, sous la direction de L. THEVENOZ et C. BOVET, accessible sur http://www.swlegal.ch (dernier accès le 10 mai 2014).

[457] D. Legeais, *Sûreté et garanties du créadit*, LGDJ 2013, n°556, p. 374 ; P. Crocq, « Le principe de spécialité des sûretés réelles : chronique d'un déclin annoncé », *Dr. et patr*. avril 2001, p. 58 et s.

[458] V. en ce sens, P. Crocq, « Le principe de spécialité des sûretés réelles : chronique d'un déclin annoncé », *Dr. et patr*. avril 2001, p. 58 et s.

[459] Pour l'expression, M-E. ANCEL, « Le droit français des sûretés réelles en quête d'un second souffle », *Banque et droit*, septembre – octobre 2004, p. 5.

[460] Il existe différents types d'endettement de l'entreprise. La dette finance soit l'exploitation, soit l'investissement, A. COURET, « Endettement et financement de l'entreprise », *Gaz. Pal.*, 1999 (2ème sem.), p. 1360. Le crédit global d'exploitation (globex) est le mode de financement privilégié du cycle d'exploitation. Il couvre l'excédent du besoin en fonds de roulement sur le fonds de roulement (M. LECUYER, « Des PME... », *Gaz.Pal.*, 1999 (2ème sem.), p. 1365. Ce besoin de financement est un besoin permanent. Sa prise en charge dans un accord global de crédit « *offre à l'entreprise la simplicité d'une ligne unique qui se substitue à l'ensemble des crédits court terme* ». Il est fortement souhaité par les professionnels. C'est une « *ligne globale de crédit moyen de trois ans renouvelable regroupant l'ensemble des crédits de fonctionnement* [...]. *Ce crédit est ensuite mis à disposition de son bénéficiaire pour couvrir tous ses besoins de trésorerie à court terme* » Ph. ROUSSELOT et J.F. VERDIE, *La gestion de trésorerie*, Dunod, 1999, p. 177.

type de crédit est essentiellement subjectif[461], par opposition au crédit objectif, « consistant à identifier les besoins liés à chaque opération bien définie de l'entreprise et à mettre en regard un crédit adapté, trouvant ses garanties ou son dénouement dans l'objet financé »[462]. Le principe de spécialité semblait ainsi inadapté à la relation contractuelle à long terme entre le professionnel[463] et son fournisseur de crédit, ou entre deux personnes dans une relation d'affaires.

243.Malgré cette crise, il ne semblait pas que le principe de la spécialité devrait être disparu en droit des sûretés réelles, notamment en matière de biens mobiliers. Parce qu'au moins, pour que le créancier puisse prétendre l'existence d'un droit réel qu'il bénéficie, la spécialité est naturellement exigée. Le droit réel ne peut exister que « sur une chose matérielle individuellement désignée »[464]. Si bien que la spécialité du droit réel constitue le seul fondement de la spécialité quant aux biens grevés des sûretés réelles[465], ce fondement est bien solide.

244.**Présentation générale du principe de la spécialité en droit chinois des sûretés réelles.** – En Chine, le principe de la spécialité n'est pas directement prévu par les textes légaux[466].D'ailleurs, l'exigence de la spécialité des sûretés réelles n'est pas particulièrement discutée dans la doctrine chinoise comme un principe fondamental/général des sûretés réelles[467]. Pour certains auteurs, ce principe n'est exigé qu'en matière de gage des meubles corporels[468]. Pour certains autres auteurs[469],

---

[461] G. ROUYER et A. CHOINEL, *La banque et l'entreprise, techniques actuelles de financement*, La revue banque éditeur, 3e éd., 1996, p. 83 (cité par C. Dauchez, *Le principe de la spécialité en droit des sûretés réelles*, th. Paris II, 2013, p. 23).

[462] Institut d'études bancaires et financières, *Les petites et moyennes entreprises*, Berger-Levrault, 1989, p. 67 (cité par C. Dauchez, *Le principe de la spécialité en droit des sûretés réelles*, th. Paris II, 2013, p. 23).

[463] C. Dauchez, *Le principe de la spécialité en droit des sûretés réelles*, th. Paris II, 2013, n° 4, p. 23.

[464] Baudry-Lancantinerie, *Traité théorique et pratique de droit civil*, t. VI, Librairie, 3e éd. spéc. n° 1330, p. 661.

[465] V. en ce sens, P. Crocq, « Le principe de spécialité des sûretés réelles : chronique d'un déclin annoncé », *Dr. et patr*. avril 2001, p. 58 et s.

[466] Par contre, la spécialité quant au bien grevé est indirectement exigée soit par la nécessité de l'inscription (art. 188 LDR), soit par l'exigence de la dépossession (art. 212, LDR).

[467] SUN Peng (孙鹏), WANG Qinlao (王勤劳) et FAN Xuefei (范雪飞), *La théorie du droit des sûretés réelles* (担保物权法原理), Press of China University of Renmin (中国人民大学出版社), 2009, p. 33.

[468] V. par ex. GAO Shengping (高胜平), *物权法担保-物权编*, China University of Renmin Press (中国人民大学出版社), 2007, p. 334. Pour cet auteur, le gage est caractérisé par la spécialité en tant un

la spécialité ne constitue pas une règle commune des sûretés réelles, ainsi que dans leurs ouvrages, la spécialité n'a pas été soulevée dans la présentation des sûretés réelles. Pourtant, des auteurs chinois[470] traitent la spécialité comme un principe des sûretés réelles en s'inspirant de la doctrine française. Pour eux, la spécialité des sûretés réelles comporte aussi deux sphères, la spécialité quant au bien affecté, qui est exigé pour tous les droits réels, d'une part, et la spécialité quant aux créances garanties, de l'autre[471]. Néanmoins, il est tout au moins regrettable qu'aucun auteur chinois n'ait traité la spécialité des sûretés réelles de manière profonde et complète.

245.**Plan.** – Néanmoins, le principe de la spécialité est, d'un point de vue, indispensable, parce que l'exigence de la spécialité (quant aux biens grevés) constitue un critère qui nous permet de distinguer une sûreté réelle avec une sûreté personnelle. Un engagement personnel est porté sur l'ensemble des biens d'un patrimoine sans distinguer les biens affectés, et un engagement réel consiste à affecter un ou plusieurs biens d'un patrimoine en protégeant le reste du patrimoine. C'est grâce à la spécialité que nous pouvons distinguer le droit du gage général, qui est généralement accordé à tous les créanciers d'un débiteur, avec un droit privilégié qu'un créancier titulaire d'une sûreté réelle préférentielle avec ou sans dépossession bénéficie. Ainsi, à la différence avec le droit de gage général, une sûreté réelle préférentielle est portée sur un ou plusieurs biens déterminés et sert à la garantie de certaines créances identifiables au moment de sa réalisation. Quant à la spécialité de la créance garantie,

---

droit réel. Autrement dit, la spécialité est un caractère commun pour tous les droits réels, mais pas une particularité des sûretés réelles. Néanmoins la spécialité du droit réel ne comporte que la spécialité quant au bien objet du droit réel. Par contre, il est assez surprenant que la spécialité n'est mentionné que quant au gage des meubles corporels ; elle n'est soulevé ni en matière d'hypothèque ni en matière de gage des droits.

[469] ZOU Hailin et CHANG Min (邹海林，常敏), *债权担保的理论与实务*, Social Sciences Academic Press (社会科学文献出版社), 2005; LI Shigang, *Le droit chinois des sûretés – étude comparative*, th. Paris II 2008, p. 272 et s. pour qui la spécialité n'est pas un caractère de l'hypothèque chinoise.

[470] SUN Peng (孙鹏), WANG Qinlao (王勤劳) et FAN Xuefei (范雪飞), *La théorie du droit des sûretés réelles* (担保物权法原理), Press of China University of Renmin (中国人民大学出版社), 2009, p. 33.

[471] SUN Peng (孙鹏), WANG Qinlao (王勤劳) et FAN Xuefei (范雪飞), *La théorie du droit des sûretés réelles* (担保物权法原理), Press of China University of Renmin (中国人民大学出版社), 2009, p. 33.

elle est aussi exigée au moment de la constitution de la sûreté réelle. Mais son persistance est aussi discutable tant en doctrine française qu'en doctrine chinoise.

Il convient donc de présenter séparément la spécialité quant aux biens grevés (Chapitre 1) et la spécialité quant aux créances garanties (Chapitre 2) dont la nécessité n'est pas de même intensité.

Chapitre 1 – La spécialité quant aux biens grevés

246.**Un caractère inhérent des sûretés réelles.** – La spécialité quant aux biens grevés est, semble-t-il, incorporée dans la notion des sûretés réelles, tant en France qu'en Chine. L'application de cette règle est tellement naturelle[472] que rarement des auteurs y posent la question[473]. Par contre, en France, cette spécialité n'est expressément prévue dans le corps des textes qu'en matière d'hypothèque[474], donc les sûretés réelles immobilières. C'est-à-dire que si ce principe est aussi applicable en matière de sûretés réelles mobilières, cette application ne serait qu'une déduction doctrinale[475] de la volonté des législateurs. Pourtant l'expansion du domaine d'application du principe de la spécialité est toute logique, parce que tant en matière immobilière qu'en matière mobilière, la sûreté réelle est toujours qualifiée d'une affectation d'un ou plusieurs biens pour la garantie de paiement d'une ou plusieurs créances. La spécialité est, à nos yeux, incorporée dans la technique.

247.La sûreté réelle est une contrainte exercée au constituant. Elle doit être déterminée quant à son montant et à son assiette. Les assouplissements du principe introduits par la réforme de 2006 marquent la résurgence du principe originel en droit positif. La logique qui doit, à présent, guider la reconstruction du principe est celle du droit originel des sûretés et non celle de sa conception ancrée dans les droits patrimoniaux. La détermination de l'assiette de la sûreté réelle a pour objet, d'une part,

---

[472] Comp. P. Crocq, « Le principe de spécialité des sûretés réelles : chronique d'un déclin annoncé », *Dr. et patr.* avril 2001, p. 58 et s. selon lequel, le principe de la spécialité est bien établi..

[473] En France, sur la rareté de la recherche sur le principe de la spécialité des sûretés réelles, v. not. C. Dauchez, *Le principe de la spécialité en droit des sûretés réelles*, th. Paris II, 2013, n° 17, p. 41 : « *La doctrine traditionnelle n'est donc jamais revenue sur le principe* » ; en Chine, les auteurs chinois ignorent presque systématiquement ce principe, v. not. SUN Peng (孙鹏), WANG Qinlao (王勤劳) et FAN Xuefei (范雪飞), *La théorie du droit des sûretés réelles* (担保物权法原理), Press of China University of Renmin (中国人民大学出版社), 2009, p. 33.

[474] Art. 2418, C. civ.

[475] Malgré l'absence de fondement légal de l'application du principe de la spécialité en matière de sûretés réelles mobilières, certains auteurs utilisent néanmoins l'expression « principe de la spécialité » lors de la présentation du gage (par ex. D. Legeais, *Sûreté et garanties du crédit*, 9e éd., LGDJ 2013, n° 457, p. 325). *Adde.* V. C. Dauchez, *Le principe de la spécialité en droit des sûretés réelles*, th. Paris II, 2013, n° 158, p. 178.

de protéger la liberté du constituant, et de l'autre part, de déterminer l'objet d'un droit réel[476]. Aussi, l'identification des biens est-elle nécessaire à l'existence de la sûreté réelle mais il n'est nullement interdit d'envisager la modification des biens formant l'assiette de la sûreté réelle postérieurement à sa constitution. Autrement dit, à la différence avec les exigences de l'ancienne spécialité quant au bien grevé, qui exige non seulement l'individualisation du bien grevé lors de la constitution (Section 1), et le bien grevé au moment de la constitution de la sûreté et l'objet de la réalisation soit identique (Section 2), la spécialité renouvelée n'exige plus la dernière dans les hypothèses où une modification du contenu de l'assiette est possible.

Section 1 – L'exigence d'individualisation du bien grevé lors de la constitution : une exigence maintenue

248.Il est dans la logique d'exiger la détermination de l'assiette au moment de la constitution d'une sûreté réelle. Parce que le premier fondement que nous trouvons sur cette exigence est la constitution d'un droit réel qui ne peut exister sans objet[477]. Par contre, en matière des meubles, l'individualisation de l'assiette d'une sûreté réelle n'est pas facile à réaliser. Elle est souvent réalisée par une description insérée dans le contrat constitutif de la sûreté réelle. En effet, ces discriptions ne suffisent toujours

[476] *Contra* C. Dauchez, *Le principe de la spécialité en droit des sûretés réelles*, th. Paris II, 2013, n° 158, p. 178 : « *La détermination de l'assiette de la sûreté réelle n'existe qu'à raison de la volonté de protéger la liberté du constituant et non pour déterminer l'objet du droit réel* ».

[477] V. en ce sens, P. Crocq, « Le principe de spécialité des sûretés réelles : chronique d'un déclin annoncé », Dr. et patr. avril 2001, p. 58 et s. « *Le propre d'un droit réel est, en effet, de conférer à son titulaire un droit sur une chose qui est direct et immédiat, c'est-à-dire « sans intermédiaire ». Or, un tel droit ne peut exister que si son objet est individualisé ou si l'individualisation de celui-ci ne dépend que de son titulaire. À partir du moment où la détermination de l'objet suppose l'intervention d'un autre sujet de droit, le caractère immédiat cesse d'exister et le droit réel disparaît. C'est, par exemple, ce qui expliquait, avant la réforme du 10 juin 1994, la disparition du droit du vendeur bénéficiant d'une réserve de propriété lorsque son bien se trouvait mélangé avec d'autres biens identiques au sein du stock de l'acheteur. Si le propre de la sûreté réelle est de conférer un droit réel à son titulaire, on conçoit alors bien qu'une telle sûreté ne puisse être constituée que si son objet est déterminé. La nature juridique de la sûreté suppose donc nécessairement le respect du principe de spécialité de son objet lors de sa constitution* ».

pas, notamment dans les hypothèses où les biens grevés sont des biens fongibles. Ainsi, il convient de distinguer l'individualisation des corps certains (§1) et celle des choses fongibles (§2). Or les corps certains sont déjà individualisés, que son identité ne se confond pas avec les autres ; alors que les choses fongibles se confondent avec les autres de mêmes natures et qualités soit dans le même patrimoine soit dans un autre patrimoine.

§1 – L'individualisation des corps certains : une exigence persistant

249.**Notion des corps certains.** – Étant défini comme les choses individualisées, insusceptibles d'être remplacées par une autre, serait-elle de même nature, les corps certains sont déjà par définition un bien individualisé, que son identité ne peut être ignorée ni par le propriétaire ni par les autres. Mais, cette individualisation n'est pas celle exigée par la spécialité quant aux biens grevés. pourtant, elle facilite l'individualisation du bien grevé exigée par le principe de la spécialité. Car le bien grevé ne peut être confondu avec un autre de même nature même si avant la constitution d'une sûreté réelle (A). Au contraire, les biens fongibles sont par nature susceptibles à être confondus avec les autres de même qualité. Mais certains parmi eux peuvent être individualisés avec la constitution d'une sûreté réelle (B).

A – Individualisation avant la constitution de la sûreté réelle

250.**En matière de meubles corporels.** – L'individualisation des meubles corporels est souvent réalisée par ses apparences. Une chose fongible de nature peut aussi être individualisée avec l'appropriation, tels que les véhicules à moteur terrestre, les aéronefs et les navires. Un document administratif va être attaché à ce genre de bien qui est par nature fongible avec les autres qui sont de même nature ou de qualité.

251.Dans cette hypothèse, L'identification du bien grevé ne pose pas de difficulté particulière, or la détermination du bien affecté est facile à réaliser : elle sera faite par

apparence (le fait de la remise du bien grevé permet en effet à la distiction du bien grevé avec les autres de même qualité appartenant au constituant) ou par un document administratif qui lui est attaché. Au moment de la constitution d'une sûreté réelle, le constituant doit remettre le corps certain dans l'état où il est livré[478], si la dépossession est nécessaire pour la constitution de la sûreté réelle[479]; en cas de disparition de ce corps certain, la sûreté réelle sera d'une nullité absolue pour défaut d'objet. Autrement dit, la remise du corps certain assure la fonction de la spécialité[480]. Si la dépossession n'est pas requise dans la constitution, la détermination est réalisée par la description du contrat écrit qui est exigé pour la plupart des sûretés réelles portant sur meubles corporels en droit français[481] et toutes les sûretés réelles chinoises[482] portant sur les meubles corporels. Ainsi par exemple, en matière de gage de droit commun français, l'article 2336 du Code civil prévoit expressément que « *le gage est parfait par l'établissement d'un écrit comprenant la désignation de la dette garantie, la quantité des biens donnés en gage ainsi que leur espèce ou leur nature* ». Autrement dit le gage ne serait pas parfait sans un écrit qui détermine son assiette.

252.**Gage commercial.** – La question est particulière concernant le gage commercial, parce que son existence se prouve, en principe, par tous moyens[483], autrement dit l'exigence d'un écrit est écartée. Certains auteurs déduisaient que la spécialité du gage

---

[478] Ici, nous ne voyons pas qu'il pourrait être autrement qu'une obligation de remise du corps certain qui se trouve aussi en matière de contrat de vente. V. sur cette obligation de remise en cas de contrat de vente, O. Barret, Rép. Dr. imm. V° « Vente » ; J. Issa-Sayegh, *J.-Cl. Civil Code* art. 1235 à 1248, Fasc. 30 : « Contrat et obligation. – Extinction des obligations. – Paiement : objet et moyens », 2011 (dernière mise à jour : 10 juin 2013), n° 8.

[479] Plus précisément en cas de gage des meubles corporels avec dépossession en droit français, et le gage chinois des meubles corporels.

[480] V. en ce sens. C. Dauchez, *Le principe de la spécialité en droit des sûretés réelles*, th. Paris II, 2013, n° 159, p. 178.

[481] Le gage sans dépossession du droit commun (art. 2336, C. civ.), le gage automobile, le gage sur stocks (art. L. 527-1 à L. 527-9, C. com.), le gage du matériel et de l'outillage (art. 2 de la loi du 18 janvier 1951).

[482] L'hypothèque chinoise mobilière (art. 185, LDR), le gage chinois des meubles corporels (art. 210, LDR).

[483] Art. L. 110-3 Code de commerce : « *A l'égard des commerçants, les actes de commerce peuvent se prouver par tous moyens à moins qu'il n'en soit autrement disposé par la loi* » ; art. L. 521-1 Code de commerce : « *Le gage constitué soit par un commerçant, soit par un individu non commerçant, pour un acte de commerce, se constate à l'égard des tiers, comme à l'égard des parties contractantes, conformément aux dispositions de l'article L. 110-3* ». L'alinéa 4 dudit article dispose qu'il n'est pas dérogé aux articles 2355 à 2366 du Code civil concernant le nantissement des créances.

civil, imposée par l'ancien article 2074 du Code civil, ne s'étendait pas au gage commercial[484]. Mais, rappelons-le, l'ancien article 2074 du Code civil était considéré comme une règle relative à l'opposabilité du contrat de gage, il ne pouvait être l'équivalent de la spécialité. De plus, la justification de l'exclusion de la spécialité au gage commercial reposait sur une confusion. En effet, s'il est exact que l'article L. 521-1 du Code de commerce vise la preuve de l'acte commercial, la preuve et l'opposabilité d'un acte doivent être strictement distinguées. Certes, toutes les deux présupposent l'existence d'un droit précédemment constitué, car on ne peut ni prouver ni opposer un acte qui n'existe pas, et d'un conflit actuel ou potentiel avec un tiers. Cependant, la preuve d'un acte consiste à démontrer son existence dans les formes admises par la loi[485], alors que l'opposabilité d'un acte assure que celui-ci ne puisse être méconnu par les tiers lesquels, n'étant pas directement obligés par ce qui leur est opposable, n'en sont pas moins tenus d'en reconnaître et d'en respecter l'existence et même d'en subir les effets[486]. L'acte constitué peut être prouvé indépendamment de son opposabilité. Aussi, affirmer que l'exclusion du formalisme probatoire en matière commerciale autorise à s'affranchir des formalités destinées à assurer l'opposabilité d'un acte, qui est réalisé soit par la remise du bien ou l'inscription de la sûreté, n'était pas justifié, car la liberté de la preuve n'exclue pas le respect des règles d'opposabilité. Aujourd'hui, conformément à l'intention du législateur originel, le principe de spécialité du gage est une condition de validité de gage, que celui-ci soit civil ou commercial[487].

253.Avec des articles de renvoi[488], il est logique de penser que l'exigence de la spécialité, toujours réalisée par la description incorporée dans l'acte constitutif, du

---

[484] L. Aynès et P. Crocq, n°506 ; P. Crocq, « Le principe de spécialité des sûretés réelles : chronique d'un déclin annoncé », *Dr. et patr.* avril 2001, p. 58 et s., spéc. p. 63, note de bas page n° 31 : « *En matière de gage, la règle de la spécialité quant à la créance garantie trouve, en effet, son fondement dans l'article 2074 du Code civil, qui exige, à peine d'inopposabilité, la rédaction d'un écrit contenant la déclaration de la somme due, mais ce texte ne s'applique pas au gage commercial en application des articles L. 521-1 et L. 110-3 du Code de commerce. Le gage commercial échappe donc à l'application du principe de spécialité* ».

[485] G. Cornu, *Vocabulaire juridique*, PUF 2011, V° « Preuve ».

[486] G. Cornu, *Vocabulaire juridique*, PUF 2011, V° « Opposabilité ».

[487] En ce sens, C. Dauchez, *Le principe de la spécialité en droit des sûretés réelles*, th. Paris II, 2013, n° 161, p. 180.

[488] L'article de renvoi existe tant en Chine (art. 229, LDR) qu'en France (art. 2355, al. 5, C. civ.).

gage des meubles corporels est aussi applicable en matière de sûreté réelles portant sur les meubles incorporels « *à défaut de dispositions spéciales* »[489].

254.**En matière de meubles incorporels. –** La plupart des meubles incorporels sont individualisés avant être affectés par une sûreté réelle. L'individualisation de ces biens est faite en même temps que leur création, par exemple, les créances civiles ou commerciales, les fonds de commerce ou artisanal, les propriétés intellectuelles et les parts sociales. L'affectation de ces biens par leur propriétaire ou titulaire d'un droit d'exploitation monopole pour la garantie d'une dette prend souvent la forme, sauf pour les créances, d'une inscription au même registre qui enregistre leur création[490]. C'est donc le nantissement de créances qui nous intéresse le plus à cause de la possibilité de grever une créance future.

255.En cas de nantissement d'une créance présente, la seule hypothèse prévue par la loi française avant la réforme de 2006 et le droit positif chinois, l'individualisation de cette créance ne fait pas l'objet de difficulté parce qu'une créance ne peut être existée à défaut des éléments suivants : le créancier, le débiteur, la nature de l'obligation, et aussi les étendues de la créance. Autrement dit, l'individualisation de la créance conventionnelle est faite au moment de sa naissance. En cas de cession ou de nantissement de créances professionnelles prévues par la Loi Dailly du 2 janvier 1981[491], il semble que les créances cédées ou nanties devraient aussi être des créances déterminables, tout au moins le texte n'autorise pas le constituant à nantir des créances purement éventuelles[492]. Pourtant, les créances sont dotées de caractère futur si leur objet et leur terme ne sont pas déterminés.

---

[489] Art. 2355, al. 5, C. civ.

[490] Par exemple, en France, pour les propriétés intellectuelles, les sûretés réelles seront inscrites à l'INPI ; en droit chinois, le gage des droits est toujours constitué par l'inscription sauf si les droits sont incorporés dans un titre, que dans cette hypothèse particulière, le gage est constitué par un écrit et la remise du titre (art. 224, 226, 227 et 228, LDR).

[491] La loi est incorporée dans le Code monétaire et financier aux articles L. 313-23 à L. 313-34.

[492] En ce sens, v. par ex. D. Legeais, *Sûreté et garanties du crédit*, 9e éd., LGDJ 2013, n° 512, p. 350. *Adde.* Art. L. 313-23, al. 2, CMF : « *Peuvent être cédées ou données en nantissement les créances liquides et exigibles, même à terme. Peuvent également être cédées ou données en nantissement les créances résultant d'un acte déjà intervenu ou à intervenir mais dont le montant et l'exigibilité ne sont pas encore déterminés* ».

256.**Nantissement de créance future.** – La question est de savoir si le nantissement de créance futur constitue un abandon effectif de l'exigence de l'individualisation de l'assiette du nantissement en droit français. En effet, l'emploi par le législateur de l'expression du « nantissement de créance future » est ambitieux. Mais cette expression ne correspond pas à la réalité au regard des dispositions du nantissement des créances de droit commun et de la Loi Dailly. Parce que si la créance nantie est une créance effectivement future, sans aucune restriction, autrement dit sa naissance n'est qu'éventuelle ou probable, donc incertaine, le nantissement va devenir un contrat aléatoire à cause de la nature aléatoire de son objet[493]. En effet, le législateur n'a pas complètement abandonné les exigences d'individualisation : les créances futures, si elles ne sont pas déterminées, sont déterminables. Il est néanmoins regrettable que les législateurs n'ont pas précisé jusqu'à quel niveau de précision une désignation de la créance future sera considérée comme suffisamment claire, autrement dit « déterminable ».

257.En droit commun, l'article 2356, alinéa 3, du Code civil prévoit que « *si elles* (les créances) *sont futures, l'acte doit permettre leur individualisation ou contenir des éléments permettant celle-ci tels que l'indication du débiteur, le lieu de paiement, le montant des créances ou leur évaluation et, s'il y a lieu, leur échéanc*e ». Il s'agit de l'action d'individualiser, c'est-à-dire de « considérer, présenter une chose quelconque isolément, individuellement ; ou faire qu'elle ait un caractère propre et qui la distingue de toutes les autres choses de son espèce »[494]. L'exigence de précision est donc nécessairement forte. Les éléments proposés pour permettre l'individualisation semblent répondre à cette exigence. « L'indication du débiteur, le lieu de paiement, le montant des créances ou leur évaluation et, s'il y a lieu, leur échéance » : toutes ces précisions réunies ne laissent aucun doute sur l'identité de la créance future. Ces éléments ne sont toutefois pas requis de façon cumulative, et leur liste n'est pas exhaustive. Un seul d'entre eux, prévu ou non par la loi, pourrait suffire. C'est le sens

[493] V. en ce sens, F. Moulière, « Nantissement de créances futures, nouveau contrat aléatoire », *RTD com.* 2011, p. 677.
[494] *Dictionnaire de l'Académie française*, 8e éd., 1932-1935, V° « Individualiser ».

de la locution « tels que » qui n'introduit que des « exemples »[495]. L'objet n'est autre que d'exiger la « déterminabilité » des créances futures nanties. En réalité, l'individualisation requise par l'article 2356, alinéa 2, du Code civil suppose une détermination de la créance future proche de celle exigée pour la cession ou le nantissement de créances professionnelles[496].

258.**Cession Dailly.** – Il est admis que le bordereau Dailly permet la cession ou le nantissement de créances futures[497]. L'article L. 313-23, alinéa 2, du code monétaire et financier prévoit en effet que les créances « *résultant d'un acte déjà intervenu ou à intervenir* » peuvent être cédées ou données en nantissement. Ces créances sont donc futures, mais l'examen de l'alinéa 2 laisse penser que ce caractère futur est en réalité assimilé à une certitude. Le caractère futur n'est pas celui de la naissance de la créance, mais plutôt celui de la détermination de son montant et de son exigibilité. La première phrase envisage « *les créances liquides et exigibles, même à terme* », tandis que la seconde traite des créances « *dont le montant et l'exigibilité ne sont pas encore déterminés* ». L'exigibilité et son caractère présent ou à venir sont les objets principaux de cet alinéa. La mention des actes « à intervenir » devient ainsi plus relative. Le caractère futur envisagé par cet article est celui de l'exigibilité de la créance, non celui de sa naissance. La conclusion « à intervenir » du contrat est donc une quasi-certitude, celle du déroulement attendu des événements dans un avenir proche. La créance future de la loi Dailly est donc à un stade avancé de sa formation[498].

---

[495] J. Stoufflet, « Le nantissement de meubles incorporels », *JCP G* 2006. I. 5, n° 13 : « *C'est l'expression « tels que... » qui figure à l'article 2356 du Code civil. Il est clair que les éléments cités ne constituent que d'exemples. Il suffit que les créances nanties soient, d'une manière ou d'une autre, identifiables*» ; D. Legeais, *Sûretés et garanties du crédit*, 9e éd., LGDJ, 2013, n° 513, p. 350.

[496] F. Moulière, « Nantissement de créances futures, nouveau contrat aléatoire », *RTD com.* 2011, p. 677.

[497] D. Legeais, *J.-Cl. Commercial*, fasc. 357 : « cession et nantissement de créances professionnelles - Conditions de réalisation de l'opération », n° 14.

[498] Colmar, 18 mars 2008, JurisData n° 2008-361772. Une créance future avait été cédée par bordereau Dailly. Pour admettre la validité de cette cession, les juges du fonds ont estimé que les négociations entre le cédant et son débiteur étaient suffisamment avancées pour considérer la créance comme certaine et donc transmissible. *Adde.* F. Moulière, « Nantissement de créances futures, nouveau contrat aléatoire », *RTD com.* 2011, p. 677.

259.Au demeurant, à notre avis, cette quasi-individualisation des créances futures n'est réalisée qu'avec la constitution de la sûreté réelle, parce qu'elle ne sera individualisée qu'au moment de sa naissance. La créance future nantie n'est pas individualisée avant la constitution de la sûreté réelle.

B – Individualisation au moment de la constitution de la sûreté réelle

260.Il arrive qu'une chose fongible soit individualisée au moment de la constitution d'une sûreté réelle. Il en est ainsi notamment lors qu'une remise du bien grevé aura lieu. A côté du gage avec dépossession de droit commun, cette individualisation au moment de la constitution de la sûreté réelle se trouve dans deux hypothèses particulières : le droit de rétention et la réserve de propriété.

261.**Individulation de l'assiette d'un droit de rétention.** – Dans la première hypothèse, l'assiette de la sûreté réelle est déterminée lorsque le créancier a décidé d'exercer son droit de rétention. Même s'il ne fait que de garder son attitude purement passive, le créancier exerce le droit de rétention intentionnellement. Le droit de rétention est constitué non au moment de détention du bien, mais au moment où toutes les conditions pour l'exercice d'un droit de rétention sont réunies[499] et que le créancier ait une intention d'exercer ce droit. Il peut arriver que le créancier détienne plusieurs choses fongibles appartenant au débiteur ou à un tiers, et qu'il restitue au fur et à mesure ces biens au propriétaire. C'est seulement au moment où le créancier souhaite exercer le droit de rétention que l'assiette du droit de rétention soit finalement déterminé. Ces choses fongibles retenues par le créancier rétenteur deviennent des corps certains à cause du fait de détention du créancier, elles se distinguent avec les autres choses fongibles appartenant au débiteur ou à un tiers en raison de localisation différente. En effet, il en va de même lorsque certaines choses

[499] Les trois conditions pour l'exercice d'un droit de rétention: la détention du bien, le défaut de paiement du débiteur de la créance échue, et un lien de connexité entre la détention du bien et la créance garantie.

fongibles sont données en gage avec dépossession assortie d'une obligation, pour le créancier, de conservation séparée avec ses propres biens de même nature[500].

262.**Individualisation du bien grevé dans la réserve de la propriété.** – Dans la seconde hypothèse, les choses fongibles sont individualisées au moment de la remise des biens[501] dont la propriété est réservée. Ces choses fongibles se distinguent d'abord, à cause de la remise matérielle, avec les autres choses appartenant au créancier vendeur de même nature ; elles se distinguent aussi avec les choses de la même nature appartenant au débiteur. La première distinction est facile à faire parce qu'elles ne sont pas placées entre les mains d'une même personne, la seconde en est moins évidente à cause de la nature fongible des choses remises. C'est la raison pour laquelle l'article 2369 du Code civil prévoit expressément que : « *la propriété réservée d'un bien fongible peut s'exercer, à concurrence de la créance restant due, sur des biens de même nature et de même qualité détenus par le débiteur ou pour son compte* ». Pourtant, les parties peuvent individualiser ces biens fongibles pour éviter des mauvaises surprises. L'individualisation peut être réalisée soit par la numérotation[502] des biens, soit par une obligation de conservation séparée.

Néanmoins, une sûreté réelle peut porter sur des choses fongibles, et que cette fongibilité persiste malgré la constitution de la sûreté réelle. Dans cette hypothèse, l'exigence de l'individualisation se voir adoucir.

[500] Art. 2341, al. 1er, C. civ.
[501] L'un des avantages de recourir à la réserve de la propriété en matière de meubles corporels est que le débiteur peut bénéficier la possession du bien dont la propriété est réservée. Ainsi, la réserve de la propriété est accompagnée toujours avec la remise à la disposition du bien au débiteur.
[502] Mais la numérotation n'entraînement pas nécessairement l'individualisation d'un bien fongible.

§2 – L'individualisation des biens fongibles : une exigence adoucie

263.**La notion de la fongibilité des choses**[503]. – Un bien fongible est une « *chose qui appartenant au même genre qu'une autre peut être considérée comme équivalente si elle est de même qualité et quantité, ce qui suppose que les choses fongibles peuvent se compter, se mesurer, se peser, qu'il s'agisse de choses tangibles ou de biens incorporels* »[504]. La fongibilité n'est pas à proprement parler une caractéristique des choses, mais plutôt une façon de les considérer, dans leurs rapports avec d'autres choses[505]. Elle est constatée lors que nous regardons la fonction générale d'un bien[506]. La notion de la fongibilité est notamment utilisée en cas de paiement ou de restitution, or l'utilisation de l'un ou l'autre chose fongible peut produire un même effet de paiement ou de restitution. En effet, plus généralement, une chose est fongible parce qu'une autre, du même genre ou de la même espèce, peut lui substituer pour obtenir un même résultat juridique.

264.Au contraire, un corps certain est considéré comme unique, irremplaçable, non-interchangeable: s'il est dû, le débiteur ne peut lui substituer aucun autre bien comme moyen de paiement[507].

265.**L'influence de la fongibilité sur la constitution d'une sûreté réelle. –** En effet, en matière de sûreté réelle, le créancier va bénéficier, en effet, un droit de se faire désintéresser sur la valeur de la chose affectée. Ainsi, l'intéressement ne s'effectue pas par rapport au bien qui lui affecté mais à la valeur qu'il représente, notamment

---

[503] Sur une démonstration plus concrète de la notion de la fongibilité : v. not. A. Laude, « La fongibilité : diversité des critères et unité des effets », *RTD com.* 1995, p. 307 et s. ; P.-G. Marly, *Fongibilité et volonté individuelle*, préf. Ph. Delebecqu, LGDJ 2004.

[504] G. Cornu, *Vocabulaire juridique*, PUF 2011, V° « Fongible ».

[505] P. Berlioz, *Droit des biens*, Ellipses 2014, n° 85, p. 106. Ainsi, pour cet auteur, « *une chose est dite fongible lorsqu'elle n'est envisagée que dans son genre ou dans son espèce, et non individuellement, de sorte qu'elle se confond avec toute autre chose du même genre ou de la même espèce, et qu'elle peut être remplacée par n'importe quelle autre chose, du même genre ou de la même espèce* » (n° 86, p. 106).

[506] En ce sens, G. Cornu, *Droit civil, Les biens,* 13e éd. Monchrestien 2007, n° 15, p. 39 : « *A considérer leur fonction générale, on peut dire que des choses sont fongibles, au sens strict du terme, lorsqu'elles sont rigoureusement équivalentes comme instruments de paiement ou de restitution : le débiteur d'une chose fongible est en droit de désintéresser le créancier en lui remettant out objet du même genre* ».

[507] G. Cornu, *Droit civil, Les biens,* 13e éd. Monchrestien 2007, n° 15, p. 39.

dans le cas où le bien donné en gage ne lui est pas remis. Suivant cette analyse, *a priori*, une absence d'individualisation de l'assiette de la sûreté réelle ne porte pas atteinte aux intérêts du créancier si la valeur de l'assiette est déterminée. Plus précisément, s'il existe plusieurs biens fongibles dans le patrimoine du constituant, alors que seulement une partie de ces biens sont affectés dans la sûreté réelle, ce qui compte pour le créancier est la quantité et la qualité[508] des biens affectés, permettant ainsi de déterminer la valeur de l'assiette, mais pas plus concrètement lequel ou lesquels biens qui sont affectés. En effet, l'affectation de l'un ou l'autre biens fongibles pour la garantie de paiement ne change pas le droit principal du créancier, parce qu'ils sont de même valeur. Autrement dit, la fongibilité du bien permet un adoucissement de l'individualisation du bien grevé. Mais elle n'est utile qu'en cas où la dépossession du bien grevé n'est pas exigé, parce que dans l'hypothèse contraire, l'individualisation du bien grevé va être matérisalisée par la livraison du bien grevé, et le créancier détenteur du bien sera chargé d'une obligation de conservation.

266.**L'absence de distinction en droit chinois des sûretés réelles de biens fongibles et de corps certains.** – Par ailleurs, il est important de souligner que le droit chinois des sûretés réelles[509] ne distingue pas les corps certains avec les choses fongibles en matière de sûreté réelle. Pour toutes les sûretés réelles, les biens affectés doivent être déterminés par « le nom, la qualité, la quantité, et l'état »[510], même si au cas où un ensemble de biens sont affectés dans une même sûreté réelle[511]. En effet, même si en cas de gage des espèces, l'individualisation est exigée[512]. Il est donc opportun de voir les expériences françaises pour envisager une amélioration envisageable.

---

[508] De ce point, la notion des choses fongibles se confond parfois avec celle des choses de genre qui, dans le commerce, « se déterminent par leur nombre, à la mesure, au poids » (A. Laude, « La fongibilité : diversité des critères et unité des effets », *RTD com.* 1995, p. 307 et s., n° 13).

[509] Par contre, en matière de droit des biens, la doctrine chinoise distingue les choses fongibles avec les corps certains.

[510] En Chinois, «*名称，质量，数量，状态*». art. 185 et 210, LDR, respectivement pour l'hypothèque et le gage.

[511] Sur ce point, la doctrine courante critique cette exigence qui est manifestement trop rigoureux ; et une désignation générale, sans trop de détail, est préférable à l'instar de la « *floating charge* » anglaise.

[512] Art. 85, EJ 2000 (44) portant sur la mise en œuvre de la Loi des sûretés de 1995.

267.En droit français, la fongibilité du bien affecté constitue une justification d'application des règles particulières[513]. Des règles particulières sont déjà voulues dans la pratique avant la réforme de 2006, et à l'issue de cette réforme française, elles sont expressément prévues par les textes légaux. En effet, pour éviter la détermination des biens affectés qui pourrait être, parfois, d'une complexité[514], dans la pratique, les parties peuvent recourir à la notion de l' « universalité de fait »[515] pour qu'un ensemble de biens soit affectés à la garantie de paiement des créances sans préciser le détail de chaque bien affecté (A). Avec l'ordonnance du 23 mars 2006, le législateur a pris en compte le caractère fongible des biens affectés, l'exigence de l'individualisation se voit adoucie par un écrit contenant « *la quantité des biens donnés en gage ainsi que leur espèce ou leur nature* » (B).

A – Le recours à la notion de l' « universalité de fait »

268.**Notion.** – La notion de l' « universalité de fait » a été utilisée en droit français pour contourner l'exigence de la spécialité quant aux biens grevés au début du XX^e^ siècle. Le nantissement du fonds de commerce, dont les règles sont ultérieurement applicables au nantissement du fonds artisanal[516], constitue un très bel exemple.

[513] Il en est notamment en cas de gage d'espèce qui a fait couler beaucoup d'encre dans les années 90s, v. par ex. F. Leduc, « Le gage translatif de propriété : mythe ou réalité », *RTD civ.* 1995, p. 307 ; B. Poullain, « Le gage-espèce », *Dr. et patr.* n° 39, 1996, p. 47 ; S. Bros, « Le gage-espèces », *Dr. et patr.* 2007, 161. *Adde*. A. Laude, « La fongibilité : diversité des critères et unité des effets », *RTD com.* 1995, p. 307 et s. pour qui la fongibilité du bien affecté change complètement la nature du droit du créancier gagiste, parce que ce dernier ne bénéficie dans cette hypothèse qu'un simple droit personnel (n° 37).

[514] Il semble qu'en Chine, un inventaire des biens grevés sont toujours nécessaire pour la constitution d'une sûreté réelle portant sur un ensemble de biens, et les auteurs chinois ont critiqué cette nécessaire en notamment soulignant la complexité et le caractère onéreux de cette exigence.

[515] V. sur cette expression, P. Crocq, « Le principe de spécialité des sûretés réelles : chronique d'un déclin annoncé », *Dr. et patr.* avril 2001, p. 58 et s. : « *Or, il existe un moyen pour éviter un telle reconstitution tout en respectant, en droit, le principe de spécialité : il consiste à recourir à la notion d'« universalité de fait » qui permet de constituer soit une sûreté ayant pour objet un ensemble déterminé de biens indéterminés, soit une sûreté garantissant un ensemble déterminé de créances indéterminées* ». Par contre, pour l'auteur, l'utilisation de cette notion n'a autre objet que de permet de contourner l'exigence de l'identité du bien grevé et du bien réalisé.

[516] Par la loi n° 96-603 du 5 juillet 1996.

269.**Nantissement du fonds de commerce.** – En cas de nantissement du fonds de commerce, les parties ne sont pas tenues à déterminer tous les éléments exactes du fonds de commerce, l'assiette du nantissement. La loi prévoit directement les éléments susceptibles d'être nantis : « *L'enseigne et le nom commercial, le droit au bail, la clientèle, et l'achalandage, le mobilier commercial, le matériel ou l'outillage servant à l'exploitation du fonds, les brevets d'invention, les licences, les marques, les dessins et les modèles industriels, et généralement les droits de propriété intellectuelle qui y sont attachés* »[517]. Et « *à défaut de désignation expresse et précise dans l'acte qui le* (nantissement du fonds de commerce) *constitue, le nantissement ne comprend que l'enseigne et le nom commercial, le droit au bail, la clientèle et l'achalandage* »[518]. Autrement dit, si les parties n'envisage que de nantir ces éléments susvisés, ils peuvent parfaitement constituer le nantissement sans aucune précision. Par contre, s'ils ont voulu une assiette plus riche, il faut une désignation précise[519]. Néanmoins, la Loi du 17 mars 1909 n'a pas précisé si cette « désignation expresse et précise » doit permettre l'individualisation de chaque élément constitutif du fonds de commerce. Dans la jurisprudence, plusieurs arrêts nous montrent qu'un inventaire complet et analytique du matériel n'est pas exigé[520]. Autrement dit, notamment pour les biens fongibles éléments constitutifs de matériel ou de l'outillage, une désignation générale suffira.

270.**Nantissement de compte des titres.** – L'idée reste la même en cas de nantissement d'un compte des titres. Ce qui compte pour le créancier est la valeur totale des titres incorporés dans le compte, mais pas précisément les titres eux-mêmes. Egalement, en maitère de fiducie-sûreté portant sur les biens mobiliers, le recours à la notion de l'universalité de fait peut être constaté, parce que les biens grevés sont considérés comme une entité : « patrimoine d'affectation ». Cette entité se distingue avec les autres biens du fidiciaire et les biens appartenant au constituant. Par contre, la désignation du bien grevé est requise au moment de la constitution de cette forme

[517] Art. L. 142-2, al. 1er, C. com.
[518] Art. L. 142-2, al. 3, C. com.
[519] Civ. 17 juin 1918, *S.* 1922, 1, 313, note Rousseau.
[520] Orléons, 5 déc. 1919, *DP* 1921, 2, 67. – T. com. Cherbourg, 6 janv. 1922, *Gaz. Pal.* 1922, 1, 369.

particulière de sûreté réelle, en France, parce qu'il s'agit effectivement d'un transfert de droit de propriété mais pas de conférer à un bénéficiaire un simple droit à la valeur. Ainsi, l'identification d'objet du droit de propriété est requise sur le fondement du transfert de la propriété, mais pas particulièrement sur le principe de la spécialité des sûretés réelles. D'aillieurs, il est possible pour les parties de convenir la libre disposition des biens grevés par le constituant ou par le fidiciaire. Autrement dit, ce n'est pas précisément chaque élément constitutif du patrimoine fiduciaire qui est affecté par la fiducie-sûreté mais en tant qu'une entité. Le rôle d'identification du bien grevé par une fiducie-sûreté n'est pas très important pour le bénéficiaire ; or ce qui lui intéresse est la valeur globale du patrimoine fiduciaire.

271.**Les warrants.** – En outre, les warrants constituent un autre exemple de l'utilisation de notion de l'universalité de fait en matière de sûretés réelles mobilières. Par exemple, en matière de warrants pétroliers, l'article L. 524-1 du Code de commerce n'exige pas la séparation matérielle des produits warranté des autres produits similaires détenus par l'emprunteur, lorsque le warrant est établi sur une certaine quantité de marchandises d'une qualité spécifiée. Et dans le warrant, une désignation générale sur la nature, la qualité, la quantité, la valeur et le lieu de situation des produits suffit[521].

272.De notre point de vue, le législateur n'a aucune volonté à abandonner le principe de la spécialité quant aux biens grevés au moment de la constitution, mais à l'adoucir pour adapter à la fongibilité des choses grevées.

B – L'exigence d'une description générale par qualité, quantité[522] et valeur

[521] Comp. avec art. 185, LDR, qui exige les mêmes mentions.
[522] En effet, les choses fongibles ne peuvent être désignées que par leur qualité et leur quantité.

273.**L'importance de la valeur de l'assiette.** – Lors que le bien affecté est une chose fongible, il n'est pas toujours nécessaire de l'individualiser parce que ce qui intéresse le créancier c'est la valeur du bien. C'est la raison pour laquelle le créancier détenteur ou le constituant détenteur du bien affecté est chargé d'une conservation du gage. Cette conservation n'est pas pour objet la conservation du corps du bien, et il n'est pas possible notamment en cas de bien incorporel, mais sur la valeur de l'assiette de la sûreté réelle[523].

274.**L'insuffisance de la détermination seule de la valeur de l'assiette**. – Néanmoins, ce n'est pas de dire le seul élément utile pour le créancier titulaire d'une sûreté réelle est la valeur de l'assiette. La qualité et la quantité du bien affecté sont aussi importantes. Par la qualité du bien, il entend à savoir de quel genre la chose fongible appartient et aussi ses caractéristiques. Il n'est pas du tout anodin de préciser cette qualité parce que la valeur d'un bien se fluctue avec le temps, et c'est la qualité du bien qui permet le créancier de prévenir les risques de dépréciation de la valeur du bien grevé. Par exemple, un bien immobilier est censé d'avoir une valeur vénale plus stable qu'un bien mobilier. Quant aux biens mobiliers, la valeur de certains biens se diminue plus vite que celle des autres. Un établissement de crédit peut parfaitement décider d'accepter certains biens comme l'assiette d'une sûreté réelle et refuser certains autres de même valeur, au moment de la constitution, en basant sur la qualité du bien[524].

275.**Important de la qualité du bien grevé.** – Enfin, la quatité du bien est aussi importante, notamment lorsque la constitution de la sûreté réelle n'exige pas la séparation de la partie grevée avec les autres biens de même nature et de même qualité. Elle permet notamment de protéger le droit du constituant et de ses créanciers lorsque la sûreté réelle ne porte que sur une partie d'un ensemble de bien.

---

[523] En ce sens, v. par ex. C. Lisanti-Kalczynski, *Les sûretés conventionnelles sur meubles incorporels*, préf. F. Pérochon, Litec 2001, n° 165, p. 135.

[524] Il en est notamment en Chine, les banques n'acceptent que certaines catégories de meubles corporels comme assiette de sûreté réelle alors que les textes légaux prévoient un champ d'application plus vaste.

276.Ainsi, nous pensons, lorsque les biens affectés sont des choses fongibles, par nature ou par convention, l'exigence de l'individualisation peut être réduite à une désignation par la qualité, la quantité et la valeur de l'assiette de la sûreté réelle, parce qu'une individualisation au moment de la constitution de la sûreté réelle n'est pas intéressante pour le créancier, notamment en cas de sûreté réelle sans dépossession. Elle n'est intéressante pour le créancier qu'au moment de la réalisation de la sûreté réelle. Par contre, on peut pas dire que la détermination de l'assiette de la sûreté réelle au moment de la constitution est dépourvue d'intérêt. La détermination de l'assiette au moment de la constitution est importante au moins en deux sens. D'abord, en absence d'une « désignation minimum » de l'assiette, la sûreté réelle sera sans objet. Autrement dit, cette « désignation minimum » de l'assiette doit permettre aux parties de déterminer les biens grevés à tout moment. Or, si cette désignation ne permet pas la détermination de l'assiette de la sûreté réelle à tout moment, l'obligation de la conservation du gage sera sans contenue. En outre, c'est au travers de cette obligation qu'un créancier titulaire d'une sûreté réelle sera mieux protégé par rapport à un créancier titulaire d'une sûreté personnelle. Cette obligation de conservation assure au bénéficiaire d'une sûreté réelle qu'au moment de la réalisation du bien, la sûreté réelle peut, *a priori*, garantir sa satisfaction. Ensuite, la désignation de l'assiette permet une protection du créancier face aux autres créanciers. Les créanciers concurrencés sur un même bien seront désintéressés selon leur rang de priorité. Mais avant la distribution du prix, il faut tout d'abord déterminer qui a le droit sur ce bien. Pour les créanciers qui envisagent de participer dans la distribution par préférence, il faut démontrer qu'ils ont un droit de préférence sur ce bien. Ce droit doit être non seulement existant mais aussi opposable aux autres. Que la désignation du bien grevé est importante.

277.**Limite de l'utilisation de la fongibilité dans la constitution des sûretés réelles.** - En effet, il semble qu'une fiducie-sûreté ne peut porter sur les choses fongibles, parce que le transfert de la propriété ne saurait être opéré sur les choses fongibles[525]. Parce que la vente n'est parfaite que lorsque la chose vendue est individualisée[526]. En

[525] G. Cornu, *Droit civil, Les biens,* 13e éd. Monchrestien 2007, n° 36, p. 86.
[526] Art. 1583, C. civ.

effet, la validité de la vente n'est pas remise en cause mais l'effet du transfert de la propriété. Cette exigence est aussi applicable dans les autres contrats translatifs de propriété y compris la fiducie-sûreté. Autrement dit, en cas fiducie-sûreté, l'individualisation de l'assiette est indispensable. Par contre, cette individualisation n'est utile que pour la constitution d'une telle sûreté réelle . A notre avis, elle n'est pas présente, pendant toute la vie de la fiducie-sûreté. Les biens transférés dans le patrimoine fiduciaire peuvent redevenir « fongibles » pour s'adapter à la nécessité de l'opération voulue des parties contractuelles.

Conclusion de la section 1 :

278.La spécialité quant aux biens grevés d'une sûreté réelle exige traditionnellement qu'au moment de la constitution, l'assiette de la sûreté réelle soit identifiée, et que le bien affecté reste inchangé jusqu'à l'extinction de la sûreté réelle ou à sa réalisation. Mais cette explication ancienne du principe de la spécialité des sûretés réelles ne correspond plus à la nécessité de crédit.

279.Dès lors que ce qui importe pour le créancier c'est que la valeur des biens réalisés permet sa satisfaction. Ainsi, il importe peu que les biens originellement grevés et ceux qui sont réalisés soient identiques. Nous nous demanderons si cette exigence de l'individualisation du bien grevé lors de la constitution d'une sûreté réelle mobilière va être supprimée avec l'évolution du droit des sûretés.

Section 2 – L'exigence de la maintenance de l'affectation du bien grevé : une exigence à supprimer

280.**La contrainte de l'exigence constatée.** – La spécialité quant aux biens grevés, un caractère commun pour tous les droits réels, exige naturellement la maintenance du bien grevé jusqu'à son extinction. Autrement dit, *a priori*, un droit réel est attaché à un bien qui n'est pas susceptible de substitution. Etant attaché à un bien déterminé, le droit réel se se disparaît avec le bien. Mais le changement de propriétaire n'aura pas

d'influence sur l'existence du droit réel démembré. Ainsi, il sera étrange de concevoir que l'usufruit d'un bien puisse être transmis sur un autre bien.

281.De la même logique, la sûreté réelle, qualifiée de droit réel, est autant strictement attachée à son assiette, et que la disparition de l'assiette fait éteindre ce droit réel.

282.Ainsi, suivant cette même logique, la spécialité quant aux biens grevés exige que l'objet de la réalisation soit celui qui a été grevé au moment de la constitution de la sûreté réelle (§1). Par contre, cette exigence ne correspond pas à la nécessité d'équité. Elle empêche notamment le constituant à exécuter son obligation de conservation. Tant en France qu'en Chine, le créancier peut exiger le débiteur un complément de gage[527] lorsque ce dernier ne satisfait pas à son obligation de conservation. Et en cas où le bien grevé est détruit, l'exigence de la maintenance de l'affectation du bien grevé va causer l'extinction de la sûreté réelle pour défaut de l'objet. Si cette destruction est causée par la faute du constituant, le créancier va pouvoir exiger de ce dernier un complément du gage. La question que l'on peut se poser est de savoir comment un gage peut être complété s'il est dejà dispau ? Et si la destruction n'est pas causée par le fait fautif du constituant, l'application stricte de cette exigence va empêcher l'utilisation de la technique de subrogation réelle. La généralisation d'utilisation de la technique de la subrogation réelle et l'autorisation de substitution des biens grevés par des nouveaux biens en cas de choses fongibles ne font que de justifier la disparition de l'exigence de la maintenance de l'affectation du bien grevé (§2).

§1 – L'effet de l'exigence d'identité du bien grevé et le bien réalisé

283.Si le bien grevé doit être le même qui sert à la garantie de paiement au moment de la réalisation, cette exigence suppose que le bien grevé soit individualisé au moment de la constitution de la sûreté réelle et que le bien n'est pas détruit pendant la période

[527] Art. 2344, al. 2, C. civ. (en droit français) et art. 193, LDR (en droit chinois).

de la garantie. En effet, cette exigence est bien une réalité pour un certain nombre de sûretés réelles mobilières, et elles peuvent être des sûretés réelles avec dépossession (A) ou sans dépossession (B).

A – L'exigence d'identité en cas de sûreté réelle avec dépossession

284.**En droit chinois.** – En cas de sûreté réelle avec dépossession, le bien grevé sera normalement le bien vendu au moment de la réalisation de la sûreté réelle. Parce qu'en Chine, la dépossession du bien grevé constitue non seulement une condition de validité même, mais aussi une condition d'opposabilité du gage des meubles corporels. Ainsi, pour que le gage soit valablement constitué et opposable aux tiers, le créancier gagiste doit détenir le bien donné en gage et garder cette détention[528]. Autrement dit, *a priori*, le créancier va vendre le même bien qui est grevé au moment de la constitution du gage pour se faire payer par préférence. Même si le créancier ne satisfait pas l'obligation de conservation, le débiteur n'est pas en droit de demander la restitution du bien grevé sans avoir payé par avance le créancier. Ainsi, par son second aliéna, l'article 215 de la Loi des droits réels prévoit que lorsque le créancier exercice des actes qui peuvent entraîner la détérioration ou la destruction du bien donné en gage, le débiteur peut demander soit la consignation[529] du bien soit la restitution du bien avec le paiement par avance de la créance garantie. C'est-à-dire que dans cette hypothèse, soit le bien reste grevé mais la conservation va être conférée à un tiers, soit la sûreté réelle va s'éteindre avec l'extinction de la créance garantie.

285.**En droit français.** – De même, dans le cas du droit de rétention effectif en droit français, l'assiette restera inchangée depuis l'exercice du droit de refus jusqu'au paiement complet. De surcroît, en droit français, le principe de l'indivisibilité du droit de rétention renforce cette exigence de la maintenance de l'affectation du bien grevé, parce que le créancier est en droit à refuser l'ensemble des biens retenus jusqu'au

[528] V. not. Art. 87, al. 1er, EJ 2000 (44).
[529] En Chinois, « *提存*», qui signifie le dépôt du bien ou d'une somme d'argent auprès d'un organe particulier.

paiement complet de sa créance. Autrement dit, l'objet du droit de rétention reste le même depuis l'exercice de ce droit par le créancier jusqu'à ce dernier soit complètement satisfait, donc à l'extinction de ce droit.

286.En effet, au regard des dispositions du droit positif, cette exigence se trouve aussi en cas de sûretés réelles mobilières sans dépossession.

B – L'exigence d'identité en cas de sûreté réelle sans dépossession

287.Lorsque le bien grevé reste entre les mains du constituant où une dépossession matérielle n'est pas possible (donc en cas de sûretés réelles portant sur les meubles incorporels), nous pouvons aussi constater l'idée de l'exigence de la maintenance de l'affectation du bien grevé.

288.**Interdiction de disposition du bien grevé en maitère d'hypothèque mobilière chinoise.** – En matière de sûreté réelle mobilière sans dépossession (hypothèque mobilière), l'exigence d'identité se trouve notamment en droit chinois lorsque le constituant envisage de disposer du bien grevé. Le principe est l'interdiction de la disposition du bien grevé par le constituant sans l'accord du créancier hypothécaire, sauf si le cessionnaire exerce le paiement à la place du débiteur[530]. En effet, dans cette hypothèse, la sûreté réelle se voit éteindre par voie accessoire, parce que la créance garantie est disparue avec le paiement auprès du créancier hypothécaire du cessionnaire du bien grevé[531]. Si le créancier hypothécaire a donné son accord sur la cession du bien grevé, le prix de cession ne va pas entrer dans la poche du constituant ; il sera soit consigné, soit utilisé pour servir au paiement de la créance garantie par avance. En cas de consignation, le créancier sera payé par préférence sur la somme consignée à l'échéance de la créance garantie, ; et en cas de paiement par avance de la créance garantie, cette cession est équivalente à la vente forcée en cas de défaillance du débiteur, parce que c'est toujours le prix de la vente du même bien qui sert àdésintéresser le créancier. Dans les deux hypothèses, c'est le bien grevé qui est

[530] Art. 191, al.2, LDR.
[531] Comp. avec la procédure de purge pour l'hypothèque française.

vendu et le prix de cette vente sert à désintéresser le créancier. L'exigence de l'identité n'est pas, à nos yeux violée.

289.**En matière de gage des droits.** – En effet, il en va de même pour les autres sûretés réelles des droits chinois[532]. Le constituant peut céder le bien grevé, mais il ne peut pas se servir du prix pour acquérir un nouveau bien qui substituera le bien cédé. Le prix de vente doit être soit consigné, soit servir au paiement de la créance garantie par avance[533]. En cas de gage des droits incorporés dans un titre, et que l'échéance de ces droits est antérieure à celle de la créance garantie, les sommes d'argent doivent être soit consignées ou utilisées pour le paiement de la créance garantie par avance, et en cas où le droit est de recevoir une prestation par livraison des biens, ces biens doivent être consignés[534]. Autrement dit, en droit chinois, sauf des exceptions légales ou de subrogation réelle conventionnelle[535], l'identité du bien grevé au moment de la constitution et ayant servi effectivement dans la vente pour la satisfaction du créancier est exigée de manière stricte.

290.**En droit français.** – En effet, cette exigence existe en droit français, de manière sous-jacente, aussi en cas de gage portant sur un corps certains et aussi de manière générale pour le nantissement de biens incorporels à l'exception des sûretés réelles portant sur une « universalité de fait ». Le législateur précise clairement, dans le Code civil, qu' « à défaut de paiement de la dette garantie, le créancier peut faire ordonner

---

[532] Avec le principe de la spécialité, le législateur veut, notamment, déterminé le bien grevé, parce que sans cette détermination, l'hypothèque n'est pas valablement constituée (art. 56, EJ 2000 (44)). Mais aussi, il s'agit d'une exigence d'identité du bien grevé et du bien réalisé. En effet, en cas de différence entre le bien grevé désigné par l'acte constitutif et le bien grevé désigné dans l'inscription, seulement le bien désigné par l'inscription est effectivement grevé par l'hypothèque constituée (art. 61). Autrement dit, le créancier ne peut exercer son droit de préférence que sur le bien désigné par l'inscription. Plus particulièrement, s'il aura une modification de l'assiette dans des circonstances particulières, soit une inscription modificative doit être effectuée, soit le droit de préférence du créancier hypothèque se limite au bien régulièrement inscrit.

[533] Art. 226, al.2, LDR (le gage des parts sociales ou les parts des fonds de placements collectifs) ; art. 227, al.2 LDR (le gage des propriétés intellectuelles) ; art. 228, al. 2, LDR (le gage des créances actives).

[534] Art. 225, LDR.

[535] La subrogation réelle chinoise, « 物上代为性 » , n'a pas la même connotation que la subrogation réelle française, c'est la raison pour laquelle que nous utilisons « la subrogation réelle chinoise » pour que cette notion soit facile à comprendre et aussi distinguée avec la notion française.

en justice la vente **du** bien gagé »[536]. En employant l'expression « **du bien gagé** », il entend exiger l'identité du bien vendu et le bien gagé qui ne pourrait une autre chose que celle qui est grevée au moment de la constitution du gage, sauf si le bien grevé n'est pas particulièrement individualisé au moment de la constitution, comme nous l'avons déjà argumenté pour l'hypothèse de biens fongibles. La même expression « le bien » ou « du bien » est aussi utilisée lorsque la réalisation prendra la forme de l'attribution judiciaire [537] ou conventionnelle [538] . Notamment en cas de pacte commissoire conclu concomitamment ou postérieurement au gage, l'identité du bien gagé et le bien dont le droit propriété est transféré au créancier au moment de la défaillance du débiteur est cent pour cent assuré parce que le pacte commissoire qui sert à accorder le droit de propriété **du bien gagé** au créancier gagiste.

291.Néanmoins, cette identité ne peut être respectée que dans des conditions purement théoriques où le bien ne sera pas transformé, détérioré ou vendu pendant la période de garantie. Dans la pratique, les biens grevés servent, souvent, aussi à l'exploitation professionnelle du constituant, et l'hypothèse dans laquelle le bien grevé sera conservé spécialement soit par le créancier ou un tiers convenu sans que le constituant ne puisse les utliser est devenue de plus en plus rare. Il est de même considéré qu'une bonne sûreté réelle doit permettre au constituant à utiliser les biens grevés. Donc c'est ainsi dans l'hypothèse de l'utilisation du bien grevé et aussi celle de la destruction du bien grevé, soit causé par le fait d'une personne, soit d'une force majeure que le maintien de l'exigence d'identité du bien grevé et le bien réalisé constitue un inconvénient fâcheux. Le législateur ne fait que de déroger à ce principe pour amener un régime plus satisfaisant. La multiplication des exceptions nous fait penser à faire disparaître cette exigence comme un principe.

[536] Art. 2346, C. civ.
[537] Art. 2347, C. civ.
[538] Art. 2348, C. civ.

§2 – Les exceptions généralisées : vers la disparition de l'exigence sur la maintenance de l'affectation du bien grevé

292.La présentation des exceptions va commencer par une exception qui est relativement rare, qui est la subrogation réelle en cas de destruction du bien grevé; et ensuite une exception qui est relativement fréquente, le report du droit sur les biens substituants qui constitue une autre façade de la subrogation réelle (A). Avec la multiplication des exceptions, la disparition de l'exigence est aussi envisageable (B).

A – La généralisation de la subrogation réelle[539]

293.**Notion française.** – De manière générale, la subrogation réelle est une « *fiction de droit par laquelle un bien en remplace un autre en lui empruntant ses qualités* »[540]. Elle est couramment utilisée dans plusieurs branches de droit privé, tels que la succession[541], les régimes matrimoniaux[542], l'indivision[543], la donation entre époux[544], et aussi, en matière de sûretés réelles. En effet, la subrogation réelle, d'une manière générale, est un régime juridique permettant, d'une part, de conserver à sa destination la valeur d'un bien soumis à affectation spéciale, et d'autre part, la restitution de certaines masses de biens[545]. Force est de constater, en droit français, que ce qui substitue le bien original peut être soit une somme d'argent, normalement en forme de dommages-intérêts ou d'indemnité d'assurance, soit un nouveau bien qui pourrait être de la même nature ou d'une nature différente.

294.**Notion chinoise.** – Néanmoins, la subrogation réelle en droit chinois des sûretés réelles ne vise que la substitution du bien grevé par les dommages-intérêts,

---

[539] Sur les fonctionnements de la subrogation réelle, v. not. G. Wicker, *Les fictions juridiques – Contribution à l'analyse de l'acte juridique*, préf. J. Amiel-Donat, LGDJ, 1997, Bibli. de dr. privé, t. 253, n° 354 et s., p. 331 et s.
[540] G. Cornu, *Vocabulaire juridique*, PUF 2011, V° « Subrogation ».
[541] Art. 855 et 860, C. civ.
[542] Art. 1406, 1434, 1435, C. civ.
[543] Art. 815-10, C. civ.
[544] Art. 1099-1, C. civ.
[545] E. Savaux, « Subrogation réelle », *Rép. Civ.*, n° 5 et s.

l'indemnité d'assurance ou de l'indemnité compensatoire lorsque le bien grevé est disparu par la destruction ou l'expropriation. Et en Chine, cette subrogation réelle est prévue de manière générale par l'article 174 de la Loi des droits réels[546] qui est, *a priori*, applicable à toutes les sûretés réelles. Déjà par rapport aux dispositions de la Loi des sûretés de 1995, la subrogation réelle chinoise est dotée d'un champ d'application plus vaste. En droit français, la subrogation réelle vise d'une substitution plus générale, c'est-à-dire avec une somme d'argent ou une chose équivalente[547]. Plus précisément la subrogation réelle, en droit français, se fonde sur la fongibilité des choses[548].

295.En effet, l'idée générale de la fongibilité est de permettre une substitution d'une chose avec une autre sans pour autant changer les effets juridiques d'une opération. Ainsi, la subrogation réelle ne doit pas se limiter en seule hypothèse de la disparition du bien grevé par destruction ou par l'expropriation comme ce qui est prévu par l'article 174 de la Loi chinoise des droits réels.

296.**Le régime de la subrogation réelle avant la réforme française de 2006.** – En France, avant la réforme de 2006, le législateur a consacré un certain nombre d'hypothèses où la fongibilité de l'assiette fonde expressément le report du warrant. Ainsi, lorsque les parties n'ont pas envisagé les animaux dans leur individualité mais comme biens fongibles éléments de production, le warrant agricole prévoit alors que la garantie s'étend aux animaux venant en remplacement des animaux « warrantés »[549]. De même, lorsque la sûreté porte par exemple sur une quantité de vin déterminée,

---

[546] Comp. art. 58 et 74, LS par lesquels, le législateur chinois de 1995 ne prévoit la subrogation réelle qu'en cas de destruction du bien grevé causé par une personne, ainsi le droit de préférence va être reporté sur les dommages-intérêts que le constituant obtiendra.

[547] C'est-à-dire qu'à côté des hypothèses prévues par les lois chinoises, la subrogation réelle française peut être utilisée en cas de vente.

[548] V. en ce sens, A. Laude, « La fongibilité : diversité des critères et unités des effets », *RTD com.* 1995, p. 307 et s. n° 37 : « *Le rejet de la fongibilité comme fondement de la substitution des marchandises engagées repose sur une conception erroné de la fongibilité* » ; *Adde*. Cass. req. 10 mars 1915, *S.* 1915, 1, 5, note Lyon-Caen ; *D.* 1916. 1. 241 ; *RTD civ.* 1915. 528 et *RTD civ.* 1916. 163, obs. R. Demogue. « *lorsque les marchandises (en l'espèce du blé) sortent du gage, elles y sont, en vertu d'une subrogation réelle, qui trouve son fondement dans leur fongibilité, remplacées par des marchandises acquises qui rentrent, et restent, comme celles auxquelles elles sont substituées dans la possession du créancier* ».

[549] Art. 1er, al. 11 de la loi du 30 avr. 1906.

c'est-à-dire sur une chose fongible par nature, le législateur permet que la garantie puisse également porter sur « la quantité d'alcool provenant de la distillation éventuelle du vin »[550]. Ainsi, il établit une fongibilité automatique, et à laquelle les parties ne peuvent déroger, entre le vin et l'alcool provenant de la distillation vinique. Ce n'est donc plus une quantité d'un produit déterminé que le débiteur doive conserver, mais une valeur à travers les transformations matérielles qu'il peut faire subir au produit originaire. Ainsi, en permettant au gage de survivre au remplacement en valeur de la chose, la fongibilité en valeur produit bien, on le voit, les mêmes effets que la fongibilité en nature. Les produits doués d'une fongibilité naturelle comme le pétrole[551], ou les produits industriels[552], permettent également le report de la sûreté sur des produits similaires détenus par l'emprunteur. Plus récemment encore le législateur a mis en relief l'effet particulier de la fongibilité de l'assiette du gage de valeurs mobilières en précisant que « *tout titre venant en substitution ou en complément de ceux constitués en gage, sont, sauf convention contraire, compris dans l'assiette du gage* »[553].

297.**Le régime de la subrogation réelle généralisée après la réforme française de 2006.** – Après l'ordonnance du 23 mars 2006, la substitution réelle est généralisée par la Commission Grimaldi en matière de sûretés réelles mobilières sans dépossession. Ainsi, par l'article 2342 du Code civil, le législateur souligne notamment que « *lorsque le gage sans dépossession a pour objet des choses fongibles, le constituant peut les aliéner si la convention le prévoit à charge de les remplacer par la même quantité de choses équivalentes* ». La possibilité de subrogation réelle se trouve aussi en matière de gage des stocks qui est créé particulièrement pour ce faire[554]. Il en est de même en matière de la réserve de la propriété[555] et la fiducie-sûreté mobilière[556].

---

[550] Art. 1er, al. 3 de la loi du 30 avr. 1906 modifié par le décret, loi des 23 oct. 1935 et 21 août 1937.
[551] Les warrants pétroliers sont régis par la loi du 21 avr. 1932 (aujourd'hui, art. L. 524-1 et s., C. com.).
[552] Les warrants industriels ont été établis par la loi du 12 sept. 1940 modifiée notamment par la loi du 31 déc. 1953..
[553] Art. 29, al. 3 de la loi du 3 janv. 1983. Ce renouvellement automatique des titres indépendamment de la dépossession fictive du débiteur (sur ce point ; Ph. Malaurie et L. Aynes, *Les sûretés*, Cujas 1992, spéc. n° 502) est fondé sur la dématérialisation de l'objet du gage.
[554] Art. L. 527-7, C. com.
[555] Art. 2369, C. civ.

298.Néanmoins, cette généralisation n'est pas sans réserve. Il convient d'observer que la subrogation réelle n'est possible, même si les biens affectés sont des choses fongibles, que si dans l'acte constitutif, les parties l'ont prévu expressément. En outre, l'utilisation de l'expression des choses fongibles par le législateur devrait soulever des difficultés[557] lorsqu'aucune définition de la chose fongible n'est donnée. Est-ce que cette fongibilité est constatée seulement dans l'ordre matériel, donc au travers d'un critère objectif ; ou bien de manière encore plus générale que cette fongibilité peut résulter de la volonté des parties au travers des autres critères (subjectifs) tels que la valeur que représentent les biens[558] ? Dans cette hypothèse particulière, la subrogation réelle doit être spécialement convenue par les parties.

299.De notre point de vue, la fongibilité soulevée par l'article 2342 ne se limite pas à un seul ordre matériel, autrement dit cette règle est aussi applicable aux choses qui ne sont pas fongibles par nature. Si le législateur ne vise que les choses fongibles par nature, il va plutôt exiger de « les remplacer par la même quantité de choses du même genre ou de la même espèce ». Alors que « les choses équivalentes » peuvent être les choses de différente nature ou de différente espèce. Pour le créancier, les choses équivalentes sont celles qui lui permettront une même satisfaction en cas de défaillance du débiteur, donc, principalement les choses qui sont de même valeur vénale, et aussi pourrait-on ajouter une qualité particulière : dont la valeur vénale est de même stabilité que les biens originaux[559]. Pourtant, il appartient au créancier d'apprécier si les nouveaux biens sont ou ne sont pas équivalents. Or, rappelons-nous qu'en cas de diminution de la valeur du bien grevé, le créancier dispose d'un choix entre le paiement anticipé et l'acceptation d'un complément de sûreté.

---

[556] Le législateur n'a pas prévu la libre application de subrogation réelle des biens transférés dans le patrimoine fiduciaire. Pourtant, rien n'empêche que la liberté contractuelle joue son rôle ici et accorde le constituant une libre disposition des biens grevés avec une charge de subroger le bien vendu avec un autre sans porter atteintes aux intérêts des intéressés.

[557] La difficulté sur l'appréciation de la notion de la fongibilité est traditionnelle en absence de définition juridique. En France, la Cour de cassation laisse apprécier les juges du fonds cette notion (Cass. req. 16 avr. 1866, *D.* 1866. 1. 490).

[558] V. sur la pluralité de critères de la fongibilité: A. Laude, « La fongibilité : diversité des critères et unités des effets », *RTD com.* 1995, p. 307 et s. n° 8 et s. parce que la fongibilité peut reposer sur la nature des choses mais aussi sur l'intention des parties.

[559] Comme nous avons déjà argumenté, ce qui importe pour le créancier est non seulement la valeur du bien grevé mais aussi certaine qualité de bien.

300.**L'intérêt de recourir à la fongibilité.** – La fongibilité des choses grevées est importante tant pour le constituant que pour le créancier. Avec l'accord du créancier bénéficiaire, le constituant peut être libre d'utiliser les biens grevés si ces biens sont destinés à être vendus. Et pour le créancier, la vente du bien grevé n'entraîne pas la disparition de la sûreté réelle. Ainsi, la fongibilité permet de perpétuer la sûretéen transposant des biens initialement engagés sur d'autres biens semblables fournis en remplacement[560]. La protection qu'elle assure au droit de préférence est efficace puisqu'il n'y a pas naissance à la date de la substitution d'un nouveau gage[561].

301.En effet, l'expérience française de la généralisation de la subrogation réelle est particulièrement intéressante pour le droit chinois. Si la subrogation réelle se cantonne son champ d'application à la seule hypothèse de la disparition du bien par la détérioration ou l'expropriation, même si elle est théoriquement applicable à toutes les sûretés réelles, elle n'est d'utilité très minuscule.

302.Notamment en cas où le bien grevé est une chose fongible par nature et qu'il est destiné à être vendu, ce que le constituant a voulu est de le vendre plus vite possible, ce qui correspond à la nécessité économique de la circulation des biens. Mais selon le droit positif chinois, après la vente de ce bien, aussi supposons que le créancier a donné son accord, le constituant ne peut pas utiliser librement le prix de vente pour continuer son exploitation : il ne peut le consigner ou l'utiliser pour le paiement par avance de sa créance. Dans la plupart des circonstances, le constituant va choisir de payer par avance le créancier ; sinon, ce qu'il peut faire c'est d'attendre à l'échéance du terme de la créance garantie. Mais ce qui est important pour un commerçant est la circulation du capital, et dans la seconde hypothèse, pendant la période d'attente, il ne peut utiliser le fonds que le créancier lui accord. Et ce qu'a voulu le débiteur par un emprunt à terme est de pouvoir utiliser, comme il veut la somme qui lui est accordée pendant cette période, donc jusqu'à la première échéance de la créance, tout en supportant les intérêts qui correspondent, plus ou moins, au service rendu par le

[560] Pour une application, V. CA Agen, 27 févr. 1985, *JCP* 1986. II, n° 20604, note A. M. Sohmbourgeois.
[561] Cass. req. 10 mars 1915, *S.* 1915, 1, 5, note Lyon-Caen ; *D.* 1916. 1. 241 ; *RTD civ.* 1915. 528 ; *RTD civ.* 1916. 163, obs. R. Demogue.

prêteur qui lui accorde la disponibilité d'une somme d'argent pendant une certaine période de temps. La rigidité des solutions proposées par les textes légaux en respectant le principe de la spécialité quant aux biens grevés ne fait que de limiter la libre disposition du débiteur sur la somme qu'il a empruntée. Etant un contrat accessoire du contrat principal qui fait naître la créance garantie, le contrat de sûreté réelle ne sert que de renforcer l'effet juridique du contrat principal, et il ne doit, en aucune condition, pouvoir changer le contenu du contrat principal.

303.De ce point de vue, un élargissement de la notion de la subrogation réelle chinoise est non seulement possible, au regard du droit français, mais aussi indispensable au regard de l'opération générale du crédit.

B – La subrogation réelle, futur principe directeur des sûretés réelles

304.**Inopportunité de la disparition [562] de l'exigence de la spécialité.** – La subrogation réelle est, au regard du droit français et du droit chinois, plus ou moins généralisée. La question est de savoir s'il est opportun d'annoncer le déclin de l'exigence de l'identité ou bien plus audacieusement la disparition de cette exigence comme principe ?

305.**Discours de M. Crocq.** – Le déclin du principe de la spécialité quant aux biens grevés a été déjà annoncé par M. Crocq en 2001[563]. Mais le déclin de fait constaté par l'auteur ne vise que particulièrement l'exigence d'identité du bien grevé et le bien réalisé, parce que les exemples qu'il a fourni dans son argument ne font que de prouver la réalité d'existence de subrogation réelle[564]. Il n'a pas douté la légitimité de la désignation des biens grevés au moment de la constitution, que ce soit une désignation par l'individualisation ou une désignation permettant cette

[562] *Contra.* P. Crocq, « Le principe de spécialité des sûretés réelles : chronique d'un déclin annoncé », *Dr. et patr.* avril 2001, p. 58 et s.
[563] P. Crocq, « Le principe de spécialité des sûretés réelles : chronique d'un déclin annoncé », *Dr. et patr.* avril 2001, p. 58 et s.
[564] P. Crocq, « Le principe de spécialité des sûretés réelles : chronique d'un déclin annoncé », *Dr. et patr.* avril 2001, p. 58 et s. « *En créant le nantissement de compte d'instruments financiers, la loi du 2 juillet 1996 a mis fin à cette jurisprudence, car le compte constitue une universalité de fait au sein de laquelle la subrogation réelle joue automatiquement, ce qui permet le report du droit de gage sur tout instrument financier nouveau entrant dans le compte* ».

individualisation. Par contre, en parlant des moyens à faire disparaître le principe de la spécialité quant aux biens, ce qui est proposé par l'auteur[565] n'est pas anéantir l'exigence de l'identité du bien grevé et le bien réalisé, mais une autorisation générale de constitution d'une sureté réelle sur un bien futur, donc, anéantir l'exigence de l'individualisation du bien grevé au moment de la constitution. La proposition de l'anéantissement du principe de la spécialité quant aux biens grevés n'est donc pas tout à fait justifiée.

306.**Application non systématique de la subrogation réelle.** – Si la subrogation réelle est généralise par la réforme française, son utilisation n'est pas, en tous les cas, automatique. Comme nous avons déjà observé que son utilisation suppose l'intervention de l'intention des parties en deux temps, d'une part, il faut que les parties soient d'accord sur la fongibilité du bien grevé, et ensuite d'autre part, il faut que la possible subrogation réelle soit expressément prévue dans l'acte constitutif de la sûreté réelle préférentielle. L'utilisation de la subrogation réelle n'est automatique que dans les cas particuliers : le nantissement de compte d'instrument financier[566], la revendication du bien fongible par le créancier réservataire[567], et l'exercice du droit de rétention lors d'une procédure de liquidation judiciaire[568]. Autrement dit, la subrogation réelle n'est une exception[569], parce que revenons à la notion de la fongibilité, qui est une fiction juridique qui sert à obtenir un résultat juridique par équivalent, mais pas le résultat originellement prévu. En absence d'une subrogation réelle prévue par le texte légal ou une stipulation conventionnelle, l'exigence de l'identité reste comme un principe, parce que son existence n'est pas dépourvue d'intérêts.

---

[565] P. Crocq, « Le principe de spécialité des sûretés réelles : chronique d'un déclin annoncé », *Dr. et patr.* avril 2001, p. 58 et s.

[566] Le régime de ce nantissement est aujourd'hui régi par les articles L. 431-4 et suivants du Code monétaire et financier.

[567] Art. 2369, C. civ.

[568] Art. L. 642-20-1, al. 3, C. com.

[569] V. en ce sens, A. Laude, « La fongibilité : diversité des critères et unités des effets », *RTD com.* 1995, p. 307 et s. n° 37 : « En effet, la subrogation réelle est en règle générale attachée à un texte ou à la volonté des parties, et demeure à ce titre exceptionnelle ».

307.**Intérêt de maintenir l'exigence de l'identité comme le principe.** – Le maintien de l'exigence de l'identité du bien grevé et le bien réalisé comme principe est tout abord utile, parce que cette exigence peut servir à la protection les créanciers du constituant, notamment en cas où la sûreté réelle est validée par l'inscription. Bien entendu que l'inscription sert notamment à la publicité de la sûreté réelle et rend cette dernière opposable. Avec les informations diffusées au travers de la publicité, les autres créanciers ou les potentiels cocontractants du constituant vont être informés sur la solvabilité du constituant, sous conditions que les sûretés réelles restaient inchangées. C'est la stabilité des sûretés réelles qui permet la fidélité de la publicité. Ainsi, lorsqu'il y aura une modification de sûreté réelle, une inscription modificative est indispensable.

308.Le maintien de l'exigence de l'identité du bien grevé et le bien réalisé comme principe, c'est parce qu'un principe est une règle qui s'impose lorsqu'il n'y a pas d'exceptions prévues par les textes légaux ou des stipulations conventionnelles. L'existence de principe ne fait pas obstacle d'application des règles particulières des exceptions. Ainsi son maintenance n'est pas gênante pour que les régimes des sûretés réelles soient adaptés à la nécessité économique des crédits.

309.Certes, la fongibilité, le fondement de la subrogation réelle, permet la protection de l'assiette des sûretés réelles [570], mais elle n'est applicable que dans les circonstances où une substitution de bien est nécessaire. Autrement dit, le constituant n'est pas libre à substituer le bien grevé avec un autre. C'est plus précisément la limite de la liberté pour le constituant de substituer le bien grevé avec un autre que le principe de l'identité du bien grevé et le bien réalisé permet d'assurer. D'un autre angle, il s'agit de la force obligatoire du contrat.

310.Nous pouvons constater l'idée du respect de ce principe en droit chinois des sûretés réelles, même si l'hypothèque flottante, qui est considéré comme une exception qui contourne le principe de la spécialité quant aux biens grevés, prévue par

[570] Rappr. A. Laude, « La fongibilité : diversité des critères et unités des effets », *RTD com.* 1995, p. 307 et s. spéc. n° 37 et s.

l'article 181 de la Loi des droits réels. En effet, l'exigence de l'identité est respectée indirectement par une absence de détermination des biens grevés au moment de la constitution de cette hypothèque particulière. Or, la détermination de l'assiette de cette hypothèque n'est faite au moment où à l'échéance de la créance garantie, le débiteur n'exécute pas son obligation de paiement, ou les autres circonstances permettant le créancier à demander la réalisation de cette hypothèque[571].

311.**Conclusion partielle.** – D'une manière générale, l'exigence de l'identité du bien grevé et du bien réalisé constitue, tant en France qu'en Chine, un principe général des sûretés réelles portant sur les biens mobiliers. Mais les exceptions sont nombreuses. En Chine, il est de droit que le droit de préférence va reporter sur les dommages-intérêts ou les indemnités d'assurance ou compensatoires en cas de disparition du bien grevé ; et en France, la multiplication de causes de subrogation réelle permet le report du droit privilégié ou le droit exclusif de reporter sur une somme d'argent ou un autre bien qui n'est pas originellement grevé.

Conclusion de la section 2 et du Chapitre 1 :

312.La spécialité quant aux biens grevés est constituée par l'exigence de l'individualisation des biens grevés et celle de la maintenance du bien grevé. Si le principe spécialité des sûretés réelles est maintenue par les législateurs des deux pays, il n'a pas la même connotation qu'auparavant.

313.L'exigence de l'individualisation n'est strictement maintenue que lorsqu'une individualisation est possible. Cela suppose que le bien grevé soit un bien présent et que les parties ont voulu l'individualiser si le bien n'est pas de nature un corps certain. Dans les autres cas, l'exigence de l'individualisation est maintenue mais adoucie, soit parce que le bien grevé est un bien futur, soit le bien grevé est fongible qu'il ne peut être désigné que par la qualité et la quantité.

[571] Art. 196, LDR. Adde. LI Shigang, *Le droit chinois des sûretés – étude comparative*, th. Paris II, 2008, n° 441, p. 308.

314.Malgré la critique, l'exigence de l'identité du bien grevé et le bien réalisé reste tout de même comme un principe des sûretés réelles mobilières. Sauf le report du droit de préférence sur les dommages-intérêts ou les différentes sortes d'indemnités qui est tout logique, et un complément de gage qui est le résultat de l'obligation de la conservation, la principale exception du principe est la subrogation réelle voulue par les parties permettant au constituant une libre gestion dans l'exploitation du bien grevé, sans pourtant porter atteintes au droit du créancier. Néanmoins, peu importe que le fondement de la subrogation réelle soit légal ou conventionnel, l'identité du bien grévé et du bien réalisé, existe comme une exception du principe.

315.En effet, le maintien de la spécialité quant aux biens grevés n'est pas un aléa de la politique juridique, parce qu'un lien ne tiendra pas sans les deux bouts. Ainsi la spécialité quant aux créances garanties est aussi maintenue comme un principe malgré les critiques.

Chapitre 2 – La spécialité quant à la créance garantie

316.Comme la spécialité quant aux biens grevés, la spécialité quant à la créance garantie est composée aussi de deux exigences différentes : une exigence de l'individualisation des créances garanties au moment de la constitution et une exigence de la pérennité de la créance garantie. En effet, la première exigence est toujours fondée, malgré le fait que pour certains, elle n'est que partielle. Par contre, c'est la seconde qui résulte de l'application d'une sûreté réelle et qui ne se perpétue pas en cas d'extinction de la créance originellement prévue dans l'acte constitutif qui soulève des critiques.

317.**Fondement théorique.** - Ainsi, le principe, par essence, fait apparaître un fondement théorique qui met en évidence un rapport de cause à effet et/ou de complémentarité–d'exigences. Comme ce qui a été expliqué précédemment, la sûreté réelle peut être considérée comme un lien juridique ou conventionnelle créé entre un ou plusieurs biens et une ou plusieurs créances. Un lien est par définition générale un

« *rapport, relation, points communs, éléments de rapprochement, de dépendance ou d'affectation entre divers objets, diverses prétentions, diverses affaires justifiant, sous certaines conditions, le traitement conjoint ou le rattachement juridique de divers éléments* » [572] . Ce qui importe dans cette définition, c'est l'exigence de la détermination de ces différents éléments entre lesquels le lien est créé. Dans le domaine des sûretés réelles, la validité de ce lien, une sûreté réelle, dépend, donc, la détermination de deux éléments qui sont liés par ce lien, c'est-à-dire le bien grevé et la créance garantie. En cas où, l'un des deux bouts du « fil » se trouve anéanti, le lien sera cassé. Cela explique la nécessité de la pérennité de la créance garantie qui est la seconde exigence de la spécialité des créances garanties. En cas de pluralité des créances garanties, ce lieu tiendra jusqu'à l'extinction de la dernière créance garantie. Par contre, l'application stricte de cette exigence empêche les parties à affecter cette même sûreté à la garantie d'une nouvelle créance (la créance qui n'est pas originellement prévue dans l'acte constitutif). Autrement dit, toutes les créances que les parties ont voulu garantir avec la sûreté réelle doit être déterminées dans l'acte constitutif.

318.D'ailleurs, étant considéré comme un accessoire de la créance, une sûreté réelle n'aura pas d'intérêt en dehors du droit principal. Ce dernier doit exister et être déterminé. Ainsi, le principe de la spécialité quant aux créances garanties et le principe de l'accessoire partage un même fondement : la théorie de l'accessoire de la créance[573].

319.**Fondement pratique.** – En outre, il convient de noter l'existence d'un fondement pratique non négligeable. En effet, si le fondement de la spécialité des créances garanties n'est que théorique, la fonction de la protection du créancier bénéficiaire constituera le fondement pratique de ce principe. Comme M. Crocq[574] a très tôt constaté qu'en constituant une sûreté réelle, le créancier a voulu écarter le principe

[572] G. Cornu, *Vocabulaire juridique*, PUF 2011, V° « Lien », sens 2.
[573] En ce sens aussi, v. Ch. Juillet, *Les accessoires de la créance*, *op. cit.*; C. Dauchez, *Le principe de la spécialité en droit des sûretés réelles*, th. Paris II, n° 43, p. 67.
[574] P. Crocq, « Le principe de spécialité des sûretés réelles : chronique d'un déclin annoncé », *Dr. et patr.* avril 2001, p. 58 et s.

d'égalité de créanciers selon lequel, les créanciers chirographaires seront payés au marc le franc au regard de l'importance de leur créance lorsque les actifs du débiteur se trouvent insuffisants à désintéresser tous ses créanciers. Il veut que sa créance puisse être payée par préférence que les autres créances. C'est-à-dire que la créance ainsi protégée ou garantie par la sûreté réelle doit être distinguée avec les autres créances, ainsi individualisée. Ainsi une sûreté réelle dite « omnibus » qui sert à garantir toutes les créances d'un débiteur n'aura pas de sens, sauf si le bien grevé ne se trouve pas dans le patrimoine du débiteur[575], puisse que le droit de gage général permet le même fonctionnement. Ainsi M. Crocq a pu, à juste titre, indiquer que « *Ceci permet de mieux définir le principe de spécialité qui veut donc que le bénéficiaire d'une sûreté ne puisse pas être titulaire d'un droit qui soit à la fois préférentiel et illimité* ». Concernant l'exigence de l'identité de la créance garantie, elle a notamment pour objet la protection des créanciers chirographaires du constituant, parce que la sûreté réelle portant sur un bien appartenant au débiteur constitue au demeurant une exception du principe de l'égalité des créanciers. Cette affectation particulière ne fait que de diminuer l'assiette du droit de gage général. L'application stricte de l'exigence de l'identité des créances garanties va laisser une espérance aux créanciers chirographaires à partager le reste de la valeur du bien affecté en cas de paiement partiel des créances garanties. Au contraire, avec la possibilité de rechargement, la constitution d'une sûreté réelle est équivalent d'un arrachement le bien grevé du patrimoine du débiteur[576], c'est-à-dire que les créanciers chirographaires ne peuvent plus songer à se faire payer sur ce bien[577].

320.**Les critiques[578].** – Pour certains auteurs, la spécialité des créances garanties n'est

[575] C'est le cas d'une sûreté réelle pour autrui, qui est aussi qualifiée de sûreté réelle par le droit positif français et le droit positif chinois.
[576] Même si la constitution de la sûreté réelle ne constitue pas un endettement pour le constituant (Ph. Dupichot, *Le pouvoir des volontés individuelles en droit des sûretés*, préf. M. Grimaldi, édition Panthéon-Assas, 2005, n° 570, p. 444), elle n'est pas sans effets pour les créanciers du constituant.
[577] En effet, la constitution d'une sûreté réelle ne fait que aggraver cette impossibilité, parce qu'avant tout, il ne faut pas oublier les privilèges.
[578] Les critiques de la spécialité quant aux créances garanties n'existent pas dans la doctrine chinoise, parce que parlant de la spécialité des sûretés réelles, la doctrine chinoise ne vise que la spécialité du bien grevé. De surcroît, comme nous avons déjà montré la spécialité des sûretés réelles ne constitue pas un principe fondamental des sûretés réelles pour certains auteurs. En présentant la théorie générale des sûretés réelles, les auteurs chinois ne mentionnent pas systématiquement la spécialité comme un

que partiellement fondé. En admettant le rôle important que joue la spécialité des créances garanties dans la protection du débiteur constituant, M. Crocq soulève néanmoins qu' « *il apparaît immédiatement que les deux finalités sont liées : la question de la protection du débiteur contre un gaspillage de son crédit sur un bien, du fait d'une garantie « omnibus », ne se pose que si, premièrement, il est possible que des tiers acquièrent un droit concurrent sur ce bien et si, deuxièmement, ces tiers ont un moyen de connaître les garanties qui ont été consenties sur ce bien. Ceci suppose donc l'existence d'un éventuel concours de créanciers organisé par le biais d'un système de publicité* »[579]. En se basant sur cette observation, il a poursuivi que d'une part, « *en l'absence d'un tel concours, le problème ne se pose pas et l'on ne voit pas alors pourquoi la règle de la spécialité quant à la créance garantie devrait être respectée. Ceci pourrait, d'ailleurs, expliquer le fait que le respect de cette règle n'est pas nécessaire dans le cas du gage commercial avec dépossession (la dépossession excluant le concours), alors que ce respect est exigé par tous les textes dans le cas des nantissements sans dépossession où un tel concours est possible* »[580], et d'autre part, « *il apparaît également que la règle de la spécialité quant à la créance garantie n'est fondée qu'au moment de l'inscription de la sûreté et non lors de sa constitution* »[581]. En effet, ce qui compte ici, pour la protection du débiteur comme des tiers, c'est bien davantage l'indication d'un montant maximum pour lequel le bien est engagé lors de l'inscription de la sûreté que l'indication de la créance garantie lors de la constitution de celle-ci. Pour justifier ce point, il argumente avec ces dispositions légales insérées dans l'ancien article 2132[582], par lequel le législateur

caractère particulier des sûretés réelles. v. par ex. DONG Kaijun (董开军), « 担保物权的性质 », *Chinese Journal of Law* (法学研究), 1992 (1), p. 28 et s.

[579] P. Crocq, « Le principe de spécialité des sûretés réelles : chronique d'un déclin annoncé », *Dr. et patr.* avril 2001, p. 58 et s.

[580] P. Crocq, « Le principe de spécialité des sûretés réelles : chronique d'un déclin annoncé », *Dr. et patr.* avril 2001, p. 58 et s.

[581] P. Crocq, « Le principe de spécialité des sûretés réelles : chronique d'un déclin annoncé », *Dr. et patr.* avril 2001, p. 58 et s.

[582] Ancien art. 2132, C. civ.: « *L'hypothèque conventionnelle n'est valable qu'autant que la somme pour laquelle elle est consentie est certaine et déterminée par l'acte : si la créance résultant de l'obligation est conditionnelle pour son existence, ou indéterminée dans sa valeur, le créancier ne pourra requérir l'inscription dont il sera parlé ci-après, que jusqu'à concurrence d'une valeur estimative par lui déclarée expressément, et que le débiteur aura droit de faire réduire, s'il y a lieu* ». Sur une explication

français admettait qu'une hypothèque puisse être consentie en garantie d'une créance d'un montant indéterminé dès lors qu'une évaluation du montant maximum de celle-ci est faite lors de l'inscription[583]. C'est sur ce fondement qu'une sûreté réelle peut garantir une dette future, une dette éventuelle[584] ou une ouverture de crédit[585]. Néanmoins, il ne faut pas oublier qu'en matière d'hypothèque française, la validité de cette sûreté réelle dépend de la régularisation de l'inscription. Si bien la détermination de la créance garantie est requise au moment de l'inscription, le même moment de la validité de l'hypothèque, nous ne concevons pas comment cette exigence n'est pas tenue pour la constitution.

321.Au demeurant, cette discussion n'a plus intérêt aujourd'hui, parce que par l'ordonnance du 23 mars 2006, le législateur français généralise la possibilité d'affecter un bien pour la garantie d'une créance future en maintenant la spécialité quant aux créances garanties renouvelées[586] (Section 1). Dans une démarche de comparaison, il convient de demander s'il existe une exigence de l'individualisation de la créance garantie au moment de la constitution d'une sûreté réelle chinoise (Section 2) ?

Section 1 – Le maintien de l'exigence de la spécialité quant à la créance garantie en France

322.**Exigence de la désignation de la créance garantie pour toutes les sûretés réelles.** - Etant un outil servant à la protection de la solvabilité du constituant de la

---

de la rédaction ambiguë de cet article, v. C. Dauchez, *Le principe de la spécialité en droit des sûretés réelles*, th. Paris II, n° 45 et s., p. 68 et s.

583 Aujourd'hui, cet article n'existe plus, parce que la réforme de 2006 a autorisé de manière générale qu'une sûreté réelle, mobilière ou immobilière, peut garantir une créance future.

584 V. en ce sens, G. Marty, P. Raynaud et Ph. Jestaz, *Droit civil, Les sûretés, La publicité foncière*, Sirey, 2e éd., 1987, n° 184 ; *contra*, O. Salati, *Le juge face aux sûretés réelles non judiciaires*, PUAM, 2000, n° 129.

585 P. Crocq, « Le principe de spécialité des sûretés réelles : chronique d'un déclin annoncé », *Dr. et patr.* avril 2001, p. 58 et s.

586 En ce sens, v. C. Dauchez, *Le principe de la spécialité en droit des sûretés réelles*, th. Paris II, n° 150, p. 173.

sûreté réelle[587], la spécialité quant à la créance garantie est généralement exigée dans toutes les sûretés réelles mobilières françaises. Ainsi, il est exigé une « désignation »[588] dans l'acte constitutif de la créance garantie par le Code civil. Aussi, le principe de « permanence du support » évoqué par Maubru[589] aurait empêché le report d'une sûreté réelle pour la garantie d'une autre créance que celle prévue dans l'acte constitutif.

323.**Exception unique : fiducie-sûreté mobilière.** – A notre avis, une géralisation de la possibilité de garantir des créances futures par le gage et le nantissement, ne constitue pas une violation de ce principe, parce que les créances futures sont au moins déterminables. Ce qui constitue une façon adoucie de la désignation de la créance garantie dans l'acte constitutif. Au surplus, l'hypothèque rechargeable, qui n'est pas applicable jusqu'aujourd'hui en matière de gage et de nantissement , doit être considérée comme une exception au principe. Par conséquent, la seule sûreté réelle mobilière rechargeable, qui est une exeption au principe, est la fudicie-sûreté mobilière. Nous traiterons ce point particulièrement dans la seconde partie.

324.Il convient de présenter, ainsi, le principe de la spécialité en droit français quant à la créance garantie avec une distinction de créance présente (§1) et de créance future (§2).

§ 1 – L'exigence de la détermination des créances garanties présentes

325.**Notion de la créance présente.** – Avant d'envisager comment le droit français exige la détermination des créances garanties présentes au moment de la constitution d'une sûreté réelle, il convient d'examiner ce que c'est une créance présente.

---

[587] En ce sens, plus récemment, C. Dauchez, *Le principe de la spécialité en droit des sûretés réelles*, th. Paris II, n° 200, p. 209 : « *Le principe n'a trait qu'à la réalisation de la sûreté qui pèse trop lourdement sur le constituant dont il faut préserver, en amont, la liberté d'engagement et des transactions* ».
[588] Art. 2333 et 2356, C. civ.
[589] B. Maubru, *La transmissibilité de l'hypothèque*, th. Toulouse, 1974, n° 16.

326.Le mot « Présent » signifie « *ce qui existe maintenant, dans le moment, la période où l'on parle* »[590]. Une créance présente est donc celle qui existe au moment de la constitution d'un gage ou d'un nantissement ; la cause et l'objet de cette créance doit exister à ce moment. Autrement dit, si cette créance est conventionnelle, le contrat doit être constitué valablement au moment de la constitution de la sûreté réelle ; si la créance est quasi-conventionnelle ou délictuel, l'enrichissement du débiteur ou le dommage causé au créancier doit être réalisé au moment de la constitution de la sûreté réelle. De ce point de vue, une créance à terme n'est pas une créance future, une créance à exécution successive n'est pas, non plus, à nos yeux, une créance future. A l'opposition d'une créance présente, une créance future est celle qui n'est pas née au moment de la constitution du gage ou du nantissement. Autrement dit, il s'agit des créances dont la naissance n'est pas possible sans l'intervention du fait ou de la volonté d'une personne autre que l'exécution d'un contrat légitimement conclu.

327.La présentation de cette exigence de la détermination des créances garanties doit être envisagée séparément selon que la sûreté réelle soit préférentielle (A) ou exclusive, parce qu'il semble que les sûretés réelles exclusives ne peuvent qu'être affectées pour la garantie des créances présentes (B).

A – L'exigence de la détermination des créances garanties dans les sûretés réelles préférentielles

328.**Principe.** – A la différence de l'exigence en matière d'hypothèque qui exige la détermination du montant[591], en matière de gage et de nantissement de « droit commun », la « désignation » de la créance présente est exigée clairement par le code civil.

---

[590] Larousse, *Dictionnaire de la langue française*, 2001, V° « Présent ». Comp. G. Cornu, Vocabulaire juridique, UF 2011, V° « Présent », sens 1 : « *Qui se trouve ou se trouvait à un moment donné en un lieu déterminé* » ; Le Petit Robert, Dictionnaire alphabétique et analogique de la langue française, Le Robert, 2014, V° « Présent », B, sens 1 « *Qui existe, se produit au moment, à l'époque où l'on parle* ».
[591] V. en ce sens, C. Dauchez, *Le principe de la spécialité en droit des sûretés réelles*, th. Paris II, n° 200 et s., p. 209 et s..

329.Par contre, en matière de gage et de nantissement, les textes légaux n'ont pas précisé les éléments avec lesquels, la créance garantie présente est suffisamment désignée. Cette absence de précision soulève ainsi des difficultés.

330.**Une désignation suffisamment claire.** – La question est de savoir avec quels éléments une créance présente peut être considérée comme désignée par l'acte constitutif d'un gage ou d'un nantissement. Il semble que la réponse peut être trouvée dans la définition de la créance. La créance est un droit pour quelqu'un, le créancier, d'exiger quelque chose de quelqu'un autre, le débiteur. Ainsi, la créance est constituée par au moins trois éléments : un créancier, un débiteur, et une prestation. Et par ces trois éléments, nous pouvons déterminer une créance. La détermination du créancier et du débiteur ne pose normalement pas de problème, c'est la détermination de la prestation ou le contenu de l'obligation qui soulève des problèmes. Pour déterminer le contenu d'une obligation, il faut, tout d'abord, déterminer la nature, puis l'objet de l'obligation. En droit français, une obligation peut être contractuelle, quasi-contractuelle ou délictuelle, et elle peut avoir pour objet de donner, de faire quelque chose ou de ne pas faire quelque chose. Ainsi, dans la désignation, il faut déterminer ces éléments. Enfin, nous pensons qu'il est aussi important d'ajouter un élément, c'est l'évaluation de l'obligation garantie si elle n'est pas une somme d'argent. Cette évolution est notamment importante pour la détermination de la somme à la concurrence de laquelle le créancier peut prévaloir son droit de préférence. Si cette détermination n'a pas pour objet principal de protéger les créanciers chirographaires du constituant, elle est nécessaire pour qu'une sûreté réelle ne constitue pas un outil de l'enrichissement sans cause pour le créancier, qui constitue un principe fondamental des sûretés réelles. Aussi, une créance garantie est toujours une obligation à terme. Le terme d'échéance de la créance doit aussi est déterminé par l'acte constitutif.

331.En somme, la désignation d'une créance présente doit comporter celle du créancier, du débiteur, de la nature, de l'objet, la valeur évaluée (ou le montant si

l'obligation garantie est une obligation de payer une somme d'argent) et le terme de la créance garantie[592].

332.**Exceptions.** – Cependant, il existe des exceptions au principe qu'il faut souligner. Dans des hypothèses particulières[593], la détermination du montant de la créance garantie n'est pas possible au moment de la constitution de la sûreté réelle. Il s'agit notamment le cas d'un contrat synallagmatique à exécution successive. Par exemple, en cas de location de véhicule, il existe un montant forfaitaire journalier, mais le montant total pourrait être augmenté si le locataire a dépassé le kilométrage limité dans le forfait. Dans cette hypothèse particulière, il n'est pas opportun de déduire que la créance n'existe pas si le contrat de location est légitimement passé entre les parties, par contre, le montant de la créance n'est pas fixé de manière certaine.

333.En effet, une créance peut être parfaitement présente sans qu'elle soit certaine, liquide et exigible[594]. Parce que cette triple exigence n'est applicable qu'au moment du recouvrement de la créance, par exemple en cas de compensation[595]. Dans cette hypothèse, la créance sera déterminée par les éléments suivants : le créancier, le débiteur, la nature de l'obligation, aussi l'échéance de l'obligation et tous autres éléments permettant son individualisation. Ainsi, Mme Dauchez a, à juste titre, constaté une absence de caractère systématique de l'indication de la valeur de la créance garantie[596].

334.En somme, par l'exigence de l'individualisation des créances garanties en matière de sûretés réelles mobilières préférentielles, le montant de la créance garantie n'est pas systématiquement considéré comme un élément obligatoire. Par contre, en

---

[592] Néanmoins, la désignation peut être complétée par d'autres éléments qui encadrent encore plus précisément la prestation du débiteur (tel que, par exemple, le lieu dans lequel aura lieu la prestation).
[593] Il convient de rappeler notamment que la créance garantie peut être une créance à l'issu de n'importe quel contrat, dont le mode de paiement et la date de la détermination du montant de la créance est librement déterminé par les parties contractuelles.
[594] V. en ce sens, Ph. Dupichot, *Le pouvoir des volontés individuelles en droit des sûretés*, préf. M. Grimaldi, éd. Panthéon-Assas, 2005, n° 627, p. 483.
[595] Sur l'exigence d'une créance certaine, liquide et exigible en cas de compensation (art. 1291, C. civ.), v. plus particulièrement, A.-M. Tolédo-Wolfsohn, *Rép. Civ.* V° « Compensation », n° 10 et s.
[596] C. Dauchez, *Le principe de la spécialité en droit des sûretés réelles*, th. Paris II, n° 207, p. 214.

matière de sûretés réelles mobilières exclusives, il semble que le montant de la créance garantie doit être toujours déterminé par la désignation de la créance garantie.

B – L'exigence de la détermination des créances garanties présentes dans les sûretés réelles exclusives

335.Pour bien comprendre la portée de l'exigence de la détermination des créances garanties présentes dans les sûretés exclusives, nous allons prendre l'exemple du droit de rétention, de la réserve de la propriété à titre de garantie, La cession Dailly, et de la fiducie-sûreté mobilière.

336.**Le droit de rétention.** – Il est assez facile à constater l'exigence de la détermination du montant de la créance garantie en cas de droit de rétention et la réserve de propriété à titre de garantie. Quant au droit de rétention, la créance garantie ne peut qu'être présente, parce que la créance garantie figure dans les trois conditions cumulatives pour l'exercice d'un droit de rétention. Comme nous avons déjà bien expliqué qu'un lien juridique ne peut exister que si les deux bouts du lien existent, et en cas particulier du lien de connexité exigé pour l'exercice d'un droit de rétention, la créance garantie est l'un des deux éléments nécessaires. Ainsi, en cas du droit de rétention, la créance garantie doit être déterminée, parce qu'elle ne pourrait être une créance future. La détermination du montant de la créance garantie est exigée indirectement par la définition du droit de rétention. Si le créancier est en droit de refuser la restitution du bien retenu en absence de paiement complet, l'exercice de ce droit de refus suppose que le créancier a eu conscience du caractère non complet du paiement. Le caractère non complet du paiement ne peut être établi que si le montant de la créance est déterminé et que la somme payée n'arrive pas à couvrir le montant garanti. Le montant de la créance garantie est le résultat du montant de la créance prévue déduit de la somme payée. Ainsi, nous ne pouvons pas négliger cette exigence de la détermination du montant de la créance garantie en matière du droit de rétention.

337.**La réserve de la propriété à titre de garantie.** – Quant à la réserve de la propriété, la créance garantie est celle qui « constitue la contrepartie » du contrat translatif dont la clause de la réserve de la propriété est insérée. Ainsi, la créance garantie est non seulement une créance à l'issue du contrat translatif, mais aussi, elle ne peut être autre créance que celle qui constitue la contrepartie du transfert de la propriété [597]. La détermination du montant de cette contrepartie est même une condition de validité de ce contrat translatif. L'article 1583 du Code civil prévoit la validité de la vente lorsque les parties sont d'accord sur la chose et sur le prix. Cette exigence est maintenue pour considérer qu'une promesse synallagmatique de vente vaut la vente[598]. L'exigence de la détermination du montant de la créance garantie est ainsi prévue directement par le Code civil.

338.**La cession Dailly.** – La cession des créances professionnelles à titre de garantie, autrement appelée « La cession cession Dailly » est une sûreté réelle particulière qui est caractérisée par une lourde formalité. Elle est incorporée dans le système français des opérations de crédit par une loi de 1981[599], qui est aujourd'hui incorporée dans le Code monétaire et finanncier[600]. Si les créances garanties ne constituent pas une mention obligatoire dont le défaut sera sanctionné par la nullité de l'acte, leur individualiration est exigée dans la définition légale de cette sûreté. Dans le premier alinéa de l'article L. 313-23 du Code monétaire et financier, le législateur prévoit clairement que « *Tout crédit qu'un établissement de crédit ou qu'une société de financement consent à une personne morale de droit privé ou de droit public, ou à une personne physique dans l'exercice par celle-ci de son activité professionnelle, peut donner lieu au profit de cet établissement ou de cette société, par la seule remise d'un bordereau, à la cession ou au nantissement par le bénéficiaire du crédit, de toute créance que celui-ci peut détenir sur un tiers, personne morale de droit public ou de droit privé ou personne physique dans l'exercice par celle-ci de son activité professionnelle* ». Autrement dit, la créance garantie ne saurait être autre que celle qui

[597] Le prix en cas de vente.
[598] Art. 1589, C. civ.
[599] L. n° 81-2 du 2 janvier 1981.
[600] Art. L. 313-23 et s. CMF.

résulte du crédit accordé par le cessionnaire au profit de l'exercice des activités professionnelles du cédant. Que l'exigence de l'individualisation de la créance garantie au moment de la conclusion de la cession ne doit pas être ignorée.

339.**La fiducie-sûreté mobilière.** – Enfin, pour la fiducie-sûreté, l'article 2372-2 du Code civil prévoit clairement qu'à peine de nullité, la fiducie-sûreté est constituée par un écrit qui « *mentionne* […] *la dette garantie* […] », sans prévoir que la dette garantie peut être une dette future. En effet, les règles applicables à la fiducie-sûreté mobilière sont extrêmement rigides, même si le rechargement est possible, ce dernier n'est pas valable que si le contrat de rechargement est inscrit sous la même forme prévue par l'article 2019 du Code civil[601]. Ainsi, il sera difficile à concevoir que le bénéficiaire d'une fiducie-sûreté puisse prévaloir son droit lorsqu'une créance non prévue clairement dans l'acte constitutif n'est pas complètement payée à l'échéance. Pourtant, si la dette garantie doit être mentionnée dans l'écrit, le montant de la dette garantie n'est pas exigé. S'il n'est pas expressément exigé, c'est peut-être parce que cette absence de détermination du montant de la créance garantie ne va pas porter atteinte aux tiers. Si une quelconque dangerosité survient, le notaire pourra le constater et en avertir ultérieurement le créancier inscrit.

340.Force est de constater qu'en matière des sûretés réelles mobilières exclusives, la détermination de la créance est strictement exigée, et pour le droit de rétention et la réserve de la propriété, il est même exigée la détermination du montant de la créance garantie.

341.Les autres sûretés réelles exclusives n'ont pas pour objet, particulièrement, à garantir les créances à l'issue d'une collaboration à longue terme. Donc, nous n'allons pas chercher vainement des dispositions permettant l'adoucissement de ce principe de la spécialité. Si pourtant un adoucissement est nécessaire, c'est parce que les parties ont voulu affecter la même sûreté réelle pour garantir une créance qui n'est pas née au moment de la constitution de la sûreté réelle que la détermination de la créance n'est, de ce fait, pas possible.

---

[601] Art. 2372-5, al. 3, C. civ.

§2 – L'exigence de la déterminabilité des créances garanties futures

342.**Exigence de la déterminabilité de la créance garantie future.** – La nature future de la créance empêche qu'elle soit déterminée au moment de la constitution de la sûreté réelle. Ainsi, il n'est pas possible d'exiger la détermination de la créance garantie dans l'acte constitutif de sûreté réelle si la créance que les parties ont voulu garantir est une créance future. D'ailleurs, en absence de l'individualisation de la créance garantie au moment de la constitution de la sûreté réelle, il n'y aura pas de pérennité de la créance garantie à exiger. Autrement dit, lorsqu'une des créances garanties est dotée de caractère futur, l'exigence de la perennité de la créance garantie doit être adoucie ; elle n'est applicable que dans l'hypothèse selon laquelle toutes les créances garanties sont présentes et aucun rechargement de la sûreté réelle n'est possible.

343.Par contre, tant en matière de gage qu'en matière de nantissement, le législateur exige que la créance garantie, si elle est future, soit tout au moins déterminable[602]. Par contre, dans les autres sûretés réelles préférentielles spéciales, il n'existe pas une telle exigence. La raison de cette différence est facile à expliquer ; la possibilité d'affecter préférentiellement un bien pour la garantie d'une créance future n'est officiellement consacrée par le législateur français qu'après la réforme de 2006 qui n'a pas modifié les dispositions légales portant sur les sûretés réelles préférentielles spéciales. Autrement dit, les sûretés réelles préférentielles spéciales, sauf le gage de compte courant, sont censées constituées pour la garantie d'une créance présente, ou au plus antérieure, mais pas future.

344.**Fondement de l'exigence.** – En s'intéressant au fondement du principe, on peut constater que l'objectif de la détermination de la créance garantie n'est pas le même

[602] Art. 2333, al.2, et 2356, al.3, C. civ. Il convient de constater le caractère déterminable les créances garanties en cas de sûreté réelle portant sur un compte courant, que les créances garanties sont au moins celles qui augmente le montant du débiteur du compte courant, par contre, le montant de ces créances garanties est indifférents, seule le solde du compte courant qui sera prise en compte au moment de la réalisation de la sûreté réelle.

que la détermination de la créance nantie. L'exigence de la déterminabilité de la créance nantie, si elle est future, a notamment pour objet la protection du créancier, parce que si la créance nantie n'existe pas au moment de la conclusion du nantissement, le créancier n'acquiert pas un droit réel à ce moment, malgré la validité du contrat de nantissement. Ainsi, l'article 2357 du Code civil prévoit expressément que « *le créancier nanti acquiert un droit sur la créance* (nantie) *dès la naissance de celle-ci* ». C'est-à-dire que le créancier n'aquiert un droit dont le nantissement lui confère que si la créance est devenue présente. La créance nantie constitue l'objet du droit conféré par le nantissement. A défaut de la naissance effective de la créance nantie, ce que le créancier nanti a obtenu, au moment de la conclusion,est une promesse de nantissement. La créance garantie n'est pas l'assiette de la sûreté réelle, mais le support[603] du droit de préférence conféré par le gage ou le nantissement. C'est à cause de l'absence de paiement complet de la créance garantie que le créancier peut demander la réalisation de la sûreté réelle. Ainsi, le constat de la défaillance du débiteur suppose l'existence de la créance garantie. En constituant une exception du principe d'égalité des créanciers, le bénéficiaire veut effectivement, par une convention, spécifier sa créance pour être payé préférentiellement en cas d'insolvabilité de son débiteur[604]. Pourrait-on aussi expliquer cette nécessité par la théorie de l'accessoire [605] . Néanmoins, il est d'usage pour la banque ou un établissement de crédit d'exiger la constitution d'une sûreté réelle avant d'accorder effectivement le crédit à l'emprunteur. Ainsi, il semble que l'admission du caractère futur de la créance garantie par le législateur de 2006, dans l'hypothèse où il n'existe aucune créance présente, n'a pour effet que d'admettre la validité de cette sûreté réelle

[603] En ce sens, J. Mestre, E. Putman et M. Billiau, *Traité de droit civil, Droit commun des sûretés réelles*, LGDJ 1996, n° 332, p. 307.
[604] V. néanmoins, C. Dauchez, *Le principe de la spécialité en droit des sûretés réelles*, th. Paris II, n° 210, p. 217, selon laquelle, la seule désignation du débiteur suffit à satisfaire l'exigence de la spécialité quant à la créance garantie.
[605] *Contra* C. Dauchez, *Le principe de la spécialité en droit des sûretés réelles*, th. Paris II, n° 210, p. 217 : « *Le droit français a toujours considéré la sûreté réelle comme un accessoire de la créance garantie. Dès lors qu'elle n'est que l'accessoire du droit de gage général, de l'action de saisie, il n'est nullement nécessaire d'identifier les créances garanties lors de la constitution de la sûreté réelle. L'indication du nom du débiteur pourrait même être suffisante. Ainsi, la validité de la sûreté réelle n'impose nullement, à raison de son caractère accessoire, de déterminer les créances garanties. Celles-ci peuvent être seulement déterminables ; en revanche, la sûreté pour pouvoir « fonctionner » doit nécessairement pouvoir être « reliée » à une ou des créances que l'on peut déterminer, mais ce n'est pas là une question qui met en cause l'existence de la sûreté mais, plutôt, sa mise en œuvre* »

constituée avant l'octroi du crédit. Ainsi, les parties n'auront plus besoin de recourir à la technique de la promesse de la sûreté réelle, comme soulevée par M. Dupichot[606]. Si, dans cette hypothèse, une sûreté réelle sera constituée pour que le constituant puisse obtenir un financement ou un crédit, le caractère déterminable de la créance garantie ne soulève aucune difficulté. Une autre raison d'admettre le caractère futur de la créance garantie a pu être constatée par certains auteurs : « un bien[607] en devenir » méritant protection en tant que tel[608]. Ainsi, en admettant le caractère futur de la créance garantie, le législateur n'a pas voulu admettre le caractère indépendant de la sûreté réelle, non plus la validité d'un gage ou nantissement *omnibus*. Que le principe de spécialité n'est en aucune raison à être abandonné. Il suffit d'adoucir l'exigence de la détermination de la créance garantie.

345.**Limites.** – Par ailleurs, on peut noter une limite qui découle de la mise en œuvre du principe. Effet, si l'ordonnance du 23 mars 2006 est une nouveauté du fait de sa portée générale envers le gage et le nantissement, elle ne s'étend pas aux sûretés réelles exclusives.

346.La réserve de propriété est normalement servie pour la garantie du paiement du prix de vente dont elle est insérée. Nous concevons mal comment elle peut servir pour la garantie d'une créance future. En matière de fiducie-sûreté, la créance garantie doit être clairement désignée par l'acte constitutif de la fiducie[609], et le législateur n'a pas prévu de possibilité d'affecter la fiducie-sûreté mobilière pour la garantie d'une créance future. De surcroît, le caractère futur de la créance garantie n'est, à nos yeux, pas compatible avec l'exigence de la désignation de la dette garantie prévue par l'article 2372-2 du Code civil. A moins que le législateur n'ait prévu expressément que la « déterminabilité » de la créance garantie suffira. Enfin, le droit de rétention est

---

[606] V. sur les utilités de la promesse de sûreté réelle, Ph. Dupichot, *Le pouvoir des volontés individuelles en droit des sûretés*, préf. M. Grimaldi, éd. Panthéon-Assas, 2005, n° 589, p. 456.
[607] V. sur la question si une créance est un bien, Introduction générale de cette recherche.
[608] Ph. Dupichot, *Le pouvoir des volontés individuelles en droit des sûretés*, préf. M. Grimaldi, éd. Panthéon-Assas, 2005, n° 627, p.483. Adde. J. Mestre, E. Putman et M. Billiau, *Traité de droit civil, Droit commun des sûretés réelles*, LGDJ 1996, n° 334, p. 308 : « *la chance de créance est déjà un bien qui mérite d'être préservé* ».
[609] Art. 2372-2, C. civ.

né en même temps que son exercice, ainsi nous concevons mal comment cette sûreté réelle peut être affectée pour la garantie d'une créance future, même si en matière du droit de rétention conventionnelle, sa naissance ne peut être remontée en amont au moment de la conclusion du contrat. Parce que le contrat ne fait naître que le lien de connexité, alors que l'exercice du droit de rétention doit réunir trois éléments : la créance garantie (donc, défaillance du débiteur), la détention du bien et l'existence d'un lien de connexité entre la créance garantie et la détention du bien.

347.Force est de constater que l'admission du caractère futur de la créance garantie ne fait qu'adoucir l'exigence de la détermination de la créance à une exigence de la déterminabilité. Pourtant cette admission n'est généralisée qu'en matière des sûretés réelles préféntielles, elle ne s'étend pas aux sûretés réelles exclusives.

348.D'ailleurs, l'exigence de la pérennité de la créance garantie n'est possible que lorsque toutes les créances garanties sont présentes et qu'aucun rechargement n'est possible. Ainsi, elle est stricement maintenue dans le droit de rétention, la réserve de propriété et la cession Dailly. Pourtant, les autres sûretés réelles mobilères sont pas toutes affectées pour la garantie de paiement des créancies futures et que le rechargement de la fiducie-sûreté mobilière n'est que possible. Pourrait-on déduire que dans la pratique, la pérennité des créances garanties reste le principe parce qu'elle est au moins le prolongement de la force obligatoire du contrat.

349.En un mot, la conclusion sur le maintien du principe de la spécialité quant à la créance garantie en droit français s'impose.

Conclusion de la Section 1 :

350.La détermination de la créance garantie au moment de la constitution d'une sûreté réelle est exigée, de manière générale (tant pour les sûretés réelles préférentielles que pour les sûretés réelles exclusives), en droit français. Lorsque la créance garantie est une créance future, son individualistion au moment de la conclusion de la sûreté réelle n'est pas possible. Mais l'exigence de l'individualisation n'est pas abandonnée par le législateur, parce qu'une telle créance doit être au moins déterminable. Si la créance

garantie est présente, son individualisation est exigée tant pour les sûretés réelles préférentielles que pour les sûretés réelles exclusives. Pourtant, la détermination du montant de la créance garantie n'est pas toujours exigée.

351.Maintenant, en voulant tourner la tête à l'orient, la question est de savoir s'il existe une même exigence de la spécialité quant à la créance garantie si bien que la doctrine ne le soulève pas particulièrement.

Section 2 – L'existence de l'exigence de la spécialité quant à la créance garantie en Chine ?

352.La réponse sur la question posée est positive. Il existe une exigence de la spécialité quant aux créances garanties. Et cette exigence constitue effectivement un principe, parce que d'une part, la détermination de la créance garantie est généralement exigée lorsque de la constitution d'une sûreté réelle, et la sûreté réelle se disparaîssent avec la créance garantie (§1) ; et d'autre part, la garantie d'une créance future par une sûreté réelle reste exceptionnelle en Chine (§2). Autrement dit, l'exception du prinicpe doit être expressément prévue par la loi.

§ 1 – Le principe chinois de l'exigence de la détermination de la créance garantie

353.A la différence avec le droit français, dans lequel l'exigence de la spécialité quant aux créances garanties en matière d'hypothèque est réduite à la détermination du montant des créances garanties, les textes légaux exigent, la détermination de la créance garantie, tant pour l'hypothèque mobilière que pour le gage (A). D'ailleurs, la pérennité de la créance garantie est aussi exigée parce que la sûreté réelle est, principalement, éteinte avec l'extinction de la créance garantie originellement déterminée par l'acte constitutif (B).

A - L'exigence de la détermination de la créance garantie par les mentions obligatoires

354.**En matière d'hypothèque mobilière.** – La différence entre l'hypothèque immobilière chinoise dite simple et l'hypothèque mobilière dite simple dans la constitution se trouve aux conditions de forme. Pour la première, l'inscription constitue une condition de validité[610], alors que pour la seconde, l'inscription ne constitue qu'une condition d'opposabilité[611]. Ainsi, l'exigence de la détermination de la créance garantie au moment de la constitution de l'hypothèque mobilière n'est pas une même exigence si la détermination de la créance garantie n'est exigée qu'au moment de son inscription[612].

355.Il est bien évident que cette individualisation est exigée au moment de la constitution mais pas au moment de l'inscription. L'hypothèque simple est généralement constatée par un écrit comportant les mentions énumérées par l'article 185 de la Loi des droits réels (LDR). Aux termes de cet article, par l'écrit, la condition constatant la validité, les parties contractuelles devraient déterminer la nature et le montant de la créance garantie[613], les échéances de la créance garantie[614] et les étendues de la créance garantie[615]. Il semble qu'avec ces éléments, la détermination de la créance garantie sera réalisée sans ambiguïté.

356.**Exigence de la détermination du montant de la créance garantie.** – En utilisant l'expression « *le montant de la créance garantie* », le législateur a voulu, clairement, que le montant de la créance garantie soit déterminé mais pas le montant garanti par l'hypothèque; et avec les échéances de celle-ci. Nous concevons mal que

---

[610] Art. 187, LDR.
[611] Art. 188, LDR.
[612] V. sur la distinction entre l'exigence au moment de la constitution et au moment de l'inscription, P. Crocq, « Le principe de spécialité des sûretés réelles : chronique d'un déclin annoncé », *Dr. et patr.* avril 2001, p. 58 et s.
[613] En chinois, « *被担保债权的种类和数额* ».
[614] En chinois « *债务人履行债务的期限* ».
[615] Respectivement, (1), (2) et (4) de l'article 185 de la Loi des droits réels. En chinois, « *担保的范围* ».

cette créance garantie puisse être dotée de caractères futur, éventuel et indéterminé. C'est avec la détermination de l'étendue de la créance garantie que nous pouvons déterminer au moment de la réalisation de l'hypothèque qu'à la concurrence de quelle somme le créancier hypothécaire bénéficie son droit de préférence.

357.**Possible remède en cas d'absence de détermination dans le contrat de sûreté réelle.** – De surcroît, l'article 172 de cette loi a indiqué assez clairement que la sûreté réelle est un contrat accessoire du contrat principal qui fait naître la créance principale (la créance garantie). Autrement dit, la sûreté réelle conventionnelle est attachée non pas à la créance principale, mais le contrat par lequel a été créée la créance garantie. Si les mentions susvisées ne pouvaient, néanmoins pas déterminer la créance garantie, les parties peuvent toujours utiliser les éléments souscrits dans ce contrat à individualiser la créance garantie. Ainsi, par l'article 56 de l'Explication judiciaire de 2000 portant sur la mise en œuvre de la Loi des sûretés, la haute juridiction chinoise prévoit qu'en cas d'ambigüité qu'avec la combinaison de l'actif constitutif de l'hypothèque et le contrat principal, « la nature de la créance garantie » ne peut être déterminée, l'hypothèque n'est pas valablement constituée. C'est-à-dire que pour constater si la créance garantie est déterminée, il faut non seulement regarder les stipulations conventionnelles de l'acte constitutif de l'hypothèque, mais aussi celles du contrat principal. Pour que l'hypothèque soit valablement constituée, il faut soit ajouter des éléments permettant l'individualisation de la créance garantie dans le contrat principal, soit les ajouter dans l'acte constitutif de l'hypothèque.

358.Donc, il ne s'agit pas de dissociation du montant sous couverture et le montant de la créance garantie. C'est en cas d'hypothèque à montant maximal que le montant garanti par l'hypothèque est déterminé indépendamment de celui de la créance garantie.

359.**En matière de gage des meubles corporels et des meubles incorporels.** – En rédigeant l'article 210 de la Loi des droits réels, applicable pour le gage chinois des meubles corporels, le législateur ne fait que de reprendre la même formule de l'article 185 applicable pour l'hypothèque. En exigeant la détermination de la nature et le montant de la créance garantie, les échéances de la créance garantie, l'étendue de la

créance garantie, et l'individualisation du bien grevé, le législateur chinois n'a ajouté que la date de la délivrance du bien grevé comme mentions (obligatoires) dans l'acte constitutif du gage. En appliquant la disposition de renvoi, cette disposition est aussi applicable en matière de gage des droits.

360.En effet, en droit chinois, non seulement la détermination de la « créance principale »[616] est exigée, et que ce soit toujours cette « créance principale » qui est garantie par la sûreté réelle. Autrement dit, la pérennité de la créance garantie est exigée.

B - L'exigence de la pérennité de la créance garantie

361.**La pérennité du « support ».** – L'utilisation de la « pérennité » n'est pas exacte, parce que cette pérennité suppose notamment que la créance garantie soit exactement la même que celle déterminée dans l'actif constitutif de la sûreté réelle (notamment le montant). Le montant de la créance garantie ne sera pas la même, si le débiteur a déjà effectué un paiement partiel. Pourtant, nous utilisons la pérennité pour assurer que la créance garantie soit celle déterminée au moment de la constitution de la sûreté et découle de l'application du contrat principal que la sûreté réelle est attachée.

362.Ainsi, en énonçant le principe de l'indivisibilité, l'article 71, alinéa 1er, de l'Explication judiciaire de 2000 indique que :« en absence de paiement total de la créance principale, le créancier hypothécaire peut exercer son droit de préférence sur l'ensemble du bien hypothéqué »[617]. Pourrait-on ainsi comprendre que le principe de l'indivisibilité consolide l'exigence de la spécialité quant à la créance garantie.

---

[616] En Chinois, «主债权 », qui signifie littérairement la créance née du contrat principal, et elle signifie particulièrement la créance garantie qui est déterminée au moment de la constitution d'une sûreté réelle. Cette expression n'a apparu qu'une seule fois dans la LDR, mais elle a apparue plusieurs fois dans l'EJ de 2000. Dans la LDR, ce qui est utilisé est «*被担保债权* ».

[617] En Chinois, « *主债权未受全部清偿的，抵押权人可以就抵押物的全部行使其抵押权*».

363.**Conclusion partielle.** – En somme, en lisant les dispositions légales, la détermination de la créance garantie est exigée pour la constitution de l'hypothèque dite simple et aussi les gages dits simples. La spécialité quant aux créances garanties est devenue un principe parce que la garantie des créances futures ou éventuelles par une sûreté réelle n'est pas généralisée.

§2 – L'absence de généralisation de la possibilité de garantir des créances futures

364.L'hypothèque ou le gage à montant maximal est considérée comme une forme particulière de sûreté réelle[618]. Parce qu'une hypothèque dite simple, ou autrement appelée « hypothèque de droit commun », dont les règles sont communes et fondamentales, signifie qu'elle est l'hypothèque par excellence. Cette notion est utilisée dans le même sens par des auteurs japonais et taïwanais[619]. Autrement dit les règles prévues par l'hypothèque à montant maximal, même si elles sont aussi applicables au gage à montant maximal, constituent une exception par rapport au principe qui est déterminé dans les règles applicables à l'hypothèque dite simple (A). En outre, l'admission par le législateur à affecter une sûreté réelle pour la garantie d'une créance future ne fait qu'adoucir l'exigence de la détermination de la créance garantie, elle n'est pas complètement contournée (B).

A – La sûreté réelle pour une créance future : une forme particulière de sûreté réelle sans dépossession effective

365.**Raison de dérogation en matière d'hypothèque.** – Il existe une raison de dérogation en matière d'hypothèque. Il est en effet facile de comprendre l'intérêt de

[618] V. en ce sens par ex. LI Shigang, *Le droit chinois des sûretés – étude comparative*, th. Paris II, 2008, n° 421, p. 296, pour qui l'hypothèque à montant maximum est un type spécial d'hypohtèque.
[619] LI Shigang, *Le droit chinois des sûretés – étude comparative*, th. Paris II, 2008, n° 420, p. 295.

prévoir par le législateur chinois de 1995 l'hypothèque à montant maximal[620], du fait du coût très onéreux pour la constitution d'une hypothèque immobilière. Le principe de la spécialité quant à la créance garantie exige les parties à reconstituer une sûreté réelle lorsqu'elles veulent affecter le même bien pour la garantie de paiement d'une autre créance née pourtant entre les mêmes parties. Parce que le créancier ne peut prévaloir son droit de préférence que sur la créance déterminée dans l'acte constitutif qui est aussi régulièrement publiée. Il ne peut pas prévaloir son droit de préférence à concurrence du montant d'une créance qui n'est pas légalement publiée, notamment dans le cas où le constituant est dans une situation d'insolvabilité[621]. Pour évider le coût supplémentaire, cette forme particulière d'hypothèque permet aux parties d'affecter cette sûreté réelle pour la garantie des créances qui ne sont pas nées au moment de la constitution de celle-ci. En outre, l'hypothèque ne va pas éteindre par voie accessoire à cause de l'extinction de la créance garantie originellement prévue par l'acte constitutif.

366.**Inutilité de cette forme de sûreté en matière du gage des meubles corporels et du gage des droits avec dépossession.** – Cependant, cette forme de sûreté en matière du gage des meubles corporels présente une inutilité. En effet, elle n'a pas d'intérêt en matière de gage des meubles corporels et de gage des droits dont la publicité par l'inscription à un registre n'est pas obligatoire pour constater sa validité. Parce que pour ces gages, la validité du gage est constatée par l'écrit et la délivrance matérielle du bien grevé ou du titre dans lequel est incorporé le droit gagé. Ainsi, il n'y a pas de coût important supplémentaire pour le constituant du gage. Les parties peuvent librement affecter le même bien pour la garantie d'une autre créance que celle qui est déterminée dans l'acte constitutif de premier gage, par constitution d'un autre gage, sous condition que le créancier soit d'accord. Effectivement, la détermination de la créance garantie n'a pas pour objet la protection des autres créanciers du constituant, parce que par la dépossession du bien grevé, les tiers seront informés sur l'existence

[620] Il faut tout de même rappelé que le régime de l'hypothèque à montant maximum n'était pas applicable sous l'emprise de la Loi des sûretés de 1995.
[621] Dans cette hypothèse, tous les autres créanciers du constituant sont colloqués, et en tant qu'une exception du principe d'égalité des créanciers, le droit de préférence doit être opposabilité aux tiers pour que son titulaire puisse l'exercer.

d'une sûreté réelle grevant le bien grevé, mais pas sur le montant de la créance garantie. Il est logique[622] de penser que le créancier peut accorder plusieurs crédits au débiteur en grevant le même bien, sans que le premier crédit soit totalement ou partiellement remboursé. Et, en cas d'insolvabilité du débiteur, le créancier gagiste peut exercer son droit de préférence sur toutes les créances déclarées à la seule condition qu'il arrive à prouver la validité de différents gages dans lesquels les créances déclarées sont régulièrement désignées. En utilisant le gage à montant maximal, ce qui peut être économisé c'est le coût d'établir un écrit si ce dernier est établi à l'aide d'un professionnel.

367.A notre avis, l'utilité du gage à montant maximal est limitée à seul domaine du gage des droits dont l'inscription est obligatoire. Autrement dit, quoique ce soit, la sûreté réelle à montant maximal reste un régime exceptionnel qui, malgré un élargissement du domaine d'application[623], ne peut jamais devenir un régime de droit commun.

B – Sûreté réelle pour une créance future : une créance future mais déterminable

368.**Adoucissement ou abandon de l'exigence de la spécialité.** – En ce qui concerne les sûretés réelles des créances futures, il s'est posé la question d'un adoucissent ou d'un abandon de l'exigence de la spécialité quant aux créances garanties. Si bien que l'hypothèque à montant maximal chinoise est considérée comme une exception du principe de la spécialité quant à la créance garantie, le législateur chinois n'abandonne pas purement et simplement l'exigence de l'individualisation des créances garanties à admettre une sûreté réelle qui peut être affectée pour la garantie de n'importe quelle créance future, voire seulement éventuelle[624]. En donnant la définition légale de l'hypothèque à montant maximal, le législateur chinois limite le domaine

[622] Apparemment, le constituant ne peut accorder sur ce même bien un droit de préférence à un autre créancier par constituer un gage, parce qu'un même bien ne peut être détenir par deux créanciers en même temps.
[623] Elle est applicable pour l'hypothèque et les gages depuis la réforme chinoise de 2007.
[624] Autrement dit qu'en Chine, une sûreté réelle mobilière *omnibus* n'existe pas.

d'application des créances futures susceptibles d'être garanties par cette forme particulière d'hypothèque. Si ces créances sont futures, elles ne peuvent qu'être celles qui découlent d'une même relation d'affaires[625]. Autrement dit, les créances sont futures, mais sont déterminables. Ainsi, l'hypothèque chinoise à montant maximal ne vise pas les créances conditionnelles[626]. Tout au moins, par l'acte constitutif, nous pouvons savoir les parties de ces créances futures, et aussi le montant maximal, or le solde maximal de l'ensemble des créances garanties ne saurait dépasser le « montant maximal » fixé dans l'acte constitutif. Si bien que les parties peuvent modifier ultérieurement ce montant maximum [627] avant la détermination des créances garanties [628], cette modification ne peut porter atteintes aux intérêts des autres créanciers hypothécaires. Ainsi, s'il existe d'autres créanciers hypothécaires, il semble qu'il n'est pas possible pour les parties d'augmenter le montant maximal ; dans le cas contraire, l'augmentation du « montant maximal » est possible.

369.**Art. 206 de la LDR.** – D'ailleurs, une autre disposition écarte indirectement le caractère « éventuel » de la créance future. Par article 206 de la LDR, le législateur prévoit les différentes conditions permettant la cristallisation de l'hypothèque à montant maximal. Cette cristallisation n'est pas sans incidence sur cette forme particulière de sûreté réelle. Après la cristallisation, les parties ne peuvent plus affecter cette sûreté réelle à la garantie d'une autre créance. Parmi ces conditions, y figure l'hypothèse dans laquelle « aucune nouvelle créance n'est possible » [629]. Autrement dit, pour que le rechargement de nouvelles créances soit possible, il faut que le créancier ait encore une volonté à accorder à son débiteur un nouveau crédit ou financement. Une simple éventualité ne suffira pas.

---

[625] Elles peuvent résulter d'un contrat à exécution successive ou des contrats passés séparément, mais toujours entre les mêmes parties (LI Shigang, *Le droit chinois des sûretés – étude comparative*, th. Paris II, 2008, n° 444, p. 310).
[626] V. en ce sens aussi, LI Shigang, *Le droit chinois des sûretés – étude comparative*, th. Paris II, 2008, n° 444, p. 310.
[627] Art. 205, LDR.
[628] Les conditions sous lesquelles les créances garanties vont être déterminées sont prévues par l'article 206 de la même loi.
[629] Art. 206, (3), LDR.

Conclusion de la section 2

370.Ainsi, force est de constater que le principe de la spécialité quant à la créance garantie, en droit chinois, est adouci ou « nuancé »[630], mais pas complètement abandonné, comme c'est le cas en droit français. L'absence de l'abandon de la spécialité est surtout justifiée par la nécessité de protéger le constituant, pour lequel un endettement doit être prévisible et contrôlable[631]. Encore une fois, la sécurité d'une transaction est basée sur sa prévisibilité. D'ailleurs, l'admission du caractère futur de la créance garantie ne se trouve qu'en matière d'hypothèque et de gage à montant maximal. Elle n'est en rien généralisée. Le principe est toujours l'exigence de l'individualisation de la créance garantie au moment de la constitution de la sûreté réelle et la pérennité de la créance garantie.

Conclusion du Chapitre 2

371.Un regard comparatif sur le principe de la spécialité quant à la créance garantie en droit français et en droit chinois nous permet de constater, encore une fois, la convergence des deux systèmes juridiques portant sur les sûretés réelles mobilières.

372.Il est clair que l'exigence de la détermination de la créance garantie dans l'acte constitutif des sûretés réelles reste un principe. Par conséquent, un adoucissement de cette exigence constitue une simple exception, en cas où la créance garantie est une créance future. En droit français, l'ordonnance du 23 mars 2006 admet de manière générale qu'une sûreté réelle préférentielle puisse être affectée pour la garantie d'une créance future. Mais, dans le domaine des sûretés réelles exclusives, les créances garanties ne peuvent qu'être une créance présente. Autrement dit, l'exigence de l'individualisation de la créance garantie au moment de la constitution est maintenue sans aucun adoucissement. Cette exigence n'est adoucie que dans le domaine des

[630] Sur cette expression, v. LI Shigang, *Le droit chinois des sûretés – étude comparative*, th. Paris II, 2008, n° 448, p. 312.
[631] Rappr. LI Shigang, *Le droit chinois des sûretés – étude comparative*, th. Paris II, 2008, n° 448, p. 312.

sûretés réelles préférentielles. Il ne faut pas oublier que la créance garantie deviendra déterminée une fois qu'elle soit née. C'est l'exigence du caractère déterminable de la créance future qui permet l'individualisation dès sa naissance. Ainsi, pourrait-on conclure que l'exigence de l'individualisation de la créance garantie au moment de la constitution n'est qu'adoucie, mais n'est pas complètement abandonnée. En droit chinois, l'exigence de l'individualisation de la créance garantie au moment de la constitution est généralement exigée. Cette exigence est adoucie dans la forme particulière de l'hypothèque et de gage. Si bien l'individualisation des créances garanties au moment de la constitution n'est pas possible, cette exigence n'est pas complètement supprimée, parce qu'au moins, les créances sont déterminables. A la différence avec le droit français, cet adoucissement n'est pas généralisé dans le domaine des sûretés réelles préférentielles, parce que l'hypothèque ou le gage à montant maximal reste un régime particulier.

Conclusion du Titre III:

373.Comme nous l'avons déjà démontré, le principe de la spécialité des sûretés réelles ne soulève pas beaucoup de difficulté en France et en Chine, que la doctrine française et la doctrine chinoise ont presque oublié ce principe fondamental des sûretés réelles.

374.En France, malgré une opposition doctrinale sur l'application stricte du principe de la spécialité tant sur les biens grevés que sur la créance garantie, le législateur français a maintenu ce principe par adoucissement. Et en Chine, ce principe est aussi maintenu par le législateur. Parce que la logique reste la même, une sûreté réelle, si elle peut servir à l'obtention de financement pour le constituant, est par nature un moyen de renforcer le droit de créance du créancier par violation du principe d'égalité des créanciers. Une violation d'un principe doit être justifiée et aussi limitée dans des circonstances particulières ; elle doit être non seulement être autorisée par le législateur[632], mais aussi voulue par les parties contractuelles[633].

[632] Le principe de *numerus clausus* des droits de préférence.
[633] Si le principe ne pas matérialisé par des règles impératives, il est tout au moins matérialisé par des règles supplétives. Une violation ne se présume pas, elle doit être expresse.

Conclusion de la sous-partie 1

375.Etant l'accessoire de la créance principale, et en violation du principe d'égalité des créanciers, la sûreté réelle est par définition caractérisée par le prinicpe de l'accessoire et de la spécialité. Pourtant, l'application rigide de ces principes dans la mise en place des sûretés réelles ne fait que de limiter leur fonctionnement de crédit. Cela étant, les règles de l'accessoire sont caractérisées aussi par une flexibilité notable. Quant au prinicpe de la spécialité dont le contenu a été modifié significativement, les législateurs des deux pays ont tous choisi de le maintenir malgré certaines voix de critique. La mutation des prinicpes directeurs des sûretés réelles ne s'arrête pas là, parce qu'il existe une exigence émergée : la proportionnalité. Au service, cette fois-ci, de la protection des intérêts des parties contractantes, il est nécessaire d'exiger la proportionnalité. Le principe de l'indivisibilité qui protège uniquement l'intérêt du créancier se voit appliquer de moins en moins notamment face à la généralisation d'exigence de la proportionnalité. Ainsi, nous avons choisi expressément de ne pas analyser le prinicpe de l'indivisibilité.

376.En effet, tous ces principes ne sont pas d'ordre public. Autrement dit, une exclusion contractuelle (donc par les volontés individuelles) est possible lorsque les parties contractantes ont donné expressément leur consentement sur cette exclusion et que cette exclusion est suffisamment justifiée par un intérêt plus important. Pourtant, ces règles sont applicables en absence de dispositions conventionnelles contraires ou lorsqu'il existe une ambiguité.

Sous-partie 2 – L'aménagement des sûretés réelles mobilières par la volonté individuelle

377.**Introduction de la notion de la volonté individuelle**. – Avant de traiter le principe de l'amènagement ainsi que sa portée, le contenu donné à la volonté individuelle mérite d'être analysé. Le terme « volonté », vient du latin « *volontas* ». Il signifie la « *disposition mentale ou acte de la personne qui veut* »[634]. Au sens large, elle signifie tout « *ce que veut quelque chose et qui tend à se traduire par une décision effective conforme à une intention* »[635] ; quand nous parlons de bonne ou mauvaise volonté d'une personne, elle signifie la « *disposition à vouloir et à agir dans un cas déterminé ou à l'égard de quelqu'un* »[636]. Ainsi, le terme « volonté » est un terme neutre, parce que selon les différentes circonstances et les différents critères, une volonté peut-être bonne ou mauvaise.

378.En droit, ou bien au sens étroit, la volonté signifie tant une faculté[637] de vouloir qu'un fait de vouloir[638]. En tant qu'une condition de validité d'un acte juridique, la volonté est l'aptitude de fait à comprendre la portée d'un acte[639] ; en tant qu'un élément constitutif du consentement, la volonté signifie l'acte de volition à constituer un acte juridique[640].

379.Ici, il convient de prendre le sens large du terme « volonté ». Parce qu'un individu peut, selon sa volonté, choisir la sorte de sûreté réelle à conclure, d'une part,

---

[634] Le Petit Robert, *Dictionnaire de la langue française*, 2000, V° « volonté », sens I.
[635] Le Petit Robert, *Dictionnaire de la langue française*, 2000, V° « volonté », sens I, 1.
[636] Le Petit Robert, *Dictionnaire de la langue française*, 2000, V° « volonté », sens I, 2.
[637] Le Petit Robert, *Dictionnaire de la langue française*, 2000, V° « volonté », sens II ; G. Cornu, *Vocabulaire juridique*, PUF, 2014, V° « Volonté », sens 1.
[638] G. Cornu, *Vocabulaire juridique*, PUF 2014, V° « Volonté », sens 2.
[639] G. Cornu, *Vocabulaire juridique*, PUF 2014, V° « Volonté », sens 1.
[640] G. Cornu, *Vocabulaire juridique*, PUF 2014, V° « Volonté », sens 2.

et le mode de sa réalisation, d'autre part, sans compter la possibilité de stipuler différentes clauses restrictives ou modificatives des effets économiques d'une sûreté réelle conventionnelle.

380.**La volonté individuelle, l'autonomie de la volonté et la liberté contractuelle.** – Selon Carbonnier, « *le contrat est le principe de la vie juridique ; la volonté individuelle le principe du contrat* »[641] : la volonté individuelle insuffle encore largement vie au contrat et le contrat survit assez bien aux crises, réelles ou supposées, dont il a été l'objet[642] ; celles-ci ont généralement été suscitées par de compréhensibles réactions contre des conceptions trop « autonomistes » de ce dernier et n'ont heureusement pas été de nature à en faire disparaître les « atouts irremplaçables »[643] et, spécialement, celui tendant à l'adaptation des contrats aux nouveaux besoins[644].

381.Également, en Chine, la volonté des parties contractuelles est très importante, selon le dogme d'autonomie de volonté. Il convient de préciser qu'en Chine, la doctrine la plus courante pense que l'autonomie de la volonté est la source de la liberté contractuelle, ou bien encore, les deux notions se confondent selon certains autres[645]. Mais ces deux notions ne se confondent pas en réalité. D'une part, historiquement, la théorie de l'autonomie de la volonté était inconnue de l'Ancien droit[646] et même des rédacteurs du Code civil ; elle ne fut tardivement forgée par les

---

[641] J. Carbonnier, *Les obligations*, 22e éd., PUF, t. 4, , 2000, n° 16.

[642] H. Batiffol, « La crise du contrat », Archives philo. Droit, t. 13, 1968, p. 13 et s. ; M. Armand-Prévost et D. Richard, « le contrat déstabilisé (de l'autonomie de la volonté au dirigisme contractuel) », *JCP G*, 1979, I, 2952 ; Ch. Jamin, et D. Mazeaud (dir.), *La nouvelle crise du contrat*, Dalloz, 2003,.

[643] L'expression est de F. Terré, Ph. Simler et Y. Lequette, *Les obligations*, Dalloz, 8e éd., 2002, n° 48, sur ces atouts du contrat : « *D'un point de vue pratique, il est synonyme de souplesse. Il permet aux individus, aux agents de la vie économique, de s'adapter avec le maximum d'efficacité à l'infinie diversité de besoins sans cesse changeants (...) D'un point de vue psychologique, la voie contractuelle présente des mérites évidents pour l'organisation des rapports sociaux. Le contrat est synonyme d'obligation acceptée. Or, l'on supporte plus aisément et l'on exécute de meilleure grâce des obligations auxquelles on a volontairement souscrit.* ».

[644] Ph. Dupichot, *Le pouvoir des volontés individuelles en droit des sûretés*, préf. M. Grimaldi, Ed. Panthéon-Assas, 2005, n° 3, p. 12.

[645] V. par ex., CHEN Xi (陈曦), *La rechercher sur des questions du pacte commissoire*, mémoire de droit de South-western University of Finance and Econimics, 2007, p. 5.

[646] R. Tison, *Le principe de l'autonomie de la volonté dans l'ancien droit français*, thèse Paris, 1931 : « *En terminant cette étude, il nous faut conclure à l'inexistence d'un principe d'autonomie de la volonté dans l'ancien droit* ». *Adde*. J. Prévost, *Le rôle de la volonté dans la formation de l'obligation civile ;*

internationalistes privés qu'à la fin du 19e siècle, c'est-à-dire précisément lorsque son déclin s'amorça[647]. Et d'autre part, la puissance de la volonté individuelle n'a jamais été absolue. Ni en France ni en Chine qu'une quelconque volonté individuelle vaut le droit. L'article 1134 du Code civil français n'octroie la force obligatoire qu'aux conventions « légalement formées »[648]. Et l'article 4 de la loi chinoise portant sur le droit des contrats [649] dispose que la conclusion des conventions doit être faite volontairement par les parties et selon les dispositions de la loi, une personne ou une institution ne saurait les contraindre.

382.**Volonté individuelle et liberté contractuelle.** – Si la description du pouvoir des volontés individuelles dans le domaine du droit correspond à la notion de la liberté contractuelle, il convient de constater que la notion du pouvoir de la volonté individuelle en matière de droit des sûretés comporte celle de la liberté contractuelle, et qu'elle va encore plus loin[650]. Selon M. Dupichot, « *le pouvoir des volontés individuelles* » est « *le pouvoir des contractants, pris en tant qu'individus par opposition au législateur ou au détenteur de l'autorité, de vouloir efficacement et durablement certains effets de droit, façonnés librement et sans assujettissement à des exigences formelles* » ; « *il peut aussi être plus exceptionnellement le pouvoir d'une seule des parties qui individuellement ou unilatéralement, manifeste sa volonté propre* »[651]. Cet auteur a pu poursuivre que « *La sphère de prédilection des volontés*

étude de doctrine, jurisprudence et pratique du droit médiéval au droit moderne, thèse 1939, dont les conclusions sont proches de celles de Tison : on ne saurait parler d'autonomie de la volonté dans l'Ancien droit non plus qu'en droit canon mais seulement de liberté contractuelle.

[647] V. Ranouil, *L'autonomie de la volonté, naissance et évolution d'un concept*, préf. J.-Ph. Lévy, PUF, 1980 : selon l'auteur, la théorie de l'autonomie de la volonté « *signifie que la volonté est la source et la mesure des droits subjectifs, un organe créateur de droit. Elle est la pièce maîtresse de la philosophie qui a dominé le 19e siècle : celle de l'individualisme juridique. Celui-ci (…) fait de l'individu, considéré comme une volonté libre, isolée du milieu social, le seul objet, le seul fondement et la seule fin du droit. Il est donc une philosophie de l'homme, une théorie du fondement du droit et une théorie du but de droit* ».

[648] Ph. Dupichot, *Le pouvoir des volontés individuelles en droit des sûretés*, préf. M. Grimaldi, Ed. Panthéon-Assas, 2005, n° 3, p. 13.

[649] La loi du 15 mars 1999.

[650] En ce sens, notamment, Ph. Dupichot, *Le pouvoir des volontés individuelles en droit des sûretés*, préf. M. Grimaldi, Ed. Panthéon-Assas, 2005, n° 4, p. 14 et s. : « *La notion de pouvoir des volontés individuelles recouvre celle de liberté contractuelle… Toutefois, la notion de pouvoir des volontés individuelles dépasse celle de liberté contractuelle…* ».

[651] Ph. Dupichot, *Le pouvoir des volontés individuelles en droit des sûretés*, préf. M. Grimaldi, Ed. Panthéon-Assas, 2005, n° 4, p. 15.

individuelles consiste donc bien évidemment en celle des actes juridiques, manifestations de volontés en vue de produire des effets de droit »[652].

383.**Plan.** – Si, pour M. Dupichot, le pouvoir des volontés individuelles est un pouvoir qui tient à l'encontre au législateur, ce n'est pas à dire que l'exercice d'un tel pouvoir constitue absolument une violation des règles législatives. Il convient alors de chercher comment peut-on exercer ce pouvoir dans le cadre des dispositions légales, parce que le principe de la liberté contractuelle est au cœur de la vie économique (Titre I).

Si l'application stricte de toutes les règles applicables à chaque sûreté réelle mobilière ne produisait pas d'inconvénients pour les praticiens, nous ne chercherions pas ailleurs pour des solutions plus pratiques au travers de la liberté contractuelle. Ce sont, ainsi, ces inconvénients qui nous poussent à exercer le pouvoir des volontés individuelles à améliorer les régimes des sûretés réelles, notamment à aménager les principes fondamentaux (Titre II).

[652] *Ibid* ; V. aussi sur la notion d'acte juridique, F. Terré, Ph. Simler et Y. Lequette, *Les obligations*, Dalloz, 8e éd., 2002, n° 5 ; V. plus généralement, G. Wicker, *Les fictions juridiques, contribution à l'analyse de l'acte juridique*, préf. J. Amiel-Donat, LGDJ, Bibli. Dr. Priv., t. 253, 1997.

Titre I – Le principe de la liberté contractuelle en droit des sûretés réelles mobilières

384.**Introduction.** – Le principe de la liberté contractuelle, sans tenir compte de ses limites dans la pratique, est depuis longtemps un principe général du droit des contrats d'un point de vue doctrinal. A cause d'une méfiance agrandie au sein de la société, les limites de la liberté contractuelle sont de nombre croissant pendant le XXème siècle. Malgré cette tendance sociale, la jurisprudence française de la Cour constitutionnelle s'inclinait déjà depuis les années 1990 sur la reconnaissance de la valeur fondamentale de la liberté contractuelle[653]. En plus, en regardant la jurisprudence et les révolutions faites depuis ces 50 ans, nous pouvons dire que la liberté contractuelle a joué un rôle très important dans l'évolution du droit des sûretés mobilières. Ce fut peut être une raison pour que le Conseil Constitutionnel mette l'accent sur la protection du principe de la liberté contactuelle comme une liberté fondamentale depuis ces dernières décennies.

385.Malgré des limites de la liberté contractuelle, il faut concevoir que certaines limites du principe tiennent à améliorer les conditions d'application de cette liberté en remettant l'équilibre des forces en présence des parties contractuelles ou en utilisant ces outils pour que les consentements donnés soient réellement libres[654]. Cet auteur, en abordant la question, a même pu à juste titre dire qu' « *il ne saurait exister de contrat sans liberté* »[655].

386.C'est peut-être la raison pour laquelle, dans le projet de la réforme du Code civil proposé par l'Académie des sciences morales et politiques et remis au garde des

[653] V. not. les arrêts cité par P.-Y. Gadhoun, *La liberté contractuelle dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, préf. D. Rousseau, Nouvelle collection de thèse, Dalloz 2008.
[654] V. notamment Marie-Laure Mathieu, « La liberté contractuelle » *in Libertés et droits fondamentaux*, Rémy Cabrillac (dir.), Marie-Anne Frison-Roche, Thierry Revet, 18e éd. Dalloz 2012, p. 763 et s.
[655] Marie-Laure Mathieu, « La liberté contractuelle » *in* Libertés et droits fondamentaux, Rémy Cabrillac (dir.), Marie-Anne Frison-Roche, Thierry Revet, 18e éd. Dalloz 2012, p. 763 et s.

Sceaux le 1er décembre 2008[656], les rédacteurs ont souhaité intégrer la liberté contractuelle au rang des principes généraux du droit des obligations en indiquant que « *le principe de liberté contractuelle ne fait aucun doute, même s'il n'a pas été affirmé en tant que tel dans le Code de 1804* ». En outre, par l'ordonnance portant sur la réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations du 10 février 2016[657], le législateur français incorpore, pour la première fois, la liberté contractuelle comme des « prinicipes généraux »[658] du droit des obligations. A partir du 1er octobre 2016[659], le principe de la liberté contractuelle va avoir un fondement légal en France. Autrement dit, ce ne sera plus l'article 1134 du Code civil qui constitue un fondement ambigu de la liberté contractuelle en France, mais le nouveau article 1102 qui prévoit de manière directe et claire que « *Chacun est libre de contracter ou de ne pas contracter, de choisir son cocontractuant et de déterminer le contenu et la forme du contrat dans les limites fixées par la loi* ».

387.*De le lata*, en France, même si un fondement légal fait défaut, l'exigence de la liberté contractuelle en droit privé[660] est tellement naturelle[661] que rarement des personnes remettent en cause son existence en droit des sûretés réelles conventionnelles. En tant qu'un principe, la liberté contractuelle est tellement puissante[662] que certains ont pu aller jusqu'à soutenir « *qui dit contractuel, dit*

---

[656] F. Terré [dir.], *Pour une réforme du droit des contrats*, Dalloz 2008.
[657] Art. 2, Ord. n° 2016-131 du 10 février 2016, JO 11 févr. 2016.
[658] Rapport au président de la République relatif à l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, NOR : JUSC1522466P, JO 11 févr. 2016.
[659] La date de l'entrée en vigueur de l'ordonnace n° 2016-131 du 10 février 2016.
[660] L. Leneveur, « La liberté contractuelle en droit privé : les notions de bases (autonomie de volonté, liberté contractuelle, capacité…) », *AJDA* 1998, p. 676.
[661] L. Leneveur, « La liberté contractuelle en droit privé : les notions de bases (autonomie de volonté, liberté contractuelle, capacité…) », *AJDA* 1998, p. 676 : « *existe-t-il une liberté contractuelle des personnes privées ? La réponse est évidemment positive. Cette liberté existe depuis longtemps et elle existe encore, nonobstant toutes les réformes survenues depuis cent cinquante ans !* »
[662] La liberté contractuelle est même protégée au niveau constitutionnel. Sur ce v. notamment : Ph. Terneyre, « La liberté contractuelle est-elle un droit fondamental ? Le point de vue constitutionnel », *AJDA* 1998, p. 667 ; P.-Y. Gadhoun, *La liberté contractuelle dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, préf. D. Rousseau, Nouvelle collection de thèse, Dalloz 2008 ; C. Pérès, « La liberté contractuelle et le Conseil constitutionnel » ; Note sous Conseil constitutionnel, 13 juin 2013, n° 2013-672 DC, *Revue des contrats*, 2013/4, p.1285 s.

juste »[663]. Par contre, il faut relativiser la portée de cette phrase parce que le contexte d'une telle analyse n'est pas celui du droit privé mais de l'idée du contrat social[664].

Il convient alors de préciser la portée de la liberté contractuelle en droit privé avant de prolonger l'analyse du rôle de la liberté contractuelle en droit des sûretés réelles mobilières.

388.**La notion de la liberté contractuelle en droit français.** – La liberté contractuelle signifie, littéralement, le fait pour la volonté de se donner à elle seule ses propres lois[665]. C'est en ce sens qu'elle est prise dans ce que les privatistes appellent parfois la doctrine ou la « théorie de l'autonomie de la volonté»[666]. Fondée à la fois sur la philosophie individualiste et sur le libéralisme économique en vogue aux XVIII[e] et XIX[e] siècles, cette théorie se traduit en droit des contrats par l'affirmation selon laquelle l'obligation contractuelle repose exclusivement sur la volonté des parties[667]. La volonté a le pouvoir de créer sa propre loi et elle a seule ce pouvoir. Autonome, la volonté est en effet libre de créer des droits subjectifs, mais, puisqu'elle est autonome, la volonté ne doit pas pouvoir se laisser imposer d'obligations. Les seules obligations légitimes que le contrat fait naître sont celles qui ont été voulues. Toute autre obligation serait tyrannique pour celui à qui on voudrait l'imposer. De cette puissance exclusive de la volonté, découlent trois conséquences : d'abord, la liberté contractuelle, c'est-à-dire la liberté de conclure ou non, avec qui l'on veut, diverses sortes de contrats susceptibles d'être totalement aménagés par des stipulations particulières ; ensuite, le consensualisme, qui veut que le contrat se forme par le seul échange des consentements, sans qu'il soit nécessaire d'en passer par des

---

[663] FOUILLÉE, *La science sociale contemporaine*, 2[e] éd., Paris, Hachette, 1885, note 17, p. 45, 47 (**vérifié**) : cité par Gounot, *Le principe d'autonomie de la volonté en droit privé – Contribution à l'étude critique de l'individualisme juridique*, Paris, Arthur Rousseau Éd., 1912, p. 61-62.

[664] Il dit et j'ouvre volontairement les guillemets : « En définitive, l'idée d'un organisme contractuel est identique à celle d'une fraternité réglée par la justice, car qui dit *organisme* dit *fraternité*, et qui dit *contractuel* dit *juste*. » (FOUILLÉE, *La science sociale contemporaine*, 2[e] éd., Paris, Hachette, 1885, note 17, p. 45, 47 (**vérifier**) : cité par Gounot, *Le principe d'autonomie de la volonté en droit privé – Contribution à l'étude critique de l'individualisme juridique*, Paris, Arthur Rousseau Éd., 1912, p. 61-62).

[665] D. Terré-Fornacciari, « L'autonomie de la volonté », *Rev. sc. morales et politiques* 1995, p. 256.

[666] Cf. notamment B. Starck, H. Roland et L. Boyer, *Les Obligations*, tome 2 : Contrat, Litec, 6[e] éd. 1998, n° 5 ; F. Terré, Ph. Simler et Y. Lequette, *Les Obligations*, Dalloz, 6[e] éd. 1996, n° 19.

[667] J. Flour et J.-L. Aubert, *Les Obligations*, tome 1 : *L'acte juridique*, Armand Colin, 7[e] éd. 1996, n° 94.

solennités ; enfin, l'effet obligatoire du contrat entre les parties, et entre les parties seulement, toute éventuelle difficulté d'interprétation quant aux effets précis qu'il convient de faire produire à la convention devant en outre être résolue par une recherche de la commune intention des contractants[668]. En effet, la première façade de cet idéologisme est reprise par l'ordonnance du 10 février 2016[669], et les suivantes sont les connotations de la force obligatoire des contrats.

389.**La notion de liberté contractuelle en droit chinois.** – En droit chinois, comme en droit français antérieur à l'ordonnance du 10 février 2016, l'expression de la liberté contractuelle n'a jamais été employée directement par les législateurs. C'est notamment au travers de la recherche doctrinale que nous pouvons constater un tel principe qui se confond souvent avec la théorie de l'autonomie de la volonté.

390.Selon un courant majeur de la doctrine chinoise, la liberté contractuelle offre aux intéressés cinq libertés : d'abord, une liberté de conclure ou non d'une convention ; deuxièmement, une liberté de choisir son partenaire ; troisièmement, une liberté de choisir le contenu de la convention envisagée ; ensuite, une liberté dans la modification et l'extinction de la relation contractuelle ; enfin, une liberté dans le choix des moyens de la réalisation de l'objet du contrat. En effet, la liberté dans la détermination du contenu du contrat va parfaitement absorber les libertés dans la modification et l'extinction de la relation contractuelle et la réalisation de l'objet du contrat. Ainsi, nous ne pouvons que de constater que la notion chinoise de la liberté contractuelle reste la même que celle du droit français.

391.En droit privé, la liberté contractuelle est la reine des règles fondamentales. C'est cette liberté qui permet une prospérité des affaires, et une efficacité de l'attribution des ressources sociales[670]. Bien entendu que dans le monde d'affaires, c'est le crédit

---

[668] L. Leneveur, « La liberté contractuelle en droit privé : les notions de bases (autonomie de volonté, liberté contractuelle, capacité…) », *AJDA* 1998, p. 676.
[669] Au moment de la rédaction, cette ordonnance n'est pas entrée en vigueur, donc elle ne sera pas prise en compte dans l'analyse suivante.

[670] LI Qianqian (李倩倩), *De la manifestation du principe de l'autonomie de la volonté dans les sûretés réelles* (论担保物权中意思自治原则的体现)，thèse de l'Université d'Anhui, 2013, p. 4.

qui fait prospérer l'économie, parce que le crédit fait parties des activités économiques. Encore que les sûretés vont de pair avec le crédit. Il sera surprenant de constater qu'un principe applicable au crédit ne s'appliquait pas aux sûretés, plus particulièrement les sûretés réelles mobilières. Ainsi, le principe de la liberté contractuelle doit logiquement être applicable dans le domaine du droit des sûretés, y compris les sûretés réelles mobilières.

392.**Plan.** – Nous allons, donc, examiner d'abord le pouvoir des volontés individuelles de manière comparative en droit des sûretés réelles mobilières (Chapitre I), et ensuite, plus particulièrement en droit chinois de droit commun et en droit chinois des sûretés réelles mobilières (Chapitre II) pour une compréhension approfondie du développement de la liberté contractuelle avec l'évolution du droit des sûretés réelles chinoises portant sur les biens mobiliers.

Chapitre I – La liberté contractuelle en droit des sûretés mobilières

393.**Aspect erroné en droit chinois.** – A la différence avec la situation du droit français, la liberté contractuelle est en manquement de développement avec le droit des sûretés réelles dans la doctrine chinoise. Cela est expliqué notamment par la règle impérative de « *numerus clausus* » en matière de droit des biens[671] ; autrement dit, les différentes sortes de droits réels, principaux comme accessoires, sont strictement prévus par les lois. Ainsi, la doctrine dominante a, de ce fait, nié le possible aménagement de sûretés réelles par les volontés des parties contractantes[672]. En effet, ce constat est fautif, parce que ce principe ne constitue, pour nous, qu'une restriction de liberté mais pas une cause d'exclusion de la liberté contractuelle. Il convient de regarder comparativement la présence de liberté des parties contractantes en droit des sûretés réelles mobilières françaises.

394.**Rôle important constaté de la liberté contractuelle en droit français des sûretés réelles.** – Force est de constater qu'en droit français des sûretés réelles mobilières, le pouvoir des volontés individuelles se voir accroître son rôle[673]. Parce que, comme M. Dupichot a pu, à juste titre, argumenter dans sa thèse que : les sûretés réelles ne sont pas créatrices d'un endettement pour autrui, ensuite à ce que le système juridique français subit la « concurrence » de systèmes juridiques plus souples[674] et enfin, plus généralement, à l'idée que la liberté opprimée se venge toujours.

395.Ce constat est renforcé par les réformes récentes portant sur le droit des sûretés réelles mobilières ; que la législation française ne fait que de poursuivre les étapes des volontés individuelles. Ainsi, le législateur a confirmé la validité des nouvelles sûretés

---

[671] Art. 5, LDR : « Les sortes et le contenu des droits réels sont prévus par les lois ».
[672] V. en ce sens, GAO Shengping (高圣平), *La recherche comparative des sûretés réelles mobilières* (动产担保交易制度比较研究), Press of China University of Renmin, 2008, p. 182.
[673] V. en ce sens, Ph. Dupichot, *Le pouvoir des volontés individuelles en droit des sûretés*, préf. M. Grimaldi, éd. Panthéon-Assas, 2005, p. 417 et s.
[674] Par contre, il n'est pas sûr que les praticiens préféreront un régime de grande souplesse au régime de grande sécurité ; le droit de sûreté n'est ce-t-il pas par sa dénomination un droit caractérisé l'idée de sécurité tant pour le créancier bénéficiaire que pour le constituant ?

réelles mobilières, tout en fournissant un régime adapté. Cette reconnaissance renforce significativement la liberté contractuelle, parce que les parties contractantes disposent une plus grande liberté de choix des sûretés à constituer sans craindre le risque de la nullité à cause de l'absence de règles applicables. En outre, une libre combinaison de différentes sûretés réelles nommées est aussi accordée aux parties contractantes au moment de la conclusion d'une sûreté mobilière (Section 1).

396.La liberté se voit aussi renforcée par la clarification du régime de droit de rétention, du pacte commissoire et de l'attribution judiciaire. Un libre choix des moyens de réalisation n'existera pas que sous conditions d'une part que ces moyens de réalisation ont un domaine d'application large, et d'autre part que les conditions d'application soient suffisamment claires. En outre, cette liberté a notamment pour objet de renforcer l'efficacité d'une sûreté réelle qui est toujours cherchée par les créanciers. Ainsi, pourrait-on constater qu'il existe vraiment une liberté de choix des moyens de réalisation des sûretés réelles mobilières (Section 2).

Section 1 – La liberté dans la formation[675] des sûretés réelles mobilières

397.« Trop de liberté tue nécessairement la liberté » ! Les parties contractantes ne bénéficient pas toutes les libertés dans la formation d'une sûreté réelle. A la formation d'un contrat de sûreté réelle, la liberté des parties contractantes ne devrait pas s'arrêter à celle de conclure ou pas d'un tel contrat, ou de choisir le contenu du contrat, parce qu'avant tout, les dispositions légales leur offrent des contrats nommés. Cette possibilité de choisir une sûreté réelle, parmi d'autres, est devenue une réalité, notamment après la réforme de 2006, parce qu'il existe effectivement des options pour les parties contractantes à cause de la diversité des sûretés réelles. La reconnaissance de nouvelles sûretés réelles par les législateurs joue un rôle important pour achever cette réalité (§1).

En effet, les parties peuvent même créer de nouvelles sûretés réelles ou de garanties réelles en effectuant une combinaison, sous réserve à ne pas porter atteinte aux règles d'ordre public, notamment à celles portant sur les conditions de fonds et de formes validant le contrat constitutif de la sûreté envisagée (§2).

Ainsi, ils ne peuvent pas créer de nouvelles sûretés réelles accordant au créancier un droit de préférence. Le principe « *numerus clausus* » se présente toujours comme un gardien de la sécurité juridique dans le domaine du droit réel accessoire[676]; l'article 2323 du Code civil prévoit assez clairement que « les causes légitimes de préférence sont les privilèges et hypothèques ».

---

[675] L'expression utilisée par Ph. Dupichot, *Le pouvoir des volontés individuelles en droit des sûretés*, préf. M. Grimaldi, éd. Panthéon-Assas, 2005, p. 439.
[676] Ch. Gijsbers, « La défense pour le *numerus clausus* des sûretés réelles », *in Liberté contractuelle et droits réels*, Institut universitaire Varenne, 2015, ss dir. L. Andreu, p. 232 et s.

§1 – La reconnaissance de nouvelles sûretés réelles par le législateur

398.La reconnaissance des nouvelles sûretés réelles est nécessairement soumise au pouvoir exclusif de législateur. Autrement dit, seul le législateur peut incorporer des nouvelles sûretés réelles dans les textes légaux du droit des sûretés réelles. Il apparaît que cette procédure exclut l'intervention de la volonté individuelle des parties contractantes. C'est ainsi sur ce point de vue que les auteurs chinois ont pu développer leurs arguments : les différentes catégories de sûretés réelles sont strictement prévues par les lois et aussi leur contenu (A). Néanmoins, il faut bien noter que le législateur ne va pas légiférer une institution nouvelle qu'il s'avère, dans la pratique, que cette institution est complètement inutile. En absence des volontés individuelles, le législateur n'est dans aucune mesure à savoir si une institution sera ou non utile. Il ne faut pas, d'ailleurs, se tromper que l'utilité d'une nouvelle sûreté réelle est l'œuvre du législateur, elle est utile au regard des praticiens mais pas pour les législateurs. Ainsi, la reconnaissance d'une nouvelle sûreté réelle par le législateur est nécessairement sous l'influence des volontés individuelles des praticiens (B).

A – La reconnaissance de nouvelles sûretés réelles mobilières préférentielles: influence du législateur

399.La raison pour laquelle la reconnaissance de nouvelles sûretés réelles mobilières est strictement réservée au législateur est le principe de *numerus clausus* qui existe tant en droit français[677] qu'en droit chinois[678]. Parce que selon cette exigence, les sûretés réelles et leur contenu sont strictement prévues par les lois.

[677] DUAN Kuan (段匡), « *德国、法国及日本法中的物权法定主义* », *in* LIANG Huixing (梁慧星) (dir.), *民商法论丛*, vol. 7, Law Press, Pékin, 1997, p. 274.

[678] V. sur ce point, avant la réforme de 2007 : WANG Liming (王利明), « 物权法研究 », Press of China University of Renmin (中国人民大学出版社), 2002, p. 73 et s. ; LIANG Huixing 梁慧星 (dir.), 中国物权法研究, Law Press (法律出版社), Pékin, 1998, p. 65 et s ; SUN Xianzhong 孙宪忠, *物权法*, 社会科学文献出版社, Pékin, 2005, p. 63 et s.

Par contre, ce principe n'est expliqué de la même manière en droit chinois qu'en droit français. Il convient de comparer les effets du principe de *numerus clausus* en droit chinois (a) et ses effets en droit français (b).

a - Les effets du principe de numerus clausus en droit chinois

400.**Généralité.** – Le principe de la légalité des droits réels signifie, en Chine, que les différents droits réels et leur contenu sont strictement prévus par les lois. Ainsi, les parties contractuelles ne sauraient être libres pour créer de nouveaux droits réels qui ne sont pas expressément reconnus par les textes légaux ou de modifier le contenu d'un droit réel reconnu par la loi[679]. Cette règle est d'ordre public parce qu'elle sert notamment à préserver la stabilité des droits réels, et l'instabilité des droits réels va causer des dommages aux tiers[680] qui ne sont pas en mesure de savoir le contenu de nouveau droit réel créé par les parties contractantes.

401.**Les lois mais pas les autres règles impératives.** – Cependant, il est important de souligner que cette faculté de créer de nouveaux droits est réservée aux lois et non aux régles impératives. En effet, il s'est posé la question de savoir si le législateur peut par des lois ou règles spéciales prévoir de nouveaux droits réels[681], ou plus précisément les sûretés réelles mobilières. En effet, cette exigence a notamment pour objet que les sûretés réelles et leur régime sont prévisibles, ainsi de maintenir une stabilité des solutions en cas de conflits. Donc, seules les lois aux termes de la Loi chinoise du

[679] GAO Shengping (高胜平), *La recherche comparative des sûretés réelles mobilières* (动产担保交易制度比较研究), Press of China University of Renmin (中国人民大学出版社), Pékin, 2008, p. 175 ; WANG Zejian (王泽鉴), *民法物权第一册· 通则·所有权*, Press of China University of Political science and Law (中国政法大学出版社), Pékn, 2001, p. 46.

[680] Sans oublier qu'il est difficile déjà à faire comprendre le système existant des droits réels au peuple chinois.

[681] Sur cette question, v. not. GAO Shengping (高胜平), *La recherche comparative des sûretés réelles mobilières* (动产担保交易制度比较研究), Press of China University of Renmin (中国人民大学出版社), Pékin, 2008, p. 178 et s.

droit législatif[682] seront prises en compte[683] ; les règles et les normes ou bien encore les coutumes ne doivent pas pouvoir prévoir de nouvelles sûretés réelles mobilières.

402.**Les connotations du principe dans la doctrine chinoise.** – Enfin, ce qui fait l'objet de vive discussion est l'effet du principe de légalité des droits réels. Pour certains auteurs, ce principe n'exige qu'une interdiction de créer par les parties contractuelles de nouveau droit réel. Parce qu'en définissant un droit réel et le distinguant avec les autres, le législateur devrait clarifier le contenu de ce droit réel. Ainsi, il ne faut pas distinguer la catégorisation et la détermination du contenu[684].

Pour certains autres auteurs, cette exigence signifie que les lois déterminent les catégories de différents droits réels et leur contenu ; les parties contractantes ne peuvent créer de nouveaux droits réels ou de modifier le contenu déterminé par les lois[685].

D'ailleurs, M. LI Kaiguo[686] a très tôt considéré que ce principe comporte trois connotations : les lois prévoient directement les différents droits réels ; elles prévoient aussi le contenu des droits réels ; elles prévoient en outre, les règles portant sur la création et la modification des droits réels. Autrement dit, la création et la modification d'un droit réel doivent respecter les règles de lois, à peine de nullité de la création ou de modification.

---

[682] Loi chinoise du 15 mars 2000, entrée en vigueur le 1er octobre 2000, dernière modification le 15 mars 2015.
[683] GAO Shengping (高胜平), *La recherche comparative des sûretés réelles mobilières* (动产担保交易制度比较研究), Press of China University of Renmin (中国人民大学出版社), Pékin, 2008, p. 179.
[684] V. par ex. SUN Yongqin (苏永钦), *私法自治中的经济理性*, Press of China University of Renmin (中国人民大学出版社), Pékin, 2004, p. 86.
[685] V. en ce sens par ex. WANG Zejian (王泽鉴), *民法物权第一册· 通则·所有权*, Press of China University of Political science and Law (中国政法大学出版社), Pékn, 2001, p. 46. ; v. aussi en ce sens, GAO Shengping (高胜平), *La recherche comparative des sûretés réelles mobilières* (动产担保交易制度比较研究), Press of China University of Renmin (中国人民大学出版社), Pékin, 2008, p. 182.
[686] LI Kaiguo (李开国), *民法基本问题研究*, Law Press (法律出版社), pékin, 1997, p. 267.

Ensuite, pour d'autres auteurs[687], en dehors des trois connotations prétendues par M. LI Kaiguo, le principe de la légalité des droits réels devrait exiger le législateur à prévoir le mode de publicité pour chaque droit réel. Les parties contractantes ne peuvent librement choisir le mode de publicité.

Enfin, pour M. LIU Baoyu[688], le principe de *numerus clausus* exige la détermination par le législateur de la catégorisation, le contenu, les effets, la publicité et les règes portant sur la transmission des droits réels. Autrement dit, les parties contractuelles ne peuvent créer de nouveau droit réel, modifier le contenu du droit réel existant, et en outre, ils devaient respecter les règles particulières dans la création et le transfert des droits réels.

403.En effet, tous ces auteurs ne distinguent pas les droits réels principaux avec les droits réels accessoires (les sûretés réelles préférentielles) ;autrement dit, le principe de *numerus clausus* s'applique avec la même intensité aux droits réels principaux qu'aux sûretés réelles chinoises.

404.**La liberté contractuelle face au principe de *numerus clausus* .** - En effet, quand le législateur prévoit des règles strictes pour encadrer un droit réel, il résulte moins de liberté qui est accordée aux parties contractantes. Par contre, en cas d'absence de règles particulières prévues par le législateur, il y a lieu de reconnaître la force obligatoire des dispositions conventionnelles. « Qui dit contractuelle, qui juste » !

405.De surcroît, le législateur a expressément cédé le passage à la liberté contractuelle dans des cas où les règles prévues ne sont pas d'ordre public. La Loi chinoise des droits réels a mentionné, quant aux sûretés réelles mobilières, plusieurs fois[689], la possibilité qu'une disposition conventionnelle puisse contredire aux dispositions légales. Il s'agit principalement une possibilité pour les parties contractantes à

---

[687] MA Junju (马俊驹) et CHEN Benhan (陈本寒)(dir.), *物权法*, Press of University of Fudan (复旦大学出版社), Shanghai, 2007, p. 16 et s.
[688] LIU Baoyu (刘保玉), *物权法* , Shanghai People's Press(上海人民出版社), 2003, p. 161 à 162.
[689] Art. 173, 192, 194, 212, 218, 226, 227, 228, LDR.

déterminer l'étendue de la créance garantie, à modifier ou abandonner le droit de préférence et à déterminer la possibilité pour le constituant à céder le bien affecté à la garantie pendant la période de garantie. En effet, la liberté contractuelle ne s'arrête pas là, parce qu'il ne faut absolument pas oublier qu'avant la détermination du contenu du contrat de sûretés réelles, les parties contractantes disposent un choix des différentes formes de sûretés.

406.Les parties peuvent grever un même meuble corporel pour constituer soit une hypothèque simple, soit une hypothèque à montant maximale, soit une hypothèque flottante, ou encore, si le constituant le veut, un gage des meubles corporels. Par contre, les parties ne disposent pas de choix en matière de biens incorporels.

Par rapport aux contractants chinois, les parties conventionnelles françaises disposent d'une plus grande liberté malgré le principe de *numerus clausus*.

b - Les effets du principe de numerus clausus en droit français

407.**De la liberté de création des droits réels principaux[690] …** - En droit français, il faut distinguer soigneusement les droits réels principaux avec les droits réels accessoires car, quoique souvent invoqué[691], un *numerus clausus* des droits réels principaux ne paraît pas justifier :les arguments opposés à la création de droits réels principaux qui sont, en effet, guère convaincants[692].

408.En effet, l'article 543 du Code civil aux termes duquel « *On peut avoir sur les biens, ou un droit de propriété, ou un simple droit de jouissance ou seulement des*

[690] Sur cette liberté v. not. L. D'avout et B. Mallet-Bricout, « La liberté de création des droits réels aujourd'hui », *D.* 2013, p. 53 et s.; J.-L. Bergel, « Du *numerus clausus* des droits réels ? », *RDI* 2010, p. 409.
[691] V. not. Les auteurs suivants, favorables à un numerus clausus des droits réels principaux : H. Motulsky, « De l'impossibilité de constituer un « Trust » anglo-saxon sous l'empire de la loi française », *Rev. Crit. DIP*, 1948, p. 451 et s., spéc. n° 14 ; F. Zénati et Th. Revet, *Les biens*, 3e éd. PUF 2008, n° 293 ; F. Zénati, note sous Civ. 3e, 18 jan. 1984, *D.* 1985, p. 504.
[692] Ph. Dupichot, *Le pouvoir des volontés individuelles en droit des sûretés*, préf. M. Grimaldi, éd. Panthéon-Assas, 2005, n° 775, p. 582.

services fonciers à prétendre » ne constitue pas tant une énumération limitative des droits réels principaux eux-mêmes que des catégories ou cadres de qualification de droits réelles concevables : la liberté devra s'exercer par aménagement ou création d'un droit réel qui devra simplement se rapporter à la catégorie des droits de jouissance ou des services fonciers.

409.La rédaction de l'article 28, 1°, a), du décret du 4 janvier 1955 qui prévoit la publication obligatoire de tous actes portant « *mutation ou constitution de droits réels immobiliers* (…) » ne traduit d'ailleurs aucune restriction quant au nombre de droits réels immobiliers publiables et rend critiquable l'affirmation suivant laquelle l'organisation de la propriété immobilière serait d'ordre public en ce qu'elle intéresserait au plus haut degré les tiers, les modes de transmission des biens et la sécurité des conventions.

410.Ensuite, un aménagement et une création de nouveaux droits réels de jouissance ou de servitudes fonciers ne sont pas contraires à l'objectif politique des rédacteurs du Code civil de mettre fin au système féodal, si l'on prend la peine d'observer que l'ordre public des articles 530 et 686 du Code civil s'opposera à toute création d'un démembrement du droit de propriété davantage une personne qu'un fonds ; au contraire la description par l'article 544 du Code civil du droit du propriétaire en un « droit de jouir et de disposer des choses de la manière la plus absolue » postulerait plutôt que celui-ci puisse démembrer son droit comme bon lui semble et à la seule condition de n'en faire « pas un usage prohibé par les lois ou par les règlements », condition globalement satisfaite si le droit réel principal innomé consiste en une jouissance ou un service foncier et s'il respecte les principes impératifs inférés des articles 530 et 686 du même code.

411.Enfin, et surtout, on sait que l'arrêt « Caquelard »[693] du 13 février 1934 a admis que la liste des droits réels principaux n'était pas limitative en énonçant que « *les*

[693] Cass. Req., 13 févr. 1834, *DP* 1834, I, p. 218; *S.* 1834, 1, p. 205; F. Terré, Ph. Simler et Y. Lequette, *Les grands arrêts de la jurisprudence civile*, t. 1, Dalloz, 11e éd. 2000, n° 60, p. 311 et s. Des décisions ultérieures ont fait écho à la liberté reconnue dans l'arrêt « Caquelard » : Cass. Req., 25 oct. 1886, *S.* 1887, 1, p. 373 : « il est permis de déroger par des conventions particulières aux lois qui règlent les

articles 544, 546 et 552 du Code civil sont déclaratifs du droit commun relativement à la nature et aux effets de la propriété, mais ne sont pas prohibitifs ; (…) *ni ces articles ni aucune autre loi n'excluent les diverses modifications et décompositions dont le droit ordinaire de propriété est susceptible* », quoique cette liberté de création de nouveaux droits réels principaux n'est guère été exploitée[694] à l'exception, par exemple, du droit réel de superficie qui n'est prévu en tant que tel par aucun texte et d'une jouissance perpétuelle**[695]** qui est en contradiction avec la distinction classique du droit de propriété avec les autres droits réels démembrés..

412**…. au *numerus clausus* des droits réels accessoires.** – À l'inverse, ces raisons qui poussent à réfuter tout *numerus clausus* des droits réels principaux s'inclinent lorsque l'on s'intéresse aux seuls droits réels de préférence ou de garantie : une multitude d'arguments justifie ainsi un principe de *numerus clausus* limité à ces derniers[696].

---

attributs de la propriété, et de restreindre, au profit d'autrui, les droits qui en dérivent » - Dijon, 30 déc. 1896, DP 1898, 2, p. 100, décidant, à propos de la question de l'opposabilité aux ayants cause à titre particulier de propriétaires d'une clause de non-garantie stipulée par le concessionnaire d'une mine, que « *cette stipulation fait la loi entre les parties qui l'ont librement consentie ; qu'elle est opposable, non seulement aux acquéreurs primitifs des terrains aliénés par le concessionnaire de la mise, mais encore aux sous-acquéreurs successifs ; que ladite clause d'exonération constitue un droit réel sui generis s'imposant par sa nature même à tous sans indication* » - Cass. Civ., 12 déc. 1899, S. 1901, 1, p. 497, note A. Tissier, rejetant le pourvoi contre l'arrêt de la Cour de Dijon en date du 30 décembre 1896 en analysant la clause de non-garantie en « *une renonciation à l'un des attributs du droit de superficie et* (…) *une restriction de ce droit au profit de l'exploitant* ».

694 En ce sens, Ch. Atias, *Les biens*, 12e éd. LexisNexis 2014, n° 70, qui regrette que les parties n'aient pas mis davantage leur liberté à profit, préférant rechercher la souplesse notamment du côté des techniques sociétaires. Comp. J.-L. Goutal, *Essai sur le principe de l'effet relatif du contrat*, préf. H. Batiffol, LGDJ 1981, Bibli. Dr. privé, t. 171, n° 114 et s., où l'auteur suggère de recourir davantage à la notion de droit réel *sui generis*.

695 Civ. 3e, 23 mai 2012, n° 11-13.202, *D.* 2012. 1934, note L. d'Avout, et 2128, spéc. 2138, obs. B. Mallet-Bricout ; *RTD civ.* 2012. 553, obs. T. Revet ; *JCP* 2012. 930, note W. Dross ; *LPA* 2012, n° 213, p. 12, note J.-J. Barbièri ; *Defrénois* 2012. 1057, obs. F. Danos : « *les parties étaient convenues de conférer à la Maison de Poésie, pendant toute la durée de son existence, la jouissance des locaux [...] ou de locaux de remplacement* ».

696 V. en faveur d'un *numerus clausus* des sûretés réelles stricto sensu, n'impliquant pas nécessairement la reconnaissance d'un *numerus clausus* des droits réels principaux : P. Crocq, *Propriété et garantie*, préf. M. Goubert, LGDJ 1995, Bibl. dr. privé, t. 248, n° 235 et s. ; J. Ghestin, « Réflexions d'un civiliste sur la clause de réserve de propriété », D. 1981, chron., p. 1 et s., spéc. n° 36 ; Mazeaud, F. Chabas et Y. Picod, Sûretés, Publicité foncière, 7e éd. Montchrestien 1999, n° 5 : « *les droits réels sont en nombre limité, et il n'appartient pas aux parties d'en créer de nouveaux. Ce principe, s'il subit quelques atténuations quant aux droits réels principaux, doit recevoir une rigoureuse application en ce qui concerne les droits réels accessoires* ».

413.Tout d'abord, les textes ne sont guère matière à interprétation, contrairement à l'article 543 du Code civil. L'article 2323 du Code civil referme totalement le piège sur les volontés individuelles en précisant que « *Les causes légitimes de préférence sont les privilèges et hypothèques* ». Vainement arguerait-on d'ailleurs que l'énumération de l'article 2323 ne serait pas elle-même satisfaisante en tant qu'elle omettrait le droit de préférence du créancier gagiste et nanti[697] : dans la langue des rédacteurs du Code civil, le terme de « privilège » incluait en effet le « privilège du gagiste » auquel il est plusieurs fois référence[698]. L'expression même de « privilège du gagiste », plutôt que d'être impropre, contribue sans doute au contraire à mettre en relief le caractère éminemment légal de la source de tout droit de préférence.

414.Ensuite, il faut alors compter avec la règle précitée de l'égalité des créanciers qui, en principe étrangère aux droits réels principaux, a pour effet d'interdire au contraire la création d'un droit réel de garantie avantageant un créancier au détriment des autres dans des conditions non prévues par le législateur : les créanciers sont directement concernés par la création de nouvelles sûretés réelles sur les biens de leur débiteur ; celles-ci affaibliraient en effet leur gage commun, rompant à leur détriment une exigence d'égalité que l'on sait renforcée dans l'hypothèse de l'ouverture d'une procédure collective ou d'un rétablissement personnel[699].

415.En outre, une convention constitutive d'un droit réel de préférence innomé se heurterait probablement au principe de l'effet relatif des conventions exprimé à l'article 1165 du Code civil : sinon nul comme contraire au principe d'égalité des

---

[697] En ce sens, P. Crocq, *Propriété et garantie*, préf. M. Goubert, LGDJ 1995, Bibl. dr. privé, t. 248, n° 235.
[698] Ancien art. 2073, 2074, 2076 et 2079, C. civ. (version avant la réforme de 2006).
[699] Sur ce caractère essentiellement dérogatoire à la règle de l'égalité des créanciers de toute sûreté réelle stricto sensu, qui consiste en une affectation préférentielle, J. Mestre, E. putman et M. Billau, *Traité de droit civil, Droit commun des sûretés réelles*, LGDJ 1996, n° 107 et s. qui indiquent, à juste titre, que la sûreté réelle est « *la technique de rupture d'égalité par excellence, dans la mesure où tout son organisation dépend étroitement de cet objectif* ».

créanciers, le droit réel de préférence innomé serait alors à tout le moins inopposable aux tiers[700].

416.Enfin, si la question de *numerus clausus* des sûretés réelles préférentielles ne paraît pas avoir été soulevée en tant que telle devant les tribunaux, certaines décisions rendues dans deux domaines voisins sont nettement favorables à un tel *numerus clausus*. Il s'agit, d'une part, des nombreuses décisions ayant fait application de l'adage « pas de privilège sans texte » ou du principe d'interprétation stricte des privilèges : celles-ci dénient aux volontés individuelles la liberté d'interpréter libéralement les conditions d'octroi de ces privilèges et de créer un privilège nouveau**[701]**. Il s'agit, d'autre part, du traitement par le juge français des sûretés réelles étrangères inconnues du droit français qui est au contraire significatif d'une grande méfiance pour les sûretés réelles innommées : lorsque des sûretés réelles sans dépossession ou fiduciaires inconnues de droit français, telles que la *floating charge* anglaise et la *Sicherungsübereignung* allemande[702], franchissement les frontières nationales, celles-ci se voient le plus souvent privées d'effet aux motifs qu'elles constitueraient, pour la première, une sûreté réelle à la fois mobilière et immobilière

[700] En ce sens, Ph. Théry, n° 117 *bis* : Profondément dérogatoires à l'article 1165, les conventions constitutives de sûretés doivent être prévues par la loi » ; dès lors que de telles conventions tendent à l'affectation préférentiellement de la valeur d'un bien au profit d'un créancier donné suivant des modalités non prévues par le législateur, il paraît en effet difficile d'invoquer ici le principe de l'opposabilité *erga omnes* des effets non obligatoires des conventions au motif qu'il s'agirait là d'une simple situation de fait opposable aux tiers comme ne mettant à leur charge aucune prestation déterminée. Précisément, à la différence de la constitution d'une hypothèque nommée dont l'opposabilité au-delà du cercle des contractants est certes justifiée de ce dernier point de vue, celle d'un droit de préférence innommé risque de faire subir aux tiers une obligation allant au-delà d'une simple « obligation générale de respecter la situation créée » : obliger ces tiers à respecter un tel droit de préférence innommé nuirait en pratique au rang de paiement de leur créance suivant une « règle du jeu » qui sera par hypothèse restée inconnue d'eux de sorte que le principe de l'effet relatif paraît devoir s'y opposer.

[701] Cass. Req., 18 mai 1831, S. 1931, 1, 221 : « *Attendu que tout privilège en général, et surtout un privilège aussi exorbitant que celui dont il s'agit, doit être strictement restreint dans les cas expressément spécifiés par les actes législatif qui l'ont établi, et qu'il n'est pas permis de l'étendre à d'autres cas par voie d'analogie* ». v. aussi plus récemment : Civ 2e, 9 juill. 1997, *Bull. civ*. II, n° 217; *JCP G* 1998, I, 103, n° 29, obs. Ph. Delebecque; *Gaz. Pal.* 1998, 2, somm., p. 574, obs. M. Véron : les clauses mettant à la charge de l'adjudicataire la dation en paiement inexécutée du prix de vente et le remboursement de certaines sommes ont pour effet de conférer au vendeur un « *privilège non prévu par la loi au détriment des autres créanciers* (…) ».

[702] La *Sicherungsübereignung* est une aliénation de biens mobiliers corporels à titre de garantie.

sans dépossession et portant sur des biens à venir non spécifiés[703] et, pour la seconde, un gage assorti d'un pacte commissoire prohibé[704]. Or, si même les effets en France d'une situation juridique valablement constituée à l'étranger et sous l'empire d'une loi étrangère sont susceptibles de heurter un ordre public international français pourtant dit « atténué » dans cette hypothèse, il en résulte certainement qu'un débiteur ne pourrait pas octroyer à son créancier un droit de préférence ne figurant pas à la dernière édition du « catalogue » français des sûretés réelles conventionnelles[705]. Le pouvoir créateur de la volonté individuelle consistera donc essentiellement à mettre en place des sûretés réelles « suractivées » puisque « on ne saurait créer un droit de préférence entièrement nouveau ». On ne connaît d'ailleurs guère en pratique d'exemple de droit réel accessoire innommé de garantie *stricto sensu* : la faiblesse de l'imagination contractuelle vient sur ce point corroborer une impossibilité théorique.

417.Il en résulte donc incontestablement que les volontés individuelles se trouvent dépourvues du pouvoir de vouloir valablement de nouveaux droits de préférence.

Ainsi, il convient de constater, malgré une différence profonde de traitement des droits réels principaux en droit français et en droit chinois, le *numerus clausus* des droits réels accessoires est toujours exigé. Notons, néanmoins, que cette restriction ne s'applique qu'aux droits réels accessoires donc les sûretés réelles traditionnelles qui accordent à son bénéficiaire un droit de préférence. Ainsi, le pouvoir de la création d'une nouvelle sûreté réelle préférentielle est étroitement réservé au législateur. Par

---

[703] Parfois citée à l'appui de la thèse du numerus clausus de sûretés réelles, une décision ancienne de la Chambre des requêtes, a ainsi décidé que la constitution d'un droit d'hypothèque ou mortgage, en Angleterre et sous l'empire du droit anglais sur un navire anglais appartenant à un anglais dont la faillite fut ultérieurement déclarée en France était nulle à l'égard des créanciers français comme violant la règle suivant laquelle les meubles n'ont pas de suite par hypothèque : Cass. Req., 19 mars 1872, *S.* 1872, 1, p. 238. Après avoir précisé que « les question de possession, de privilège et voies d'exécution » sont nécessairement soumises à la loi française, et ce qu'elles concernent ou non les immeubles, la décision relève, en ce qui concerne les ancien articles 2118 et 2119 du Code civil, que « l'arrêt attaqué s'est exactement conformé aux prescriptions de ces articles en décidant qu'un navire, comme tout autre meuble, n'était pas susceptible d'hypothèque » et, en ce qui concerne l'ancien article 2076, qu'une telle constitution ne valait pas davantage en tant que nantissement alors que les créanciers anglais n'ont pas eu la possession du navire « *ni réellement, ni fictivement, puisque la remise des titres de propriété ne leur a pas été faite* ».

[704] C'est à l'époque où le pacte commissoire est prohibé de manière générale en France.

[705] Ph. Dupichot, *Le pouvoir des volontés individuelles en droit des sûretés*, préf. M. Grimaldi, éd. Panthéon-Assas, 2005, n° 776, p. 587.

exemple, en droit français, c'est au travers de l'ordonnance du 23 mars 2006 qu'une sûreté réelle mobilière sans dépossession soit possible. Avant cette réforme, les parties ne saurait conclure une sûreté réelle mobilière sans dépossesion en dehors de textes légaux.

418.Pourtant, le *numerus clausus* ne constitue pas un obstacle pour les parties à constituer des garanties n'affectant pas un bien de manière préférentielle. Autrement dit, l'utilisation des sûretés réelles permettant au créancier d'une situation d'exclusivité ne contredit pas au *numerus clausus* des droits réels accessoires.

B – La reconnaissance de nouvelles sûretés réelles mobilières : influence des volontés individuelles

419.**Cautionnement réel.** – La première sûreté particulière créée par les volontés individuelles est celle qui résulte d'une combinaison de la sûreté réelle avec la sûreté personnelle : c'est le cautionnement réel, ou autrement appelé « sûreté réelle pour autrui »[706] en France à l'issu de la réforme de 2006. Sa validité et ses effets juridiques ne posent pas de problème particulier, parce qu'à la base, c'est un droit de préférence d'un bien qui est affecté pour la garantie de paiement d'une créance. Ce qui nous intéresse ici c'est la reconnaissance par le législateur des sûretés réelles nouvelles assises sur un droit exclusif.

420.**Propriétés-sûretés.** – L'utilisation du droit exclusif dans la garantie de paiement par les partisans n'est pas une nouveauté en droit français. La meilleure preuve en est que la première en date des techniques de garantie réelle a été l'aliénation fiduciaire, pratiquée par les Romains mais dont on trouve déjà le principe dans des systèmes juridiques antérieurs[707]. De cette origine et de l'évolution postérieure du droit des sûretés est née la convention que l'utilisation de la propriété comme garantie ne

[706] Sur une présentation plus détaillée, v. *infra*. Partie II, Titre I, Chapitre 4.
[707] M. Cabrillac, Ch. Mouly, S. Cabrillac et Ph. Pétel, *Droit des sûretés*, 9e éd. Litec 2010, n° 577, p. 427.

pouvait être qu'un procédé fruste et archaïque[708], la voie unique du progrès passant justement par une affectation qui ne porte pas atteinte aux droits et à l'emprise du débiteur sur la chose affectée. Cette croyance est depuis quelques années remise en cause tant par l'apparition ou le développement de constructions[709] telles que le créancier puise sa sécurité dans la propriété que par un changement de mentalités. Nous allons donc prendre le droit de propriété comme un exemple pour démontrer que c'est la volonté individuelle qui amène le législateur à reconnaître les sûretés réelles exclusives.

421.En effet, l'utilisation de propriété pour la garantie de paiement ne constitue pas une violation du *numerus clausus* des droits réels accessoires, et la reconnaissance par le législateur français ne fait que de confirmer l'utilité de cette pratique. Autrement dit, la reconnaissance des propriétés-sûretés est non seulement possible, mais aussi utile.

a - La reconnaissance possible des propriétés-sûretés

422.L'absence de violation du principe de *numerus clausus* par l'utilisation du droit de propriété à titre de garantie peut être expliquée par une double raison : d'une part, la constitution d'une telle sûreté n'implique pas un démembrement du droit de propriété alors que l'application du principe de *numerus clausus* des sûretés réelles préférentielles suppose un démembrement[710] ; et d'autre part, la propriété-sûreté n'accorde pas de droit de préférence au créancier bénéficiaire, alors que le texte légal ne limite que les causes de préférence.

423.**L'inapplicabilité du principe de *numerus clausus* à cause de l'absence de démembre du droit de propriété.** – Si le caractère limitatif de l'énumération légale des garanties réelles est bien un principe du droit français, son invocation lorsque la

[708] M. Cabrillac, Ch. Mouly, S. Cabrillac et Ph. Pétel, *Droit des sûretés*, 9e éd. Litec 2010, n° 577, p. 427.
[709] P. Crocq, *Propriété et garantie*, préf. M. Goubert, LGDJ 1995, Bibl. dr. privé, t. 248, n° 4, p. 5.
[710] V. en ce sens : P. Crocq, *Propriété et garantie*, préf. M. Goubert, LGDJ 1995, Bibl. dr. privé, t. 248, n° 251 et s., p. 201 et s.

propriété-sûreté est réalisée sans démembrement du droit de propriété, c'est-à-dire dans tous les cas actuels de propriété-sûretés, est infondée parce que, négligeant le fondement de ce principe, elle en fait application à un domaine auquel il ne s'applique pas[711].

424.En effet, le fondement se trouve dans l'article 2323 du Code civil[712] et dans l'égalité des créanciers que cet article énonce : seule la loi peut édicter une exception à un texte légal et créer des causes de préférence au profit de certains créanciers. Seule la loi peut donc reconnaître des causes de préférence dans une hypothèse de concours entre créanciers sur un même bien. Ainsi, il convient de constater que ce principe de *numerus clausus* suppose un démembrement de droit de propriété, parce que ce n'est que dans ce cas que les créanciers du débiteur pourront avoir des droits concurrents sur ce bien**[713]**. Autrement dit, ce principe ne s'applique que pour les sûretés réelles préférentielles ; il ne peut être invoqué s'agissant de la propriété-sûreté en raison de la différence de nature juridique existant entre celle-ci et les sûretés réelles traditionnelles.

425.Que ce soit une réserve de propriété ou une cession fiduciaire à titre de garantie, ce dont bénéficie le créancier est le droit de propriété du bien affecté, sans aller jusqu'à dire « la pleine propriété »[714]. L'application du principe du *numerus clausus* de garanties réelles interdit un nouveau démembrement du droit de propriété[715], mais n'interdit pas à affecter, sans aucun démembrement, le droit de propriétédans son

---

[711] P. Crocq, *Propriété et garantie*, préf. M. Goubert, LGDJ 1995, Bibl. dr. privé, t. 248, n° 252, p. 202.
[712] Ancien art. 2093.
[713] P. Crocq, *Propriété et garantie*, préf. M. Goubert, LGDJ 1995, Bibl. dr. privé, t. 248, n° 253, p. 203.
[714] Parce qu'en bénéficiant la pleine propriété, le propriétaire dispose une totale liberté sur la chose qui constitue l'objet de son droit de propriété : P. Berlioz, *La notion du bien*, préf. L. Aynès, LGDJ 2007, Bibliothèque de droit privé Tome 489, Paris, n° 724 et s., p. 239 et s. : selon l'auteur, la propriété donne au propriétaire une liberté d'agir sur la chose, ainsi, comme toute liberté, elle ne se définit donc pas par des prérogatives spécifiques. Comp. avec J. François, « Les créances sont-elles des biens ? », *in Liber amicorum Christian LARROUMET*, Economica 2010, p. 149 et s., spéc. n° 24, p. 166 : pour l'auteur, le vendeur réservataire est devenu le **propriétaire en puissance** avant le complet paiement de l'acquéreur. Par contre, il est difficile à concevoir « le droit de propriété en puissance » que bénéficie l'acquéreur avant le transfert soit réalisé ; tout au plus, l'acquéreur bénéficie un droit d'expectative (*Anwartschaftsrecht*) à l'instar du droit allemand.
[715] P. Crocq, *Propriété et garantie*, préf. M. Goubert, LGDJ 1995, Bibl. dr. privé, t. 248, n° 255, p. 204.

intégralité à la garantie de paiement. Autrement dit, ce principe n'est pas applicable aux sûretés-propriétés.

426.**L'inapplicabilité du principe de *numerus clausus* à cause de l'absence de droit de préférence[716].** – Toujours conformément aux termes de l'article 2323 du Code civil, seule la loi peut créer une cause de préférence. Autrement dit, « pas de droit de préférence sans texte ». N'étant pas des sûretés réelles conférant au créancier un droit de préférence[717], la réserve de propriété[718] et la cession fiduciaire à titre de garantie n'entre pas dans le champ d'application du principe de *numerus clausus*. Autrement dit, les parties sont libres à recourir au droit de propriété pour la garantie de paiement d'une créance. Ainsi, M. Mouly énonce à juste titre, « *Dans un système de liberté des conventions, d'autonomie de la volonté, dans un système juridique non clos par une interdiction de créer un concept nouveau ou d'utiliser des moyens connus à des fins nouvelles, comment pourrait-on admettre une règle telle que « pas de sûreté sans texte » ? (...) Et même en limitant la prétendue règle aux sûretés réelles, n'est-ce-pas se voiler la face que de refuser la qualification de sûreté à des techniques qui en ont les principaux caractères ?(...) Les sûretés réelles sont de création contractuelle libre* »[719].

427.**L'affranchissement de la difficulté thérique en Chine.** – En droit chinois, si la reconnaissance par le législateur des propriétés-sûretés n'est que potentielle, il convient d'admettre, au moins, la possibilité au regard du principe de *numerus clausus* de cette reconnaissance. Par exemple, dans la discussion sur la législation de

---

[716] V. en ce sens aussi, Ph. Dupichot, *Le pouvoir des volontés individuelles en droit des sûretés*, préf. M. Grimaldi, éd. Panthéon-Assas, 2005, n° 937, p. 703.
[717] Civ. 1re, 15 oct. 2013, n° 12-14.944, 13-10.463, JurisData n° 2013-022742 ; *Dr. et patrimoine* 2014, n° 233, p. 70, obs. Ph. Dupichot ; *D.* 2014, p. 187, note L. Saenko ; *Bull. Joly Entreprises en Difficulté*, nov. 2013, n° 6, p. 373 ; *JCP E* 2013, 1679, n° 17, obs. Ph. Delebecque. La Chambre civile de la Cour de cassation a notamment souligné que « *si la clause de réserve de propriété constitue une sûreté réelle, **elle ne confère à son bénéficiaire aucun droit de préférence** dans les répartitions* ».
[718] Y. Picod, *Droit des sûretés*, 2e éd. PUF 2011, n° 418, p. 486 : « *Pour écarter la qualification de sûreté, on avance que la réserve de propriété ne confère pas un droit de préférence sur un élément du patrimoine, mais un droit exclusif sur un bien resté dans le patrimoine du créancier* ».
[719] CH. Mouly, « Procédure collectives : assainir le régime des sûretés », *in Etudes R. Roblot*, LGDJ 1984, p. 529 et s., spéc. n° 31, p. 548.

la réserve de propriété à titre de garantie, il n'y a pas d'objection fondée sur le principe de *numerus clausus* des droits réels accessoires.

428.La possibilité de reconnaître la validité des « propriétés-garanties » ne suffit pas pour justifier la reconnaissance légale par le législateur français. C'est l'efficacité extrême de ses garanties, constatée dans la pratique qui pousse le législateur français à prévoir expressément que « *Les sûretés sur les meubles sont : 1° Les privilèges mobiliers ; 2° Le gage de meubles corporels ; 3° Le nantissement de meubles incorporels ; 4° La propriété retenue ou cédée à titre de garantie* »[720].

b - La reconnaissance utile des propriétés-sûretés

429.**La raison de recourir aux droits exclusifs s'explique par une protection du recouvrement.** – Le créancier cherche tous les moyens qui lui permettent d'obtenir un droit d'exclure les autres créanciers de la valeur du bien servant d'assiette à sa garantie. Ainsi, le droit de propriété et le droit de rétention paraissent séduisants puisqu'ils permettent d'avoir une « *emprise sur le bien, tantôt matérielle, tantôt juridique* »[721], caractéristique des situations d'exclusivité.

430.En effet, le retour vers l'utilisation du droit de propriété à titre de garantie, en France, est dicté par le sort défavorable réservé aux sûretés réelles traditionnelles[722] dans les procédures collectives, et ce depuis la loi du 13 juillet 1967 et l'interprétation qui en a été donnée par la Cour de cassation en 1976[723].

---

[720] Art. 2329, C. civ.
[721] Sur la notion de droit exclusif et de situation d'exclusivité, P. Crocq, « L'évolution des garanties du paiement : de la diversité à l'unité », *in* Mélanges *Christian Mouly*, t. 2, Litec, 1998, p. 317 et s.
[722] V. sur ce point, les réflexions de Mme Gobert, en préface à la thèse de P. Crocq, *Propriété et garantie*, préf. M. Goubert, LGDJ 1995, Bibl. dr. privé, t. 248, p. XV : « *Depuis qu'en 1976 la Cour de cassation a commencé à brouiller les cartes, suivie en cela par le législateur, les créanciers ont su que les sûretés traditionnelles auxquelles ils avaient recours pour garantir le crédit qu'ils consentaient leur seraient désormais de peu d'utilité. Aussi ont-ils redécouverts les vertus de la propriété pour garantir leur créance, tout simplement parce que la vie économique, et infiniment plus encore aujourd'hui qu'hier, implique le crédit et que celui-ci ne se conçoit pas à fonds perdus. Comment s'étonner dans ces conditions que le mythe ait joué son rôle et que les créanciers, en désespoir de cause, aient songé à ce que, à tort ou à raison, on considère comme la sécurité suprême ?* ».
[723] Cass. Ass. Plén, 13 févr. 1976, *Bulletin des arrêts d'assemblée plénière*, n° 3 ; *D.* 1976, p. 237, concl. R. Schmelk, note F. Derrida, obs. A. Honorat ; *JCP* 1977, II, 18518, note Ch. Gavalda.

431.**La reconnaissance de propriétés-sûretés par différents textes légaux.** – Pourrait-on ainsi constater la reconnaissance de différentes propriétés-sûretés par le législateur d'abord, en matière commerciale, et ensuite, en droit commun.

La réserve de propriété à titre de garantie est la première propriété-sûreté qui est officiellement reconnue dans un texte légal. Par la loi n° 80-335 du 12 mai 1980, le législateur reconnaît les effets, sans donner un régime complet, des clauses de réserve de propriété dans les contrats de vente. Ensuite, par la Loi Dailly du 2 janvier 1981, le législateur a reconnu la première cession de propriété à titre de garantie[724] en droit français. C'est notamment à partir de l'ordonnance du 23 mars 2006 que le législateur a commencé à reconnaître de manière générale les sûretés réelles exclusives. En créant les articles 2367 et suivants du Code civil, le régime de la réserve de propriété à titre de garantie est incorporé dans le corps de textes du droit des sûretés réelles. La fiducie est reconnue assez tardivement en droit français par la loi n° 2007-211 du 19 février 2007[725]. Et par l'ordonnance n° 2009-112 du 30 janvier 2009 « portant diverses mesures relatives à la fiducie », un régime est érigé pour la fiducie-sûreté[726].

432.**Cas particulier de crédit-bail.** – Même s'il n'est pas officiellement qualifié de sûreté réelle, le crédit-bail sert, incontestablement, à la garantie assise sur un droit de propriété. L'invention du crédit-bail ou « *leasing* » a été faite aux Etats-Unis vers 1952[727] avant de connaître un important développement en France. Cette opération, introduite en France vers 1962[728], peut être qualifiée comme celle par laquelle « *l'utilisateur désireux de disposer d'un bien d'équipement professionnel, qu'il ne veut pas payer comptant, le fait acheter par une entreprise de crédit-bail qui le lui loue pour une période correspondant à la durée normale de l'amortissement ; au terme de cette période, l'utilisateur peut soit acheter le bien pour une valeur*

[724] La cession Dailly est aujourd'hui incorporée dans les articles L. 313-23 et s. du C. mon. fin.
[725] Ph. Dupichot, « Opération fiducie sur le sol français », *JCP E* 2007, art. 134 ; Bouteiller, « Loi n° 2007-211 du 19 févr. 2007 instituant la fiducie », *JCP E* 2007, 1404 ; Prum, *RD ban. et fin.* 2007, n° 1, p. 1 ; Barrière, « La fiducie », *Bull. Joly sociétés* 2007, p. 440.
[726] Art. 2372-1 et s., C. civ.
[727] Date de la création de la « *United States Leasing Corporation* » (Ch. Gavalda, *J.-Cl. Banque – Crédit – Bourse*, Fasc. 640 : Crédit-bail mobilier – Opération et domaine, 2000, n° 1).
[728] Ch. Gavalda, *J.-Cl. Banque – Crédit – Bourse*, Fasc. 640 : « Crédit-bail mobilier – Opération et domaine », 2000, n° 1.

résiduelle déterminée au début de l'opération, soit le restituer, soit demander le renouvellement de la location pour un loyer plus faible »[729]. De ce fait, il est aussi possible de regarder le crédit-bail comme une « *opération de crédit assortie d'une sûreté originale* »[730]. Quelques années après, la loi n° 66-455 du 2 juillet 1966 relative aux entreprises pratiquant le crédit-bail est venue donner pour la première fois, en droit français, une définition juridique de l'opération, francisant de la sorte le *leasing* sous le nom de « crédit-bail ». Aujourd'hui, les dispositions portant sur le crédit-bail sont incorporées dans le Code monétaire et financier[731].

433.Ce qui devrait être retenu est l'antériorité de l'introduction du crédit-bail dans la pratique par rapport à la reconnaissance légale de cette opération. Il est à constater l'influence de la liberté contractuelle en matière de droit des sûretés réelles, ou plus généralement, en droit de garanties réelles.

434.**Législation chinoise du crédit-bail.** – En droit chinois, le dernier avant-projet portant sur la légifération du crédit-bail est celui de juin 2006[732]. Mais le crédit-bail existe déjà dans la pratique. Nous ne pouvons pas, ainsi, ignorer le pouvoir de la liberté contractuelle dans ce domaine.

435.A côté de ces garanties réelles qui sont déjà reconnues par le législateur français, il convient de constater qu'il existe d'autres montages juridiques qui servent aussi à la garantie de paiement.

---

[729] M. Cabrillac, Rép. civ. Dalloz, V° « Crédit-bail », 1982, n° 2. Comp. avec Ch. Gavalda, *J.-Cl. Banque – Crédit – Bourse*, Fasc. 640 : Crédit-bail mobilier – Opération et domaine, 2000, n° 3.
[730] F. Terré, Ph. Simler et Y. Lequette, *Les grands arrêts de la jurisprudence civile*, t. 2, 11e éd. Dalloz, 2000, n° 272-273, spéc. n° 1.
[731] Les art. L. 313-1, al. 2, L. 313-7 à L. 313-11, L. 515-2, L. 515-3 et L. 515-13, C. mon. fin.
[732] V. sur cet avant-projet : http://wenku.baidu.com/view/b1afa1bfc77da26925c5b06c.html. Il est quand même surprenant que le législateur chinois, après presque 10 sans de préparation, n'a pas pu faire naître cette loi qui est longuement attendue par les praticiens.

§2 – La validité de différent montages juridiques de garantie réelle

436.La présentation de la validité de certains montages juridique de garantie réelle (A) précédera les effets significatifs de la validité de ces montages (B).

A – La validité des montages servant au renforcement des chances de paiement

437.**Liberté de renforcer le droit de créance par des techniques contractuelles.** – Comme nous l'avons démontré, une garantie nouvelle est possible lorsqu'elle n'accorde par un nouveau droit de préférence au créancier. De ce fait, rien n'empêche que les parties contractantes recourent à des techniques contractuelles[733] qui procèdent de la constitution d'une ou plusieurs dettes supplémentaires à la charge de l'emprunteur et celles qui tiennent indirectement à l'affaiblissement du pouvoir de contrainte des créanciers « concurrents »[734].

438.Différentes techniques sont envisageables à cet effet. Il en est ainsi de celle des sûretés négatives et celle qui résulte de la limitation conventionnelle du pouvoir de contrainte des créanciers.

439.**Les sûretés négatives.** – En ce qui concerne les sûretés négatives, nous pouvons ainsi prendre comme exemple les « pseudo-sûretés » [735] et les techniques contractuelles servant à limiter le pouvoir contrainte des créanciers concurrents.

440.L'expression « sûretés négatives » est une appellation officieuse que la doctrine utilise pour embrasser diverses formules contractuelles restreignant la liberté d'action du débiteur ou l'astreignant à renseigner le créancier de façon à accroître les chances de paiement. Les sûretés négatives ne peuvent pas être définies avec précision et leur domaine ne peut que se prêter à une délimitation subjective et arbitraire.

---

[733] F. Gura, « Le cautionnement réel », *JCP G* 1984, I, 3167, n° 47. Pour cet auteur, le droit des obligations est un « *inépuisable géniteur* » de nouvelles garanties restant à imaginer et à explorer.
[734] V. en ce sens, Ph. Dupichot, *Le pouvoir des volontés individuelles en droit des sûretés*, préf. M. Grimaldi, éd. Panthéon-Assas, 2005, n° 868, p. 653.
[735] Expression utilisée par M. Cabrillac, Ch. Mouly, S. Cabrillac et Ph. Pétel, *Droits des sûretés*, 9e éd. Litec 2010, p. 477. Autrement appelées « sûretés négatives ».

441.Les sûretés négatives peuvent être assimilées à une sûreté réelle lorsqu'elles affectent un bien déterminé. Le débiteur s'engage à ne pas faire, sans l'accord du créancier, certaines opérations sur un bien déterminé, le plus souvent celui dont le créancier a financé l'achat. Les opérations ainsi interdites sont soit cumulativement, soit sélectivement : l'aliénation, la constitution de sûretés, la concession d'un bail, d'une location-gérance, etc.

442.La clause visant l'aliénation peut être interprétée, en fonction de sa rédaction, comme une clause d'inaliénabilité ou comme un simple engagement de ne pas faire. Dans le premier cas, sa validité est douteuse[736], encore qu'on tende à admettre que la clause d'inaliénabilité insérée dans un acte à titre onéreux est valable à la double condition que pose l'article 900-1 du Code civil pour les actes à titre gratuit[737].

443.La sanction de la violation, alors, en règle générale, est une nullité relative que seul le bénéficiaire pourrait invoquer, mais qui aurait pour effet de faire revenir le bien dans le patrimoine du débiteur au profit de tous ses créanciers. Dans l'hypothèse d'une clause affectant un meuble corporel, cette clause serait le plus souvent frappée d'inefficacité par le jeu de l'article 2276 du Code civil.

444.Lorsque la clause n'a été qu'un engagement de ne pas faire ou a été interprétée comme telle, sa validité a longtemps paru incontestable[738], notamment en matière de biens mobiliers[739].

445.A supposer la validité de l'engagement de ne pas faire, le créancier peut obtenir la condamnation du débiteur qui y contrevient à des dommages et intérêts et, éventuellement, la résolution du prêt, ce qui équivaut à la déchéance du terme, soit en vertu d'une stipulation en ce sens, soit par une décision judiciaire qui estimerait

---

[736] Civ. 1re, 13 déc. 2005, *JCP E* 2006, 2743, notre Lamoureux ; *RTD civ*. 2006, p. 557, obs. J. Mestre et B. Fages.
[737] V. not. Marty et Raynaud, *Les biens*, 2e éd. Sirey 1965, n° 56-1.
[738] Sous réserve que l'engagement soit limité dans le temps.
[739] En matière d'immobilier, un arrêt a jugé illicite l'engagement de ne pas louer un immeuble sans l'accord du prêteur, au motif qu'une pareille clause porte atteinte « *au principe constitutionnellement reconnu et énoncé à l'article 544 du Code civil de disposer de son bien de la manière la plus absolue* » (Civ. 1re, 13 déc. 2005, précité).

l'engagement comme suffisamment important. Le créancier pourrait également obtenir des dommages et intérêts du cocontractant de son débiteur qui a coopéré à la violation de son engagement s'il parvient à démontrer qu'il l'a fait en connaissance de cause.

446.Le débiteur peut aussi s'engager à ne pas modifier l'actif de son patrimoine ou à ne pas augmenter le passif en contractant un emprunt ou un crédit-bail. Il peut également s'engager à informer son créancier de certaines modifications qu'il apporterait à son patrimoine.

447.Les premières de ces stipulations ne sauraient être considérées comme des clauses d'inaliénabilité, car elles ne concernent pas un bien déterminé et s'analysent en un engagement de ne pas faire. Leur violation est donc sanctionnée par la condamnation du débiteur à des dommages et intérêts, éventuellement par la résolution du prêt dans lequel elles sont enchâssées. Ici encore, le bénéficiaire peut faire jouer la responsabilité du tiers contractant dont il parvient à démontrer qu'il s'est associé délibérément à la violation de la clause par le débiteur.

448.Les secondes apparaissent comme de classiques obligations de renseignement dont la transgression ne peut entraîner de sanctions qu'à l'égard du débiteur.

449.**La limitation conventionnelle du pouvoir de contrainte des créanciers.** – De surcroît, un emprunteur peut convenir avec ses créanciers d'une convention en limitant le droit de gage général de certains au profit de certains autres. Par cette convention, l'emprunteur, en qualité de stipulant, stipulera d'un ou de plusieurs de ses créanciers, promettants, qu'ils s'engagent à limiter l'étendue de leur droit de gage général afin de ne pas entrer en concours sur les dits biens avec un ou plusieurs autres créanciers du débiteur, tiers bénéficiaires de la stipulation pour autrui. Pour un même effet, la « subordination des créances » est aussi envisageable[740]. Par cette convention, la créance subordonnée acquiert un rang de paiement « sous-chirographaire » soit

[740] Sur la licéité de ces deux conventions, v. not. Ph. Dupichot, *Le pouvoir des volontés individuelles en droit des sûretés*, préf. M. Grimaldi, éd. Panthéon-Assas, 2005, n° 900 et s., p. 674 et s.

relativement à un créancier donné dans le cas de la subordination dite « particulière »[741], soit à l'égard de tous les autres créanciers présents ou futurs dans le cas de la subordination dite « générale »[742]. En effet, la subordination particulière répond à la cession d'antériorité, connue en droit hypothécaire français et en droit chinois, avec cette différence importante qu'elle n'est qu'une « *cession d'antériorité chirographaire* »[743].

450.Malgré l'utilité de ces conventions ou stipulations conventionnelles, elles ne sont pas utilisées en Chine. Peut-être la raison principale est l'absence de possibilité de recourir ces montages juridiques à obtenir des crédits, or en Chine, la doctrine dominante met l'accent sur le fonctionnement de crédit des sûretés réelles. Pour ces auteurs chinois, toutes les sûretés qui ne servent pas pour le constituant à l'obtention de crédit ne sont pas de bonnes sûretés.

B – Les effets significatifs : un renforcement de la liberté contractuelle

451.Si les différents montages juridiques ne sont pas d'utilité égale, il convient d'admettre d'abord que l'objectif pour les créanciers à recourir ces techniques contractuelles est de profiter de son fonctionnement de renforcement de la chance d'être payés. Les effets en ce sens peuvent être directs ou indirects.

452.**Les effets directs.** – En effet, en admettant la validité de la clause de la réserve de propriété et la cession fiduciaire, le créancier bénéficiera un droit exclusif sur le bien affecté. En admettant la validité des clauses qualifiées de sûretés négatives, le créancier renforce sa chance d'être payé, soit au moyen de maintenir un bien de grande valeur dans le patrimoine de son débiteur, soit au moyen d'exiger le maintien

[741] En anglais, « *complete subordination* ».
[742] En anglais, « *inchoate subordination* ».
[743] En ce sens, Ph. Dupichot, *Le pouvoir des volontés individuelles en droit des sûretés*, préf. M. Grimaldi, éd. Panthéon-Assas, 2005, n° 904, p. 676.

de la solvabilité [744] de son débiteur. En admettant la validité des conventions limitatives du pouvoir de contrainte des créanciers concurrents, le créancier bénéficiaire, bénéficiera un renforcement de son droit du gage général sur le patrimoine de son débiteur.

453.**Les effets indirects.** – La reconnaissance de différentes sûretés réelles exclusives par le législateur a, indirectement, consacré à l'état de diversité des sûretés réelles en droit français. Si bien la complexité du droit est indésirable aux yeux de certains auteurs, il ne faut pas être tout pessimiste. L'avantage est évident, une plus grande liberté est ouverte aux parties à choisir un mode qui leur convient dans l'obtention de financement. Constatons ainsi la concurrence entre le crédit-bail mobilier avec le gage d'outillage et des matériels d'équipement, et aussi la réserve de propriété. Une concurrence entre la fiducie-sûreté mobilière, malgré son appellation de « reine de sûreté » avec plus généralement les sûretés réelles préférentielles peut être constatée. Plus particulièrement, une concurrence entre le gage sans dépossession avec le gage des stocks a fait couler beaucoup d'encre en droit français[745]. Encore, nous pouvons recourir à des techniques contractuelles qui renforcent le droit de créance dans des conditions particulières.

C'est au travers de la pratique que pourrait-on savoir quelles seront les meilleures sûretés réelles mobilières pour un système économique donné. Et la liberté contractuelle jouera le rôle de la sélection.

454.De surcroît, avec la promesse d'une sûreté réelle, les parties peuvent aussi contourner l'exigence des formalités. Sur ce, M. Dupichot a même souligné que l'utilisation d'une promesse de sûreté réelle a pas moins de sept atouts : « *Premièrement, l'inexécution d'une telle promesse se résolvant en dommages-intérêts, la promesse aura pour effet d'augmenter le quantum de la créance qui pourra être déclarée dans la procédure collective ouverte contre le débiteur*

[744] Que ce soit un maintien de l'actif ou une limitation d'endettement, l'objectif est de maintenir la solvabilité du débiteur.
[745] Sur la liberté de choix entre le gage sans dépossession de droit commun et le gage des stocks, v. *infra* Partie II, Titre I, Chapitre I.

constituant, le bénéfice d'une telle augmentation restant cependant bien entendu largement théorique. Ensuite, ces dommages-intérêts pourront être garantis par l'hypothèque légale des jugements de condamnation à défaut d'hypothèque conventionnelle : la créance garantie ne consistera pas juridiquement en le crédit lui-même mais en une créance de dommages-intérêts compensatoires. De surcroît, la promesse d'hypothèque facilitera en pratique grandement l'obtention d'une hypothèque judiciaire conservatoire, le juge pouvant être alors plus facilement convaincu de la réalité des circonstances propres à menacer le recouvrement de la créance. En outre, quatrième utilité, la qualification de promesse de sûreté permet au terme d'une jurisprudence bienveillante de faire échapper à une nullité certaine le gage d'une chose future corporelle ainsi que l'hypothèque portant sur des biens à venir. En outre, la promesse suivit à l'annulation de l'acte authentique de constitution, entaché d'irrégularité formelle, le promettant ne pouvant être libéré que par la réalisation valable de la promesse souscrite tandis que la promesse d'hypothéquer un immeuble constituant le domicile conjugal n'exige pas l'obtention du consentement de l'autre époux car elle ne constitue pas un acte de disposition au sens de l'article 215, alinéa 3, du Code civil mais une simple obligation de faire. Enfin, à l'instar d'une hypothèque notariée non publiée, une promesse d'hypothèque par acte authentique pourra être inscrite à tout moment, la loi ne fixant pas le délai pour la prise d'une inscription d'hypothèque conventionnelle »[746].

[746] Ph. Dupichot, *op. cit.* n° 589, p. 456.

Conclusion de la section 1

455.Le principe de *numerus clausus* des droits réels accessoires constitue toujours un obstacle aux parties à créer un nouveau droit de préférence, tant en France qu'en Chine. Néanmoins, ce principe ne s'applique qu'aux sûretés réelles traditionnelles, c'est-à-dire que les sûretés assises sur un droit de préférence. Il n'empêche pas les parties à employer les droits exclusifs à la garantie de paiement, non plus à utiliser des stipulations particulières qui sont mis en charge du débiteur ou à ses créanciers en vue de renforcer un droit de créance.

Il est à observer que le législateur français a poursuivi l'imagination des partisans des sûretés exclusives. Le législateur chinois, à notre avis , ne va pas tarder à reconnaître ces garanties efficaces dans les prochaines réformes, notamment le crédit-bail qui a fait l'objet d'un avant-projet de loi.

Force est de constater que la liberté contractuelle a survécu à la restriction du principe de *numerus clausus*, et va pousser l'évolution du droit des sûretés réelles, bien entendu avec l'aide du législateur. Que la place de la liberté contractuelle dans la constitution des sûretés réelles est importante.

456.En outre, l' « autonomie de la volonté » occupe une place aussi importante dans la réalisation des sûretés réelles, plutôt préférentielles qu'exclusives.

Section 2 – La liberté dans la réalisation de sûreté réelle mobilière

457.Le créancier bénéficie généralement d'un choix discrétionnaire du mode de réalisation (§ 1), et aussi une liberté dans la modification du rang de son préférence (§ 2).

§1 – Un choix discrétionnaire du mode de réalisation

A – La nature de l'option

458.L'option dont le domaine est large consiste à choisir entre une préférence incertaine et un droit exclusif. Par contre, en accordant un droit exclusif au créancier, il ne semble pas que ce dernier bénéficie d'option. Une option est inutile pour ceux qui bénéficient déjà de la meilleure solution : un droit de propriété. Cette option n'est utile que pour les créanciers bénéficiaires d'une sûreté traditionnelle. La présentation de la nature de l'option pour les créanciers français (a) précédera celle des créanciers chinois (b).

a - Une option entre une préférence incertaine et un droit exclusif en droit français

459.Le créancier titulaire d'un gage dispose d'une option quant au mode de réalisation de sa sûreté qui peut comporter jusqu'à trois « branches ».

460.**Vente forcée versus rétention ou/et attrbution judiciaire ou conventionnelle.** – Ainsi, celui-ci dispose bien entendu au premier chef de la faculté de solliciter la vente forcée du bien gagé de manière à en faire apparaître l'expression pécuniaire. Toutefois, si son droit de préférence lui permet de se faire payer par priorité par

rapport aux créanciers chirographaires, il sera cependant loin de lui offrir la certitude d'un paiement préférentiel[747] : le résultat de la préférence reste donc incertain.

Deux autres voies sont au contraire offertes au créancier gagé qui ont pour point commun de lui offrir la certitude d'un désintéressement intégral : dans ces cas, le créancier se trouvera placé dans une situation d'exclusivité qui échappe au concours, donc à la logique même de classement des droits de préférence. La première voie consiste à l'utilisation du droit de rétention[748], qui a reconnu un domaine d'application plus large depuis la réforme de 2006[749]. En effet, à l'issue de la réforme du 18 décembre 2008[750], un droit de rétention fictif est aussi accordé au créancier d'un gage sans dépossession, mais ce droit n'est pas opposable aux procédures collectives sauf la liquidation judiciaire. L'exercice du droit de rétention implique paradoxalement que le rétenteur ne prenne aucune initiative et attende d'être désintéressé : à cette condition, ce dernier se trouvera placé dans une situation expugnable expliquant son attrait actuel pour tout créancier[751]. La seconde voie consiste à solliciter l'attribution judiciaire ou conventionnelle[752] du bien en paiement.

---

[747] Ainsi, lorsque le débiteur est *in bonis* ou qu'il n'est pas justiciable du droit du redressement, seront payés avant le gagiste, les créanciers privilégiés au titre des frais de justice, des privilèges fiscaux dits du premier groupe, ainsi que le titulaire du privilège mobilier spécial du conservateur dont l'intervention aura été postérieure à la constitution du nantissement. En cas de redressement, s'y ajouteront les salariés au titre de leur super-privilège et certains créanciers postérieurs au jugement d'ouverture.

[748] Avant la réforme de 2006, seuls peuvent prétendre un droit de rétention les créanciers bénéficiaires d'un gage de meubles corporels de droit commun (*ancien* art. 2082, al. 1, C. civ.), d'un nantissement de véhicule automobiles (art. 2, al. 3, D. n° 53-968 du 30 sep. 1953 relatif à la vente à crédit des véhicules automobiles) ou encore d'un nantissement de compte d'instruments financiers (art. L. 431-4, III, *in fine*, C. mon. fin.).

[749] Art. 2286, C. civ.

[750] Art. 2286, 4°, C. civ.

[751] Le désintéressement du créancier rétenteur pourra résulter de l'article L. 621-24, al. 3, du Code de commerce, le juge-commissaire autorisant le paiement de créances antérieures au jugement d'ouverture « pour retirer le gage ou une chose légitimement retenue, lorsque ce retrait est justifié par la poursuite de l'activité » ou de l'article L. 622-21 qui prévoit que le liquidateur « peut, en payant la dette, retirer les biens constitués en gage pour le débiteur ou la chose retenue », le dernier alinéa du même texte prévoyant que « en cas de vente par le liquidateur, le droit de rétention est de plein droit reporté sur le prix ». Enfin, en cas e plan de cession, le créancier nanti invoquant sa qualité de rétenteur n'a pas à se contenter d'une simple quote-part du prix de cession d'après Com. 20 mai 1997, *Bull. civ.* IV, n° 151. Aussi, la situation du rétenteur est-elle expugnable même en cas de procédure collective, ceci spécialement si la chose est une valeur supérieure à celle de la créance du créancier gagé : le rétenteur n'est-il pas un gêneur dont on peut se débarrasser qu'en le payant ?

[752] Néanmoins, il convient de rappeler que l'option de la réalisation du pacte commissoire suppose que le pacte commissoire a été inséré dans la sûreté réelle conventionnelle qui dépend aussi de la liberté

En effet, l'attribution de propriété permettra de conférer au créancier la propriété du bien gagé et d'exclure par là même de cette valeur tous autres créanciers, même d'un rang préférable[753] : libre ensuite au créancier d'aliéner le bien gagé pour se faire rembourser sur son prix.

b - *Une option entre un droit préférentiel et un droit exclusif en droit chinois*

461.***Zhe Jia*** **: une voie d'exécution impropre pour la qualification préférentielle.** – En droit chinois des sûretés réelles mobilières, les parties disposent de trois options, en générale, en cas de défaillance du débiteur, pour la réalisation d'une sûreté réelle qui est qualifiée de « préférentielle ». Malgré cette qualification, qui nous semble inopportune, le législateur a prévu une voie particulière de réalisation de sûreté réelle : *Zhe Jia*[754]. En effet, *Zhe Jia* est défini comme un accord par lequel le créancier acquiert (la propriété) le bien affecté[755]. En effet, par cet accord, le constituant et le créancier se mettent d'accord sur le prix[756] du bien affecté, et sur le transfert de la propriété du bien en tant que le paiement. La nature de cet accord est une combinaison d'une vente avec la compensation conventionnelle ; le constituant transfert le bien grevé au créancier avec un prix déterminé, et la créance du prix de vente se compense avec celle de la créance garantie[757]. À la différence avec le pacte commissoire[758], le

---

contractuelle. Cette option n'existe pas lorsqu'au moment de la réalisation d'une sûreté réelle, ce pacte n'est pas inséré et aussi publié, parce que l'opposabilité du pacte commissoire est aussi importante pour constater son efficacité.

[753] Ainsi, même le superprivilège ne saurait faire obstacle à l'attribution judiciaire : Com., 9 juin 1998, *Bull. civ.* IV, n° 9.

[754] Art. 195, al. 1er, 219, al. 2, et 236, al.1er, LDR (respectivement en cas d'hypothèque, de gage et du droit de rétention chinois).

[755] GAO Shengping (高胜平), *La recherche comparative des sûretés réelles mobilières* (动产担保交易制度比较研究), Press of China University of Renmin (中国人民大学出版社), Pékin, 2008, p. 401.

[756] En effet, il ne s'agit pas d'une évaluation de la valeur résiduelle du bien. Par contre, la détermination du prix de bien par l'accord des parties devrait prendre en compte le prix de marché : GAO Shengping (高胜平), *La recherche comparative des sûretés réelles mobilières* (动产担保交易制度比较研究), Press of China University of Renmin (中国人民大学出版社), Pékin, 2008, p. 401.

[757] YE Jinqiang (叶金强), *担保法原理*, Science Press (科学出版社), Pékin, 2002, p. 154 ; GAO Shengping (高胜平), *La recherche comparative des sûretés réelles mobilières* (动产担保交易制度比较研究), Press of China University of Renmin (中国人民大学出版社), Pékin, 2008, p. 401.

[758] En chinois, « *流质契约* » ou « *流押契约* ».

Zhe Jia implique une obligation à la charge des parties conventionnelles à déterminer le prix de la cession[759]. Au demeurant, avec cet accord, le créancier devient le propriétaire du bien grevé, et ce droit de propriété lui permettra d'exclure les autres créanciers du débiteur qui désiraient à se faire payer sur le prix de vente.

462.**Vente amicale.** – Il existe, en outre, les voies traditionnelles de la réalisation de la sûreté : la vente amicale[760] ou la vente aux enchères. En cas de vente amicale, la vente aura lieu entre le constituant et un tiers à son choix, sous condition qu'il n'existe pas un droit de préemption sur le bien grevé[761]. Le créancier sera, par la suite de la vente amicale, payé par préférence, bien entendu, selon le rang de son droit de préférence.

463.**Vente aux enchères.** – Quant à la vente aux enchères, il existe deux procédures différentes : la procédure simple et la procédure dite « forcée ». La différence entre une vente « simple » aux enchères et une vente « forcée » aux enchères est importante. En cas de vente « simple », un accord entre le constituant et le créancier est aussi nécessaire. Par cet accord, le constituant[762] autorise le créancier à faire vendre le bien grevé sans passer par la procédure de saisie, et une convention de mandat[763] va être passée entre le constituant et un commissaire-priseur[764] pour que ce dernier puisse faire vendre le bien grevé aux enchères[765]. En cas de procédure de la vente forcée, c'est ce qui est reconnue par la Loi chinoise des droits réels, tout devrait commencer par la saisie du bien grevé. Après la saisie du bien grevé, une vente aux enchères

---

[759] La doctrine chinoise dominante considère cette obligation comme une « obligation de liquidation » (*清算义务 /Qing Suan Yi Wu*) qui a notamment pour objet d'éviter l'enrichissement du créancier par cette voie de réalisation.

[760] En chinois, «*担保物变卖* ».

[761] Sur l'inopposabilité de la vente amicale au droit de préemption, v. par ex. GAO Shengping (高胜平), *La recherche comparative des sûretés réelles mobilières* (动产担保交易制度比较研究), Press of China University of Renmin (中国人民大学出版社), Pékin, 2008, p. 404.

[762] Contra XU Wusheng (徐武生), *担保法原理与实践*, China industry and commerce Press (中国工商出版社), Pékin, 1999, p. 354 à 356.

[763] Une convention de mandat est obligatoire pour qu'un bien puisse faire l'objet d'une vente aux enchères selon la Loi chinoise de la vente aux enchères (Loi du 5 juillet 1996, entrée en vigueur le 1er janvier 1997, la dernière modification le 24 avril 2015).

[764] En chinois, «*拍卖机构* » : un organisme qui s'occupe des ventes aux enchères.

[765] GAO Shengping (高胜平), *La recherche comparative des sûretés réelles mobilières* (动产担保交易制度比较研究), Press of China University of Renmin (中国人民大学出版社), Pékin, 2008, p. 402.

simple va être organisée. A l'issue de la vente, le prix de vente va être utilisé, d'abord, pour payer les frais de justice, et ensuite, pour le paiement de la créance garantie. Il faut préciser que le créancier qui a sollicité la saisie n'est pas sûr d'être totalement ou partiellement désintéressé, parce qu'il pourrait arriver qu'il ne soit pas le seul créancier qui bénéficie un droit de préférence sur le bien grevé. Par exemple, il est parfaitement possible qu'un bien soit hypothéqué et qu'il fait l'objet d'une rétention ultérieurement. Le créancier rétenteur sera payé, dans cette hypothèse, en avance par rapport au créancier hypothécaire[766].

464.Si bien que tant en droit français qu'en droit chinois, les créanciers bénéficient tous des options en cas de défaillance du débiteur, le caractère discrétionnaire d'option n'existe qu'en droit français.

B – Un caractère discrétionnaire

465.**Le caractère discrétionnaire de l'option en droit français[767] a une portée réelle dans la pratique.** – Compte tenu de ce que l'option influe considérablement sur les droits des tiers, on s'attendrait à que celle-ci fût assujettie à un strict contrôle. Or, précisément, il n'en est rien. Les volontés individuelles ont au contraire le choix des « armes », et même de la plus dissuasive d'entre elles. La Chambre commerciale a en effet successivement affirmé le 3 novembre 1983 que « le créancier gagiste n'était pas tenu de demander l'attribution judiciaire du gage »[768] puis le 10

[766] Art. 239, LDR.
[767] Ph. Dupichot, *Le pouvoir des volontés individuelles en droit des sûretés*, préf. M. Grimaldi, éd. Panthéon-Assas, 2005, n° 723 et s., p. 544 et s.
[768] Com., 3 nov. 1983, pourvoi n° 82-13.297 ; *RTD civ.* 1984, p. 526, obs. Ph. Rémy ; *JCP* 1984, II, 20234, note, J. Mestre : selon le commentateur, « *c'est une incontestable option que l'article 2078 ouvre au créancier gagiste ; la doctrine unanime souligne d'ailleurs cette option en précisant qu'elle relève de la compétence exclusive du créancier ; elle est une simple faculté ; les cautions ne pouvaient donc à l'évidence lui reprocher de ne pas avoir choisi l'attribution judiciaire, pas plus d'ailleurs, à notre sens, qu'elles ne pourraient , en cas de gage avec dépossession, reprocher au créancier gagiste d'avoir préféré la vente à l'exercice de son droit de rétention* (…) » - Com., 13 mai 2003, n° 00-15.404, *D.* 2003, AJ, p. 1629, obs. V. Avena-Robardet : si l'attribution judiciaire n'est qu'une faculté, il en va toutefois autrement lorsque le créancier est également garanti par un cautionnement, la caution étant

octobre 2000 que « le créancier n'est pas tenu de demander la réalisation de son gage à l'échéance »[769] : il en résulte une option à la discrétion du créancier. C'est donc cette faculté qui constitue un droit potestatif susceptible de déployer ses effets lorsque le débiteur est *in bonis* ainsi que lorsqu'il se trouve en liquidation judiciaire[770]. La faveur du juge pour certaines manifestations de la volonté individuelle, dont on aurait pourtant facilement pensé qu'elles fussent sévèrement contrôlées, se vérifie donc pleinement.

466.Une conclusion inédite mérite d'être tirée de cette situation remarquable au terme de laquelle une manifestation de volonté unilatérale peut nuire aux tiers en toute licéité, comme si le principe de l'effet relatif des actes juridiques de l'article 1165 du Code civil s'en trouvait méconnu. S'il est loisible au créancier gagiste de décider la mise en œuvre de la faculté d'attribution judiciaire et d'exclure de la sorte tous autres créanciers de la valeur du bien, c'est donc nécessairement que cette éventualité existait auparavant et qu'elle était d'ores et déjà opposable aux autres créanciers. L'attribution au créancier de la propriété ne saurait donc être que le prolongement attendu de son droit réel de gage, sur lequel l'ouverture d'une période suspecte postérieurement à la date de constitution du gage ne saurait avoir d'incidence.

Aussi, doit-on admettre dès à présent que le droit réel accessoire du créancier implique *per se* une vocation légale à l'appropriation du bien, opposable *erga omnes* dans les mêmes conditions que les autres attributs de la sûreté.

467.**Le caractère conditionnel de l'option en droit chinois.** – Il est toujours préférable que la réalisation d'une sûreté réelle puisse être rapide, efficace et avec le moins de frais[771]. Pour atteindre cet objectif, le créancier devrait bénéficier d'un libre

---

fondée à se plaindre sur le fondement de l'article 2037 (numérotation avant la réforme de 2006) du Code civil si le créancier s'abstient de demander l'attribution.

[769] Com., 10 oct. 2000, n° 97-12.910 ; *D.* 2000, AJ, p. 424; *JCP* 2001, I, 315, n° 18, obs. Ph. Delebecque, decision écartant la faute du créancier gagiste qui aurait consisté à n'avoir pas réalisé son gage à la date d'échéance de remboursement du prêt.

[770] Art. L. 642-20-1, al. 2, C. com.; en ce sens aussi, M. Bourassin, V. Brémond et M.-N. Jobard-Bachellier, *Droit des sûretés*, 4e éd. Sirey, 2014, n° 1699, p. 472

[771] GAO Shengping (高胜平), *La recherche comparative des sûretés réelles mobilières* (动产担保交易制度比较研究), Press of China University of Renmin (中国人民大学出版社), Pékin, 2008, p. 385.

choix entre les différentes voies de réalisation, sans l'intervention de la force étatique, comme c'est exactement le cas en droit français.

468.Mais il existe toujours un écart entre l'idéale et la réalité. En droit chinois, le créancier ne bénéficie pas un pouvoir discrétionnaire *stricto sensu* dans l'option des modes de réalisation[772]. La première limite est le consentement du constituant. Il est aisé de comprendre cette limite, parce que pour vendre le bien grevé, il faut que le créancier bénéficie un droit de disposition du bien. Étant accordé un droit de préférence, le créancier ne bénéficie un droit de disposition sur le bien grevé à défaut d'une disposition légale ou conventionnelle. En effet, ce qui est intéressant pour le créancier bénéficiaire d'un droit de préférence est de pouvoir se faire payer par préférence sur le prix de vente du bien ; il lui importe peu à savoir « qui aura le droit à faire vendre le bien grevé »[773]. De ce fait, il convient de distinguer le droit de préférence avec le droit de disposition et le droit de préemption. Pour opter chaque mode de réalisation, un accord devrait être passé entre le créancier et le constituant ; conformément à l'esprit de la liberté contractuelle, le constituant n'est pas obligé de passer cet accord si la voie choisie par le créancier ne lui convient pas. Il peut arriver que le constituant ne soit d'accord que pour une des voies de réalisation, et la liberté pour le créancier se revèle être limitée. A défaut d'un accord entre le créancier et le constituant, cette option ne peut être faite que devant une juridiction étatique. Mais il faut noter que l'option devant des juges n'est pas une option pour le créancier pour choisir le mode de réalisation de la sûreté réelle ; elle constitue une voie subsidiaire[774], au cas où une option par accord entre le créancier et le constituant n'est pas possible, à déterminer le mode de réalisation. Et dans cette hypothèse, il semble que le mode

---

[772] Contra CHEN Huabing (陈华彬), *Les théories du droit réel(物权法原理)*, Chinese Academy of Governance Press (国家行政学院出版社), Pékin, 1998, p. 629 ; XU Wusheng (徐武生), *Les théories et les pratique du droit des sûretés(担保法原理与实践)*, China industry and commerce Press (中国工商出版社), Pékin, 1999, p. 338 à 339.

[773] En ce sens, LI Mingfa (李明发), « De la discussion des questions sur l'hypothèque (抵押权若干问题探讨) », *Hebei Law Science*(河北法学), 1998 (3).

[774] Sur le caractère subsidiaire de l'option judiciaire, v. par ex. GAO Shengping (高胜平), *La recherche comparative des sûretés réelles mobilières* (动产担保交易制度比较研究), Press of China University of Renmin (中国人民大学出版社), Pékin, 2008, p. 386.

de la réalisation s'impose aux parties par une décision judiciaire, la liberté d'option se voit ainsi être réduite à néant.

469.Pour conclure, *de lege lata*, il n'existe qu'un pouvoir d'option limité pour le créancier dans la réalisation de sa sûreté réelle. Il nous semble que ces limites devraient être enlevées pour que le créancier puisse librement choisir un mode de la réalisation[775]. La seule limite du caractère discrétionnaire de l'option serait celle de l'abus de ce pouvoir discrétionnaire comme pour le droit de propriété qui offre à son titulaire une grande liberté à l'usage, à la jouissance ou à la disposition du bien, sauf en cas d'abus.

470.En cas d'option d'un droit de préférence, la volonté d'individuelle peut jouer encore un rôle dans la modification de rang de préférence avant que le créancier soit réellement payé.

§ 2 – Une liberté dans la modification de rang de préférence.

471.Au travers d'une convention modificative de rang, un créancier est libre de céder son droit de préférence ou, à l'inverse, d'accepter un rang supérieur. La possibilité de modification de rang de préférence est possible tant en France[776] qu'en Chine[777]. Nous allons justement prendre le droit français comme exemple pour démontrer l'existence de la liberté contractuelle.

L'analyse de la notion de de la convention modificative de rang de priorité (A) précédera la présentation des différentes conventions modificatives (B).

---

[775] En ce sens aussi, GAO Shengping (高胜平), *La recherche comparative des sûretés réelles mobilières* (动产担保交易制度比较研究), Press of China University of Renmin (中国人民大学出版社), Pékin, 2008, p. 390.
[776] Art. 2424, al.2, C. civ.
[777] Art. 194, LDR : à préciser que la cession d'antériorité est aussi applicable en cas d'hypothèque mobilière.

A – La notion de la convention modificative de rang de préférence

472.**La règle à affranchir.** – La modification de rang n'est possible que si la règle applicable pour déterminer le rang de préférence ne soit pas d'ordre public[778], parce que dans le cas inverse, aucune modification conventionnelle n'est possible[779].

473.« *Prior tempore, Potior jure* » est une maxime fondamentale du droit français des sûretés réelles en vertu de laquelle le rang du droit de préférence découle pour l'essentiel de la date de mise en possession du créancier ou de la date d'inscription. Ainsi, parler de convention modificative de rang pourrait-il *a priori* surprendre. Pourtant, c'est bien à une telle qualification que doivent répondre les diverses conventions des parties tendant directement ou indirectement à modifier l'ordre découlant du principe de priorité lié à l'antériorité de la date.

474.Le principe de priorité lié à la date de la dépossession ou de l'inscription ne constitue pas une règle d'ordre public, la priorité d'un créancier étant le plus souvent d'intérêt privé. Autrement dit, il s'agit d'une « *dérogation conventionnelle au principe de priorité* »**[780]** lié à la date au sujet des conventions dont l'objet consiste à modifier le rang d'une inscription.

475.En effet, ces conventions ont pour spécificité remarquable de porter à titre principal sur cet attribut du droit de préférence qu'est son rang, sans remettre en question les autres attributs de la sûreté réelle tels que le droit de suite**[781]**. Des auteurs

---

[778] Ainsi, le rang déterminé au sein d'une procédure collective n'est susceptible d'une quelconque modification.

[779] Comp. J. Mestre, E. Putman et M. Billiau, Traité de droit civil, Droit spécial des sûretés réelles, LGDJ 1996, n° 1210 *in fine* ; Ph. Dupichot, *Le pouvoir des volontés individuelles en droit des sûretés*, préf. M. Grimaldi, éd. Panthéon-Assas, 2005, n° 707, p. 532 : « *Les volontés individuelles peuvent ainsi dissocier le rang du droit de préférence et la sûreté elle-même, et ce dans tous les cas où ce rang ne résultera pas d'un texte de loi attribuant à la sûreté un rang automatique et indépendant de toute inscription à la diligence du créancier privilégié : ce n'est que dans ce dernier cas, comme toute exceptionnel, que la contractualisation du rang ne sera pas possible* ».

[780] La formule de P. Ancel, *Droit des sûretés*, Litec, 2e éd. 2000, p. 160 à 161.

[781] Il faut d'ailleurs souligner que le droit de suite n'est pas accordé systématiquement aux créanciers bénéficiaires d'une sûreté réelle préférentielle portant sur les biens mobiliers ; il est accordé au

énoncent, à juste titre, qu'il est « *possible de donner une analyse qui soit commune à toutes les cessions d'antériorité : y voir une convention modifiant le rang des sûretés ; il faut pour cela admettre que le rang de la sûreté ne fait pas corps avec elle* »[782].

476.**Le domaine d'application et l'opposabilité de la convention modificative de rang.** – En droit français, la cession d'antériorité est expressément prévue par l'article 2424, alinéa 2, du Code de commerce, dans le cadre d'hypothèque. À la différence avec le droit chinois dans lequel une hypothèque peut aussi porter sur certains biens mobiliers, l'hypothèque française est une sûreté réelle immobilière. Autrement dit, au regard des dispositions du droit positif français, il semble que la cession d'antériorité, ou plus largement une convention modificative de rang, n'est possible que pour les sûretés réelles immobilières. Ainsi, dans les ouvrages principaux du droit des sûretés réelles, aucun auteur n'a soulevé la cession d'antériorité ou « la cession de priorité »[783] en domaine de sûretés réelles mobilières. Par contre, rien n'empêche que cette convention soit utilisée dans le domaine de biens mobiliers, parce qu'il est parfaitement possible, lorsque la dépossession du bien gagé n'est plus exigée, pour le constituant à constituer plusieurs gages sur un même bien, corporel comme incorporel. Et le rang de préférence se détermine aussi selon la règle de l'antériorité de l'inscription[784]. Une même situation ne méritera pas une même règle ? Il convient d'observer la validité d'une convention modificative de rang en matière de sûretés réelles mobilières en appliquant l'article 1134 du Code civil[785].

477.La convention modificative de rang, dans le domaine des sûretés réelles mobilières, peut être consensuelle parce que l'exigence de l'inscription en marge

---

créancier dans la condition que la sûreté soit régulièrement inscrite (en ce sens aussi, M. Bourassin, V. Brémond et M.-N. Jobard-Bachellier, *Droit des sûretés*, 4e éd. Sirey 2014, p. 468).

[782] H. et L., J. Mazeaud, F. Chabas et Y. Picod, *Sûretés, Publicité foncière*, 7e éd. Montchrestien, 1999, n° 617.

[783] M. Cabrillac, CH. Mouly, S. Cabrillac et Ph. Pétel, *Droit des sûretés*, 9e éd. Litec 2010, n° 989, p. 742.

[784] Art. 2340, al. 1er, C. civ. Cette règle est aussi applicable aux nantissements en respectant la disposition de renvoi prévue dans l'article 2355, al. 5, du même Code.

[785] Depuis le 1er octobre 2016, le fondemnet juridique de la liberté contractuelle sera prévu directement par le nouveau article 1102 du Code civil.

suivant l'article 2430 du Code civil[786] ne lui sera pas applicable. La question est de savoir si cette convention sera consensuelle comme le gage sans dépossession du droit commun.

478.En tant que convention, son rayonnement participe évidemment de l'effet relatif des conventions de l'article 1165 du même Code mais également de l'opposabilité absolue de ses effets externes. Partant, si la convention modificative ne peut nuire aux tiers[787] en modifiant sans leur consentement le rang qui résulte de la qualité de leur créance ou de leur date d'inscription, elle constitue toutefois un fait social dont l'opposabilité externe ne saurait être méconnue, et ce même en cas de procédure collective diligentée contre le débiteur. C'est tout l'intérêt d'une récente décision, curieusement méconnue, de la Chambre commerciale de la Cour de cassation que d'avoir décidé, au visa de l'article 1134 du Code civil et dans le cadre d'une procédure collective, que « *la banque et la société C2T pouvaient convenir entre elles du rang de leurs nantissement* »[788], cassant un arrêt d'appel ayant fait venir en concours au marc le franc ces deux créanciers inscrits le même jour sur un fonds de commerce. Autrement dit, la convention modificative de rang est valide sans aucune exigence particulière de formalité[789].

479.**Distinction avec la convention voisine.** – En effet, il convient de distinguer la convention modificative de rang avec celle portant sur l'inscription. Proche de la catégorie des conventions modificatives est la convention relative à la seule inscription et par laquelle un créancier s'oblige à n'inscrire sa sûreté qu'après un autre créancier titulaire d'une sûreté portant sur un même bien d'un même débiteur. Un

---

[786] Encore, il faut notamment souligner que l'inscription prévue par l'article 2430 du Code civil n'est qu'une condition d'opposabilité, mais pas une condition *ad validitatem.* V. aussi en ce sens : M. Bourassin, V. Brémond et M.-N. Jobard-Bachellier, *Droit des sûretés*, 4e éd. Sirey 2014, n° 2106, p. 609 *in fine*.

[787] Civ. 3e, 23 janv. 1973, n° 71-14.197, *Bull. civ.* III, n° 69 ; *D.* 1973, p. 427 ; *JCP* 1975, II, 18032 ; *Defrénois*, 1973, p. 1165: la convention ne joue qu'à concurrence des droits du cédant, « *sans pouvoir modifier les droits ou les obligations des autres créanciers, ni du débiteur ou de ses coobligés* ».

[788] Com., 13 nov. 2002, n° 99-15.819 cité par Ph. Dupichot, *Le pouvoir des volontés individuelles en droit des sûretés*, préf. M. Grimaldi, éd. Panthéon-Assas, 2005, p. 532, note de bas pas n° 67.

[789] En ce sens, M. Cabrillac, CH. Mouly, S. Cabrillac et Ph. Pétel, *Droit des sûretés*, 9e éd. Litec 2010, n° 989, p. 743. Cette énonciation est faite dans le cadre d'hypothèque. Mais nous ne concevons mal pourquoi il sera autrement en cas de sûretés réelles mobilières.

créancier pourrait également sans renoncer à sa sûreté mobilière déjà inscrite, renoncer à sa seule inscription au profit d'un autre créancier. L'objectif est de faire bénéficier un autre créancier à effectuer l'inscription d'une date antérieure. A la différence des conventions modificatives de rang, les conventions portant sur l'inscription ne porte qu'indirectement sur la modification du rang ; elles ne sauraient être consensuelles et impliquent de recourir à une radiation et à la prise d'une nouvelle inscription attributive de rang[790]. Enfin, les modifications de rang qui s'ensuivent d'opposabilité *erga omnes*, au-delà de la sphère de l'effet relatif des parties, précisément parce qu'elles sont apparentes, connues de tous et que la volonté se trouve alors simplement dans les techniques mises en place par le législateur.

B – Les différentes conventions modificatives de rang

480.Trois conventions différentes possibles doivent être distinguées : la cession d'antériorité (a), la stipulation de concurrence entre créanciers de rangs différents (b), et la promesse d'abstention (c). Il convient de les présenter séparément.

a - La cession de priorité

481.**Définition.** – La cession d'antériorité ou l'échange de rangs est la convention par laquelle les créanciers titulaires d'un privilège ou d'un gage portant sur le même bien mobilier conviennent de modifier entre eux le rang de leur sûreté : elle recouvre une interversion des rangs d'inscription du cédant et du cessionnaire. Sa validité ne fait pas de doute.

482.**Intérêt pratique.** – Un tel échange de rangs de préférence est fréquent entre un vendeur d'immeuble à crédit et un prêteur, tous deux titulaires d'un privilège immobilier spécial extrêmement utilisé en pratique. Ces conventions entre prêteurs et vendeurs règlent en effet souvent leur concours au titre des privilèges dont ils

[790] Ph. Dupichot, *Le pouvoir des volontés individuelles en droit des sûretés*, préf. M. Grimaldi, éd. Panthéon-Assas, 2005, n° 710, p. 533.

bénéficient de sorte qu'il s'agit de l'hypothèse la plus fréquente de conventions d'antériorité, le vendeur renonçant à son premier rang sur l'immeuble financé par un crédit. Il en résulte un pouvoir des volontés individuelles remarquable sur l'ordre de priorité issu des privilèges. Si cet exemple ne concerne que le cas d'hypothèque, nous ne voyons pas pourquoi cela ne va pas de même en cas de gage spécial portant sur le navire ou d'autres outils de transport de très grande valeur.

483.**Effets.** – L'échange de rangs relève des principes essentiels du droit des contrats donc ne joue qu'*inter partes*, c'est-à-dire dans la limite de la plus faible des deux sommes garanties. En effet, suivant une décision de la troisième Chambre civile du 23 janvier 1973[791], « *la cession d'antériorité convenue entre créanciers hypothécaires n'agit qu'entre eux sans pouvoir modifier les droits et obligations des autres créanciers ni du débiteur ou de ses coobligés ; elle n'opère donc que dans la limite de la plus faible des créances* ». En outre, les sûretés restent attachées aux créances d'origine de sorte que l'antériorité ne jouera qu'à concurrence des droits du cédant[792]. Ce pouvoir des volontés individuelles n'est donc pas absolu puisque la cession d'antériorité ne saurait porter atteinte aux intérêts des tiers et que la sûreté reste dépendante de la créance du cédant : le paiement du cédant par le débiteur aurait pour effet d'éteindre la sûreté du cessionnaire. Là encore, il est cependant possible[793] de doubler ces conventions d'une convention portant sur la créance elle-même : un nantissement de la créance elle-même au profit du cessionnaire éviterait ainsi que le débiteur ne désintéresse le cédant[794].

b - La stipulation de concurrence entre créanciers de rangs différents

484.**Définition.** – En outre, par une stipulation de concurrence, des créanciers privilégiés de rangs différents peuvent convenir de ne pas faire jouer leur rang entre

[791] Civ. 3e, 23 janv. 1973, n° 71-14.197, *Bull. civ.* III, n° 69 ; *D.* 1973, p. 427 ; *JCP* 1975, II, 18032 ; *Defrénois*, 1973, p. 1165.
[792] M. Bourassin, V. Brémond et M.-N. Jobard-Bachellier, *Droit des sûretés*, 4e éd. Sirey 2014, n° 2106, p. 610.
[793] H. et L., J. Mazeaud, F. Chabas et Y. Picod, *Sûretés, Publicité foncière*, 7e éd. Montchrestien, 1999, n° 614.
[794] Ph. Dupichot, *Le pouvoir des volontés individuelles en droit des sûretés*, préf. M. Grimaldi, éd. Panthéon-Assas, 2005, n° 711, p. 535.

eux[795]. Ils s'engagent à venir au même rang, indépendamment de l'ordre des priorités résultant des dates d'inscriptions : un jugement du tribunal de grande instance de Bordeaux en date du 13 février en donne un exemple[796].

c - La promesse d'abstention

485.**Définition et effets.** - Enfin, par une promesse d'abstention, un créancier titulaire d'une sûreté mobilière peut s'engager à ne pas invoquer son droit de préférence à l'égard d'un autre, sans pour autant reconnaître au bénéficiaire le droit d'être colloqué au rang du promettant comme en présence d'une cession d'antériorité. Dans ce cas, le créancier conserve son droit de préférence sans « subrogation du bénéficiaire » et dans la mesure où il ne nuit pas au bénéficiaire de la promesse en l'exerçant[797] : le créancier ne renonce pas à son droit mais seulement à s'en prévaloir à l'égard de certains créanciers, la convention s'accompagnant parfois d'une promesse de ne pas déclarer la créance pour le cas où la collocation du promettant nuirait au bénéficiaire de ladite abstention. La promesse d'abstention est surtout utile entre créanciers de même rang inscrits sur un même bien car une cession d'antériorité serait alors « *un coup d'épée dans l'eau* »[798] : elle s'apparente alors à une renonciation simplement translative au droit de préférence effectué par un créancier au profit d'un autre[799]. Cette convention totalement consensuelle n'est donc créatrice que de droits personnels.

---

[795] Ph. Théry, *Sûretés et publicité foncière*, 2e éd. PUF 1998, n° 216 : pour cet auteur, elle serait une « *variante atténuée* » de la cession d'antériorité.
[796] TGI Bordeaux, 13 févr. 1969, *D.* 1969, p. 334, note J. Ghestin.
[797] H. et L., J. Mazeaud, F. Chabas et Y. Picod, *Sûretés, Publicité foncière*, 7e éd. Montchrestien, 1999, n° 567 et 617.
[798] A. Fournier *Rép. civ*. Dalloz, V° « hypothèque », 2007, n° 247.
[799] Sur la promesse d'abstention, v. not. A. Fournier *Rép. civ.* Dalloz, V° « hypothèque », n° 245 à 257 ; H. et L., J. Mazeaud, F. Chabas et Y. Picod, *Sûretés, Publicité foncière*, 7e éd. Montchrestien, 1999, n° 567 et 617 ; M. Cabrillac, CH. Mouly, S. Cabrillac et Ph. Pétel, *Droit des sûretés*, 9e éd. Litec 2010, n° 996, p. 746.

Conclusion de la section 2

486.Le rayonnement de la liberté contractuelle s'étend à tous les coins où il n'existe pas de restriction impérative. La réforme du droit des contrats du 10 février 2016 a confirmé cette idée en énonçant que « *Chacun est libre de contracter ou de ne pas contracter, de choisir son cocontractant et de déterminer le contenu et la forme du contrat dans les limites fixées par la loi* »[800]. Ainsi, observons que cette liberté, qu'elle soit matérialisée ou non par une convention, occupe une place importante dans la réalisation de sûretés réelles. En France, le choix des modes de réalisation n'aura pas besoin d'intervention d'un tiers, mais en Chine, l'intervention du constituant ou d'une juridiction étatique est nécessaire. Pourtant, la liberté contractuelle s'appliquera au moment de la conclusion de l'accord sur le mode choisi de la réalisation. Cette liberté est notamment utile au service du créancier qui va toujours opter un mode de réalisation qui lui semble la plus efficace.

487.Néanmoins, l'utilisation de cette liberté n'a pas toujours pour finalité de profiter le créancier donneur de consentement ; elle pourrait aussi avoir pour objectif de favoriser au constituant dans l'obtention de crédit. Parce que par apparence, les conventions modificatives de rang font bénéficier souvent les autres créanciers que le cédant ou le promettant, ce qui est le bénéficiaire derrière est le débiteur, qui bénéficie, avant l'exécution de ces conventions, l'obtention de crédit.

Il est ainsi important de protéger cette liberté qui constitue logiquement la reine du droit privé.

[800] Art. 1102, al. 1er, C. civ.

Conclusion du Chapitre I

488.Avec une démonstration assez rapide, on peut observer, en premier lieu, que les parties contractantes peuvent bénéficier d'une liberté de choix entre les différentes sûretés déjà reconnues par les textes légaux. En dehors de textes légaux, la création de sûretés non préférentielles, que ce soit exclusives ou pseudo-sûreté, par les parties est toujours possibles. C'est ainsi avec l'imagination de ces praticiens que le droit français a reconnu une multitude de sûretés réelles nouvelles. Par conséquent, on peut dire que la reconnaissance des nouvelles sûretés par le législateur chinois est très potentielle.

489.Après la constitution d'une sûreté, ce qui est le plus important est la réalisation qui mesure l'efficacité de la sûreté constituée. Au moment de la réalisation, le créancier bénéficie d'une liberté de choisir le mode de réalisation qui lui conviendrait le mieux. En cas d'option d'une voie traditionnelle, le créancier pourrait aussi choisir à ne pas bénéficier de son bon rang de préférence au profit des autres créanciers. La cession d'antériorité comme les autres conventions modificatives de rang ne sont pas pour rien. Son utilisation profitera indirectement le constituant dans l'obtention de financement. Pourrait-on ainsi entrevoir le fonctionnement de financement des sûretés réelles avec, bien entendu, l'aménagement des volontés individuelles.

490.Dans une démarche comparative, il convient de constater que le droit chinois des sûretés réelles mobilières accorde une liberté moins étendue que celle bénéficiée par les praticiens français. Une présentation sur l'évolution de la liberté contractuelle en droit chinois et particulièrement dans le domaine des sûretés réelles est nécessaire pour que nous puissions mieux comprendre les régimes des sûretés réelles chinoises portant sur les biens mobiliers.

Chapitre II – L'évolution du principe de la liberté contractuelle en droit chinois des sûretés réelles mobilières

491.Si l'existence de la liberté contractuelle en France, depuis le Code napoléon, dans le domaine du droit commun des contrats ne se pose pas de problème, il n'en va pas de même pour le droit chinois.

492.**Une image de manquement de liberté.** – Le droit chinois est depuis longtemps caractérisé par un manque de libertés pour les justiciables. C'est peut-être la raison pour laquelle, aux yeux des occidentaux, il manque toujours de libertés en Chine, surtout toutes les sortes de libertés qu'un homme doit naturellement avoir, tel que la liberté d'expression. Cela consiste la première différence entre le droit chinois et le droit français.

493.**Une différence importante : manque de liberté en droit des sûretés réelles.** – Une deuxième différence entre le droit français et le droit chinois peut être observée. Selon M. Dupichot, en droit des sûretés français, les volontés individuelles sont encadrées dans le droit des sûretés personnelles, mais elles le sont moins en droit de sûretés réelles[801] ; mais en droit chinois, les volontés individuelles sont plus encadrées en droit des sûretés réelles qu'en droit des sûretés personnelles[802]. L'explication d'une telle différence n'est pas facile. Une des raisons principales[803] qui explique qu'en Chine, les volontés individuelles sont plus encadrées dans le domaine du droit des sûretés réelles, c'est parce que selon la doctrine courante[804], les sûretés réelles sont des droits réels qui ne sauraient avoir d'autres origines que des règles de droit. Ainsi, le principe de *Numerus clausus* des droits réels doit s'interpréter comme : les

[801] Ph. Dupichot, *Le pouvoir des volontés individuelles en droit des sûretés*, préf. M. Grimaldi, éd. Panthéon-Assas, 2005.
[802] GAO Shengping(高圣平), « Quelques problèmes rencontrés dans l'élaboration d'interprétation judiciaire du droit des sûreté(担保物权司法解释起草中的几个争议问题) », Séminaire du 28 juin 2014, à Zhongnan University of Economics and Law (Disponible sur : http://www.privatelaw.com.cn/Web_P/N_Show/?PID=9782).
[803] Nous pouvons aussi citer la sécurité des affaires comme la raison de la restriction de liberté dans le domaine du droit réel.
[804] CUI Wenxing (崔文星), *Du droit réel* (*物权法专论*), LAW PRESS (法律出版社), 2011, p. 18.

catégories et le contenu des droits réels sont exclusivement prévus par les lois. En effet, nous pouvons trouver le principe de *numerus clausus* dans l'histoire de la doctrine française [805] . Par contre, en France, une telle doctrine n'est plus convaincante[806]. Ainsi, la question sur une libre création de droit réel se pose[807].

494.***Numerus clausus.*** – En droit chinois, en tant qu'un droit réel, une sûreté réelle doit être strictement prévue par la loi. Autrement dit, il n'est pas possible qu'une sûreté réelle soit créée par les volontés individuelles, en Chine. En effet, un tel principe est compréhensible.

La LDR ne reconnaît que les sûretés réelles portant sur un droit de préférence, comme nous l'avions déjà expliqué dans l'introduction de cette recherche. Ainsi, si les catégories de sûretés réelles doivent être strictement prévues par la loi, c'est parce que les droits de préférence doivent être strictement prévus par les lois. La liberté contractuelle est en conflit avec le principe de *numerus clausus* des droits de préférence. Une même règle se trouve aussi en droit français[808]. Nous pouvons dire aussi que c'est l'intégration des sûretés réelles exclusives[809] dans le droit français qui fait la différence.

495.Si, en Chine, personne ne saurait créer une nouvelle sorte de sûreté réelle, immobilière ou mobilière, ce n'est pas de dire que la liberté contractuelle ne se retrouve pas dans le droit des sûretés réelles mobilières. Tout au moins selon la loi portant sur le droit des contrats[810], les parties contractuelles bénéficient d'une liberté

---

[805] L'expression « *numerus clausus* » provient du latin où elle signifie littéralement « nombre fermé ». En droit des biens, elle signifie que les démembrements de la propriété seraient en nombre limité, de sorte qu'il ne pourrait en être créé de nouveaux.
[806] V. W. Dross, *Droit civil*, *Les choses*, LGDJ-Lextenso, 2012 , n° 128 ; F. Terré et Ph. Simler, *Les biens*, 9e éd., Dalloz 2014, n° 52 et 774. La position restrictive exprimée lors des travaux préparatoires du Code civil s'explique par la volonté de faire obstacle à toute possibilité de rétablissement de pratique de type féodal. Mais ce risque s'est assez rapidement dissipé.
[807] L. D'Avout et B. Mallet-Bricout, « La liberté de création des droits réels aujourd'hui », *D.* 2013, p. 53 et s.
[808] Art. 2323, C. civ.
[809] C'est-à-dire les sûretés réelles permettant son titulaire de bénéficier un droit exclusif, tel que le droit de rétention et le droit de propriété.
[810] La loi chinoise du 15 mars 1999.

contractuelle[811] (Section 1). En outre, rien n'interdit que les parties conventionnelles puissent librement modifier le régime de sûreté réelle pour que cette dernière soit plus efficace, bien entendu, sous conditions que les modifications ne soient pas en contradiction avec l'ordre public et les prohibitions expresses. Néanmoins, certaines modifications sont envisageables pour que le principe de la liberté contractuelle puisse mieux servir les pratiques de crédit (Section 2).

[811] L'article 4 de la loi du 15 mars 1999 :

Section 1 – La liberté contractuelle chinoise : un principe du droit commun

496.Le principe chinois de la liberté contractuelle est expressément prévu par la loi du 15 mars 1999. Ainsi, l'article 4 de cette loi prévoit que : « *les parties bénéficient un droit de conclure volontaire des contrats dans le cadre des lois, une personne ou une institution ne saurait intervenir de manière illégale* ». C'est-à-dire qu'une personne bénéficie une liberté, dans le cadre des règles impératives des lois et des règlements, de conclure ou ne pas conclure une convention. Une telle disposition correspond bien au contenu de la liberté contractuelle qui est un principe fondamental du droit privé chinois (§1). Si la doctrine chinoise dominante traite le principe de *numerus clausus* des droits réels comme le principal obstacle de la liberté contractuelle, elle n'est que partiellement fondée, parce que l'incompatibilité entre ces deux principes n'est que théorique (§2).

§1 – Une règle générale du droit commun

497.Une présentation théorique de la liberté contractuelle chinoise (A) précédera celle portant sur les dispositions légales matérialisant cette liberté en droit positif chinois (B).

A –La liberté contractuelle en doctrine chinoise

498.**Les connotations de la liberté contractuelle.** – En droit chinois, la liberté contractuelle a fait l'objet de plusieurs interprétations. L' « autonomie de la volonté »[812] constitue l'idéologie centrale notamment en droit civil chinois[813] . Ainsi,

[812] En chinois, «*意识自治* ».
[813] V. en ce sens, par ex. ZHU Jingwe (朱景文), « 中国特色社会主义法律体系：结构、特色和趋势 », *Chinese Social Science* (中国社会科学), 2011 (3).

à travers différentes institutions du droit civil, elle représente l'esprit du Droit. La liberté contractuelle, plus généralement appelée « l'autonomie du droit privé »[814], signifie que dans le cadre des règles légales, le sujet de droit civil bénéficie une grande liberté d'acte, et en se basant sur cette liberté, ce sujet de droit peut, selon sa volonté, faire naître, modifier ou faire éteindre une relation juridique de droit privé.

499.**Des écoles doctrinales.** – Plus précisément, pour la doctrine chinoise, les explications théoriques de la liberté contractuelle sont les suivantes.

Premièrement, le principe de la liberté contractuelle incarne une liberté d'actes qui est une liberté accordée au sujet de droit par le droit commun. Elle comporte une liberté dans la formation des volontés, et aussi celle dans l'expression des volontés. Ce principe autorise le sujet de droit à participer librement aux activités civiques dans le cadre des règles et des lois impératives.

Deuxièmement, le sujet de droit décide librement la création, la modification et l'extinction d'une relation juridique. Un tiers ne saurait s'immiscer, en dehors de dispositions légales, dans les affaires personnelles d'une autre personne. Le sujet de droit bénéficie, bien entendu, de la liberté de conclure ou ne pas conclure une convention, et de choisir le cocontractant, le contenu, la forme et voire le terme de la convention. Le consentement des parties prime sur les « règles supplétives »[815], qui ne s'appliquent qu'en absence de dispositions conventionnelles.

Troisièmement, le sujet de droit ne saurait utiliser sa liberté que dans la limite des lois. La liberté n'est jamais absolue[816], elle n'est que relative. La liberté contractuelle devrait être réalisée par la loi et aussi exercée dans la limite des dispositions des lois. Pour savoir si l'exercice de la liberté contractuelle conforme bien les lois, il faut regarder, d'abord, les règles impératives des lois, et ensuite, l'ordre public et les

[814] En chinois, «*私法自治* ».
[815] En chinois, «*任意性规则* », à l'opposabilité des règles impératives.
[816] LI Qianqian (李倩倩), *担保物权中意识自治原则的体现*, Mémoire, University of Anhui, 2013, p. 4.

bonnes mœurs[817], et enfin, les autres principes généraux du droit commun. Autrement dit, même si le principe de la liberté contractuelle est considéré comme un principe fondamental du droit commun chinois, en cas de conflits avec les autres principes fondamentaux, la liberté contractuelle doit se mettre en retrait.

Enfin, le sujet de droit doit pouvoir subir, tout seul, la conséquence des actes juridiques créés selon sa volonté. Autremet dit, il s'agit de l'exigence de la capacité civique des contractants. Les actes qu'il a passés volontairement produisent des effets juridiques que le sujet de droit doit subir ; il engage sa responsabilité envers son cocontractant[818].

500.**La valeur du principe de la liberté contractuelle. –** Bien que n'étant pas placé au premier rang parmi les autres principes généraux du droit commun**,** cela ne veut absolument pas dire que le principe de la liberté contractuelle n'est pas important. Il joue un rôle important au moins au niveau économique et au niveau juridique.

501.**Au niveau économique.** – Quant à son importance au niveau économique, la doctrine chinoise s'inspire des théories de la macro-économie et considère que le marché est contrôlé par une main invisible. En effet, cette main invisible et intangible est l'ensemble des effets de la liberté contractuelle. En réalisant un intérêt proprement personnel, les praticiens créent inconsciemment des bénéfices à la société. Dans le cadre de l'économie du marché, la liberté contractuelle se concrétise en une liberté d'entreprendre et une liberté d'offrir les services et des marchandises sur le marché pour les professionnelles, et une liberté de choisir les services et les marchandises par les consommateurs. Le principe de la liberté contractuelle exige un respect maximum de la volonté des praticiens. Ainsi, ce respect de la volonté individuelle promouvra l'autonomie du marché et le développement de la créativité[819], et garantira la liberté des sujets de droit commun. Autrement dit, l''exigence du respect de la liberté contractuelle représente la nécessité de l'économie de marché, et elle constitue le

[817] En Chinois, « *公序良俗原则* ». Art. 7, MFTZ (Loi chinoise du 12 avril 1986)
[818] En effet, c'est la même idée que l'article 1134 du Code civil.
[819] LI Qianqian (李倩倩), *担保物权中意识自治原则的体现*, Mémoire, University of Anhui, 2013, p. 6.

noyau dur de la liberté de transaction ; sans la liberté contractuelle, il n'existera pas de l'économie de marché.

502.**Au niveau juridique.** – Quant à l'importance de la liberté contractuelle pour le système juridique, elle permet et promeut la réalisation de la valeur juridique[820]. En effet, la liberté est l'objectif final que le Droit cherche à protéger, parce que la liberté représente la nécessité naturelle des êtres-humains. Tout le monde cherche à pouvoir bénéficier d'une liberté maximale. Mais dans une société remplie de différents intérêts particuliers et de conflits, l'exercice de la liberté devrait baser sur un respect des libertés des autres. Or, une liberté n'est garantie que par le respect des autres personnes de cette liberté. Par exemple, une liberté accordée par le droit au propriétaire sur son bien sera vide de contenu si le droit n'exige pas un respect de cette liberté par les autres.

503.Cette liberté est matérialisée par une liberté contractuelle et à chaque fois la conclusion d'une convention est nécessaire pour constituer une relation juridique. Ainsi, sans liberté contractuelle, il n'y aura pas de liberté d'entreprendre, de mariage, de gratifier, de disposition, etc.

504.**Liberté contractuelle et principe d'égalité.** – Enfin, le principe de la liberté contractuelle est constitué sur le principe d'égalité sans lequel il n'y aura pas de véritable liberté contractuelle. Autrement dit, le principe de la liberté contractuelle renforce le respect du principe d'égalité des sujets de droit commun.

505.**Les restrictions du principe de la liberté contractuelle.** – En effet, les valeurs de la liberté contractuelle que la doctrine chinoise constate sont les fonctionnements que ce principe a pu fournir aux autres principes qui occupent une place plus importante dans la hiérarchie des intérêts[821]. Ainsi, M. ZHANG Jing[822], a pu, à juste

[820] V. not. LI Qianqian (李倩倩), *担保物权中意识自治原则的体现*, Mémoire, University of Anhui, 2013, p. 7.

[821] Comp. avec LI Qianqian (李倩倩), *担保物权中意识自治原则的体现*, Mémoire, University of Anhui, 2013, p. 7. Selon cet auteur, la liberté contractuelle sert à protéger les autres libertés fondamentales, le patrimoine privé individuel et aussi l'ordre normal du marché. Autrement dit, la liberté contractuelle ne peut par lui-même devenir une liberté fondamentale (comp. P.-Y. Gahdoun, *La*

titre, énoncer publiquement les trois principes à respecter dans l'application du principe de la liberté contractuelle en Chine[823] : le respect des lois chinoises, le respect des intérêts étatiques et le respect de la protection de la sécurité économique.

506.Peu importe l'importance de la liberté contractuelle, le respect par les parties contractantes aux règles impératives des lois et des règlements chinois est le principe primordial. A la différence avec le droit français qui accorde, au travers de la jurisprudence de la Cour constitutionnelle, à la liberté contractuelle le statut d'une liberté constitutionnelle[824], la liberté contractuelle, en droit chinois, n'est qu'un principe d'une valeur inférieure aux dispositions légales. Et l'article 51 de la Constitution de la République populaire de Chine a expressément souligné que « *l'exercice d'une liberté et d'un droit par un citoyen ne saurait porter atteintes aux intérêts de l'Etat, de la société, des communautés, et aussi au droit et à la liberté des autres citoyens* ». Pourrait-on ainsi entrevoir le vestige féodal sur la résistance de la liberté individuelle ?

507.La deuxième restriction de la liberté contractuelle est le respect des intérêts étatiques. Le respect des intérêts étatiques est clairement prévu dans la Loi dite *Ming*

---

liberté contractuelle dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel, préf. D. Rousseau, Dalloz, 2008, p. 116 : « *il ne s'agit pas de reconnaître telle ou telle liberté spéciale au gré des différentes affaires venant au Conseil constitutonnel mais bien de prétendre que, d'une manière générale, la liberté contractuelle peut être source d'une censure à la seule condition qu'elle s'intègre dans le cadre d'une demande plus générale relative à un autre principe* » .

[822] ZHANG Jing (张经), directeur du Département de règlement et d'administration du marché du Bureau général d'industrie et de commerce de la RPC (*国家工商总局市场规范和管理司司长*).

[823] ZHANG jing (张经), «Les trois principes dans l'application du principe de la liberté contractuelle (“契约自由”原则在中国适用的三原则)», http://www.saic.gov.cn/yjzx/gzyj/gzyj_lltt/201203/t20120301_124354.html, consulté le 10 janvier 2015.

[824] Sur cette question, v. not. P.-Y. Gahdoun, *La liberté contractuelle dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, préf. D. Rousseau, Dalloz, 2008. Plus particulièrement : CC 2000-436 DC du 7 décembre 2000, *Rec.* p. 176. En effet, cet auteur n'a pas entre dans le débat traditionnel entre les privatistes et les publicistes ; il a lu volontairement les décisions du Conseil constitutionnel à l'élaboration du statut de la liberté contractuelle et à la détermination du fonctionnement de la liberté contractuelle. La liberté contractuelle possède un statut conditionné et un statut ambigu ; et il existe une protection des contrats en cours (pour respecter la pérennité du contrat) et une protection des contrats à venir (pour respecter l'impulsion contractuelle). En somme, la liberté contractuelle est bien une liberté constitutionnelle même si rien ne l'évoque expressément dans la Constitution. *Contra* N. Molfessis, *Le Conseil constitutionnel et le droit privé*, préf. M. Bobert, LDGJ 1997.

Fa Tong Ze de 1986[825]. En effet, par l'article 7 de cette loi, le législateur indique expressément que les sujets de droits, en exerçant des activités, doivent respecter les bonnes mœurs publiques, et ne sauraient porter atteintes ni aux intérêts publics de la société, ni au plan économique de l'Etat, ni à l'ordre normal de la vie économique. Pour M. ZHANG, cette règle devrait notamment être respectée en cas de conclusion d'un contrat de caractère d'extranéité [826]. Ainsi, ce même auteur préconise l'intervention des pouvoirs publics pour contrôler le respect de cette règle dans la conclusion des conventions d'extranéité.

508.Enfin, la protection de la sécurité économique étatique devrait être mise en avant par rapport au principe de la liberté contractuelle. Certes, la liberté contractuelle permettra un développement sain du marché, mais il est aussi important de protéger l'économie chinoise face à la concurrence des entreprises internationales, notamment après la signature des Accords de l'OMC[827]. Ainsi, la limite de la liberté contractuelle a trouvé un autre fondement légitime en droit chinois.

509.Néanmoins, il faut relativiser ces limites de la liberté contractuelle, parce que la liberté contractuelle n'est pas réduite à une peau de chagrin.

510.Comme ce qui est expliqué présédemment qu'il n'y aura pas de liberté contractuelle s'il n'est pas exigé le respect de cette liberté. Il convient donc de regarder les dispositions légales chinoises permettant la réaliser cette liberté contractuelle.

---

[825] Art. 7, Loi chinoise dite MFTZ.
[826] ZHANG jing (张经), «Les trois principes dans l'application du principe de la liberté contractuelle (“契约自由”原则在中国适用的三原则)», http://www.saic.gov.cn/yjzx/gzyj/gzyj_lltt/201203/t20120301_124354.html, consulté le 10 janvier 2015.
[827] *Ibid*.

B –La liberté contractuelle matérialisée par les différents textes légaux chinois

511.La liberté contractuelle se transforme à des libertés diverses dans les différents domaines. Elle se transforme à une liberté de disposition en cas de vente ou de constitution d'un testament ; elle se métamorphose à une liberté de mariage en cas de conclusion d'un contrat de mariage ; elle se matérialise à une liberté d'entreprendre en droit des entreprises, etc.

512.**Loi chinoise du droit des contrats[828].** – L'article 4 de la Loi chinoise du droit des contrats constitue le fondement de la liberté contractuelle. Et l'article 8 de cette loi prévoit expressément que le contrat légalement formé a une force de loi pour les contractants[829], et les parties devraient exécuter leur obligation conformément aux dispositions conventionnelles, ils ne sauraient librement modifier ou résilier le contrat.

En cas où le contrat n'est pas conclu librement par les parties, on peut exiger des dommages et intérêts à la partie fautive, par exemple, en cas de dissimulation des informations[830], ou de fraude et de violence[831].

513.**Loi chinoise de mariage.** – L'article 3 de la loi chinoise sur mariage interdit strictement le mariage arrangé[832] ou la « vente de mariage »[833] et tout autre acte qui empêche la liberté de mariage. L'empêchement de la liberté de mariage avec la violence est sanctionné de maximum 2 ans d'emprisonnement, et en cas de circonstances aggravées, la personne responsable sera punie d'un emprisonnement

[828] Loi du 15 mars 1999 (LDC).
[829] Comp. avec. Art. 1134, al. 1er, C. civ.
[830] Art. 42, LDC : en cas de dissimulation des informations importantes ou un manquement de respect du principe de honnêteté, le contractant subi des préjudices peut demander à la partie fautive à engager sa responsabilité contractuelle à payer des dommages et intérêts.
[831] Art. 52, LDC.
[832] En chinois, « *包办婚姻* », c'est une pratique ancienne que deux famille arrange le mariage de leurs descendants contre leurs volontés.
[833] En Chinois, « *买卖婚姻* », c'est-à-dire de faire marier une personne à une autre, le cessionnaire, en contrepartie d'une somme d'argent. Cette pratique existe dans l'histoire chinoise où une famille pauvre avait voulu profiter de leur fille en lui forçant à marier, dès que possible (normalement à l'anniversaire de 16 ans) avec un homme riche, et ce dernier va donner une grande somme d'argent. Il peut être considéré comme une sorte particulière de mariage arrangé, parce que la famille de l'homme ou lui-même doit payer une somme d'argent à la famille de la fille.

d'au moins de 2 ans et de maximum de 7 ans[834]. En cas de « vente de mariage », le « vendeur » sera aussi puni pénalement au titre de la « traite des femmes et des enfants » d'un emprisonnement de moins de 10 ans avec une amende ou bien une confiscation du patrimoine ; en cas de circonstances aggravées d'une gravité importante, le criminel sera puni de la peine de mort avec la confiscation du patrimoine[835]. Nous pouvons facilement constater que la sanction est d'une extrême rigidité pour une atteinte grave de la liberté de mariage.

514.**Loi chinoise de l'héritage. –** Une autre consécration du principe peut être aussi trouvé dans les texte régissant l'héritage en droit chinois. L'article 16 de la Loi chinoise sur l'héritage[836] prévoit clairement qu'une personne peut, conformément aux règles prévues dans cette loi, libre disposer son patrimoine par un testament. En cas de vice du consentement du testamenteur, le testament sera nul[837].

515.**Loi chinoise des droits réels.** – Enfin, l'article 39 de la Loi des droits réels énonce que le propriétaire bénéficie une libre possession, utilisation, et la disposition de son bien. En outre, il est libre à constituer des droits réels prévus par les lois. La libre disposition du bien et le bénéfice de l'usage ou de la jouissance du propriétaire ne fait nul doute. Ainsi le propriétaire est protégé de sa liberté sur son patrimoine non seulement par cette loi, mais aussi au niveau constitutionnel[838].

516.Mais cette liberté n'est pas absolue, à côté de l'usage abusif de cette liberté, le principe de *numerus clausus* des droits réels constitue aussi une limite de la liberté de disposition du propriétaire.

---

[834] Art. 257, Loi chinoise de droit pénal du 1er juillet 1979, dernière modification le 29 juin 2009.
[835] Art. 240, Loi chinoise de droit pénal.
[836] Loi du 10 avril 1985.
[837] Art. 22, Loi du 10 avril 1985.
[838] Art. 13, la Constitution de la République populaire de Chine.

§2 – Une règle en conflit avec le principe de *numerus clausus* des droits réels

517.Avant de traiter le conflit entre le principe de la liberté contractuelle avec le principe de *numerus clausus* (B), il convient de présenter, d'abord, les caractères du droit réel chinois et le principe de *numerus clausus* (A).

A – Les droits réels chinois et le principe de *numerus clausus*

518.Il convient de présenter un peu d'historique des droits réels chinois (a) avant la présentation du principe de numerus clausus qui est tout récent (b).

a - Histoire des droits réels chinois

519.L'analyse du régime juridique chinois montre une certaine évolution en ce qui concerne l'existence des droits réels. D'une absence totale après la révolution chinoise, les droits réels ont émergé de manière timite avant d'être reconnus officiellement dans des textes.

520.**Une période d'absence totale.** – Après la seconde guerre mondiale, et la déclaration de l'indépendance de la République populaire de Chine en 1949, le législateur chinois a abandonné tous les contributions des législateurs précédents, pour marquer la différence entre la nouvelle République Populaire de Chine avec l'ancienne République. Donc, la notion de droit réel est en manque de 1949 jusqu'en 1978, au moins dans les textes légaux. Il n'existait que la notion de propriété mais pas celle de « droit réel »[839]. Plus précisément, pendant cette période, en droit chinois, il n'existait ni les droits réels principaux, ni les droits réels accessoires, c'est-à-dire les sûretés réelles.

521.**Vers une émergence timide.** – Après cette période sombre pour le droit chinois, l'aube est arrivée en 1978 avec la réforme économique. En effet, le *Parti Communiste de Chine* (PCC) a encouragé le développement progressif du commerce privé et

[839] V. en ce sens, not. LI Shigang, *Le droit chinois des sûretés – étude comparative*, thèse Paris II, 2008, n° 67, p. 50 et 51.

l'utilisation du sol qui appartient toujours à l'Etat. C'est avec la promulgation de la Loi dite *Ming Fa Tong Ze* (MFTZ) de 1986, qui est entrée en vigueur le 1er janvier 1987, que le législateur a intégré la notion de « droit réel » dans les textes légaux chinois. Pour éviter l'utilisation directe de l'expression « droit réel », le législateur a en effet utilisé l'expression « *la propriété et des droits patrimoniaux relatifs au droit de propriété*»[840]. En 1988, L'article 10 de la Constitution de la République Populaire de Chine dispose plus directement que « les droits d'usage des terres peuvent être transférés selon les dispositions des lois ». Ensuite, un bon nombre de lois et de règlements ont été également édifiés, et nous pouvons y trouver beaucoup de textes relatifs aux droits réels antérieurs à la LDR. Mais, bien sûr, sans l'expression de « droit réel », ni les dispositions générales qui en dispose directement le régime[841].

522.**La reconnaissance officielle.** – Néanmoins, malgré des dispositions légales dispersées, il n'existait pas régime concret et complet des droits réels en Chine avant la promulgation de la Loi des droits réels de 2007. La première loi chinoise portant sur les droits réels a vu le jour le 16 mars 2007, et c'est depuis la promulgation de cette loi que les textes légaux chinois reconnaissent officiellement la notion de « droit réel ».

523.Par l'article 2 de cette loi, le législateur chinois a diffusé des informations très importantes. Le législateur a, par le premier aliéna de l'article 2, indiqué que cette loi est applicable pour « traiter la relation civile liée à l'appropriation et l'utilisation d'un bien ». Autrement dit, par les dispositions légales portant sur les droits réels, le législateur vise notamment à traiter la relation entre les personnes mais pas celle entre

[840] En chinois, «*财产所有权和与财产所有权有关的财产权* ». Jusqu'à la ville de la promulgation de la LDR, la notion de droit réel n'était utilisée dans aucune loi, règlement ou explication judiciaire. Lors de la rédaction de la Loi MFTZ, quelques érudits suggéraient d'établir officiellement la règlementation du droit réel. Cependant, en alléguant que la notion de droit réel était peu utilisé auparavant et qu'elle n'était pas familière au peuple, les autorités législatives rejetaient la suggestion et adoptaient l'expression ambiguë : « la propriété et des droits patrimoniaux relatifs au droit de propriété ». v. not. LI Shigang, *Le droit chinois des sûretés – étude comparative*, thèse Paris II, 2008, n° 68, p. 52.

[841] Les textes qui ont mentionné indirectement le « droit réel » : Art. 72, 78, 79, 83 et 89-2, Loi MFTZ ; Loi des sûretés de 1995 ; la Loi de du droit de commerce maritime et la Loi sur l'aviation civile ; la Loi sur la gestion des terres et la Loi sur la gestion des immobiliers en zone urbaine ; le Règlement sur la gestion des bâtiments privés en zone urbaine, le Règlement sur exécutions de la loi sur la gestion des terres et le Règlement provisoire sur la concession et l'allocation des droits d'usage du terrain d'Etat dans les villes et bourgs.

un bien et une personne. Il est ensuite question de savoir ce que c'est un bien. Par le deuxième alinéa de l'article 2, le législateur chinois a répondu à cette question avec beaucoup de subtilité : « Le bien [842] utilisé dans cette loi comporte les biens immobiliers[843] et les biens mobiliers[844] ; si les lois prévoient qu'un droit puisse être l'objet d'un droit réel, il faut respecter les lois ». Autrement dit, l'objet d'un droit réel est nécessairement un bien corporel, immobilier ou mobilier, à l'exception des dispositions légales contraires. Avec cette disposition, il n'y aura pas de discussion possible sur la validité d'un droit réel portant sur un droit (personnel). Nous comprenons bien que cette exception est particulièrement ouverte pour le « gage des droits » qui est considéré comme un droit réel[845]. Enfin, avec le dernier aliéna de l'article 2, le législateur limite le nombre de différentes catégories de droits réels en énumérant que : « le droit réel, pour cette loi, est un pouvoir direct et exclusif que le bénéficiaire exerce sur le bien, il comporte le droit de propriété, les droits d'usage et les sûretés réelles»[846].

524.Cette disposition n'est pas celle qui sert comme le fondement du principe de *numerus clausus,* comme c'est le cas pour la disposition de l'article 543 du Code civil en France, il ne s'agit pas d'une énumération limitative. Par contre l'article 5 de cette même loi prévoit expressément le principe *numerus clausus* pour tous les droits réels y compris les sûretés réelles.

---

[842] En chinois, «*物*».

[843] En chinois, « *不动产* », qui signifie littérairement le patrimoine qui ne peut pas être déplacé.

[844] En chinois, « *动产* », qui signifie littérairement le patrimoine qui peut être déplacé. En effet, les textes légaux chinois n'utilisent jamais de l'expression « bien mobilier » mais plutôt celle de « patrimoine mobilier ».

[845] Comp. M. Mignot, « Le numerus clausus et les sûretés réelles », *in Liberté contractuelle et droits réels,* Institut universitaire Varenne, 2015, ss dir. L. Andreu, p. 195 et s. Pour cet auteur, toutes les sûretés réelles traditionnelles sont « un droit le droit portant sur la chose ». Et dans la doctrine chinoise, le gage est un droit sur la chose.

[846] En chinois, « *本法所称物权，是指权利人依法对特定的物享有直接支配和排他的权利，包括所有权、用益物权和担保物权*».

b - Le principe de numerus clausus en droit chinois

525.**Le fondement juridique du principe de *numerus clausus*.** – L'article 5 de la Loi des droits réels prévoit que « Les types et contenus des droits réels sont disposés par les lois »[847]. Cela veut dire que seulement l'organe suprême du pout d'Etat – l'Assemblée populaire nationale (*APN*) et son comité permanent (*CAPN*) – peut légiférer et modifier les droits réels. Les autres organes et personnes ne peuvent ni créer de nouveau droits réels, ni modifier à leur guise les contenus du droit réel fixé par les lois. A travers la transparence et la limitation de possibles changements causés par la réglementation, ce principe a pour finalité de protéger la stabilité des relations et la régularité des transactions de biens[848].

526.**Interprétation doctrinale du principe.** – Ce principe est interprété dans la doctrine chinoise de différentes manières. Comme nous avons mentionné dans la démonstration présédente, différents auteurs chinois accordent des connotations différentes à ce principe. Ce qui est en commun c'est le nombre limité des droits réels et la légalité de leur contenu. La question est de savoir comment définir le « contenu » d'un droit réel. Est-ce qu'il s'agit un effet juridique d'un droit réel, ou bien il s'agit plus généralement le mode de création, de modification et d'extinction d'un droit réel, y compris le mode de la publicité et les effets juridiques qu'un droit réel peut amener pour son bénéficiaire. Prenant le droit de propriété comme exemple, l'article 23 de la Loi des droits réels prévoit que la création et le transfert de la propriété portant sur un bien mobilier se fait au moment de la « livraison »[849] sauf les dispositions légales contraires. Et en cas particulier d'outil de transport tel que le véhicule à moteur terrestre, la création, la modification et l'extinction du droit de propriété ne sont opposables qu'avec l'inscription[850] ; autrement dit, l'inscription ne constitue pas une condition *ad validitatem*. Mais il est dans la logique de penser qu'un transfert de propriété est nécessairement la conséquence d'un accord de volonté entre le cédant et

[847] La version de traduction par LI Shigang, *Le droit chinois des sûretés – étude comparative*, thèse Paris II, 2008, n° 82, p. 59.
[848] LI Shigang, *Le droit chinois des sûretés – étude comparative*, thèse Paris II, 2008, n° 82, p. 59.
[849] En chinois, «交付».
[850] Art. 24, LDR.

le cessionnaire, parce que c'est seulement le propriétaire[851] ou bien le titulaire du droit de disposition qui a le droit de disposer d'un bien, or la vente de la chose d'autrui est nulle. De ce fait, la loi a prévu le mode de création et de modification du droit de propriétaire : un consentement avec la publicité. Parce qu'en cas de conflit, pour que le propriétaire puisse envisager une protection que la loi lui accorde, il doit prouver non seulement l'existence de son droit de propriété, mais aussi que ce droit de propriété est opposable aux tiers. Ainsi, il faut admettre qu'il appartient aux lois de déterminer non seulement les effets juridiques qu'un droit réel accorde à son titulaire ou propriétaire, mais aussi la condition de création, de modification, d'extinction et d'opposabilité de ce droit. Cela correspond aussi à l'objectif de la Loi des droits réels prévu dans l'article 2 : traiter la relation civile entre les personnes concernant l'appropriation et l'utilisation d'un bien.

527.Basée sur cette analyse, tous ces éléments prévus par les lois ne sauraient être modifiés par une personne ou un organe dépourvu de pouvoir législatif. Le conflit entre la liberté contractuelle et le principe de *numerus clausus* devrait être constaté, parce que le dernier limite nécessairement la première.

B – La limitation de la liberté contractuelle par le principe de *numerus clausus*

528.**Une limitation pour les droits réels principaux et accessoires.** – Il n'est pas question qu'il n'existe qu'un seul droit de propriété sur un bien. Il ne peut y avoir deux ou plusieurs droits de propriété portant sur un même bien, même si en cas de copropriété, le droit de propriété de chacun ne porte pas sur l'ensemble du bien mais seulement sur une partie[852]. La création de nouveaux droits de propriété n'est pas possible. Il semble que la limite du pouvoir de création de nouveaux droits réels ou de modifier le contenu des droits réels existant n'est applicable qu'aux droits réels

[851] Art. 39, LDR.
[852] Art. 93, 94 et 95, LDR.

principaux ou accessoires[853], à l'exclusion du droit de propriété. Autrement dit, son application est attachée au démembrement du droit de propriété.

529.**Une restriction de la liberté contractuelle en domaine de droits réels principaux.** – De manière générale, les droits d'usage prévus par la Loi des droits réels sont, le droit de posséder, d'utiliser et de recevoir les fruits des biens[854], immobiliers et mobiliers[855]. Plus particulièrement, cette loi a prévu quatre catégories spéciales de l'usufruit : le droit forfaitaire d'exploitation du terrain en friche[856], le droit d'usage du terrain constructible[857], le droit d'usage du terrain à logement[858] et la servitude foncière[859]. Tous ces droits sont strictement réglementés par la Loi des droits réels. Il est aisé à comprendre la nécessité de la réglementation stricte : ces droits sont tous constitués sur les biens qui n'appartiennent à personne, mais à l'Etat.

530.Il est à constater qu'il n'existe pas de règles particulières portant sur le droit d'usage des biens mobiliers. Autrement dit, le propriétaire est libre à conférer un autre un droit d'usage de son bien mobilier. En outre, aucune disposition légale n'a limité la durée du droit d'usage d'un bien mobilier. Est-ce qu'il est possible de conférer à une personne l'usage viager d'un bien mobilier ? La réponse sera possible parce que nous ne voyons pas de restriction expresse légale. Bien sûr, l'usufruitier ne saurait utiliser le bien de n'importe quelle façon, parce que, au moins, l'usage du bien ne doit pas porter atteintes aux autres[860].

531.De la même manière, en cas de servitude foncière, la loi n'a pas précisé quel droit pourrait bénéficier le titulaire. Par contre, tout devrait être déterminé par une convention, les parties, le fonds servant, le fonds dominant, la finalité et le moyen de

---

[853] Selon les termes de la LDR, c'est la différence entre les droits d'usage et les sûretés réelles.
[854] En chinois, respectivement «*占有*», «*使用*» et «*收益*».
[855] Art. 117, LDR.
[856] Art. 124 et s., LDR.
[857] Comp. avec la traduction de LI Shigang « droit d'usage du terrain pour la construction ». Art. 135 et s., LDR.
[858] Ou le droit d'usage de vase des appartements, ou le droit d'usage du terrain servant à la construction des maisons. Art. 152 et s., LDR.
[859] Art. 156 et s., LDR.
[860] Art. 40, LDR.

réalisation du bénéfice, la durée et la contrepartie[861]. Ainsi, le service rendu par le fonds servant au fonds dominant est principalement déterminé par les usufruitiers des deux fonds. Il en est de même pour la durée de la servitude. Par contre, comme la convention est signée entre les deux usufruitiers, parce qu'en Chine les terrains appartiennent nécessairement à l'Etat, et le droit d'usage d'un terrain est nécessairement à durée limitée, il ne sera pas possible de concevoir l'existence d'une servitude d'une durée plus longue que celle du droit d'usage qui se limite à soixante-dix ans maximum[862].

532.Autrement dit, malgré la restriction du principe de *numerus clausus*, la liberté contractuelle existe dans la détermination du contenu d'un droit d'usage, tant pour les biens mobiliers que pour les biens immobiliers. En outre, il ne faut pas oublier que cette liberté doit être exercée dans le cadre autorisé par les dispositions légales. La restriction est présente, mais elle n'est qu'une restriction mais pas une privatisation de liberté[863].

533.**Une restriction de la liberté contractuelle en domaine de sûretés réelles.** – De manière générale, l'article 170 définit la sûreté réelle chinoise comme un droit de préférence accordé au créancier de se faire payer sur un bien en cas de défaillance du débiteur. Ainsi, peu importe que ce soit une hypothèque, un gage ou un droit de rétention, le créancier bénéficiaire ne bénéficie, en principe, qu'un droit de préférence. Ainsi, en cas de gage d'espèce, le créancier ne bénéficie pas du droit de propriété sur la somme déposée en cas de défaillance du débiteur, mais seulement un droit de préférence[864]. Il est notamment à souligner, ici, que la « sûreté réelle » prétendue par la LDR n'est pas la même que nous faisons allusion dans notre recherche. Parce que

---

[861] Art. 157, LDR.
[862] Par exemple, le droit d'usage du terrain constructible est d'une durée maximum de 70 ans (art. 12, Règlement provisoire sur la cession du droit d'usage des terrains étatiques (*国家土地使用权出让和转让暂行条例*) du 19 mai 1990).
[863] Une même logique est aussi utilisée par Ch. Gihsbers, « La défense d'un numérus clausus des sûretés réelles », *in Liberté contractuelle et droits réels*, Institut universitaire Varenne, 2015, ss dir. L. Andreu, p. 233 et s.
[864] Art. 85, EJ 2000(44).

pour nous, la sûreté réelle comporte les garanties accordant un droit de préférence mais aussi les garanties qui sont assises sur un droit exclusif.

534.Contradictoirement, tous les créanciers chinois titulaires d'une sûreté réelle mobilière bénéficient, en outre, un droit de propriété du bien grevé sous condition que le constituant soit d'accord sur ce mode de réalisation : *Zhe Jia*[865].

535.Néanmoins, il convient de ne retenir que l'énonciation de l'article 170 comme le fondement du principe de *numerus clausus*. Autrement dit, le principe de *numerus clausus* ne limite que le pouvoir des praticiens à créer de nouveaux droits de préférence en dehors de la LDR. Rien n'empêche que les parties contractantes à recourir à la réserve de propriété ou la cession de propriété à titre de garantie.

536.En effet, L'idée défendue par la doctrine chinoise selon laquelle le principe de *numerus clausus* constitue un obstacle pour la liberté contractuelle n'est pas complètement fausse. Une personne ne peut créer de nouveau droit de préférence en Chine, elle ne peut non plus modifier les règles impératives autres que celles prévues par la LDR pour l'hypothèque, le gage ou du droit de rétention. La liberté contractuelle ne peut jouer qu'en absence restrictions légales.

538.Mais, une restriction de la liberté n'égale pas la privation de la liberté. La liberté est une notion relative ; elle se distingue avec la « liberté absolue » mais aussi avec l' « absence de liberté ». Si une personne n'est pas obligée ou forcée de passer une convention, il convient d'admettre qu'elle dispose au moins de liberté de ne pas conclure une convention.

[865] V. sur cette mode de la réalisation *supra* n° .

Conclusion de la section 1

539.La liberté contractuelle n'était pas un principe de droit commun chinois érigé au moment la déclaration de l'indépendance de la République Populaire de Chine. En tant qu'un principe, son fondement n'est clairement légiféré par le législateur chinois que très tardivement en 1999 avec la promulgation de la LDC.

540.D'un point de vue structurel, la résistance de la liberté contractuelle a pu être constatée. En tant qu'un principe, il n'est pas incorporé, ni dans la Constitution, ni dans la Loi fondamentale de droit privé[866]. Le législateur la met timidement dans la Loi du droit des contrats qui n'est de valeur primordiale en droit privé chinois[867]. Il ne sera pas étonnant que l'application du principe de la liberté contractuelle ne soit pas privilégiée par rapport aux principes considérés comme étant plus importants tels que le principe d'équité, le principe de respect aux intérêts étatiques, le principe de respect des bonnes mœurs, etc.

541.De même, l'application du principe de la liberté contractuelle ne doit pas violer le principe de *numerus clausus* qui constitue l'un des principes fondamentaux du droit des biens chinois. Si nous avons argumenté pour la nécessité d'une grande liberté dans la création de nouvelles sûretés réelles ou de quasi-sûretés dans le Chapitre précédent, cette liberté ne doit pas être en conflit direct avec le principe de *numerus clausus* ; les parties disposent de liberté parce que notamment le principe de *numerus clausus* n'est pas applicable.

542.Il est plus aisé d'argumenter une limitation de liberté au niveau théorique plutôt que de plaider la présence d'une liberté, parce que la liberté contractuelle se constate

[866] Loi MFTZ.

[867] En Chine, il existe aussi une hiérarchie de normes internes comme le droit français. Au premier rang de la hiérarchie se situe la Constitution ; au deuxième rang nous trouvons la Loi MFTZ qui prévoit les principes fondamentaux du droit civil ; au troisième rang s'assoient les lois spécifiques du droit civil, tels que la Loi des droits des contrats, la Loi des sûretés, la Loi de mariage, etc. ; en quatrième rang coexistent les règlements administratifs et les lois bien spécifiques…. Sur la hiérarchisation des normes différentes en droit chinois, v. par ex. LI Shigang, *Le droit chinois des sûretés – étude comparative*, thèse Paris II, 2008, p. 52, note de bas page n° 110.

toujours dans la pratique. il est opportun d'analyser par la suite de quelle liberté disposent les parties contractantes dans la conclusion d'une garantie réelle conventionnelle.

Section 2 – La liberté contractuelle chinoise en droit de sûreté réelle mobilière

543.La présence des sûretés réelles exclusives dans la pratique chinoise témoigne l'existence de la liberté contractuelle (§1). Cette liberté est renforcée par le législateur à travers la réforme de 2007 (§2). Néanmoins, une amélioration au profit d'une plus grande liberté contractuelle en droit chinois des sûretés réelles est envisageable (§3).

§1 – Une liberté constatée dans la pratique

544.**Rappel du principe numerus clausus.** – Théoriquement, en Chine, nous ne saurions pas créer de nouvelles sortes de sûretés réelles mobilières, mais la sanction de non-respect d'une telle interdiction n'est pas expressément prévue par la loi[868].

545.**Sûreté réelle innommée : un contrat valid.** – Une première réflexion a pu être poursuivi : si la création d'une nouvelle sûreté réelle n'est pas expressément sanctionnée par la loi, il convient d'en déduire, qu'au moins, une sûreté réelle innommée créée par les praticiens n'est pas sanctionnée par la nullité[869]. C'est-à-dire que nous devrons reconnaître la validité d'une telle convention ; si elle n'est pas

[868] Il semble que la nullité ou l'inopposabilité d'une sûreté constituée non-conforme aux règles prévues par la loi est envisageable, selon les différents cas, au regard de l'Explication judiciaire de 2000 portant sur la mise en œuvre de la Loi des sûretés de 1995. Par exemple, l'article 87 de cette Explication judiciaire prévoit clairement qu'en cas de gage, si le constituant garde la possession du bien gagé après la conclusion du contrat de gage, le gage est réputé non validé ; si le créancier restitue le bien gagé au constituant, il ne saurait opposer au tiers son droit de gage. C'est-à-dire que la dépossession du bien gagé constitue, d'une part, une condition *ad validitatem*, et d'autre part, une condition d'opposabilité. Pour que le gage soit opposable, il faut une dépossession du bien gagé et le maintien de la détention de la chose par le créancier, ou le tiers convenu. Néanmoins, comme M. SHI Jiayou a pu clairement indiqué dans un colloque « une explication judiciaire reste comme une explication judiciaire », autrement dit, elle ne sera jamais d'une même valeur qu'une loi.

[869] En ce sens aussi, LI Qianqian (李倩倩), *La manifestation du principe de l'autonomie de la volonté dans les sûretés réelles* (*担保物权中意识自治原则的体现*), Mémoire, University of Anhui, 2013, p. 12 ; LIU Guixiang (刘贵祥), « Les questions à faire face dans le jugement et la pratique sur l'application de la Loi des droits réels (物权法关于担保物权的创新及审判务实面临的问题) » , *Journal of Law Application* (法律适用), n° 9, 2007.

reconnue en tant qu'une sûreté réelle, mais, au moins, les effets juridiques voulus par les parties resteront indéniables.

546.Comme nous l'avons déjà démontré, à l'instar des dispositions de l'article 2323 du Code civil qui prévoit que « *les causes légitimes de préférence sont les privilèges et hypothèques* », il convient d'interpréter la prohibition chinoise de la création de nouvelles sûretés réelles comme une prohibition de la création de nouveaux droits de préférence, parce qu'en Chine, toutes les sûretés réelles prévues par la LDR[870] sont nécessairement des sûretés assises sur un droit préférentiel[871].

547.Une prohibition absolue de la création de nouvel droit de préférence n'empêche pas l'utilisation d'autres mécanismes qui peuvent remplir le même fonctionnement de la garantie de paiement. Ainsi, dans la pratique, nous pouvons constater qu'il existe la cession-garantie[872] (*让与担保 Rang Yu Dan Bao*), *Dian Quan* (*典权*)[873], *Dian Dang* (*典当*), *An Jie* (*按揭*) comme l'utilisation du droit de propriété dans la garantie de paiement. Il convient, ici, de préciser un peu ces sûretés réelles innommées qui existent déjà en droit chinois.

548.**Cession à titre de garantie chinoise.** – En Chine, la « cession-garantie » ou bien la *Rang Yu Dan Bao* est définie comme : une convention par laquelle le débiteur ou un tiers transfert la propriété d'un certain bien au créancier ; le cédant (le débiteur ou le tiers) conserve la possession du bien cédé et bénéficie de l'utilisation et le droit de recevoir des fruits ; le créancier deviendra le propriétaire du bien, mais ce droit se limite à un droit d'être payé préférentiellement sur le prix de vente du bien, en cas de défaillance du débiteur, il ne saurait bénéficier la possession, l'usufruit et le droit de percevoir les fruits et le droit de disposition du bien ; en cas de l'extinction de la créance garantie, la propriété du bien cédé se retourne au patrimoine du constituant ; en cas de non-paiement à l'échéance de la créance garantie, le créancier ne saurait

[870] La loi chinoise du 16 mars 2006.
[871] V. notamment la loi du 16 mars 2006 : les articles 179, 203, 208, 230.
[872] V. sur la nécessité de la reconnaissance de la cession-garantie par le droit chinois des sûretés réelles, *infra* n° .
[873] Un droit direct pour le créancier à garder la détention, la jouissance, la réception des fruits sur un bien immobilier appartenant au débiteur.

obtenir directement et définitivement la propriété du bien cédé, il a une obligation de liquidation (c'est-à-dire de rembourser la différence entre le prix de vente du bien et le montant de la dette si le premier est supérieur à ce dernier)[874]. Mais cette définition n'est pas communément acceptée dans la doctrine. Pourtant, il convient de constater que la seule partie de la définition qui fait l'objet de discussion est celle portant sur l'exécution de cette garantie réelle. Selon certains auteurs[875], le créancier ne saurait pas obtenir directement la propriété du bien cédé ; autrement dit, la réalisation de la cession à titre de garantie est nécessairement passée par la vente, amicale ou aux enchères, du bien affecté. Selon d'autres auteurs, le créancier peut obtenir définitivement la propriété du bien cédé, sans oublier qu'il est obligé de rembourser le débiteur si la valeur du bien cédé est plus importante que le montant de la dette. Il est quant même regrettable que ces auteurs n'ont pas discuté comment la valeur de l'objet de garantie sera déterminée. Il est pourtant nécessaire de déterminer le moyen d'évaluation parce que c'est exactement au travers de ce moyen d'évaluation qu'un enrichissement « injustifié »[876] aura lieu.

---

[874] ZHANG Changqing et XI Zhiguo, « La recherche sur la compatibilité de la cession à titre de garantie – L'affirmation ou non de la cession à titre de garantie par notre droit réel », *Journal of China University of Political Science and Law*, mars 2005, p. 169 s., sp. p. 170 : «*让与担保在担保物权构造论下可以概括为:债务人或第三人将特定的财产权利(主要是所有权,当然不限于所有权) 转移给债权人;债务人或该第三人(即让与人) 仍然占有该财产并对其进行使用收益;债权人名义上是该财产的所有人,但其权利仅限于其债权不能获得清偿时就该财产所处分的价金优先受偿的权利,而不享有占有、使用、收益及一般的处分权;债权人的债权消灭后,担保财产的所有权自然复归于让与人(即提供让与财产的人) ,或者由让与人请求债权人将让与财产之所有权返还给让与人;债权清偿期届满而未受清偿时,债权人不是直接获得标的物的所有权,而是负有清算的义务*»

[875] V. en ce sens aussi, WANG Zejian (王泽鉴), 《动产担保交易法三十年》, *in* WANG Zejian : *王泽鉴法学全集*, Vol. 8 , China University of science politial and law Press (中国政法大学出版社), 2003, p. 334 ; XIE Zaiquan (谢在全), 民法物权论 (下册) , China University of science politial and law Press(中国政法大学出版社), 1999, p. 896 ; LIANG Huixing dir. (梁慧星主编), *中国民法典草案建议稿附理由• 物权编*, Law Press (法律出版社), 2004, p. 416 ; MA Junju (马俊驹) et YU Yanman (余延满), *民法原论*, Law Press (法律出版社), 2005, p. 477; WANG Liming (王利明), *物权法研究*, China University of Renmin Press (中国 人民大学出版社), 2004, p. 575; YU Haiyong et DING Nan dir.(于海涌、丁南主编), *物权法*, University of Zhongshan Press (中山大学出版社), 2007, p. 273; WANG Chuang (王闯), *让与担保法律制度研究*, Law Press (法律出版社),2000, p. 20. *Contra* MA Junju et CHEN Benhan dir. (马俊驹、陈本寒主编), *物权法*, University of Fudan Press (复旦大学出版社), 2007, p. 460 à 461.

[876] L'expression utilisée par le nouveau texte du Code civil français (art. 1300, 1303 et 1303-1) après la réforme du 10 février 2016.

549.***Dian Dang.*** – Selon le Règlement du 9 février 2005[877] promulgué par le Département national de commerce[878] et le Département national de la sécurité publique[879] portant sur l'administration de *Dian Dang*, Dian Dang est une opération par laquelle une personne, appelée « *Dang Hu* (*当户*)», hypothèque ou gage certains de ses biens mobiliers ou ses droits à une personne spécifique, qui s'appelle « *Dian dang hang* (*典当行*)»[880], en payant certains frais[881] pour obtenir une somme de crédit (*Dang Jin*/ *当金*) . Cette personne s'engage à rembourser au terme prévu[882] le crédit avec les intérêts convenus et avec le paiement de ces sommes, elle effectue le rachat de son bien gagé ou hypothéqué.

550.Il faut préciser qu'au terme prévu, l'emprunteur dispose un choix : soit il va rembourser la totalité du prêt avec ses étendus en optant le rachat de son bien affecté, soit il ne paie que les frais de gestion, et il ne rembourse pas le prêt tout en abandonnant le bien grevé. Il dispose de cinq jours pour effectuer le choix, à défaut, il perdra son droit de rachat, autrement dit, le prêteur deviendra le propriétaire du bien gagé ou hypothéqué. La ressemblance entre la pratique de *Dian Dang* et la fiducie-sûreté n'est pas négligeable ; au moins pour les deux institutions, en cas de non-paiement de l'emprunteur, le créancier prêteur deviendra presque systématiquement le propriétaire définitif du bien grevé.

551.Historiquement, la pratique de *Dian Dang* constitue un moyen traditionnel pour qu'une personne puisse obtenir un prêt, et en servir à ces activités professionnelles ou à la consommation. La pratique de Dian Dang a existé plus de 1600 ans en Chine, et elle a été prohibée depuis la fin de la seconde guerre mondiale. C'est depuis la réforme de 1978 que cette pratique a vu son « renaissance » en Chine, et le premier établissement de Dian Dang de nos jours est établi en décembre 1987.

---

[877] Art. 3, Règlement n° 2005 (8), entré en vigueur le 1er avril 2005.
[878] En chinois, «*商务部* ».
[879] En chinois, « *公安部* ».
[880] Les « *Dian Dang Hang* », nous pouvons la traduire comme l'établissement de *Dian Dang*, sont des personnes morales spécifiquement réglementées par ce Règlement de 2005 (art. 7 à 29).
[881] Les frais doivent être proportionnés par rapport à la valeur du bien affecté (Art. 38 du Règlement 2005 (8)).
[882] Le terme est d'au moins 5 jours et il ne dépassera pas six mois aux termes du Règlement de 2005.

552.Aujourd'hui, la pratique de *Dang Dian* constitue un moyen plus ou moins important pour les personnes physiques et les petites et moyennes entreprises à obtenir un prêt à court terme. A la fin de l'année 2006, il existait environ 3000 établissements de *Dian Dang*, qui offraient en totalité environ 10 milliards euros de prêt chaque année. Le développement de cette pratique est d'une stabilité constatée.

553.**Mortgage chinois (*An Jie*).** – La troisiéme précision à faire est relative à la pratique du mortgage chinois. Le mortgage chinois n'est applicable que dans le financement d'un achat de logement d'habitation. Nous allons justement présenter la notion sans entrer dans le détail, parce qu'il n'entre pas dans le domaine de notre recherche. Le mortgage chinois, autrement appelé An Jie, est utilisé, en premier, à Hongkong. Le mortgage hongkongais se distingue avec l'hypothèque immobilière au point que le créancier bénéficiaire obtient une « quasi-propriété »[883] sur le bien immobilier grevé[884].

554.En effet, le mortgage chinois se distingue aussi avec le mortgage hongkongais parce qu'en droit chinois, le législateur refuse toujours la validité du pacte commissoire. Pour être simple, le mortgage chinois[885] peut être défini comme une opération par laquelle, l'acquéreur emprunte une somme d'argent auprès d'une banque pour acquérir un bien immobilier auprès d'un promoteur immobilier, l'acquéreur s'engage à remettre le titre de propriété[886] à la banque, et le promoteur s'engage à racheter le bien immobilier vendu en cas de défaillance de l'acquéreur au

---

[883] En chinois, « *产权 / Chan Quan*». En effet, c'est la notion équivalente que le droit de propriété français, mais un peu nuancé : le droit de propriété français est un droit perpétuel, mais le droit de propriété chinois n'est perpétuel que sous condition, parce que le propriétaire d'un immeuble ne bénéficie pas le droit de propriété du sol. Autrement dit, cette perpétuité du droit de propriété porté sur un bien immobilier est conditionnée par le renouvellement automatique de l'usufruit du sol ou du terrain sur lequel est construit l'immeuble. (Le premier renouvellement du droit d'usage d'un terrain constructible en Chine est assez récent, au début de l'année 2016. Et le propriétaire est exigé de payé une somme équivalente à 30% de la valeur vénale de son bien immobilier en tant que la contrepartie de son droit d'usage du terrain pour 70 ans.)

[884] Sur ce point, v. par ex. ZHANG Guanwei (张冠伟), *De la perfection du régime de An Jie* (*论我国商品房按揭法律制度的完善*), Mémoire, University of Anhui (安徽大学), 2008, p. 5.

[885] Le mortgage chinois est une pratique non reconnue officiellement par les lois chinoises, elle est introduite en Chine dans les années 90s du vingtième siècle, dans la province de Guangdong.

[886] En chinois, «*房产证* ». Ce titre est nécessaire pour que le propriétaire puisse aliéner le bien immobilier, souvent le logement d'habitation.

remboursement du prêt. Autrement dit, le mortgage chinois est une convention tripartite, qui ressemble à une hypothèque[887]. Par contre, la banque ne bénéficie aucun droit de préférence sur le bien immobilier, il ne bénéficie qu'un droit de rétention sur le document administratif de l'immeuble et un droit de paiement[888] sur le prix de rachat. Ainsi, M. Wang Liming le traite comme un montage conventionnel [889] innommé mais pas comme une institution juridique nommée. De notre point de vue, le mortgage chinois n'est qu'un montage juridique qui ne permet pas au créancier ni un droit de propriété ni un droit de préférence ; alors qu'il s'agit d'un très bon exemple de droit de rétention[890] conventionnel.

555.**La garantie portant sur un « ensemble de sommes d'argent»**[891] (Anglais : *pools of asset* ; Chinois : *资产池*). – Enfin, la quatième pratique à présenter est la garantie portant sur un « ensemble de sommes d'argent ». La garantie portant sur un « ensemble de sommes » est une nouveauté créée dans la pratique. L'objectif est de permettre les entreprises d'un groupe des petites et moyennes entreprises l'obtention d'un crédit important avec l'aide mutuel des autres entreprises. L'opération se découle de la manière suivante : certaines entreprises forment volontairement un groupe d'aide mutuelle, elles s'engagent chacune à déposer une même somme prévue dans un compte particulièrement établi auprès d'une banque collaboratrice. Chaque entreprise de ce groupe peut utiliser ce compte comme assiette de sûreté pour prendre un crédit à court terme (normalement ne dépasse pas 6 mois) auprès la banque collaboratrice ou

---

[887] En ce sens, MA Yuan (马原), *房地产案件新问题与判例*, Press of Tribunal populaire (人民法院出版社), Pékin 2007, p. 15 et 16.

[888] Ce droit n'est pas un droit de préférence, il peut exiger le paiement qu'en tant que le créancier de l'acquéreur et le rétenteur fictif d'immeuble, ou bien tout au plus pour le compte de l'acquéreur.

[889] WANG Liming (王利明), *物权法研究*, China University of Renmin Press, Pékin 2008, p. 602. *Contra* LIANG Huixing (梁彗星), avant-projet de la loi des droits réels de 2001, ; WANG Chuang (王闯), *De la recherche comparative du régime de la cession-garantie* (*让与担保法律制度比较研究*), Law Press, Pékin, 2007, p. 132. Pour les derniers, le mortgage chinois est une sorte de cession-garantie.

[890] Au sens du droit français, mais pas au sens du droit chinois, parce que le droit de rétention chinois est une véritable sûreté réelle préférentielle.

[891] Pour des exemples, v. not. LIU Ping (刘萍) (Dir.), *Les exemples d'innovation dans la pratique des garanties réelles mobilières en Chine* (*中国动产担保创新经典案例*), Citic (中信出版社), 2010, p. 372 et s.

auprès d'une autre banque. En cas de défaillance de l'entreprise emprunteur, la banque prêteuse peut obtenir le paiement direct du compte affecté à la garantie ; autrement dit, le compte ainsi constitué ne peut pas être saisi par les autres créanciers de l'entreprise débitrice, parce que les sommes déposées au compte particulier n'appartiennent plus aux entreprises de ce groupe.

556.Pour nous, il s'agit effectivement d'une technique qui s'apparente à une fiducie-sûreté du droit français. Nous pouvons ainsi qualifier cette garantie en « fiducie-garantie » en Chine. Parce que d'une part, les sommes déposées au compte particulier se séparent avec les patrimoines des déposants ; d'autre part, la banque titulaire du compte remplit un fonctionnement de gestion de compte, notamment celui de constituer avec l'entreprise emprunteur une garantie particulière ; enfin, le créancier bénéficiaire de cette garantie bénéficiera du paiement direct sur le solde du compte.

557.La première particularité de cette garantie chinoise est que les biens transférés au patrimoine fiduciaire sont nécessairement des sommes d'argent. Cette pratique est notamment utilisée dans la province de Guangdong. La seconde particularité de cette garantie chinoise est son indépendance imparfaite. Il est à observer l'antériorité de sa constitution par rapport aux opérations de crédit des entreprises du même groupe. En outre, cette garantie ne disparaît pas avec la créance garantie, elle pourrait avoir une durée bien plus longue. Néanmoins, la garantie suit nécessairement la créance garantie en cas de transmission de la créance.

558.En somme, nous pouvons constater la présence de la liberté contractuelle dans la pratique, parce que les praticiens ne cessent d'employer les propriétés-garanties pour la garantie de paiement de la créance et pour l'obtention de financement. En outre, il semble que le législateur chinois a aussi constaté l'importance de la liberté contractuelle en droit des sûretés réelles, ainsi, certaines modifications favorables à la liberté contractuelle ont eu lieu lors de la réforme de 2007.

§2 – Une liberté renforcée par la réforme de 2007

559.**Libre création de conditions permettant la réalisation d'une sûreté réelle.** – La première liberté ouverte par la réforme chinoise de 2007 aux parties contractantes est celle déterminée par une condition, autre que la défaillance du débiteur, de la réalisation de la sûreté réelle[892]. C'est-à-dire que les parties peuvent convenir librement une condition dans laquelle le créancier peut demander la réalisation de la sûreté sans que la défaillance du débiteur soit constatée[893]. Par exemple, il pourrait être le manquement grave du constituant de l'obligation de la conservation en cas d'hypothèque mobilière chinoise. Avant la réforme de 2007, le créancier ne pouvait demander la réalisation de la sûreté qu'en cas de défaillance du débiteur[894].

560.**Etendue de la créance garantie.** – La deuxième liberté que les parties contractuelles bénéficient est celle dans la détermination de l'étendue de la créance garantie. L'article 173 de la Loi des droits réels prévoit l'étendue légale de la créance garantie : la dette principale, les intérêts, les pénalités, les dommages intérêts, et les frais de la conservation et la réalisation du bien grevé. Par contre, cette disposition n'est pas d'ordre public, les parties conventionnelles peuvent librement convenir l'étendue de la créance garantie. Autrement dit, cette disposition n'est applicable qu'à défaut de dispositions conventionnelles claires.

561.**Naissance de la floating charge chinoise.** – Troisièmement, la réforme de 2007 a élargi le domaine de l'assiette de l'hypothèque mobilière. D'abord, le législateur a ajouté les machines, les outils d'équipement et les marchandises et les semi-produits dans les biens mobiliers susceptibles d'être hypothéqués. Cette clarification est notamment importante pour que le législateur puisse intégrer la *floating charge* chinoise[895] dans le corps de textes. En outre, sous l'empire de la loi des sûretés de 1995, un bien ne peut être hypothéqué que si une loi ou un règlement prévoit cette

[892] Art. 170, LDR.
[893] V. en ce sens, LI Qianqian (李倩倩), *La manifestation du principe de l'autonomie de la volonté dans les sûretés réelles* (*担保物权中意识自治原则的体现*), Mémoire, University of Anhui, 2013, p. 11.
[894] Art. 53 et 71, LS.
[895] Art. 181, LDR.

possibilité expressément[896] ; alors que depuis la réforme, tous les biens qui ne sont pas interdits à être affectés dans l'hypothèque peuvent faire l'objet d'une hypothèque chinoise[897]. C'est-à-dire que tout ce qui n'est pas interdit est autorisé[898].

562.En outre, le législateur a accru la diversité[899] des sûretés réelles portant sur les biens mobiliers, avec l'incorporation de la *floating charge* et l'élargissement du domaine d'application de la sûreté rechargeable. Autrement dit, les parties disposent plus de choix au moment de la constitution d'une sûreté réelle dite « nommée ».

Les parties peuvent librement convenir sur la possibilité de la transmission de la sûreté réelle mobilière.

563.**Libre conclusion de convention modificative de rang.** – Cinquièmement, les parties ne pouvaient pas librement céder leur rang de priorité sous l'empire de la Loi de 1995. C'est depuis la réforme de 2007 que le créancier hypothécaire peut libre céder son antériorité à un autre créancier[900]. Par contre, la cession de l'antériorité n'est pas possible en cas de gage des meubles corporels, parce qu'il n'est pas possible de constituer plusieurs gages sur un même bien, à cause de l'exigence de la dépossession. Par contre, il est difficilement à concevoir pourquoi cette libre modification de rang de préférence n'est pas accordée au créancier gagiste des droits ; alors qu'une pluralité de gages constitués sur un même « droit » est concevable.

564.De surcroît, une nouvelle liberté pour le créancier gagiste est reconnue indirectement par l'article 217 de la Loi des droits réels[901] : la possibilité de grever le bien gagé par le créancier gagiste d'un autre gage. En droit chinois, nous l'appelons

---

[896] Art. 34, (6), LS.
[897] Art. 180, (7), LDR.
[898] Rappr. LI Qianqian (李倩倩), *De la manifestation du principe de l'autonomie de la volonté dans les sûretés réelles* (论担保物权中意思自治原则的体现), thèse de l'Université d'Anhui, 2013, p. 20 : « Tout ce qui n'est pas prohibé par la loi est conféré à la liberté (*法不禁止皆自由*) ».
[899] Sur la diversification des sûretés réelles chinoises portant sur les biens mobiliers, v. *infra* n° 855 et s.
[900] Art. 194, LDR.
[901] Cet article dispose que le créancier s'engagera sa responsabilité en cas de préjudice subi par le constituant à cause de la constitution d'un *Ze Ren Zhuan Zhi* sans l'accord exprès du constituant. Autrement dit, si le constituant donne son accord, le créancier sera libre à constituer un gage sur le bien gagé.

« *责任转质/ Zhe Ren Zhuan Zhi*»[902]. En droit français, il n'est pas possible pour le créancier gagiste à affecter le bien gagé de la garantie de sa propre dette, parce qu'il s'agit d'un acte de disposition qui n'est pas autorisé par les sûretés réelles ; et s'il s'agit de l'utilisation du bien, l'usage du bien gagé ne lui est pas accordé non plus. En effet, en droit chinois, il s'agit de constituer un gage sur le bien gagé par le créancier gagiste tout en signalant l'état exacte du bien au bénéficiaire ; si le créancier dissimule sa qualité de créancier gagiste, le gage constitué ne sera pas qualifié de *Ze Ren Zhuan Zhi*, mais un gage obtenu par un tiers de bonne foi[903]. En effet, ce qui est mis en gage par le créancier n'est pas le bien gagé, mais le droit de gage, il s'engage avec sa responsabilité[904]. Pour nous, cette disposition est difficilement à concevoir parce qu'il s'agit bien de reconnaître la validité d'un droit réel dont l'objet est aussi un droit réel. Par contre, aux termes de l'article 2 de la Loi des droits réels, seulement une loi peuvent admettre la validité d'un droit réel portant sur un droit, sinon, un droit réel devrait porter sur un bien corporel, mobilier ou immobilier. Dépourvu de disposition expresse sur la validité d'un gage portant sur un gage, pourrait-on admettre la validité de ce montage juridique ? N'est-t-il pas une violation du principe de *numerus clausus* ?

565.Enfin, comme nous l'avons déjà démontré, le créancier bénéficie une liberté contractuelle dans le choix des moyens de la réalisation de la sûreté réelle mobilière. Il ne s'agit pas de droit potestatif pour le créancier, mais une liberté des parties qui peuvent librement choisir le moyen de la réalisation de sûreté réelle.

567.Malgré des progrès, les universitaires chinois demandent toujours plus que ce qui est dans la poche, sans aller jusqu'à demander à enlever toutes les restrictions.

---

[902] V. par exemple, sur cette question, WANG Xu (王旭), « *责任转质制度研究* », Mémoire, University of Zhengzhou, 2010.
[903] En chinois, «*质权的善意取得* ».
[904] Autrement dit, le créancier de ce créancier ne bénéficie pas vraiment un droit de préférence sur le bien que lui est remis, mais un droit de préférence conditionné.

§3 – La liberté contractuelle chinoise : une perfection proposée

568.Par rapport à la LS de 1995, la loi chinoise portant sur les droits réels a fait beaucoup de progrès, tels que l'installation d'un régime imitant la *floating charge* anglaise, la clarification du régime de l'hypothèque rechargeable et du gage rechargeable. Tous ces progrès faits ont déjà beaucoup amélioré le système des sûretés réelles. Un élargissement d'assiettes des sûretés réelles et une amélioration dans la réalisation des sûretés réelles ont pu être constatés. Ainsi, un élargissement du domaine d'application du principe de la liberté contractuelle doit être affirmé, mais, certaines améliorations sont, quand même, envisageables dans les futures réformes.

A – La levée de la prohibition du pacte commissoire[905]

569.La levée de la prohibition du pacte commissoire est recommandée par certains auteurs chinois[906]. La levée de la prohibition du pacte commissoire est non seulement possible, mais aussi nécessaire. La réforme française de 2006 peut servir comme un exemple de la prohibition vers une ouverture générale du pacte commissoire tout en gardant une certaine réserve dans des cas particulier. Cette proposition peut aussi être justifiée par la nécessité de la plus grande liberté contractuelle.

B – La possible conciliation entre les parties en cas d'existence de sûreté réelle et de sûreté personnelle

570.**Innovation faite.** - En Chine, pour renforcer la réalisation de la créance, la combinaison d'une sûreté réelle ou d'une sûreté réelle pour la garantie de paiement d'une seule créance est un phénomène très courant. En se basant sur les dispositions de la LS et l'Explication judiciaire portant sur l'application de la LS, la LDR a

[905] Nous allons le discuter dans le détail dans le Chapitre 5 du titre I de la seconde partie de cette recherche.
[906] V. sur ce point, *infra* n° 1292 et s.

modifié la règle portant sur l'ordre de la réalisation des sûretés en cas de coexistence de sûreté personnelle et de sûreté réelle. Cette modification faite est marquée par l'importance du respect de l'autonomie de la volonté. En cas d'existence des dispositions conventionnelles, l'application de ces dernières s'impose. Mais en cas d'absence de dispositions conventionnelles, ou en cas d'équivoque, certaines hypothèses doivent se distinguer. S'il n'existe que des sûretés portant sur les biens d'un garant, le créancier est libre de choisir de réaliser d'abord une sûreté réelle pour autrui ou un cautionnement de droit commun. S'il existe au moins une sûreté réelle portant sur le bien appartenant au débiteur, tout en excluant l'autonomie de la volonté, la loi prévoit qu'il faut réaliser d'abord la sûreté réelle portant sur le bien appartenant au débiteur[907]. C'est-à-dire en cas de coexistence de la sûreté personnelle et la sûreté réelle fournie par le débiteur, la règle de « *la priorité de la responsabilité du constituant de la sûreté réelle* »[908], fixée par la LS[909], s'impose.

571.**Insuffisance de l'innovation faite.** – Une distinction entre deux sortes de garants s'impose, le garant subsidiaire, d'un côté, et, le garant solidaire, de l'autre. Dans le cas où le garant n'est qu'un garant subsidiaire, il n'engage sa responsabilité vis-à-vis au créancier qu'en cas où le débiteur n'arrive pas à désintéresser le créancier. Si le débiteur a fourni lui-même une sûreté réelle, la réalisation de la sûreté réelle en premier ne pose pas de problème. Si le garant est un garant solidaire, il se met au même rang que le débiteur, il ne s'engage pas subsidiairement vis-à-vis au créancier. Une protection particulière du garant solidaire n'est pas nécessaire. Un encadrement imposé par la loi sur le choix du créancier dans la réalisation des sûretés viole même la définition de la responsabilité solidaire. En même temps, une économie des frais de justice, qui sera subi par le débiteur, selon les différents ordres de la réalisation des

---

[907] Art. 176 de la LDR.

[908] *物的担保责任绝对优先性* (*Wu De Dan Bao Ze Ren Jue Dui You Xian Xing*), signifie qu'en cas de coexistence de sûreté réelle et sûreté personnelle, il faut absolument procéder la réalisation de la sûreté réelle en premier.

[909] Art. 28 de la LS : selon les dispositions de cet article, en cas de coexistence d'une sûreté réelle et une sûreté réelle, le garant ne s'engage que sur la partie que la sûreté réelle ne couvre pas ; en cas d'abandon de la sûreté réelle par le créancier, le garant peut se libérer de sa responsabilité en concurrence avec la partie couverte par la sûreté réelle.

sûretés, dans cette hypothèse-là, n'est pas évidente[910]. Parce qu'il se peut que le garant n'arrive pas à désintéresser complètement le créancier, ainsi, la réalisation de la sûreté réelle s'impose. Par contre, si le créancier pourrait obtenir une complète satisfaction auprès du garant, il aura une économie de frais de réalisation pour le débiteur.

572.Une intervention du législateur dans le choix, pour le créancier, de la réalisation des sûretés n'est pas opportune. Le souci des abus dans la réalisation de sûreté peut être enlevé par les dispositions impératives portant sur la sanction des abus, ou bien encore plus simple, au recours de la proportionnalité. Il convient donc de supprimer cette disposition tout en respectant le principe d'égalité, et d'octroyer le créancier une plus grande liberté.

C – L'élargissement du domaine d'application du gage des droits[911]

573.La dernière proposition concernant un élargissement de la liberté contractuelle dans le domaine du droit des sûretés réelles mobilières consiste à élargir les assiettes du gage des droits.

574.**Champ d'application limité de l'hypothèque chinoise mobilière.** – En matière de l'hypothèque chinoise, c'est l'article 180 de la Loi de 2007 qui prévoit son assiette. En donnant une liste des biens qui peuvent faire l'objet d'une hypothèque, le législateur a ouvert l'assiette à tous les biens qui ne font pas l'objet d'une interdiction expresse, par les lois ou les décrets, d'hypothéquer[912]. Autrement dit, dans le domaine d'hypothèque, tous ceux qui ne sont pas interdits[913] sont susceptibles d'être hypothéqués. Par rapport à la loi de 1995, une modification significative a été faite.

---

[910] LI Qianqian (李倩倩), *De la manifestation du principe de l'autonomie de la volonté dans les sûretés réelles* (论担保物权中意思自治原则的体现)，thèse de l'Université d'Anhui, 2013, p. 32.
[911] *Quan Li Zhi Quan* (权利质权), est une sûreté réelle particulière avec dépossession portant sur les biens incorporels.
[912] Art. 180, 7°, LDR.
[913] Par la suite, le législateur a prévu tous les biens qui ne sont pas susceptibles d'hypothéquer par l'article 184 de la LDR.

Parce que l'article 34, 6° de la loi de 1995 prévoit que, (sauf les biens ainsi énumérés), l'hypothèque peut porter sur « *les autres biens susceptibles d'être hypothéqués selon les dispositions des lois* ». C'est-à-dire que selon les dispositions de la loi de 1995, pour qu'un bien puisse être hypothéqué, il faut une loi qui le prévoit expressément.

575.En matière de gage des meubles corporels chinois, sans une liste d'énumération, le législateur ne prévoit que « *les meubles* (corporels) *interdits d'être aliénés par les lois ou les décrets ne sont pas susceptibles d'être gagés* »[914]. Nous pouvons le lire comme tous les meubles corporels aliénables peuvent faire l'objet d'un gage. Ainsi, une large liberté est octroyée au débiteur dans la formation d'une sûreté réelle, or il peut gager tous ses biens aliénables, bien entendu avec l'accord de son créancier.

576.**Champ d'application limité du gage des droits.** – Par contre, en matière de gage des droits (nantissement de meubles incorporels), l'assiette est assez restreinte. En prévoyant une liste de droits qui sont susceptibles de faire l'objet d'un gage des droits, l'article 223, 7° de la loi de 2007 dispose que « *les autres droits spécifiquement prévus par les lois ou les décrets* » peuvent être gagés. En ajoutant créances actives (*Ying Shou Zhang Kuan/应收账款*)[915] et les parts de placements collectifs (*Ji Jin Fen E/基金份额*) dans la liste, le législateur de 2007 n'a pas ouvert la porte du gage des droits à tous les meubles incorporels.

---

[914] Art. 209, LDR.

[915] *Ying Shou Zhang Kuan* n'a pas de notion française juridique équivalente. Par contre, nous pouvons en trouver une en anglais : « *Accounts Recievable* ». La définition de la Ying Shou Zhang Kuan ne se trouve pas dans les textes légaux chinois, par contre, une description détaillée sur cette notion se trouve dans les « Règlement portant sur l'enregistrement de Ying Shou Zhang Kuan » (Règlement du 30 septembre 2007). Selon l'article 4, alinéa 2, de ce document, la Ying Shou Zhang Kuan compter les créances suivantes : (1) les créances à l'issue de la vente, y compris la vente des marchandises, la fourniture d'eau, d'électricité, de gaz et de chauffage, et la cession des propriétés intellectuelles, etc ; (2) les créances occasionnées de la location, tant les meubles comme les immeubles ; (3) les créances à l'issue de la prestation de services ; (4) le droit de percevoir les péages des routes publiques, des ponts, des tunnels, etc ; les créances à l'issue des actes de crédits(*本办法所称的应收账款包括下列权利：（一）销售产生的债权，包括销售货物，供应水、电、气、暖，知识产权的许可使用等；（二）出租产生的债权，包括出租动产或不动产；（三）提供服务产生的债权；（四）公路、桥梁、隧道、渡口等不动产收费权；（五）提供贷款或其他信用产生的债权*). Il convient de constater que la notion de la créance est plus large que celle de *Ying Shou Zhang Kuan*. Par contre, cette dernière couvre la plupart d'hypothèses de la naissance de créances pécuniaires. Il convient alors de le traduire comme les créances actives, parce que ce sont des créances qui sont nées des activités quotidiennes.

577.Il convient alors d'ouvrir la porte du gage des droits tout en prenant le modèle de l'hypothèque. Ainsi, il suffit d'énumérer une liste de biens incorporels qui ne sont pas susceptibles de faire l'objet d'un gage. Une telle proposition est réalisable et ne manque pas de sécurité, parce qu'un gage proposé par le débiteur doit être, au moins, accordé par son créancier. Sous contrôle de la prudence du créancier, le débiteur ne saurait gager n'importe quel bien incorporel. Ici, la liberté contractuelle, sans oublier que ce principe donner au créancier une liberté de ne pas passer un contrat envisagé par son partenaire, peut jouer un rôle de gardien de la sécurité d'une institution.

Conclusion de la section 2

578.Comme cela a été déjà analysé précédemment, tant en France qu'en Chine, le principe de *numerus clausus* n'est qu'une limitation pour la création de nouveaux droits de préférence[916]. Cette règle prohibitive n'est pas applicable en dehors de sûretés réelles traditionnelles. Comme le Professeur Mignot a souligné, il n'existe pas de *numerus clausus* de manière générale des sûretés réelles[917]. Ainsi, nous constatons l'utilisation de différentes techniques contractuelles qui remplissent le même fonctionnement de garantie réelle, telles que la cession-garantie proprement dit, la pratique de *Dian Dang*, et aussi le *mortgage* chinois (*An Jie*). Le développement de ces « garanties réelles » ne fait que de démontrer l'efficacité des propriétés-sûretés et du droit de rétention conventionnel.

579.Le législateur de 2007 a effectué des améliorations favorables à la liberté contractuelle. Ils ont élargi le domaine d'application de l'hypothèque et du gage des droits, c'est-à-dire que de plus en plus de biens peuvent faire l'objet des sûretés réelles chinoises. Le législateur chinois a aussi intoduit des nouvelles sûretés réelles, telle que l'hypothèque flottante et le gage à montant maximal portant sur les meubles corporels et les droits. Enfin, le législateur ont prévu, de manière expresse, l'intervention possible de la volonté individuelle dans la détermination du contenu d'une sûreté réelle.

580.Malgré ces progrès significatifs, il semble que certaines améliorations ont pu être faites, telles que la levée de la prohibition du pacte commissoire, un élargissement encore de l'assiette du gage des droits et la mise en place d'une conciliation en cas de coexistence d'une sûreté réelle et une sûreté personnelle.

---

[916] Comp. avec Ch. Gijsbers, « La défense pour le *numerus clausus* des sûretés réelles », *in Liberté contractuelle et droits réels*, Institut universitaire Varenne, 2015, ss dir. L. Andreu, p. 232 et s. pour laquelle, le *numerus clausus* est un principe qui limite la création de nouveau droit de préférence et de nouveau droit de suite.

[917] M. Mignot, « Le *numerus clausus* et les sûretés réelles », *in Liberté contractuelle et droits réels*, Institut universitaire Varenne, 2015, ss dir. L. Andreu, p. 195.

Conclusion du Chapitre 2

581.La liberté constitue toujours un sujet de discussion au niveau mondial. Nous ne saurions pas dire qu'il existe ou non de liberté dans un pays ou dans une région. Parce qu'une liberté existe plus ou moins et une liberté absolue n'existe point.

582.En Chine, la liberté contractuelle n'est depuis son indépendance en 1949 une liberté primordiale ou fondamentale. Or, il convient de rappeler la période de l'économie planifiée sous le régime de laquelle il n'existait même pas de libre transaction des biens. Depuis la réforme économique de 1978, l'idée de l'économie de marché est acceptée au fur et à mesure. C'est finalement en 1999 par la Loi du droit des contrats, que le législateur chinois reconnaît de manière officielle la liberté contractuelle mais qui reste un principe fondamental assez mal classé. Comprenons ainsi la raison pour laquelle, rares sont des auteurs chionois qui plaident pour une plus grande liberté contractuelle, notamment en matière des droits réels qui est encadré par le principe de *numerus clausus*.

583.Néanmoins, en Chine, la liberté contractuelle peut être constatée dans la pratique de crédit. Les garanties assises sur le droit de propriété, sur le droit de rétention sont utilisées pour la garantie du remboursement de crédit. Et le développement de ces pratiques nous montre les utilités et l'efficacité de ces garanties réelles, œuvres des volontés individuelles.

584.De surcroît, la réforme de 2007 confère aux parties contractuelles une plus grande liberté. Mais les progrès effectués ne suffisent pas à adapter à la nécessité pratique, des améliorations sont toujours possibles.

Conclusion du Titre I

585.Une étude comparative du principe de la liberté contractuelle en droit des sûretés réelles nous permet déjà de constater son omniprésence. Aussi, il est à observer que les praticiens français disposent une plus grande liberté que les praticiens chinois. Parce que la limitation de la liberté contractuelle en Chine est plus ou moins une question historique.

586.À la différence avec le droit français qui prévoyait la liberté contractuelle comme un principe fondamental du droit commun au début du XIX^{e} siècle, en droit chinois, la liberté contractuelle est déterminée comme un principe du droit privé très tardivement (en 1999). Il est donc aisé à comprendre la limite de la liberté contractuelle en matière de sûretés réelles chinoises qui est en outre dominée par le principe de *numerus clausus*. La liberté contractuelle constatée dans la pratique qui utilise des garanties non prévues par les textes légaux nous montre bien le pouvoir important des volontés individuelles en Chine. Et le législateur chinois de 2007 n'avait pas autre choix que d'adapter les règles de lois à la nécessité de la vie économique qui promeut d'ailleurs le principe de la liberté contractuelle. Nous attendons une amélioration chinoise pour que les praticiens puissent plus librement conclure des garanties[918] efficaces et adaptées à leurs besoins.

587.Toute puissante, la liberté contractuelle joue un rôle important en droit des sûretés réelles, tant en France qu'en Chine, mais d'une intensité différente. Il est donc intéressant à voir comment ce principe peut faire face aux autres principes généraux des sûretés réelles qui sont pourtant nécessaires à maintenir l'efficacité d'une sûreté réelle qui constitue le noyau dur d'une sûreté réelle.

[918] On utilise expressément l'expression de « garantie » au lieu des sûretés réelles parce que le législateur chinois ne reconnaît pas encore ces montages en tant que sûreté réelle.

Titre II – La liberté contractuelle face aux principes généraux du droit des sûretés réelles mobilières

588.Le rôle de la liberté contractuelle est devenu de plus en plus important en droit des sûretés réelles conventionnelles, notamment celles portant sur les biens mobiliers. Cependant la question est de savoir si la volonté individuelle résiste à toutes les restrictions exigées par les principes fondamentaux.

589.*A prior*i, tant en France qu'en Chine, les parties contractuelles ne sont pas libres à modifier les règles qui sont d'ordre public (Chapitre 1). Ainsi, en France, l'article 2287 du Code civil prévoit expressément que les dispositions du corps de textes des sûretés réelles[919] « *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* ». En Chine, le législateur n'a pas prévu de dispositions équivalentes qui expliquent la règle de traitement de conflit entre les règles incorporées dans la LDR et celles incorporées dans la LDF (le droit chinois des procédures collectives), mais il semble que l'application de ces dernières est aussi d'ordre public.

590.Par contre, les parties contractantes sont libres de contourner les autres principes fondamentaux qui sont précédemment présentés. Nous allons présenter le contournement du principe de l'accessoire ici (Chapitre 2), et aussi la relation particulière entre la liberté contractuelle et le principe de la proportionnalité (Chapitre 3). Parce que la proportionnalité n'est pas encore devenue un principe officiellement prononcé par le législateur ; si une certaine proportionnalité entre la valeur du bien grevé et le montant de la créance garantie sera voulue par les parties, cette exigence ne peut que prendre la forme d'un aménagement conventionnel, sinon, il faut attendre jusqu'au moment de la réalisation de la sûreté réelle et aussi le fait abusif du créancier soit révélé.

[919] Les dispositions portant sur les sûretés réelles dans le Code civil.

Chapitre I – La liberté contractuelle face aux règles d'ordre public

591.Si la théorie de l'autonomie de la volonté nous fait croire que la liberté contractuelle est la « reine » du droit privé, la survenance de l'ordre public doit être considérée comme la paume du Grand éveillé pour le Roi des singes[920].

592.**Définition.** – La définition de l'ordre public met en évidence une « *norme impérative dont les individus ne peuvent s'écarter ni dans leur comportement, ni dans leurs conventions* »[921]. Une telle définition téléologique de l'ordre public nous montre bien que l'une des fonctions de l'ordre public est de limiter la liberté contractuelle.

593.**Droit des sûretés réelles et droit de surendettement.** – En matière de droit des sûretés réelles, la limitation de la liberté contractuelle par l'ordre public, en plus du principe de *numerus clausus* des droits de préférence[922], se matérialise aux règles impératives du droit des procédures collectives[923] et du droit des surendettements des particuliers[924]. Ainsi l'article 2287 du Code civil prévoit que « *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* ».

594.Nous allons justement, pour donner un exemple, traiter les nullités de la période suspecte (Section 1) et la non-opposabilité du pacte commissoire (Section 2) qui limitent la liberté contractuelle de manière significative. Les nullités de la période suspecte représentent une des limites de la liberté contractuelle par l'anéantissement de la validité d'une sûreté réelle mobilière, et la non-opposabilité du pacte

---

[920] Dans l'ouvrage de WU Cheng-En, peu importe que la grande capacité du roi des singes, ce dernier n'arrive pas à s'enfuir de la paume du Grand éveillé. V. notamment l'introduction de cet ouvrage chinois : http://fr.wikipedia.org/wiki/Sun_Wukong.
[921] G. Cornu, *Vocabulaire Juridique*, PUF, 2011, V° « Ordre public », I.
[922] Art. 2323, C. civ.
[923] Les articles L. 620-1 et s. du Code de commerce.
[924] Les articles L. 330-1 et s. du Code de la consommation.

commissoire représente une des limites de la liberté contractuelle par l'anéantissement de la force obligatoire du pacte commissoire qui concrétise une liberté des parties contractantes dans la réalisation d'une sûreté réelle préférentielle.

Section 1 - Les nullités de la période suspecte[925] et la liberté contractuelle

595.**Présentation générale.** – En France, les nullités de la période suspecte sont d'abord prévues par les articles 107 et 108 de la loi n° 81-1 du 2 janvier 1981 qui visèrent à faciliter le crédit aux entreprises. Après plusieurs modifications, les règles sont codifiées dans les articles L. 632-1 et L. 632-2 du Code de commerce.

596.En Chine, des dispositions semblables[926] ont pu être trouvées aussi dans la loi du droit de la faillite des entreprises[927] (*企业破产法/ Qi Ye Po Chan Fa*). Malgré certaines différences, l'idée reste la même : la reconstitution de l'actif[928] du débiteur et la lutte contre les fraudes des droits des créanciers.

597.Bien entendu, l'effet le plus important de la liberté contractuelle est celui de conférer la force obligatoire aux actes juridiques qui sont légalement formés. Les nullités de ses contrats passés par le débiteur portent certainement atteintes à la force obligatoire du contrat (§1). Néanmoins, ce n'est pas tous les actes passés pendant cette période qui seront annulés, de surcroît, pour certains contrats, la sanction par la nullité n'est que facultative (§2).

---

[925] La période suspecte est la période entre la cessation de paiement et le jugement d'ouverture d'une procédure de redressement judiciaire ou de liquidation judiciaire. V. sur la définition de la période suspecte : G. Cornu, *Vocabulaire juridique*, PUF 2011, V° « Période suspecte », qui la définit comme : « *période qui, s'étendant de la date de la cessation des paiements jusqu'au jugement qui ouvre une procédure de redressement ou de liquidation judiciaire d'une entreprise, fait peser un soupçon de fraude sur les actes accomplis, pendant sa durée, par le débiteur, au point que ceux-ci doivent ou peuvent, selon le cas, être déclarés nuls* ».

[926] En Chine, il n'existe pas de la notion de période suspecte, nous ne pouvons dire que les dispositions prévoyant la nullité de certains actes passés par le débiteur sont des dispositions semblables.

[927] La loi chinoise du 27 août 2006, qui sera rentrée en vigueur le 1er juin 2007, nous disons après LFE dans la thèse.

[928] En droit français : Art. L. 632-4, C. com. ; en droit chinois : Art. 32 de la LFE. L'article 32 de la LFE n'a pas directement mentionné que l'objectif de ces actions en nullité est la reconstitution de l'actif du débiteur, mais il dispose que les exceptions de la nullité de certains actes passés sont des actes qui a pour objet ou pour effet de la préservation du patrimoine du débiteur. Ainsi, par ricochet, cet article indique que la nullité prévue par cet article a pour objet de la préservation ou la reconstitution du patrimoine du débiteur.

§1 Les nullités de la période suspecte

598.En droit français, comme en droit chinois portant sur les entreprises en difficulté[929], une nullité de certains actes passés avant le jugement d'ouverture peut être demandée par l'administrateur ou le liquidateur. De surcroît, dans tous les deux systèmes juridiques[930], nous distinguons[931] la nullité absolue (A) avec la nullité relative (B).

A – La nullité absolue

599.**La nullité absolue française des sûretés réelles constituées.** – En France, c'est l'article L. 632-1 du Code de commerce qui prévoit la nullité absolue des actes passés « *depuis la cessation de paiements* ». Cette période qui sépare la date de la cessation de paiements et la date du jugement d'ouverture d'une procédure de redressement judiciaire ou de liquidation judiciaire est qualifiée de « suspecte », parce que le

[929] Il convient quand même de préciser que le domaine d'application du droit français des procédures collectives est beaucoup plus vaste que celui de la LDF chinoise. Selon l'article L. 631-2, alinéa. 1 du Code de commerce, « *La procédure de redressement judiciaire est applicable à toute personne exerçant une activité commerciale ou artisanale, à tout agriculteur, à toute autre personne physique exerçant une activité professionnelle indépendante y compris une profession libérale soumise à un statut législatif ou réglementaire ou dont le titre est protégé, ainsi qu'à toute personne morale de droit privé* ». C'est-à-dire que les bénéficiaires des règles applicables pour les procédures de redressement judiciaire et de liquidation judiciaire ne se limitent pas aux seules entreprises commerciales. Les artisans, les agriculteurs et les autres personnes physiques exerçant une activité professionnelle indépendante peuvent aussi bénéficier ces procédures. Par contre, en Chine, seulement les entreprises, personnes morales, peuvent bénéficier les règles de la LDF (Art. 2, LDF).

[930] En Effet, en droit chinois, nous distinguons les contrats de nullité absolue ou inefficaces («*无效合同*») avec les contrats susceptibles être annulés («*可撤销的合同*» que nous pouvons l'interprété à un contrat d'une nullité relative). Par contre, en droit français, nous distinguons clairement un contrat inefficace ou de caducité avec un contrat frappé de nullité. V. sur une démonstration sur la théorie des nullités, Ph. Malaurie, L. Aynès et Ph. Stoffel-Mouck, *Les obligations*, 6e éd, LGDJ 2013, p. 323 et s.

[931] Cette distinction entre la nullité absolue et la nullité relative n'est que très récente pour le droit chinois. Parce que sous l'empire de la Loi chinoise de 1986 portant sur la faillite des entreprises, le législateur ne distingue pas la nullité absolue et la nullité relative, tous les actes énumérés par l'article 35 de la Loi de 1986 sont de nullité absolue. V. en ce sens, par ex. CAI Renjun (蔡人俊), « 解读新企业破产法撤销权制度与无效行为制度 », *Journal of the east China University of Politics and Law* (华东政法学院学报), 2006 (6), p. 119 et s.

débiteur, qui a encore tous les pouvoirs sur son patrimoine mais il sait ou doit savoir qu'il va en être dessaisi par le jugement d'ouverture, peut utiliser ce laps de temps pour dilapider tout ou partie de ses actifs ou pour avantager tel ou tel de ses créanciers[932]. Que ce soit pour favoriser le redressement de l'entreprise débitrice ou pour assurer l'égalité de traitement entre les créanciers, la loi permet de faire constater la nullité de certains actes faits pendant cette période. Par contre, la fixation de la date de la cessation de paiements[933] est sous le pouvoir souverain d'estimation[934] du juge compétent, mais elle ne peut que remonter jusqu'à dix-huit mois précédant le jugement d'ouverture[935].

600.Conformément aux termes de cet article, est nulle « *Toute hypothèque conventionnelle, toute hypothèque judiciaire ainsi que l'hypothèque légale des époux et tout droit de nantissement ou de gage constitués sur les biens du débiteur pour dettes antérieurement contractées* »[936]. Autrement dit, un créancier ne saurait conclure avec le débiteur une hypothèque, un gage ou un nantissement pour la garantie d'une dette déjà existée, à partir de la cessation de paiements du débiteur dont la date sera fixée par le juge[937]. D'ailleurs, la fiducie-sûreté et / ou son avenant constitué dans la période suspecte pour la garantie de paiement d'une dette antérieure sont aussi frappés de nullité absolue par l'article L. 632-1, 9° et 10°, du même Code.

601.Ainsi la liberté contractuelle est remise en cause, parce que la force obligatoire de la sûreté réelle conventionnelle est remise en cause, de manière absolue. C'est-à-dire que le juge a une obligation de prononcer la nullité d'une sûreté réelle conforme aux

---

[932]A. Jacquemont, Manuel, *Droits des entreprises en* difficulté, LexisNexis-Litec, 6e éd. 2009, n°256.
[933] Art. L. 631-1, C. com. V. sur la discussion doctrinale de la cessation de paiements : Véronique Martineau-Bourgninaud, « La cessation des paiements, notion fonctionnelle », *RTD Com*. 2002, p. 245. Mais la jurisprudence de la Cour de cassation semble préférer une notion plus étroite concernant le passif exigible. La Haute juridiction a, dans un arrêt du 28 avril 1998, précisé que le passif doit être exigible et exigé (Cass. com. 28 avril 1998, n° 95-21.969 : « le passif à prendre en considération pour caractériser l'état de cessation des paiements est le passif exigible et exigé, dès lors que le créancier est libre de faire crédit au débiteur... »).
[934] V. sur le pouvoir souverain du juge dans la fixation de la date de la cessation de paiement : F. Pérochon, *Entreprises en difficulté*, 10e éd., LGDJ 2014, n° 407, p. 194.
[935] L. 631-8, C. com.
[936] Art. L. 632-1, 9°, C. com.
[937] Souvent, le juge va fixer cette date dans le jugement d'ouverture, mais il peut arriver qu'il la modifie après le jugement d'ouverture.

conditions prévues : la conclusion est dans la période suspecte et elle a pour objet de la garantie de paiement d'une dette antérieure.

602.**La nullité absolue chinoise des sûretés réelles légalement constituées.** – Il faut d'abord souligner qu'en Chine, il n'existe pas une procédure particulière pour la détermination de la période suspecte comme en droit français. Il n'existe pas non plus la notion de « cessation de paiements » en droit chinois. Toute procédure commence par l'acception par une juridiction populaire d'une demande, soit par le débiteur lui-même, soit par un créancier du débiteur, de l'ouverture d'une procédure de faillite. En outre, la notion de la période suspecte n'est pas applicable à la nullité absolue, parce que les actes prévus sont, dès le début, nuls[938], quelque soit la date de la conclusion.

603.En Chine, l'article 33 de la Loi chinoise du droit de la faillite des entreprises (LDF) prévoit une nullité de plein droit pour tous les actes du débiteur ayant cherché à dissimuler ou transférer des biens de la société pour échapper à des dettes[939], ou ayant permis d'organiser une faillite artificielle[940]. Dans ces deux hypothèses, la Loi ne prévoit aucune limitation sur la période de l'exercice de ces actes. Il semble donc que la sanction de la nullité absolue puisse frapper des actes commis plusieurs années avant le jugement d'ouverture[941]. L'insécurité juridique qui découle de cette disposition ne peut se comprendre qu'au regard des affaires antérieures où des procédures chinoises de surendettements étaient organisées, avec parfois la complicité des gouvernements locaux, dans le seul but d'effacer les dettes d'une société[942]. Ainsi, il semble qu'une fois admise en Chine, la fiducie-sûreté ne va pas être utile, parce qu'elle sera frappée de nullité absolue. Par contre, toutes les sûretés réelles chinoises

---

[938] V. aussi en ce sens, CAI Renjun (蔡人俊), « 解读新企业破产法撤销权制度与无效行为制度 », *Journal of the east China University of Politics and Law* (华东政法学院学报), 2006 (6), p. 119 et s.
[939] Art. 33, 1°, LDF.
[940] Art. 33, 2°, LDF. En effet, le législateur chinois utilise l'expression suivante : « création de dette fictive (*虚构债务*) » et « admission des dettes inexactes (*承认不真实的债务*) ». Mais nous comprendrons que ces actes ont tous pour objet à augmenter frauduleusement les passifs, ainsi créer artificiellement l'état de l'insolvabilité.
[941] Comp. avec la notion d' « inexistence » en droit français.
[942] V. l'affaire de la Société de Soieries Zhongjiang au Sichuan en 2001, commenté par Li Shuguang, « The Significance Brought by the Drafting of the New Bankruptcy Law to China's Credit Culture and Credit Institution : A perspective of Bankruptcy Law », acte du colloque *Forum on Asian Insolvency Reform 2004,* New Delhi, India, 3-5 novembre 2004.

peuvent échapper à une telle sanction de nullité, parce qu'en droit chinois, la loi ne reconnaît que les sûretés réelles préférentielles[943], donc, pas de transfert de propriété au moment de la formation de sûreté.

604.Ce qu'il faut observer c'est l'extrême rigidité de cette sanction de nullité absolue prévue par le droit chinois. Par nullité absolue, le législateur chinois a voulu supprimer toutes les conséquences possibles de l'acte visé. Autrement dit, cette nullité est rétroactive, il faut considérer que cet acte n'est jamais existé. Autrement dit, il faut revenir au *statu quo*.

605.Néanmoins, si elle ne sont pas frappées de nullité absolue, les autres sûretés réelles chinoises légalement formées ne sont pas censées être en sécurité, parce qu'il existe aussi une liste d'actes qui sont frappés de nullité relative.

B – La nullité relative

606.La présentation d'un régime de nullité relative en droit français (a) précédera celle de la nullité relative chinoise (b).

a) La nullité relative en droit français.

607.**Exigence de la mauvaise foi.** – En France, L'article L. 632-2 du Code de commerce a prévu que certains autres actes passés par le débiteur sont susceptibles d'être annulés par le juge. Parmi ces actes, les actes à titre onéreux « *accomplis à compter de cette même date* (celle de la cessation de paiements) *peuvent être annulés si ceux qui ont traité avec le débiteur ont eu connaissance de la cessation des paiements*». C'est-à-dire que les actes à titre onéreux, y compris les sûretés réelles convenues concomitamment avec la créance garantie, peuvent être annulés, si les

[943] V. sur cette expression, L. Bougerol, « Sûretés préférentielles et sûretés exclusives, une autre *summa divisio* ? », *RD ban. et Fin.*, sept. 2014, n° 5, dossier 36.

créanciers ont eu déjà la connaissance de la cessation de paiements. Autrement dit, une fois la **mauvaise foi** du créancier est retenue, la sûreté réelle légalement formée peut être annulée, sans qu'il n'y ait besoin de constater l'existence de quelconque préjudice subi par le débiteur ou par ces créanciers[944].

608.En outre, il faut ajouter qu'en dehors du champ d'application de la nullité relative[945], les créanciers français pouvaient légitimement recourir à l'action paulienne[946] pour annulation d'un acte conclu en fraude de leur droit[947]. Il faut rappeler que cette action est notamment utile malgré le principe de la suspension des poursuites personnelles, parce que l'action est formée par un créancier de l'entreprise débitrice à l'encontre du contractant de cette dernière. Autrement dit, la suspension de la poursuite personnelle ne lui est pas applicable.

b) La nullité relative en droit chinois.

609.**Une période suspecte fixée.** – En Chine, l'article 31 de la LDF dispose que l'administrateur de la procédure de la faillite a le pouvoir de demander la nullité de certains actes conclus par le débiteur dans l'année qui précède le jugement d'ouverture. Ici, à la différence avec le droit français, la période suspecte chinoise est fixée directement par le législateur, selon un critère objectif, c'est un an[948] ou six

[944] Com. 16 févr. 1993, *Bull. Civ.* IV, n° 62; D. 1993, IR 77; *JCP E* 1993, I, 273, n° 9, obs. M. Cabrillac et Ph. Pétel.
[945] Par exemple, la constitution d'une sûreté réelle pour la garantie d'une dette antérieure a eu lieu quelques jours avant la date fixée de la cessation des paiements.
[946] En ce sens, L. Sautonie-Laguionie, *La fraude paulienne*, préf. G. Wicker, LGDJ 2008, Bibli. De dr. privé, t. 500, n° 525, p. 363, et n° 543, p. 376 et s.
[947] L'action paulienne ressemble beaucoup à l'action en nullité relative de la période suspecte, parce que l'intention frauduleuse est toujours nécessaire pour que l'acte litigieux soit annulé. Il convient de souligner aussi qu'une action paulienne peut être utile pendant une durée assez longue, parce que l'article 1167 du Code civil n'a pas précisément le régime de la prescription de cette action. Nous pouvons logiquement de penser à une prescription de **trente ans**, ou bien selon Mme Sautonie-Laguionie d'une durée plus courte de **cinq ans en appliquant l'article 1304 du Code civil** (L. Sautonie-Laguionie, *La fraude paulienne*, préf. G. Wicker, LGDJ 2008, Bibli. De dr. privé, t. 500, n° 902, p. 629). Dans tous les cas, elle permet de couvrir une période beaucoup plus longue que celle de la période suspecte (qui ne saurait aller au-delà de 18 moins).
[948] Art. 31, LDF.

mois[949] précédant le jugement d'ouverture. Pour nous, cette disposition ne se conforme pas à la nécessité de la sécurité juridique et au principe de la force obligatoire du contrat. Le critère purement objectif pour la détermination de la période suspecte ne permet pas une distinction entre la présence de bonne foi et de mauvaise foi dans la conclusion d'un contrat susceptible d'être annulé[950].

610.**Les actes susceptibles d'annulation.** – Les actes concernés sont ceux qui portent sur les transferts de propriété à titre gratuit, des contrats commutatifs manifestement déséquilibrés, du fait de consentir des sûretés réelles pour garantir des créances qui ne sont pas garanties d'une sûreté réelle[951], des paiements de dettes non échues, ou des abandons de dettes. Ici, les sûretés réelles constituées pour la garantie de paiement d'une dette antérieure sont susceptibles être annulées par le juge. Par contre, toutes les sûretés réelles conclues concomitamment avec la créance garantie ne sont pas frappées de nullité, même si celles-ci ont pour objet de nuire les autres créanciers du débiteur[952]. Ainsi cette disposition a été critiquée par des universitaires et des praticiens[953] : la nullité de toutes les sûretés réelles conclues pendant la période suspecte chinoise sans distinction de bonne foi et de mauvaise foi[954] est une disposition impertinente et dangereuse. A notre avis, il est d'intérêt de prendre en compte si l'entreprise débitrice est vraiment en état de difficulté au moment de constituer une sûreté réelle pour la garantie d'une dette antérieure. L'utilisation du critère objectif, certes va simplifier la chose, mais va créer de l'insécurité à cause

---

[949] Art. 32, LDF.

[950] V. en ce sens, WANG Jie (王捷), « 论 « 中华人民共和国企业破产法 » 中的可撤销的行为 » , *Entreprise Science And Technology & Development* (企业科技与发展), 2014 (7), p. 47 et s.

[951] En chinois, «*没有财产担保的债务*». Il faut ici bien distinguée une créance sans sûreté réelle avec une créance chirographaire, parce qu'ici, le débiteur ne saurait constituer une sûreté réelle pour la garantie d'une créance déjà garantie par une sûreté personnelle.

[952] V. en ce sens, WANG Xinxin(王欣新), *破产撤销权研究*, *China Legal Science* (中国法学), 2007 (5), p. 147 et s., spéc. p.159.

[953] V. par ex. Universitaire : WANG Xinxin(王欣新), *破产撤销权研究*, *China Legal Science* (中国法学), 2007 (5), p. 147 et s., spéc. p. 159 ; Avocat : WANG Jie (王捷), « 论 « 中华人民共和国企业破产法 » 中的可撤销的行为 » , *Entreprise Science And Technology & Development* (企业科技与发展), 2014 (7), p. 47 et s.

[954] Il est bien étrange que certain auteur a même refusé d'utiliser l'élément subjectif dans la prononciation de la nullité d'un acte frappé de nullité relatif : ZHANG Yanli (张艳丽), « L'analyse sur les éléments constitutifs des actes de nullité relative dans la procédure de faillite(*破产可撤销行为构成要件分析*) » , *Law Science Magazine* (法学杂志), 2007 (3), p. 71 et s., spéc. p. 74.

d'absence de prévisibilité de la nullité. Néanmoins il semble que la mauvaise foi du débiteur ou d'un tiers sera difficilement retenue parce que la période suspecte chinoise n'est pas définie comme la période entre la date de la cessation des paiements et celle du jugement, d'ouverture d'une procédure de redressement ou liquidation judiciaire. Nous ne pouvons, donc, pas effectuer une présomption de mauvaise foi par prouver la connaissance de la cessation des paiements du débiteur. Il semble qu'en droit chinois, tout devrait commencer par la redéfinition de la période suspecte.

611.En outre, l'article 32 de la LDF permet aussi à l'administrateur de demander l'annulation de tout paiement effectué à des créanciers, dans les 6 mois précédant le jugement d'ouverture, par un débiteur tombant dans les circonstances de l'alinéa 1er, de l'article 2 de la Loi, sauf si ce paiement était profitable à la préservation du patrimoine du débiteur.

612.Si la constitution des nouvelles sûretés réelles dans la période suspecte chinoise par le débiteur est strictement encadrée, la liberté dans la modification de la sûreté réelle antérieurement constituée est toujours possible, notamment une liberté de substitution de bien affecté[955].

613.**Comparaison.** – En somme, il convient de constater que la sanction française des actes passés en période suspecte est plus rigoureuse[956] que le droit chinois. Parce que la période suspecte sera, selon des cas, plus longue et les sûretés réelles constituées pour la garantie d'une dette antérieure sont frappées de nullité absolue ; alors qu'en droit chinois, les sûretés réelles constituées pour la garantie d'une dette antérieure n'est frappée de nullité relative, et les sûretés réelles constituées pour la garantie

[955] Com., 20 jan. 1998, n° 95-16.402, *Bull. civ*. IV, n° 28 p. 20: « *la cour d'appel a retenu qu'aux termes de l'acte de " translation d'hypothèque ", il n'y avait pas eu constitution d'une sûreté nouvelle mais substitution au privilège du prêteur de deniers et à l'hypothèque inscrits sur l'immeuble vendu, d'une hypothèque sur l'immeuble acquis pour garantir le remboursement du solde du prêt ; qu'elle en a exactement déduit, en dehors de toute référence à la subrogation réelle, que cette sûreté, qui n'était supérieure, ni dans sa nature, ni dans son étendue, aux sûretés auxquelles elle avait été substituée, avait été valablement inscrite pendant la période suspecte* ».

[956] Au niveau de la restriction de la liberté contractuelle en matière de sûretés réelles, tant immobilières que mobilières.

d'une dette concomitante ne sont pas frappées de quelconque nullité. La liberté contractuelle se voit limitée par les nullités de la période suspecte.

Au demeurant, les créanciers assez prudents et de bonne foi échapperont nécessairement à la sanction des nullités de la période suspecte. Certains autres créanciers échapperont aussi de cette nullité à cause de la nature de la sûreté réelle constituée.

§ 2 – Les sûretés réelles mobilières résistantes aux nullités de la période suspecte

614.**Raison de résistance.** – Il convient de constater que ce n'est pas toutes les sûretés réelles constituées dans la période suspecte qui sont frappées systématiquement par la nullité.

615.En Chine, sauf les sûretés réelles constituées pour garantir le paiement d'une dette antérieure, qui ne sont frappées que d'une nullité relative, les autres sûretés réelles légitimement conclues dans la période suspecte vont pouvoir garder leur validité.

616.En France, les sûretés réelles constituées concomitamment avec la créance garantie ne sont pas frappées de nullités absolues. La possibilité pour que l'administrateur ou le liquidateur d'annuler une telle sûreté consiste à prouver la connaissance du créancier sur la cessation de paiements de son débiteur au moment de la constitution de cette sûreté réelle. Par contre, le débiteur est libre de créer avec son créancier deux sûretés réelles, malgré la connaissance de son état de cessation de paiements : la réserve de propriété et le droit de rétention conventionnel.

617.**La réserve de propriété. –** Etant définie comme « *clause destinée à retenir la propriété d'un bien à titre de garantie, qui suspend, dans un contrat, l'effet translatif de celui-ci jusqu'au complet paiement de l'obligation qui en est la contrepartie* »[957], la réserve de propriété est une sûreté réelle employant la technique contractuelle qui consiste à retarder l'effet translatif de propriété. Ainsi, en cas de défaillance du

[957] G. Cornu, *Vocabulaire juridique*, PUF 2011, V° « Réserve de propriété ».

débiteur, la propriété du bien affecté ne va jamais réellement entrer dans le patrimoine du débiteur qui est l'objet de la procédure collective, l'objet de reconstitution. En outre, il convient de constater aussi que la réserve de propriété ne saurait être constituée pour la garantie d'une dette antérieure[958]. Il est logique qu'elle soit constituée que pour la garantie de la créance née de la convention translative de propriété qui l'incorpore . Si elle n'est pas consentie au moment de la conclusion de la convention translative de propriété, la propriété sera transmise avec la conclusion de la convention.

618.Il faut souligner que les dispositions qui visent à reconstituer l'actif du débiteur ne peuvent qu'annuler les actes qui font sortir illégitimement les biens déjà entrés dans le patrimoine du débiteur. En outre, on ne saurait faire entrer les biens qui n'ont jamais été dans ce patrimoine.

619.Ne constituant pas un appauvrissement du débiteur, la réserve de propriété ne peut pas être touchée, *a priori*, par les actions en nullité prévues par les articles L. 632-1 et L. 632-2 du Code de commerce. En effet, il en va de même en droit chinois qui ne sanctionne de manière générale que les actes frauduleux des droits et les paiements effectués qui ont pour effet la violation du principe d'égalité des créanciers[959] ; autrement dit, la clause de la réserve de propriété n'est ni un acte frauduleux ni un acte de paiement qui a pour objet ou effet de violer le principe d'égalité des créanciers.

620.En effet, si le contrat translatif envisagé par le créancier et le débiteur en cas de cessation de paiements sera, néanmoins, annulé par le juge, il n'y aura pas de différence pour le créancier. Parce que ce dernier va, de toute façon, garder la propriété du bien qui constitue l'objet de la clause de réserve de propriété.

---

[958] A la différence avec le droit allemand que la réserve de propriété peut être utilisée à la garantie d'une dette antérieure si le débiteur soit d'accord.

[959] Sur ce v. not. WANG Xinxin(王欣新), *破产撤销权研究*, *China Legal Science* (中国法学), 2007 (5), p. 147 et s., spéc. p. 155.

621.Ainsi, le débiteur est libre de constituer une réserve de propriété même après la cession de paiements. En outre, le débiteur est libre de constituer un droit de rétention conventionnelle dans la période suspecte.

622.**Le droit de rétention conventionnelle[960]. –** Ayant été prévu par l'article 2286 du Code civil, le droit de rétention peut être par « *celui à qui la chose a été remise jusqu'au paiement de sa créance* »[961]. La première réflexion concernant cette disposition est qu'il s'agit effectivement d'un droit de rétention octroyé au créancier titulaire d'une sûreté réelle mobilière avec dépossession. Par contre, rien n'interdit aux praticiens qui ne manquent pas d'imagination de convenir un pur droit de rétention conventionnel. Une telle convention ne contredit pas à la règle dite « pas de préférence sans texte », parce que le droit de rétention français n'octroie pas à son titulaire aucun droit de préférence. Malgré son effet d'exclusivité, un droit de rétention n'est pas opposable à une sûreté réelle mobilière antérieurement constituée et régulièrement publiée[962]. Il convient d'admettre que la constitution d'un droit de rétention conventionnel, en période suspecte, ne porte pas atteinte aux intérêts des autres créanciers du débiteur.

623.C'est-à-dire que le créancier et le débiteur peuvent librement convenir que ce premier va pouvoir retenir un bien appartenant à ce dernier jusqu'au paiement complet de la créance garantie. Ainsi, à notre connaissance, il n'y a de droit de rétention conventionnelle qui peut faire l'objet d'une annulation sur le fondement des articles L.632-1 et L.632-2 du code de commerce.

624.Et en droit chinois, le droit de rétention pourrait aussi être conventionnel, aux termes des articles 230 et 231 de la LDR. Mais il faut ajouter toujours qu'un droit de rétention chinois ne saurait être constitué pour la garantie d'une dette antérieure. Parce que le droit de rétention chinois offre à son bénéficiaire aussi un droit de préférence, autrement dit, il est une véritable sûreté réelle préférentielle.

---

[960] Sur la possibibilité de constituer un droit de rétention conventionnel, V. not. A. Aynès, thèse préc, p. 203 et s.
[961] Art. 2286, 1°, C. civ.
[962] Art. 2340, al. 2, C. civ.

Conclusion de la section 1

625.D'un point de vue comparative, il existe une grande différence entre les régimes des nullités de la période suspecte en droit français et en droit chinois. Pourtant, l'idée reste la même : la reconstruction de l'actif de l'entreprise débitrice. A la différence avec le droit français des entreprises en difficulté qui sanctionne toutes les sûretés réelles constituées pour la garantie d'une dette antérieure par la nullité absolue, le droit chinois des faillites ne les sanctionne que par une nullité relative. Et en France, les sûretés réelles constituées concommitemment avec la créance garantie peuvent aussi être annulées si la mauvaise foi peut être prouvée, alors qu'en Chine, toutes les sûretés réelles constituées concommitemment avec la créance garantie sont toutes protégées. Il existe néanmoins des sûretés réelles qui résistent aux nullités de la période suspecte à cause de la spécialité des techniques employées.

626.Néanmoins, les nullités de la période suspecte constituent une limite de la liberté contractuelle, au moment de la constitution, en matière de sûretés réelles mobilières.

627.L'impuissance des volontés individuelles dans la constitution d'une sûreté réelle mobilière face aux règles des nullités de la période suspecte doit être constatée, malgré des exceptions très peu nombreuses. Mais la restriction de la volonté individuelle dans les sûretés réelles mobilières ne s'arrête pas là. La volonté individuelle est aussi encadrée dans la réalisation de sûretés réelles mobilières.

Section 2 – L'interdiction de paiement et la suspension des poursuites personnelles

628.**Suspension d'exécution.** – La validité d'une sûreté réelle ne sert à rien si cette sûreté ne pouvait pas être réalisée malgré l'ouverture d'une procédure collective. Les buts des procédures collectives sont, suivant le droit français traditionnel, hérité du droit romain, le paiement des créanciers par une répartition du produit de la vente

organisée et collective des biens du débiteur failli[963]. Les buts d'ouverture d'une procédure de la faillite des entreprises sont les mêmes en droit chinois : un traitement collectif des créanciers en respectant le principe d'égalité des créanciers[964]. Il semble que la loi sur la faillite des entreprises chinoises est d'ordre public. Par exemple, l'article 15 de cette prévoit expressément que les personnels concernés[965], sans l'autorisation du tribunal compétent, ne sauraient quitter la région dans laquelle se situe leurs domiciles ; et en cas de violation, ils peuvent être punis d'une amande et d'une garde à vue[966].

629.Avec la règle d'ordre public de l'interdiction de paiement[967] et l'inopposabilité du pacte commissoire[968] pendant la période d'observation, une grande partie de sûreté réelle ne pouvait être réalisée dès l'ouverture d'une procédure collective (§1). Par contre, il existe des exceptions à ce principe d'interdiction (§2) pour les sûretés réelles qui confèrent à ses bénéficiaire, soit un droit de propriété, soit un droit de préférence portant sur un bien qui n'appartient pas au débiteur. Parce que la réalisation de ces sûretés réelles ne contredit pas la règle d'égalité des créanciers[969].

---

[963] V. en ce sens par ex. Ph. Roussel Galle et J.-L. Vallens, « Le paiement dans les procédures collectives », *in* M. Mignot et J. Lassere Capdeville (dir.), *Le paiement*, L'Harmattan, Paris, 2014, p. 205 et s. spéc. p. 205.

[964] V. en ce sens : LI Yongjun (李永军), « 我国《企业破产法》上破产程序开始的效力及其反思 », *Law Science Magazine* (法 学 杂 志), 2011 (2), http://article.chinalawinfo.com/ArticleHtml/Article_63405.shtml, consulté le 10 janv. 2015.

[965] Les « personnels concernés » visent notamment le représentant légal de la personne morale et les gérants : v. en ce sens par ex. LI Yongjun (李永军), « 我国《企业破产法》上破产程序开始的效力及其反思 », *Law Science Magazine* (法 学 杂 志), 2011 (2), http://article.chinalawinfo.com/ArticleHtml/Article_63405.shtml, consulté le 10 janv. 2015.

[966] Art. 129, LDF.

[967] En droit chinois: art. 16, LDF : tout paiement effectué à titre particulier après l'ouverture de la procédure de faillite chinoise est réputé nul. Sur le caractère d'ordre public de cette interdiction en droit français, v. not. Ph. Roussel Galle et J.-L. Vallens, « Le paiement dans les procédures collectives », *in* M. Mignot et J. Lassere-Capdeville (dir.), *Le paiement*, L'Harmattan, Paris, 2014, p. 205 et s. spéc. p. 212 *in fine*.

[968] Art. L. 622-7, C. com.

[969] La Cour de cassation a rappelé que le principe d'égalité ne concernait que les créanciers chirographaires : Com. 30 oct. 2000, n° 98-10.688.

§1 – Le principe de l'interdiction de paiement et des voies d'exécution

630.**En droit Français.** – En droit français, l'article L. 622-7, I, du Code de commerce prévoit précisément, concernant la procédure de la sauvegarde, que « *Le jugement ouvrant la procédure emporte, de plein droit, interdiction de payer toute créance née antérieurement au jugement d'ouverture, à l'exception du paiement par compensation de créances connexes. Il emporte également, de plein droit, interdiction de payer toute créance née après le jugement d'ouverture, non mentionnée au I de l'article L. 622-17. Ces interdictions ne sont pas applicables au paiement des créances alimentaires. – De même, il emporte, de plein droit, inopposabilité du droit de rétention conféré par le 4° de l'article 2286 du code civil pendant la période d'observation et l'exécution du plan, sauf si le bien objet du gage est compris dans une cession d'activité décidée en application de l'article L. 626-1. – Il fait enfin obstacle à la conclusion et à la réalisation d'un pacte commissoire* ». En outre, aux termes de l'article L. 622-21 du même code, le droit de poursuite du créancier gagiste est suspendu pendant la période d'observation[970].

631.Autrement dit, en matière de sûreté réelle portant sur les biens mobiliers, l'ouverture d'une procédure de sauvegarde prive les créanciers privilégiés le droit de réaliser leur sûreté. Ils ne peuvent, ni prévaloir la vente du bien grevé[971], ni l'attribution judiciaire[972], ni la réalisation ou la conclusion d'un pacte commissoire[973] qui leur sont normalement accordés par le Code civil. Même si en cas de vente de biens gagés ou nantis, le « *prix correspondant aux créances garanties par ces sûretés est versé en compte de dépôt à la Caisse des dépôts et consignations* »[974].

[970] La période d'observation est la période entre le jugement d'ouverture et le jugement d'arrêter le plan de redressement judiciaire.
[971] Art. 2346, C. civ.
[972] Art. 2347, C. civ.
[973] Art. 2348, C. civ.
[974] Art. L. 622-8, al. 1er, C. com.

632.Les mêmes principes s'appliquent aussi en cas de redressement judiciaire[975]. C'est seulement en cas d'ouverture d'une procédure de liquidation judiciaire que les différents moyens de réalisation peuvent être mis en œuvre[976].

633.En cas d'une liquidation judiciaire, le créancier peut prévaloir, soit son droit de préférence après la réalisation d'actifs de l'entreprise débitrice, soit l'attribution judiciaire, et aussi, pour certains un droit de rétention fictive prévue par l'article 2286, 4°, du Code civil[977]. Il est souvent plus intéressant pour un créancier d'exercer la faculté de demander l'attribution judiciaire que de faire vendre le bien pour faire jouer son droit de préférence. L'attribution permet en effet au créancier d'éviter le concours avec d'autres créanciers[978]. En effet, la caution[979] est en droit d'invoquer le bénéfice de subrogation lorsque l'absence d'exercice de cette prérogative lui a causé un préjudice[980]. Il semble, qu'en matière de sûreté réelle portant sur les biens mobiliers, le moyen le plus efficace de la réalisation d'une sûreté réelle est l'attribution judiciaire, qui constitue un véritable moyen alternatif de réalisation[981], parce que le droit de préférence ne peut, depuis longtemps, permettre au créancier privilégié, un paiement effectif[982].

634.**En droit chinois.** – En droit chinois, l'article16 de la Loi chinoise du droit de faillite des entreprises (LDF) dispose que le paiement des créances par l'entreprise

---

[975] Art. L. 631-14, al. 1er, C. com. Qui a effectué un renvoi pur et simple des articles L. 622-3 à L. 622-9 du même code. Autrement dit, ces dispositions sont aussi applicables à la procédure de redressement judiciaire.
[976] Art. L. 643-2, C. com. Par contre, le pacte commissoire ne peut toujours pas jouer son rôle (art. L. 641-3, C. com.).
[977] Par contre, la jurisprudence ne veut pas qu'un créancier nanti puisse bénéficier le droit de rétention fictive : Com. 26 nov. 2013, n° 12-27.390.
[978] Art. L. 643-7, C. com.
[979] V. sur la question du bénéfice de subrogation d'une caution réelle, *infra* n° .
[980] D. Legeais, *Droit des sûretés et garanties du crédit*, 10e éd. LGDJ 2015, n° 281 et s. p. 205 et s.
[981] En ce sens, F. Macorig-Venier, « L'alternative de la cession des biens grevés : l'attribution en propriété », *Rev. proc. coll.*, n° 2, mars 2015, dossiers 30.
[982] En ce sens, Ph. Roussel Galle et J.-L. Vallens, « Le paiement dans les procédures collectives », *in* M. Mignot et J. Lassere Capdeville (dir.), *Le paiement*, L'Harmattan, Paris, 2014, p. 205 et s. spéc. p. 212. Pour ces auteurs, seulement certains créanciers peuvent recevoir des paiements effectifs, soit parce qu'il peut échapper de l'interdiction de paiement, soit parce qu'il peut retourner contre des tiers.

débitrice après le jugement d'ouverture d'une procédure de faillite est réputé nul. L'article 19 de la même loi a poursuivi que toutes les poursuites personnelles à l'encontre de l'entreprise débitrice sont suspendues. Donc, *a priori*, le créancier privilégié ne saurait exercer son droit de préférence après le jugement d'ouverture d'une procédure de faillite. Mais une exception est expressément prévue par cette Loi de 2006 en cas de procédure de redressement, pendant la période d'observation[983]: l'article 75 souligne notamment que les créanciers privilégiés se voient suspendus leur droit à l'exécution de leur droit de préférence, mais ils peuvent demander à la juridiction populaire la mainlevée de cette suspension lorsque le bien grevé se trouve détérioré d'une certaine gravité. Il s'agit d'une exception qui est érigée notamment pour la préservation des intérêts des créanciers. A notre avis, la mainlevée de la suspension d'exercer le droit de préférence n'autorise que les créanciers à prévaloir la vente forcée du bien, mais pas un droit de se faire payer qui devrait être fait au moment de la distribution de l'actif. Autrement dit, les créanciers ne seront pas payés pendant la période d'observation.

635.Cela étant, il convient tout au moins d'observer que la suspension du droit de poursuite et l'interdiction de paiement ne fait que d'empêcher la réalisation des sûretés réelles traditionnelles. Certaines autres sûretés réelles résistent à ces règles.

§2 – Les sûretés réelles résistant à la suspension d'exécution

636.Comme MM. Roussel Galle et Vallens l'ont pu bien indiquer, seulement certains créanciers peuvent être payés effectivement en cas d'ouverture d'une procédure collective[984], soit qu'ils peuvent éviter l'interdiction de paiement, soit qu'ils peuvent retourner aux tiers. Nous allons donc, présenter les sûretés réelles résistant à la procédure collective, ou la procédure de faillite en droit chinois, en distinguant celles

[983] En chinois, «*重整期间*» : pendant laquelle le débiteur peut effectuer par lui-même la gestion de l'entreprise débitrice et la disposition de ses biens sous contrôle de l'administrateur (art. 73, LDF).
[984] Ph. Roussel-Galle et J.-L. Vallens, « Le paiement dans les procédures collectives », *in* M. Magnot et J. Lasserre-Capdeville (dir.), *Le Paiement*, L'Harmattan, 2014, p. 205 et s.

permettant au créancier d'éviter l'interdiction de paiement (A) et celles permettant au créancier un droit contre les tiers (B).

A – Les sûretés réelles permettant d'exclusion de l'interdiction de paiement

637.**Cause d'exclusion.** – Parmi les créanciers titulaires de sûretés réelles portant sur les biens mobiliers, certains créanciers peuvent être payés avant la distribution de l'actif de l'entreprise débitrice à cause de la nature particulière.

638.**Droit de rétention.** – En premier rang se situent les créanciers qui bénéficient la détention du bien grevé. Il peut s'agir d'un créancier rétenteur, ou un créancier gagiste avec dépossession . En outre il faut ajouter les biens dont la propriété a été transférée dans le patrimoine fiduciaire[985]. Autrement dit, en France, l'interdiction de paiement peut être écartée afin de retirer le gage ou une chose légitimement retenue[986] y compris en cas de liquidation judiciaire[987]. Certes, le paiement doit alors être autorisé par le juge-commissaire et le retrait doit être justifié par la poursuite d'activité, mais cette disposition assure au créancier titulaire du droit de rétention « effectif[988] », une situation très favorable. En droit chinois, l'article 37 de la Loi chinois du droit de la faillite des entreprises prévoit la possibilité pour l'administrateur à retirer les biens gagés ou légitimement retenus par le paiement ou par la fourniture d'une autre garantie que le créancier accepte. A la différence avec le droit français, le paiement de la créance du créancier pour retirer le bien gagé ou retenu n'est pas soumis à la justification de la poursuite d'activité. Il se peut que le paiement de la créance ait pour objet de retirer le bien dont la valeur est très supérieure au montant de la créance garantie, sans que ce bien soit bien nécessaire à la poursuite d'activité de l'entreprise débitrice. En effet, il est aisé d'observer que ce n'est pas le droit de préférence qui permet au créancier à se voir payer en cas d'ouverture procédure collective au profit de l'entreprise débitrice, mais le droit de rétention et le droit de propriété , donc les

[985] Art. L. 622-7, II, al. 2, C. com.
[986] Art. L. 622-7, II, al. 1er, C. com.
[987] Art. L. 643-1, C. com.
[988] Par contre, le créancier titulaire d'un droit de rétention fictif ne bénéficie qu'un « super-privilège » au moment de la liquidation judiciaire.

droits exclusifs. Par contre, le droit exclusif ne suffit pas, il faut que le bien affecté soit utile pour la continuation d'activités de l'entreprise débitrice.

639.**Réserve de propriété.** – Deuxièmement, en droit français, un paiement peut avoir lieu entre les mains du vendeur réservataire si l'administrateur souhaite conserver le bien objet de la clause de la réserve de propriété[989]. Sinon, le vendeur réservataire est en droit de demander la restitution du bien en tant que le propriétaire du bien[990]. Le droit de demander la restitution du bien est également accordé au bénéficiaire d'une fiducie-sûreté qui deviendra définitivement le propriétaire du bien grevé en absence de dispositions conventionnelles contraires. Par contre, leur droit peut se voir empêché lorsque l'administrateur considère que le bien est indispensable à la continuation des activités de l'entreprise débitrice. En droit chinois, lorsqu'il s'agit d'une procédure de liquidation[991] ou une procédure amiable[992], le vendeur réservataire peut dès l'ouverture d'une telle procédure exercer son « droit à demander la restitution de bien »[993] ; par contre, en cas de procédure de redressement, l'exercice de ce droit se voit empêcher parce que le réservataire[994] ne saurait demander la restitution du bien qu'en cas où les conditions d'exercice de ce droit soient remplies[995]. Autrement dit, l'ouverture d'une procédure de redressement chinoise n'autorise pas une accélération de l'action à la restitution[996].

---

[989] Art L. 624-16 et L. 631-18, C. com.
[990] Ici, l'exercice de cette action n'est pas empêché par le principe de la suspension de la poursuite personnelle contre le débiteur, parce qu'il s'agit d'une action *in rem*.
[991] En chinois, «*破产程序* ».
[992] En chinois, « *和解程序*».
[993] En chinois, «*取回权* ».
[994] V. en ce sens, LI Yongjun (李永军), « 我国《企业破产法》上破产程序开始的效力及其反思 », *Law Science Magazine* (法 学 杂 志), 2011 (2), http://article.chinalawinfo.com/ArticleHtml/Article_63405.shtml, consulté le 10 janv. 2015.
[995] Art. 76, LDF.
[996] V. en ce sens, LI Yongjun (李永军), « 我国《企业破产法》上破产程序开始的效力及其反思 », *Law Science Magazine* (法 学 杂 志), 2011 (2), http://article.chinalawinfo.com/ArticleHtml/Article_63405.shtml, consulté le 10 janv. 2015.

B – Les sûretés réelles permettant un droit contre des tiers

640.**En droit français.** – En effet, les sûretés réelles permettant au créancier un droit contre des tiers sont les sûretés réelles pour autrui, antérieurement appelées cautionnement réel en France.

641.Même si elles ont été incorporées dans la notion des sûretés réelles, les sûretés réelles pour autrui devaient être distinguées nettement avec les sûretés réelles constituées sur les biens du débiteur, parce qu'elles sont constituées sur les biens d'un tiers, ainsi permettant au créancier de solliciter son droit de préférence ou un droit à l'attribution judiciaire ou conventionnelle non pas à l'encontre du débiteur, mais à l'encontre du tiers garant.

642.La caution réelle, personne physique, en France, peut solliciter le bénéfice des dispositions du jugement arrêtant le plan et l'exécution du plan de la sauvegarde[997]. Autrement dit, le créancier ne peut solliciter la réalisation d'une sûreté réelle pour autrui en cas de procédure de la sauvegarde, si la caution réelle est une personne physique. En effet, il s'agit seulement d'une protection particulière de la caution personne physique. Le principe reste toujours l'autorisation de la réalisation des sûretés réelles pour autrui en cas d'ouverture d'une procédure de redressement ou liquidation judiciaire.Autrement dit, dans ces hypothèses, le créancier peut demander la réalisation de la sûreté à la caution réelle sans que cette dernière puisse faire l'opposition.

643.**En Chine.** – En droit chinois, aucune disposition ne prévoit que la caution réelle puisse refuser la réalisation de la sûreté en cas d'ouverture d'une procédure de faillite, ou de redressement et amiable. Ainsi, le créancier peut dans cette situation demander la réalisation de cette sûreté.

644.En somme, la réalisation de certaines sûretés réelles portant sur les biens mobiliers n'est pas encadrée par les dispositions de la procédure de surendettement.

[997] Art. L. 626-11, C. com.

Elles résistent plus ou moins aux procédures collectives. Par contre, il convient de noter que la résistance des règles d'ordre public n'est pas conséquence de la confrontation du principe de la liberté contractuelle avec l'ordre public, mais en dehors du champ d'application de ces règles d'ordre public. Autrement dit, le principe de la liberté contractuelle ne résiste pas, *stricto sensu*, aux règles d'ordre public.

Conclusion de la section 2

645.Les règles d'ordre public sont puissantes, le principe de la liberté contractuelle ne peut résister l'encardrement de ces règles. Elles sont matérialisées, tant en droit français qu'en droit chinois, par l'interdiction de paiement et par la suspension des poursuites après le jugement d'ouverture d'une procédure de la sauvegarde, de redressement ou de liquidation judiciaire. Ainsi, la réalisation de la plupart des sûretés réelles portant sur les biens mobiliers se voit paralysée.

646.Néanmoins, certaines sûretés réelles peuvent être réalisées malgré l'ouverture d'une procédure collective, parce que soit elles permettent un paiement avant la distribution définitive, soit elles permettent au créancier d'exercer un droit à l'encontre des tiers.

647.Nous demandons ainsi si les praticiens vont de plus en plus recourir à des sûretés réelles résistant à des procédures collectives ? Parce qu'au moment de choisir des sûretés réelles à conclure, le principe reste la liberté contractuelle.

Conclusion du Chapitre I

648.Par définition, aucune liberté ne saurait être exercée en violation de l'ordre public. Il en va de même pour la liberté contractuelle, autrement dit, les parties contractantes ne peuvent conclure des sûretés réelles en méconnaissant les règles d'ordre public.

649.Les règles d'ordre public qui limitent la liberté contractuelle dans le domaine des sûretés réelles portant sur les biens mobiliers sont celles prévues par le droit des entreprises en difficulté. Ainsi, en cas d'ouverture d'une procédure de redressement ou de liquidation judiciaire, les nullités de la période suspecte anéantissent la validité de certaines sûretés réelles qui sont constituées dans la période suspecte et pour la garantie d'une dette antérieure. En droit français, la sanction sera la nullité absolue alors qu'en Chine, elles ne sont frappées que de nullité relative. En outre, certaines sûretés réelles, telle que les fiducies-sûretés, même si constituées pour la garantie d'une dette concomitante, peuvent être annulées en France avec la preuve de la mauvaise foi des contractants. Mais en Chine, les sûretés réelles constituées concomitamment avec la créance garantie ne seront pas annulées malgré la présence d'une mauvaise foi.

650.Quant à la réalisation, l'ouverture d'une procédure collective fait aussi obstacle à l'efficacité des sûretés réelles. Les principes de l'interdiction de paiement et de la suspension des poursuites personnelles font attendre les créanciers jusqu'à la distribution des actifs[998] de l'entreprise débitrice. Certains droits exclusifs, tels que le droit de rétention effectif, le droit de propriété, et la sûreté réelle pour autrui permettront des paiements effectifs au créancier, parce que les règles d'ordre public ne l'interdisent pas expressément.

651.Sauf ce fossé infranchissable, les règles d'ordre public, les principes indicateurs des sûretés réelles ne constituent pas de vrai obstacle pour la liberté contractuelle. Il convient d'analyser, séparément, comment la liberté contractuelle résiste au principe de l'accessoire et le principe de la proportionnalité.

[998] C'est le cas le plus souvent après l'ouverture d'une procédure collective.

Chapitre II – Les volontés individuelles face au principe de l'accessoire

652.**Nature accessoire des sûretés réelles incontestable.** – Étant défini comme un accessoire de la créance, la sûreté réelle constitue tantôt un droit complémentaire[999] tantôt un droit supplémentaire[1000] du droit de la créance pour le créancier. Donc il est de nature à appliquer le principe de l'accessoire aux sûretés réelles. En droit chinois, l'article 172 énonce directement le caractère accessoire des sûretés réelles.

Avec l'application de la transmission de la sûreté réelle avec la créance garantie, la cessionnaire de la créance bénéficiera une créance renforcée, et pour le cédant, bien entendu, il peut obtenir un bon prix dans la négociation. Avec l'application de l'extinction accessoire de la sûreté réelle, le constituant se voit protéger parce qu'il n'a, en aucun cas, voulu s'engager plus que le débiteur.

653.**Une rigidité injustifiée.** – Néanmoins, comme nous l'avons déjà démontré dans le premier titre de cette partie, l'application rigide du principe *accessorium sequitur principale* peut engendrer des conséquences indésirables. Les parties contractantes peuvent ainsi de leur part exclure l'application de ce principe. L'éviction du régime juridique de l'accessoire peut être, ainsi, voulue par les parties tant au moment de la constitution de la sûreté réelle qu'au moment de la transmission ou l'extinction de la sûreté réelle. Quant aux sûretés réelles, ce qui est gênant pour le constituant est le principe de la spécialité quant aux créances garanties, parce que cette spécialité limite le fonctionnement de garantie d'une sûreté, et encore, il faut aussi prendre en compte les frais importants pour la constitution de certaines sûretés réelles mobilières. En effet, le principe de spécialité découle aussi du principe de l'accessoire parce que la sûreté réelle est censée constituer exclusivement pour la créance garantie, sans

[999] Ch. Juillet, *Les accessoires de la créance*, préf. Ch. Larroumet, Defrénois 2009, Doctorat & Notariat t. 37, p. 123 et s.
[1000] Ch. Juillet, *Les accessoires de la créance*, préf. Ch. Larroumet, Defrénois 2009, Doctorat & Notariat t. 37, p. 13 et s.

laquelle cette première n'aura plus intérêt à exister[1001]. Ainsi, il s'agit de contourner le principe de l'accessoire si le constituant a voulu affecter un bien pour la garantie des créances futures (Section 1). Pour éviter la transmission et l'extinction accessoire de la sûreté réelle, la volonté individuelle pourrait avoir une importante influence (Section 2).

Section 1 – Le contournement des effets du principe de l'accessoire opter certaines sûretés réelles particulières

654.Le contournement des effets de la spécialité quant à la créance dans les sûretés réelles peut être réalisé par deux moyens, choisir une sûreté réelle rechargeable (§1), ou avec des stipulations particulières (§2).

§1 – Le contournement effectué par le choix d'une sûreté réelle rechargeable

655La reconnaissance par le législateur de la possibilité de la garantie des créances futures par des sûretés réelles n'est plus une nouveauté en droit français (A). Par contre, en Chine cette possibilité est limitée (B). Pour contourner les effets de la spécialité quant à la créance, il suffit qu'au moment de la constitution les parties contractantes choisissent une sûreté dont la spécialité n'est pas rigoureusement exigée.

A – Les sûretés réelles rechargeables françaises : l'hypothèque et fiducie-sûreté

656.La présentation de l'hypothèque rechargeable (a) précédera celle de la fiducie-sûreté rechargeable (b).

[1001] En ce sens aussi, Ch. Juillet, *Les accessoires de la créance*, préf. Ch. Larroumet, Defrénois 2009, Doctorat & Notariat t. 37, n° 591, p. 360.

a - L'hypothèque rechargeable : une sûreté embryonnaire[1002] *rechargeable*

657.Étant une nouveauté bienvenue au début, l'hypothèque rechargeable ne l'est pas toujours. Il convient donc de présenter comment cette sûreté attractive s'évolue en trilogie en droit français : naissance, crise, mature.

658.**Naissance de l'hypothèque rechargeable française.** – La première sûreté réelle que le législateur français autorise la possibilité de rechargement[1003] est l'hypothèque. L'hypothèque rechargeable est l'une des innovations majeures de la réforme des sûretés par l'ordonnance du 23 mars 2006. Elle montre parfaitement le besoin de plus en plus pressant d'écarter la règle de l'accessoire afin d'obtenir des résultats jugés plus satisfaisants. Elle montre que l'assouplissement du régime juridique de l'accessoire de la créance est une véritable tendance actuelle[1004].

659.Venant avec l'exigence de spécialité quant à la créance garantie, l'extinction par accessoire interdit de reporter une sûreté réelle, accessoire de la créance, sur une autre créance qui n'est pas originellement prévue par l'acte constitutif. Cela signifie que la garantie d'un nouveau crédit ne peut normalement passer que par la constitution d'une nouvelle sûreté réelle. Mais, l'hypothèque est une sûreté réelle dont la constitution est très onéreuse et, qui plus est, dont l'efficacité dépend de la date d'inscription. Aussi, afin de développer le crédit hypothécaire un instrument au service des crédits à la consommation[1005], le législateur a décidé de créer une hypothèque dépourvue de cet inconvénient. En accordant le pouvoir au constituant à affecter l'hypothèque à la garantie d'une « *créance autres que celles mentionnées par l'acte constitutif* », le législateur français n'a pas oublié de prévoir expressément cette exception de

[1002] Sur cette qualification, En ce sens aussi, Ch. Juillet, *Les accessoires de la créance*, préf. Ch. Larroumet, Defrénois 2009, Doctorat & Notariat t. 37, p. 367, note de bas page n° 1635.
[1003] Art. 2422, C. civ. **Version à l'issu de l'ordonnance du 23 mars 2006** : «*L'hypothèque peut être ultérieurement affectée à la garantie de créances autres que celles mentionnées par l'article constitutif* ». *Adde*. M. Grimaldi, « Hypothèque rechargeable et prêt viager hypothécaire », *D.* 2006, p. 1294 ; A. Gourio, « L'hypothèque rechargeable », *RD ban. et fin.* sept.- oct. 2006, p. 39 et s., n° 1 et s ; J.-F. Etheve, « L'hypothèque », *LPA* 27 mars 2008, p. 49.
[1004] Ch. Juillet, *Les accessoires de la créance*, préf. Ch. Larroumet, Defrénois 2009, Doctorat & Notariat t. 37, n° 603, p. 367.
[1005] M. Grimaldi, « Hypothèque rechargeable et prêt viager hypothécaire », *D.* 2006, p. 1294, n° 1 ; A. Gourio, « L'hypothèque rechargeable », *RD ban. et fin.* sept.- oct. 2006, p. 39 et s., n° 1 et s ; J.-F. Etheve, « L'hypothèque », *LPA* 27 mars 2008, p. 49.

l'extinction par accessoire dans l'article 2488, 1°, du Code civil. L'hypothèque peut être réutilisée pour garantir des nouveaux crédits, bien entendu dans l'hypothèse que les premiers n'ont pas épuisé la valeur du bien affecté[1006]. De notre point de vue, cette réutilisation n'était en aucun cas soumise à la condition de remboursement partiel ou total des créances originairement mentionnées dans l'acte constitutif, au moins selon la version primitive de l'article 2422 après la réforme de 2006, le législateur n'avait rien prévu. Ce faisant, l'emprunteur n'aura pas à supporter les frais de constitution d'une nouvelle hypothèque, ce qui diminue d'autant le coût du crédit et d'ailleurs, le nouveau créancier deviendra titulaire de l'hypothèque, et bénéficiera de son rang d'inscription initiale, sous réserve toutefois, d'après l'article 2425, alinéa 5, qu'aucune hypothèque judiciaire conservatoire ou légale du Trésor public[1007] n'ait été inscrite entre temps[1008], ce qui pourrait d'ailleurs devenir source de difficulté.

660.Malgré des difficultés, l'hypothèque rechargeable jouit d'une incontestable autonomie[1009]. Elle crée « *une exception très importante à la règle suivant laquelle l'accessoire suit le principal* »[1010]. Au fond, « *La vie de l'hypothèque rechargeable est indépendante de la vie des créances garanties, qu'il s'agisse de la créance initiale, ou des créances bénéficiaires de rechargement* »[1011].

661.**Crise de l'hypothèque rechargeable**[1012]**.** – En effet, l'hypothèque rechargeable n'était pas toujours bienvenue pour le législateur français, elle avait été supprimée par

---

[1006] Comp. Ch. Juillet, *Les accessoires de la créance*, préf. Ch. Larroumet, Defrénois 2009, Doctorat & Notariat t. 37, n° 603, p. 368, qui énonce timidement que « *l'hypothèque pourra être réutilisée, dans cette limite des précédents remboursements, pour garantir des nouveaux crédits* ». Parce que pour cet auteur, la réutilisation de l'hypothèque est soumise à la condition des remboursements des crédits originairement mentionnés dans l'acte constitutif de l'hypothèque.

[1007] Loi de finances n° 2006-1666 du 21 décembre 2006.

[1008] Art. 2425, al. 5, C. civ (Version antérieure à la loi du 21 décembre 2006) : « *L'inscription d'une hypothèque judiciaire conservatoire est réputée de rang antérieur à celui conféré à la convention de rechargement lorsque la publicité de cette convention est postérieure à l'inscription de l'hypothèque judiciaire conservatoire* ».

[1009] Ch. Juillet, *Les accessoires de la créance*, préf. Ch. Larroumet, Defrénois 2009, Doctorat & Notariat t. 37, n° 605, p. 369.

[1010] P. Crocq, « La future réforme du droit français des sûretés réelles », *RLDC* oct. 2005, p. 25 et s., spéc. p. 31.

[1011] M. Dagot, *Les sûretés*, PUF, 1981, n° 417.

[1012] Loi Hamon n° 2014-344 du 17 mars 2014 (*JO* 18 mars 2014, p. 5400) qui a supprimé l'hypothèque rechargeable par son article 46 : « *I. — La section 6 du chapitre III du titre Ier du livre III du code de la consommation est abrogée.*

la loi Hamon en 2014[1013] pour limiter le surendettement[1014]. Cette suppression est qualifiée « d'*inattendue* »[1015] ou « *ne convainquent pas* »[1016] par la doctrine française, parce qu'il est certes que «*l'hypothèque rechargeable ne faisait en rien peser sur le constituant un risque de surendettement* »[1017]. Heureusement, cette crise n'a pas duré longtemps ; quelques mois après, nous avons vu la « *renaissance* » [1018] de l'hypothèque rechargeable en droit français qui est consacrée par la Loi du 20 décembre 2014.

662.**Mature de l'hypothèque rechargeable.** – Aujourd'hui, une véritable hypothèque rechargeable française ne saurait être utilisée qu'à la garantie des créances professionnelles[1019], peu importe que le constituant soit une personne physique ou une personne morale[1020]. C'est-à-dire que cette sûreté ne pourrait pas servir à la consommation comme était prévue à sa naissance.

II. — L'article 2422 du code civil est abrogé.
III. — Le présent article entre en vigueur à compter du 1er juillet 2014. Il ne s'applique pas aux contrats conclus avant cette date ».

[1013] N. Mathey et J. Werner, « La loi relative à la consommation. Aspect de droit bancaire », *RD ban. et fin.* n° 2, 2014, p. 9 et s. ; D. Legeais, « Abrogation de l'article 2422 du Code civil relatif à l'hypothèque rechargeable », *RD ban. et fin.* n° 2, 2014, p. 48 ; Ch. Albiges, « Abrogation des dispositions relatives à l'hypothèque rechargeable », *RTD imm.* n° 2, 2014, p. 11 à 12 ; A. Aynès, « Suppression de l'hypothèque rechargeable », *Dr. et patr.* n° 241, 2014, p. 103.

[1014] N. Mathey et J. Werner, « La loi relative à la consommation. Aspect de droit bancaire », *RD ban. et fin.* n° 2, 2014, p. 9 et s. spéc. n° 8 ; Rapp. AN n° 1156, 13 juin 2013.

[1015] Ch. Albiges, « Abrogation des dispositions relatives à l'hypothèque rechargeable », *RTD imm.* n° 2, 2014, p. 11 à 12 ; Ch. Gijsbers, « Hypothèque rechargeable : rétablissement pour les professionnels par la loi du 20 décembre 2014 », *D.* 2015, p. 69 et s.

[1016] A. Aynès, « Suppression de l'hypothèque rechargeable », *Dr. et patr.* n° 241, 2014, p. 103. *Adde*. Ch. Gijsbers, « Requiem pour l'hypothèque rechargeable », *RLDC* 2014/113, n° 5341 ; Ph. Dupichot, « Sûretés réelles » , *Dr. et patr.* 2014, n° 233, p. 68 et 69 ; P. Crocq, *D.* 2014, 1611 selon qui « *Cette suppression de l'hypothèque rechargeable relève [...] du fantasme législatif* ».

[1017] *Ibid. Adde.* Ph. Dupichot, *Le pouvoir des volontés individuelles en droit des sûretés*, préf. M. Grimaldi, Éditions Panthéon-Assas, 2005, n° 570, p. 445 ; Ch. Gijsbers, « Hypothèque rechargeable : rétablissement pour les professionnels par la loi du 20 décembre 2014 », *D.* n°2, 2015, p. 69 : « *Tout au plus la sûreté réelle facilite-t-elle l'endettement mais elle n'en constitue jamais la source* ».

[1018] V. sur cette expression, O. Gout, « Renaissance de l'hypothèque rechargeable », *RTD imm.* n° 1, 2015, p. 19 à 20.

[1019] L'hypothèque rechargeable est réinstaurée en droit français par la Loi n° 2014-1545 du 20 décembre 2014. *Adde.* O. Gout, « Renaissance de l'hypothèque rechargeable », *RTD imm.* n° 1, 2015, p. 19 à 20 ; Ch. Gijsbers, « Hypothèque rechargeable : rétablissement pour les professionnels par la loi du 20 décembre 2014 », *D.* n°2, 2015, p. 69 ; L. Andreu, « L'hypothèque rechargeable ressuscitée », *JCP G* 2015, p. 134 à 135.

[1020] Art. 2422, C. civ.

Cela est conforme plus ou moins à la réalité parce que c'est dans le domaine des activités professionnelles que nous avons besoin le plus de crédit ou de financement, et bien entendu, avec le moins de coût[1021]. La limitation de cette pratique aux activités professionnelles montre encore une fois la prudence du législateur français, parce que malgré l'effet positif des crédits sur le développement économique, « trop de crédits futurs, tue les crédits présents »[1022].

663.En effet, l'hypothèque n'est pas la seule sûreté réelle française qui est susceptible de rechargements, il ne faut pas oublier la reine des sûretés réelles françaises, qui peut portant tant sur les biens mobiliers que sur les biens immobiliers : la fiducie-sûreté. pourtant, elle est la seule sûreté mobilière susceptible de rechargement.

b - La fiducie-sûreté mobilière rechargeable : reine[1023] des sûretés réelles mobilières

664.**Un rêve devenu en réalité.** – Avant la législation de la fiducie en France, M. Witz avant déjà plaidé pour une fiducie-sûreté permettant, « *si les parties souhaitent, le maintien de la sûreté, nonobstant l'extinction de la première créance garantie* »[1024]. Ce souhait est devenu réalité.

665.**Différence avec l'hypothèque rechargeable.** – Aujourd'hui, la créance garantie constitue l'une des mentions obligatoires[1025] du contrat de fiducie-sûreté[1026], mais, le rechargement est possible si le constituant est une personne morale[1027]. Ici, à noter qu'à la différence avec l'hypothèque, la garantie d'une créance professionnelle n'est

[1021] Ainsi sur ce, certains auteurs ont pensé à réduire directement la taxe de publicité foncière (Ch. Gijsbers, « Hypothèque rechargeable : rétablissement pour les professionnels par la loi du 20 décembre 2014 », *D.* n°2, 2015, p. 69 ; M. Cabrillac, C. Mouly, S. Cabrillac et P. Pétel, *Droit des sûretés*, 9e éd. Litec, 2010, n° 895, p. 676).
[1022] Parce que ce sont les créanciers y compris les créanciers présents qui subiront la conséquence du surendettement du débiteur.
[1023] V. sur cette expression : A. Cerles, « La fiducie, nouvelle reine des sûretés ? », *JCP E*, n° 36, 2007, p. 19 et s.
[1024] C. Witz, « Réflexion sur la fiducie-sûreté », *JCP E*, 1993, I, 244.
[1025] Avant l'ordonnance du 30 janvier 2009, la créance garantie ne constitue pas de mentions obligatoires d'une fiducie. Ainsi, certain auteur a voulu profiter ces errements législatifs à faire la fiducie-sûreté une sûreté dépourvu d'exigence de la spécialité quant à la créance garantie : Ch. Juillet, *Les accessoires de la créance*, préf. Ch. Larroumet, Defrénois 2009, Doctorat & Notariat t. 37, n° 480, p. 290.
[1026] Art. 2372-2, C. civ.
[1027] Art. 2372-5, C. civ.

pas exigée pour que la fiducie-sûreté soit rechargeable. Autrement dit, pour nous, le rechargement de la fiducie-sûreté mobilière reconnaît un champ d'application plus étroit que celui de l'hypothèque rechargeable, parce que la dernière peut aussi profiter des personnes physiques.

666.**Une sûreté coûteuse.** – Par contre, le rechargement de la fiducie-sûreté ne facilite pas le processus pour le constituant et, d'ailleurs, ne rend pas la sûreté moins onéreuse, parce que le contrat de rechargement doit être enregistré, à peine de nullité, sous la même forme[1028] que la constitution d'une fiducie prévue par l'article 2019 du Code civil. Ainsi, malgré cette « rechargeabilité », la fiducie-sûreté reste une sûreté réelle très onéreuse, qui constituera plus ou moins un obstacle de sa prospective.

667.En Chine, il existe aussi une forme particulière d'hypothèque, aussi applicable au gage, permettant une sûreté réelle à être affectée pour la garantie de certaines créances futures : hypothèque à montant maximal.

B – Les sûretés réelles rechargeables chinoises : hypothèque plafonnée et gage plafonné

668.En Chine, l'hypothèque plafonnée a été très tôt instaurée par le législateur de 1995. C'est avec la réforme de 2007 que le gage peut aussi être employé à la garantie d'une créance future. Il convient de présenter cette forme particulière de sûreté réelle chinoise (a) avant de constater son insuffisance en comparant avec la fiducie-sûreté rechargeable française(b).

a - Hypothèque ou gage plafonné : une sûreté réelle pour certaines créances futures

669.**Notion de l'hypothèque à montant maximal.** – L' « hypothèque à montant maximal » (*最高额抵押/Zui Gao E Di Ya*) en droit chinois signifie l'hypothèque qui garantit, dans la limite d'un montant maximal, des créances qui se produiront

[1028] C'est-à-dire que l'enregistrement du contrat de rechargement doit être effectué dans un délai d'un mois, et au même registre que la fiducie-sûreté.

successivement pendant une période déterminée et entre les mêmes parties[1029]. Autrement dit, avec cette sûreté, les parties contractantes peuvent ne pas déterminer les créances garanties au moment de la constitution de la sûreté. Mais les créances garanties, même si futures, sont tout au moins déterminables[1030] avec deux encadrement : d'un côté, le solde des créances garanties ne saurait dépasser le « montant maximal » déterminé dans le contrat constitutif, qui est normalement inférieur à la valeur vénale du bien grevé ; de l'autre côté, les créances garanties futures sont nécessairement des créances nées de la même relation juridique[1031], dans une période déterminée[1032]. Cela étant, les parties peuvent utiliser cette forme particulière d'hypothèque pour contourner l'application stricte du principe de l'accessoire[1033].

670.En effet, de manière indirecte, l'hypothèque plafonnée permet le contournement du principe de l'accessoire quant à la constitution, l'extinction et la transmission. Cette hypothèque sera née avant les créances garanties futures ; son extinction ne suivra pas l'extinction de la première ou les premières créances garanties ; et elle ne se transmet automatiquement avec la transmission de la créance garantie lorsqu'il existe encore une éventuelle créance garantie future[1034].

[1029] Comp. LI Shigang, *Le droit chinois des sûretés – étude comparative*, th. Paris II 2008, n° 444, p. 310 qui n'a pas constaté que les créances garanties futures doivent être nées entre les mêmes parties. v. en ce sens aussi, SUN Peng (孙鹏), WANG Qinlao (王勤劳) et FAN Xuefei (范雪飞), *La théorie du droit des sûretés réelles* (担保物权法原理), Press of China University of Renmin (中国人民大学出版社), 2009, p. 215.

[1030] Rappr. Art. 2333, al. 2, et art. 2356, al. 3, C. civ.

[1031] En ce sens, XIE Zaiquan (谢在全), *民法物权论*, China University of Political science and Law Press (中国政法大学出版社), 1999, Pékin, p. 718 à 719. *Contra*. XU Mingyue (许明月), *La recherche sur le régime de l'hypothèque* (*抵押权制度研究*), Law Press (法律出版社), 1998, Pékin, p. 425 à 426. Selon cet auteur, les créances garanties futures ne se limitent pas à la relation d'affaires constituée entre les mêmes parties. Autrement dit, les créances garanties futures peuvent être des créances nées entre le débiteur et des autres créanciers, à l'instar du droit français.

[1032] À défaut de détermination conventionnelle de cette période, elle est de 2 ans à compter de la constitution de l'hypothèque plafonnée (art. 206, (2), LDR).

[1033] En ce sens, v. par ex. SUN Peng (孙鹏), WANG Qinlao (王勤劳) et FAN Xuefei (范雪飞), *La théorie du droit des sûretés réelles* (担保物权法原理), Press of China University of Renmin (中国人民大学出版社), 2009, p. 215.

[1034] Art. 204, LDR.

671.Néanmoins, pour nous, l'hypothèque plafonnée chinoise ne constitue pas une véritable sûreté réelle rechargeable, parce que le constituant n'est pas libre à réutiliser cette sûreté pour garantir n'importe quelle créance postérieure. Pourtant, il est possible pour le constituant de l'affecter pour la garantie d'une créance antérieure[1035].

b - Hypothèque ou gage plafonné : une sûreté réelle quasi-rechargeable

672.**Utilité limite de cette sûreté réelle.** – A la différence avec la fiducie-sûreté rechargeable qui peut servir à la garantie d'une quelconque[1036] dette postérieure du débiteur, l'hypothèque plafonnée chinoise, dont le régime est aussi applicable au gage, ne peut servir à la garantie qu'une série de dettes entre les mêmes parties. Par la loi n° 2009-526 du 12 mai 2009, qui a créé l'article 2372-5, alinéa 2, du Code civil, le législateur précise sans ambiguïté que, « *Le constituant peut l'offrir en garantie, non seulement au créancier originaire, mais aussi à un nouveau créancier, encore que le premier n'ait pas été payé* ». C'est-à-dire que le constituant est plus ou moins libre à utiliser la fiducie-sûreté à la garantie d'une nouvelle dette, dont le créancier peut ne pas être celui inscrit dans l'acte constitutif. En droit chinois, l'hypothèque plafonnée est définie comme une hypothèque qui sert à la garantie d'une série de créances présentes ou futures nées dans une certaine période à l'issue d'une même relation d'affaires, donc entre les mêmes parties[1037]. En appliquant le principe de *numerus clausus*, les parties ne sauraient modifier le contenu de cette sûreté ; le constituant ne peut, donc, offrir l'hypothèque plafonnée à un nouveau créancier sans constituer une nouvelle hypothèque simple ou particulière.

673.En outre, l'hypothèque plafonnée chinoise ne peut garantir les créances dont les soldes dépassent la somme prédéterminée dans le contrat constitutif. Si les parties

---

[1035] Art. 203, al. 2, LDR.

[1036] L'article 2372-5, al. 1er, du Code civil, en employant l'expression « dettes autres que celles mentionnées par l'article constitutif », vise généralement une créance quelconque.

[1037] Comp. avec LI Shigang, *Le droit chinois des sûretés – étude comparative*, th. Paris II 2008, n° 449, p. 312 : « *cette hypothèque spéciale n'est destiné qu'à garantir des créances qui se produisent successivement en fonction d'un relation successive contractuelle de même nature entre le même créancier et le même débiteur. Cette relation se peut résulter d'un contrat à exécution successive ou d'une série de contrats de mêmes natures* ». **Pour nous, les créances garanties ne sont pas obligées à être de même nature.**

sont libres à modifier ce plafond, ce dernier reste une limite pour les parties. À la différence avec l'hypothèque plafonnée chinoise, en droit français, il n'existe pas de plafond de le solde des créances garantie pour les constituants personnes morales. En vue de limiter le risque de surendettement, la Loi de 2009 susvisée a poursuivi dans l'article 2372-5, alinéa 2, du Code civil que « *Lorsque le constituant est une personne physique, le patrimoine fiduciaire ne peut alors être affecté en garantie d'une nouvelle dette que dans la limite de sa valeur estimée au jour de la recharge* ». C'est-à-dire que pour les constituants personnes physiques, il existe un plafond de la fiducie-sûreté rechargeable, la valeur estimé du bien transféré dans le patrimoine fiduciaire « *au moment de la recharge* ». Cette règle contraignante est d'ailleurs une règle d'ordre public, autrement dit, toute clause contraire à celle-ci est « *réputée non écrite* »[1038]. Il est facile à comprendre cette limitation légale, parce qu'en cas de procédure de surendettement ouverte au profit d'une personne physique, les mesures de remises ou de la suppression partielle ou totale des dettes s'imposent aux créanciers ; elle a notamment pour objet la protection des créanciers.

674.**Critiques.** – Les limitations de l'hypothèque plafonnée chinoise va, certes, protéger le créancier du débiteur, mais nous concevons mal comment cela va être autrement si la loi ne prévoit pas ces limitations. Rappelons qu'une banque ou un établissement de crédit ne va pas accorder un crédit d'une somme plus importante que 60% de la valeur du bien affecté en garantie de paiement. Cette coutume ou usage non écrite est pratiquée par toutes les banques et établissement de crédit. Même si une hypothèque ou un gage peut être affecté à la garantie d'une créance future, le financement accordé au débiteur sera toujours calculé sur la valeur restante du bien affecté ; le solde des créances garanties ne dépassera jamais la valeur du bien affecté. Si le débiteur ne peut obtenir une somme importante auprès d'une banque, il ne l'aura pas non plus auprès des autres établissements de crédit. Les limitations de la somme maximale et des créances futures entre les mêmes parties nous paraissent trop surabondantes. En effet, elles ne vont que limiter l'utilité de cette forme particulière

[1038] Art. 2372-5, al. 4, C. civ.

de sûreté réelle. **Il convient de prendre la voie française, en offrant aux parties une plus grande liberté.**

675.En somme, le contournement des effets du principe de l'accessoire peut être réalisé en choisissant une sûreté réelle rechargeable. Il peut aussi être réalisé au travers de la liberté de déterminer le contenu du contrat à conclure, donc des techniques contractuelles.

§2 – Le contournement effectué par des techniques contractuelles

676.L'exclusion de la règle de l'accessoire au travers des techniques contractuelles peut prendre deux formes. D'une part, il est possible d'admettre la validité d'une sûreté réelle sans que la créance garantie soit valablement conclue (A). Par contre, la technique permettant à ce contourment n'est pas la même en droit français qu'en droit chinois. D'autre part, les parties contractantes peuvent substituer la créance garantie par une autre. Il y a nécessairement une violation de la règle de l'accessoire dans cette hypothèse parce que la conséquence directe de l'application de cette règle est l'extinction de la sûreté réelle en cas de l'extinction de la créance garantie quel que soit la cause de cette extinction (B). Par contre, il n'y a pas d'éviction de la règle de l'accessoire en cas de substitution personnelle.

A – L'admission de la validité d'une sûreté réelle sans créance garantie déterminée

677.**Question de l'exigence d'une sûreté réelle avant l'octroi d'un crédit.** – Etant une garantie de paiement, une sûreté réelle valide est parfois exigée[1039] par le prêteur

[1039] Par exemple, il est possible d'exiger l'emprunteur à constituer une sûreté réelle valable avant de lui accorder le crédit, notamment en cas où la validité de la sûreté envisagée est soumise à l'inscription, ou d'autre formalisme particulier. Il serait prudent pour le prêteur de n'accorder le crédit qu'après avoir constaté la validité de la sûreté. Parce qu'en cas de vise de procédure qui va causer la nullité de la

avant d'accorder à l'emprunteur le prêt que ce dernier souhaite. En droit français, à cause de son caractère accessoire, une sûreté réelle doit être absolument constituée pour la garantie d'une créance. Par contre, rien n'empêche la validité des promesses de sûreté réelle qui ne sont pas soumises au formalisme particulier[1040]. Autrement dit, c'est au travers de la promesse de sûreté réelle que nous pouvons, en France, contourner l'inconvénient du principe de l'accessoire (a). A la différence avec le droit français, en Chine, on admet, dans la pratique, directement la validité d'une sûreté réelle constituée pour l'obtention d'un financement (b).

a - En droit français

678.**Méthode française : la promesse de sûreté réelle.** – La promesse de sûreté réelle peut être considérée comme une promesse par laquelle le constituant s'engagera à affecter un ou plusieurs biens pour la garantie d'une créance future due par le constituant au créancier, bien entendu, sous condition que le créancier lui accorderait un crédit. La validité de cette promesse est très tôt accordée par la jurisprudence française en 1860[1041], en matière hypothécaire. La Chambre de requêtes a souligné notamment qu'un « *débiteur peut s'engager par un acte sous seing privé à conférer une hypothèque* ». Pour nous, le constituant peut le faire même avant qu'il soit devenu le débiteur. Comme en cas de promesse de bail, le futur preneur peut faire une promesse de bail avec une condition que la banque lui accordera un crédit nécessaire[1042]. La solution de la Cour de cassation de 1860 paraît transposable à toute sûreté réelle conventionnelle[1043]. Ainsi, *a fortiori*, il est parfaitement concevable que

---

sûreté réelle, le prêteur n'aura pas de garantie pour ses préjudices subis. V. sur l'utilité de la promesse de sûreté réelle : *Adde*. Ph. Dupichot, *Le pouvoir des volontés individuelles en droit des sûretés*, préf. M. Grimaldi, Éditions Panthéon-Assas, 2005, n° 590, p. 457.

[1040] Rappr. Ph. Dupichot, *Le pouvoir des volontés individuelles en droit des sûretés*, préf. M. Grimaldi, Éditions Panthéon-Assas, 2005, n° 586, p. 454.

[1041] Cass. Req. 5 nov. 1860, *DP*, 1861, I, p. 300: un débiteur peut s'engager par un acte sous seing privé à conférer une hypothèque.

[1042] V. par ex. Civ. 3e, 23 janv. 2013, n° 11-25.676 (n° 52 FS-D), *AJDI* 2013, p. 347, obs. F. de la Vaissière.

[1043] V. en ce sens, J. Mestre, E. Putman et M. Billiau, *Traité de droit civil, Droit commun des sûretés réelles*, LGDJ 1996, n° 270.

le futur constituant, par une promesse de sûreté réelle, affecte un ou plusieurs biens au profit d'une banque sous condition que cette dernière lui accordera un crédit souhaité par le promettant.

679.**Force obligatoire de la promesse.** – Cette promesse ne deviendra pas une véritable sûreté réelle que si le contrat de crédit passera entre le constituant et le créancier et que ce dernier, par la conclusion de ce contrat, accepte la promesse de sûreté réelle, et que les formalités exigées[1044] par les lois sont remplies. Par contre, ce n'est pas dire que la promesse de sûreté réelle n'a pas de force obligatoire, elle est, tout au moins obligatoire pour le promettant en appliquant la disposition de l'article 1134 du Code civil. Ainsi, la Cour de cassation[1045], en constatant une absence de preuve fournie par le promettant sur la diligence permettant la réalisation de la condition suspensive, a, à juste titre, fait engager la responsabilité contractuelle du promettant (en remboursant les travaux effectués par le futur bailleur convertis en loyers impayés). Par analogie, si le créancier va subir des préjudices à cause des faits ou négligences fautives du promettant de la sûreté réelle, il peut, *a fortiori*, faire engager la responsabilité du promettant en faisant réaliser le bien, objet de la promesse de la sûreté réelle.

680.L'analyse de M. Dupichot sur la validité des promesses de sûreté réelle est fort intéressante. Pour cet auteur, les contractantes peuvent à travers de la promesse de sûreté réelle contourner les lourdes formalismes[1046]. Mais elles serviront aussi à permettre de constater la validité d'un engagement de sûreté réelle indépendamment de la naissance de la créance garantie.

[1044] Il en est notamment pour les sûretés réelles dont la validité dépend de l'accomplissement de l'inscription ou de la dépossession du bien grevé.
[1045] Civ. 3e, 23 janv. 2013, n° 11-25.676 (n° 52 FS-D), *AJDI* 2013, p. 347, obs. F. de la Vaissière.
[1046] Ph. Dupichot, *Le pouvoir des volontés individuelles en droit des sûretés*, préf. M. Grimaldi, Éditions Panthéon-Assas, 2005, n° 586 et s. p. 454 et s.

b - En droit chinois

681.**Méthode chinoise : reconnaissance de la validité d'une sûreté réelle sans créance garantie.** – En Chine, certains auteurs ont aussi plaidé pour l'adoucissement de l'application stricte de la règle de l'accessoire au moment de la constitution d'une sûreté réelle[1047]. Quant à l'application de la règle de l'accessoire au moment de la constitution de la sûreté réelle, la reconnaissance de la naissance indépendante de la sûreté est importante. Parce qu'en Chine, à cause d'un manque de confiance à l'emprunteur, le prêteur va toujours exiger la constitution de la sûreté réelle avant de lui accorder finalement le crédit[1048]. Certes, la sûreté réelle n'aura pas intérêt à exister si la créance garantie n'existe pas, mais cela n'empêche pas que le créancier signe une promesse de prêt au profit de l'emprunteur sous condition que ce dernier constituera une sûreté réelle conforme à la commande du prêteur. Dans cette hypothèse particulière, il faut reconnaître la validité de la sûreté réelle avant celle de la créance garantie.

682.**Les dispositions favorables à cette reconnaissance.** – Néanmoins, dans cette hypothèse, nous n'ignorons pas l'exigence de la détermination de la créance garantie, parce que la promesse de prêt nous permet déjà de rendre la créance garantie déterminable. En outre, il faut rappeler qu'en Chine, les mentions qui sont normalement exigées par les dispositions légales[1049] ne sont pas obligatoires au moment de la conclusion du contrat, les mentions obligatoires qui manquent peuvent être régularisées avant que le contrat soit régulièrement publié[1050].

[1047] V. par ex. SUN Peng (孙鹏), WANG Qinlao (王勤劳) et FAN Xuefei (范雪飞), *La théorie du droit des sûretés réelles* (担保物权法原理), Press of China University of Renmin (中国人民大学出版社), 2009, p. 27 à 29 ; LI Qianqian (李倩倩), *担保物权中意识自治原则的体现*, Mémoire, University of Anhui, 2013, p. 27.

[1048] V. en ce sens, SUN Peng (孙鹏), WANG Qinlao (王勤劳) et FAN Xuefei (范雪飞), *La théorie du droit des sûretés réelles* (担保物权法原理), Press of China University of Renmin (中国人民大学出版社), 2009, p. 28.

[1049] Art. 185, LDR, pour l'hypothèque ; art. 210, LDR, pour le gage.

[1050] Art. 39, al. 2, et 65, la. 2, LS. Par contre, la Loi des droits réels ont supprimé ces dispositions sans aucune explication. Pour nous il s'agit peut-être d'une oubliette parce qu'en supprimant ces dispositions, le législateur chinois de 2007 n'a pas érigé de sanction de manquement des mentions

683.Avec les techniques contractuelles, il est non seulement permis qu'une sûreté réelle soit constituée indépendamment de la créance garantie, et aussi, la substitution de la créance garantie est admise.

B – L'admission de substitution de créance garantie

684.**La cession d'antériorité : une cession indépendante des sûretés réelles.** – La première substitution de la créance garantie directement prévue par le corps de textes des sûretés réelles est la cession d'antériorité. En effet, ce qui est effectué est l'échange des sûretés réelles portées sur un même bien entre les créanciers[1051]. Il existe aussi des techniques contractuelles en dehors du corps de textes des sûretés réelles.

685.Il est toute logique de percevoir l'extinction de la sûreté réelle avec la créance garantie, parce que la sûreté réelle sert à la garantie du paiement de celle-ci. Par contre, dans des circonstances particulières, l'extinction de la créance garantie ne correspond pas à l'intention exacte des parties conventionnelles. En cas de novation, prévue par l'article 1271 du Code civil[1052], l'effet d'extinction de l'obligation primitive est causé par la naissance d'une nouvelle obligation qui substitue la première. Autrement dit, en cas de substitution de l'obligation originale par une nouvelle obligation, le créancier a effectivement voulu que le débiteur effectue une autre prestation que celle originellement prévue par le contrat primitif. La relation créancier-débiteur n'est, dans cette hypothèse, pas changée ; les parties n'ont pas voulu l'extinction de la relation créée. Dans cette hypothèse, l'application stricte de l'extinction à titre accessoire de la sûreté réelle ne se conforme pas à l'équilibre

---

obligatoires, si bien il a voulu fixer les mentions obligatoires du contrat constitutif de l'hypothèque et du gage.

[1051] V. sur la convention modificative de rang, *supra* n° 472 et s.

[1052] Comp. Projet de réforme du 25 février 2015, art. 1341 et le nouveau article 1329 du Code civil après l'ordonnance du 10 février 2016 : « La novation est un contrat qui a pour objet de substituer à une obligation, qu'elle éteint, une obligation nouvelle qu'elle crée.
Elle peut avoir lieu par substitution d'obligation entre les mêmes parties, par changement de débiteur ou par changement de créancier ».

contractuel, l'économie générale du contrat et peut-être non plus à la volonté des parties[1053]. C'est la raison pour laquelle, le législateur a très tôt prévu expressément cette exception conventionnelle dans le Code civil (a). Par analogie, nous pouvons déduire que cette exception pourrait exister aussi en Chine, parce que le législateur chinois n'a, *de lege lata*, sur ce, rien prévu (b).

a - La réserve de sûreté réelle en droit français

686.Deux articles du Code civil tendent à contractualiser « l'identité » de la créance privilégiée en tant qu'elles instituent une réserve conventionnelle de la sûreté, et ceci indépendamment de sa « qualité » intrinsèque au sens de l'article 2324 du Code civil : dans toutes les hypothèses, la volonté des parties se voit autorisée à reporter un privilège sur une créance que la loi n'aurait pas jugée digne d'en bénéficier *ab initio*.

687.**L'article 1278 du Code civil.** – Ainsi, l'article 1278 du Code civil[1054] reconnaît aux parties, en cas de novation par changement d'objet ou par changement de créancier, la liberté de reporter une sûreté, même légale[1055], sur une dette nouvelle au moyen d'une simple stipulation de « réserve » des sûretés venant déroger au principe de l'extinction accessoire des sûretés réelles consécutive à l'extinction de la créance novée[1056]. La solution est d'autant plus intéressante que si la réserve doit en principe être expresse et intervenir au plus tard au moment de la novation, la jurisprudence française paraît admettre une réserve tacite dans l'hypothèse où des créances garanties par des sûretés réelles entreraient en compte courant : la volonté de reporter des sûretés réelles sur le solde en dépôt de l'effet novatoire du compte courant semble

[1053] Mais il ne faut pas exagérer la bonté des personnes, chacun ne pense que pour soi, il peut arriver que le débiteur a, indirectement, voulu faire éteindre la sûreté réelle grevée sur son propre bien, par novation d'obligation.
[1054] Comp. avec le nouvel article 1334, alinéa 2, du Code civil après l'ordonnance du 10 février 2016 qui dispose que « Par exception, les sûretés d'origine peuvent être réservées pour la garantie de la nouvelle obligation avec le consentement des tiers garants ». Cette nouvelle disposition ne fait que de regrouper le réserve des sûretés prévue par les articles 1278 et 1279.
[1055] V. en ce sens, Ph. Dupichot, *Le pouvoir des volontés individuelles en droit des sûretés*, préf. M. Grimaldi, éd. Panthéon-Assas, 2005, n° 695, p. 527.
[1056] Art. 1278, C. civ.: « *Les privilèges et hypothèques de l'ancienne créance ne passent point à celle qui lui est substituée, à moins que le créancier ne les ait expressément réservés* ».

alors assez facilement reconnue[1057]. Quoique affectée à la garantie d'une créance nouvelle, les sûretés réelles mobilières[1058] conservent leur assiette et leur rang tandis que les coûts liés à la taxe de publicité foncière et au salaire du conservateur sont opportunément épargnés ; seule limite, la sûreté réelle reste simplement opposable à concurrence du montant de l'ancienne créance[1059].

688.**L'article 1279 du Code civil.** – La faculté prévue à l'article 1278 du Code civil de réserver les sûretés sur la nouvelle obligation n'est pas applicable à l'hypothèse de la novation par changement de débiteur. Le législateur français a cependant pris acte de l'inconvénient tenant à l'impossibilité d'une réserve des privilèges et hypothèques primitifs en présence d'une novation par changement de débiteur. C'est la loi du 16 juillet 1971 dont l'article 46 a ajouté la seconde partie de l'article 1279 du Code civil. Aujourd'hui, cet article prévoit clairement que : « *Lorsque la novation s'opère par la substitution d'un nouveau débiteur, les privilèges et hypothèques primitifs de la créance ne peuvent point passer sur les biens du nouveau débiteur. Les privilèges et hypothèques primitifs de la créance peuvent être réservés, avec le consentement des propriétaires des biens grevés, pour la garantie de l'exécution de l'engagement du nouveau débiteur* »[1060].

689.Cette disposition permet de donner effet à la volonté des intéressés de maintenir de sûreté réelle primitive de sorte que le privilège de prêteur de deniers pourra garantir le nouveau prêt substitué à l'ancien, le débiteur initial propriétaire du bien grevé se trouvant désormais tenu en qualité de caution réelle. Cependant, la créance

[1057] Com., 10 juin 1949, *Bull. civ.* I, n° 225 ; *JCP*, 1949, II, 5106, note R. Cabrillac, envisageant la possibilité d'une volonté tacite de report; J. Mestre, E. Putman et M. Billiau, *Droit spécial des sûretés réelles*, LGDJ 1996, n° 1098.

[1058] Néanmoins, pour nous, il semble que pour la fiducie-sûreté, le contrat de novation devrait être enregistré sous les mêmes exigences prévues à l'article 2019 du Code civil en appliquant l'article 2372-5, al.3 du même code par analogie.

[1059] J. Mestre, E. Putman et M. Billiau, *Droit spécial des sûretés réelles*, LGDJ 1996, n° 1098.

[1060] Comp. Projet de réforme du 25 février 2015, art. 1346 : « *L'extinction de l'obligation ancienne s'étend à tous ses accessoires. Par exception, les sûretés réelles d'origine peuvent être réservées pour la garantie de la nouvelle obligation avec le consentement des titulaires des droits grevés* ».

nouvelle ne sera garantie que jusqu'à concurrence du montant de l'ancienne[1061], et ce afin de protéger les droits acquis des tiers.

690.Il semble que cette réserve de sûreté réelle est bien utile en cas de novation. De ce fait, nous ne voyons pas pourquoi la solution pourrait être autrement même en absence de disposition légale. Autrement dit, les parties contractantes pourraient prévenir expressément cette réserve en Chine.

b - La réserve de sûreté réelle en droit chinois

691.**Absence de dispositions légales.** – La novation de la créance n'est pas une notion reconnue par les lois chinoises, alors qu'elle existe en doctrine chinoise[1062]. Il est donc surprenant que les magistrats chinois puissent l'utiliser dans un jugement[1063].

692.**Novation en doctrine chinoise et en jurisprudence chinoise.** – Dans la doctrine chinoise, la novation de la créance est considérée comme un acte juridique par lequel, les parties contractuelles par la création d'une nouvelle créance font éteindre la créance existante[1064]. En effet, il s'agit de la « modification de la dette »[1065], c'est-à-dire que l'extinction de la dette existante par les parties contractuelle a pour objet la naissance de la nouvelle dette[1066]. Ainsi, pour qu'une novation soit valable, certaines conditions devraient être remplies. D'une part, la dette à éteindre doit être présente et son existence doit être légale ; d'autre part, une nouvelle dette devrait être créée sans laquelle la dette existante ne s'éteint pas. En outre, les éléments constitutifs de la

---

[1061] J. Mestre, E. Putman et M. Billiau, *Droit spécial des sûretés réelles*, LGDJ 1996, n° 1098 : « *Quant à ses effets, le report des sûretés se fait sans modification de l'assiette, ni du rang, mais la créance nouvelle n'est garantie que jusqu'à concurrence du chiffre de l'ancienne* ».

[1062] V. par ex. WANG Liming (王利明), *Droit civil (民法)*, China University of Renmin Press (中国人民大学出版社), 2000, p. 321 et s.

[1063] À cause de la non publication de cet arrêt, nous ne pouvons que citer cet arrêt par les noms des parties : *长城信托、恒利通中心与兴丰公司借款合同担保追偿权纠纷案* (v. le commentaire de cet arrêt : LI Wei (李维), « De la novation de la créance et des questions relatives (债务更新及相关问题的探讨) », *Law Science Magazine* (法学杂志), 2003 (5), p. 75 et s.).

[1064] WANG Liming (王利明), Droit civil (民法), China University of Renmin Press (中国人民大学出版社), 2000, p. 321.

[1065] En Chinois, « *债务更改*».

[1066] SHI Shangkuan (史尚宽), *La théorie générale des obligations* (债法总论), China University of Political Science and Law (中国政法大学出版社), 2000, p. 822 et 834.

nouvelle dette doivent se distinguer avec les éléments constitutifs de l'ancienne dette, autrement dit, il faut une nouveauté, que ce soit une prestation de nature différente, un nouveau créancier ou un nouveau débiteur ; enfin, la novation doit résulter du consentement des parties contractantes. On peut citer l'exemple de l'arrêt commenté par M . LI :« De la novation de la créance et des questions relatives ». Dans le cas d'espèce, il s'agit d'une novation de la créance à l'issue d'un contrat de cautionnement, dont la caution a effectué le paiement, par un contrat de bail, toujours entre les mêmes parties, dont la prestation de service va être utilsée à substituer le paiement de la dette que le débiteur doit à la caution. Il s'agit bel et bien une novation parce que la mise en disposition d'un local est nécessaire d'une nature différente que le paiement d'une somme d'argent.

693.Dans le commentaire, M. LI[1067] a indiqué notamment que la novation fait éteindre l'ancienne dette, et ainsi, les sûretés réelles qui garantissent le paiement[1068]. Il convient de constater que l'extinction de la sûreté réelle, ici, est une extinction à titre accessoire. Rien n'empêche que les parties contractuelles de réserver la sûreté réelle au moment de la conclusion du contrat de novation, si cette sûreté réelle est fournie par le débiteur. Par contre, en cas de sûreté réelle fournie par un tiers garant, c'est bien le cas d'espèce, la réserve de la sûreté réelle devrait être accordée par le tiers constituant[1069] ; à défaut de son accord, le tiers garant se voit décharger de sa responsabilité de garantie.

694.En somme, par la volonté individuelle, notamment du côté du constituant, il est possible de réserver la sûreté réelle en cas de novation. Néanmoins, pour nous, il convient de préciser le régime de la novation et la réserve de la sûreté réelle par des textes légaux. Parce que la réserve de la sûreté réelle est très utile en cas de novation qui a pour objet la protection des intérêts des créanciers. Dans le cas d'espèce, la caution a perdu, clairement à cause de l'imprudence contractuelle, son droit de

[1067] LI Wei, magistrat du Cour d'appel de Pékin.
[1068] LI Wei (李维), « De la novation de la créance et des questions relatives (债务更新及相关问题的探讨) », *Law Science Magazine* (法学杂志), 2003 (5), p. 75 et s.
[1069] Art. 24, LS. En cas de modification du contrat, cette modification doit être accordée par la caution, sinon, cette dernière se voit décharger de sa responsabilité de garantie. Par analogie, cette règle devrait être appliquée en cas de cautionnement réel.

recours à une caution réelle qui porte une contre-garantie sur la dette dûe par le débiteur principal à cause du paiement de la caution[1070].

Conclusion de la section 1.

695.Il est clair que le contournement des effets indésirables de l'application stricte du principe de l'accessoire peut être réalisé par des techniques contractuelles. Les parties peuvent au moment de la constitution choisir une sûreté réelle qui peut être utilisée à la garantie des créances futures. Par contre, une différence entre les sûretés réelles rechargeables et les sûretés réelles plafonnées chinoises doit être observée. Une véritable « rechargeabilité » de sûretés réelles doit permettre l'utilisation de la même sûreté à la garantie de paiement d'une créance future entre le débiteur et un créancier autre que celui déterminé dans le contrat constitutif.

696.Les parties peuvent dans des situations bien particulières réserver la sûreté réelle pour la garantie d'une nouvelle créance malgré l'extinction de la créance originellement fixée par le contrat constitutif de la sûreté réelle. En droit français, cette possibilité est expressément prévue par le Code civil alors qu'elle n'est que purement théorique en droit chinois. Une clarification du régime de novation et celui de la réserve de la sûreté réelle doit être faite par le législateur chinois dans les prochaines réformes.

697.La force de la liberté contractuelle ne se limite pas à l'éviction de la règle de l'accessoire au moment de la naissance et de l'extinction de la créance garantie, elle s'étend aussi dans le domaine de la transmission de la créance garantie.

[1070] Sur l'extinction du cautionnement réel, LI Wei (李维), « De la novation de la créance et des questions relatives (债务更新及相关问题的探讨) », *Law Science Magazine* (法学杂志), 2003 (5), p. 75 et s.

Section 2 – L'éviction de la transmission accessoire

698.**Rappel de la règle.** – Comme il a été présenté précédemment, le second volet de l'application stricte de la maxime *accessorium sequitur principale* est la transmission de plein droit de l'accessoire avec la créance principale. Attaché à la créance principale, l'accessoire se transmet avec elle et ne se transmet qu'avec elle. Et si la transmission accessoire jouit d'une très grande portée en droit positif, c'est parce qu'elle produit des effets très appréciables sans devenir source d'inconvénients. Le résultat pratique obtenu étant très satisfaisant, il n'y a pas de raisons apparentes d'écarter la règle de l'accessoire.

699.Cependant, il peut arriver que des raisons d'opportunités particulières conduisent les parties à vouloir tenir en échec cette manifestation de la règle de l'accessoire. Parfois, en effet, le résultat que souhaitent obtenir les parties est contraire à celui produirait le principe de l'accessoire. Or, l'analyse montre que là encore, les parties peuvent, dans une certaine mesure qu'il faudra définir, tenir en échec la règle de l'accessoire. Elles peuvent donc assouplir le régime juridique de l'accessoire de la créance afin d'adapter le sort de la sûreté réelle à leurs besoins. Concrètement, l'emprise de la volonté des parties sur la règle de transmission accessoire se traduit de deux manières distinctes. D'un côté, elles peuvent parfois décider de la transmission autonome de l'accessoire (§1) ; d'un autre côté, elles peuvent tenir en échec la transmission de l'accessoire avec la créance (§2).

§1 – La transmission autonome de l'accessoire

700.**Fiducie-gestion.** – La possibilité de transmettre un accessoire sans la créance principale à laquelle il est affecté, est assez exceptionnelle. On en trouve une première illustration dans la loi du 19 février 2007 instituant la fiducie. Désormais, comme le prévoit l'article 2011 du Code civil qui préfigure le nouvel article 2328-1 du même code, une sûreté réelle peut être transférée à un fiduciaire à charge pour lui de gérer pour le compte du constituant. Cette technique permettra à une seule personne, l'agent

de sûreté, de gérer la sûreté dans l'intérêt du ou des créanciers, sans avoir recours à la technique du mandat qui s'avère insuffisante en pratique[1071]. Mais cette première illustration de la transmission de la sûreté sans la créance principale ne doit pas faire illusion. Si la sûreté se retrouve bien dans un patrimoine distinct de celui de la créance principale, elle demeure affectée à la garantie de cette créance, et le lien d'accessoire entre les deux demeure intact.

701.Le phénomène de la transmission autonome de l'accessoire est au contraire beaucoup plus remarquable et constitue bien un infléchissement de la règle de l'accessoire lorsque l'accessoire est affecté à une autre créance que celle à laquelle il était affecté dans le patrimoine du cédant. Cette possibilité est rarissime. Elle existe néanmoins, bien qu'imparfaitement, en matière hypothécaire, et il n'est pas interdit de penser qu'elle peut être étendue à d'autres formes de sûretés-réelles.

702.C'est en matière d'hypothèque française que sont nées les conventions portant transmission à titre principal de l'accessoire de la créance (A). Cependant, une extension de cette technique à d'autres sûretés réelles paraît tout à fait envisageable (B).

A – Les conventions portant transmission autonome de l'hypothèque

703.**Ancienne transmission autonome.** – Les conventions portant transmission autonome de l'hypothèque, c'est-à-dire sans la créance principale, sont nées de la pratique en réaction contre l'ancienne hypothèque légale de la femme mariée qui, générale et occulte jusqu'à la réforme de la publicité foncière par le décret du 4 janvier 1955, était un obstacle au crédit du ménage[1072]. Craignant de devoir subir la priorité de l'épouse, les créanciers pouvaient refuser de traiter avec l'époux. Il

[1071] En particulier, puisque le fiduciaire est réputé avoir les pouvoirs les plus étendues sur les éléments composant le patrimoine fiduciaire, il ne sera pas nécessaire de sollicité des constituant un mandat spécial pour réaliser les actes les plus graves. De même, en cas de cession de créance, le cessionnaire ne sera pas obligé de donner un nouveau mandat au fiduciaire pour que celui-ci continue de gérer la sûreté dans son intérêt (sur tous ces points, v. P. Crocq, « Lacunes et limites de la loi au regard du droit des sûretés », *D.* 2007, p. 1354 et s, spéc. n° 24 et s.).

[1072] M. Cabrillac, Ch. Mouly, S. Cabrillac et Ph. Pétel, *Droit des sûretés*, 9e éd. Litec 2010, n° 951 ; H., L. et J. Mazeaud et F. Chabas, par Y. Picod, *Sûreté, Publicité foncière*, 7e éd. Monchrestian, 1999, n° 610.

s'agissait d'un bel exemple de protection qui se retourne contre son bénéficiaire. La protection de l'épouse risquait de se retourner contre elle, au travers du crédit du ménage. Aussi bien, allant plus loin que la simple renonciation de la part de l'épouse, en s'engageant avec son mari, consentait à « céder » son hypothèque au créancier. Dès lors, celui-ci n'avait plus à craindre l'hypothèque de l'épouse et qui plus est, il était même incité à consentir du crédit puisqu'il allait profiter lui-même de ladite hypothèque. Ainsi que l'écrivait Weill, il s'agit d'un « *changement total dans le but de l'institution, puisque l'hypothèque de la femme avec son rang de faveur devient une véritable réserve de crédit (...) Jadis, l'hypothèque légale menaçait le crédit, aujourd'hui, par un véritable phénomène « d'homéopathie juridique », elle le sert* »[1073].

704.Très tôt, la Cour de cassation a reconnu la validité de telles conventions. Et elle le fit dans une formule dépourvue d'ambiguïtés quant à l'exception que ces conventions créent à la règle de l'accessoire : « *l'hypothèque accessoire d'une créance peut-être séparée et faire l'objet d'une cession indépendante de la transmission de la créance elle-même* »[1074]. Il est d'ailleurs intéressant d'observer que les réticences doctrinales qui se sont élevées au sujet de cette solution ne sont pas le fruit d'une révérence envers la règle de l'accessoire mais seulement du souci de protéger les intérêts de l'épouse qui perdait ainsi sa seule garantie face aux créanciers du mari. Cela montre combien l'assouplissement du régime juridique de l'accessoire n'est pas, en soi, un problème et que tout ce qui importe, ce sont les considérations d'opportunité. L'application de la règle de l'accessoire est essentiellement déterminée par le résultat pratique le plus satisfaisant.

705.**Transmission autonome moderne.** – Même si aujourd'hui, en raison de l'égalité des époux reconnue successivement par les lois du 13 juillet 1963 et du 23 décembre 1985.[1075] Cependant, de telles conventions ont perdu leur intérêt en droit des régimes

---

[1073] A. Weill, « La femme commune et le crédit du ménage », *in Le droit privé français au milieu du XXe siècle – Etudes offertes à G. Ripert*, t. 1, LGDJ 1950, p. 381.
[1074] Req., 31 janv. 1883, *DP* 1883, 1, 316.
[1075] Ph. Malaurie et L. Aynès, *Droit civil, Les régimes matrimoniaux*, 2e éd., Defrénois, 2007, n° 271 et s.

matrimoniaux. Néanmoins, elles ont survécu et à l'occasion de la réforme des sûretés du 23 mars 2006, le législateur les a même consacrées de façon générale, à l'article 2424 du Code civil[1076]. Et en Chine, nous pouvons trouver une disposition équivalente dans l'article 194 de la Loi des droits réels en matière d'hypothèque, il faut rappeler de nouveau, dont le régime est aussi applicable pour certains biens mobiliers.

706.Concrètement, il s'agit pour le créancier hypothécaire de faire bénéficier un tiers de sa propre hypothèque. Deux situations peuvent se présenter. D'abord, lorsque le tiers n'est pas un créancier inscrit, créancier du même débiteur ou créancier du créancier initialement bénéficiaire de l'hypothèque, on parle de subrogation à l'hypothèque. C'est un autre que le créancier inscrit qui va bénéficier de l'hypothèque pour la garantie de sa propre créance. Ensuite, lorsque ce tiers est lui-même inscrit sur l'immeuble, on parle de cession d'antériorité, les deux créanciers, tels le vendeur d'immeuble et le prêteur de deniers destinés à en financer une partie, vont s'échanger leur rang. Par une sorte d'inversion de rang, chaque créancier sera garanti, non pas par sa propre sûreté, mais par la sûreté de l'autre.

707.**Champ d'application limitée : hypothèque.** – Sans doute, l'importance théorique de cette exception à la règle de l'accessoire ne doit pas être exagérée puisqu'à proprement parler, il n'y a pas de véritable transmission à titre principal de l'hypothèque. Du moins une telle transmission n'est-elle pas parfaite. L'hypothèque demeure toujours dans la dépendance de la créance initiale dans la mesure où son étendue et son existence dépendent de celle-ci. C'est elle qui continue d'imprimer son régime à celui de l'hypothèque pour la raison simple que toute autre solution modifierait la situation des tiers et notamment des créanciers inscrits subséquemment. La pratique pallie d'ailleurs cette difficulté en prévoyant un nantissement de la créance hypothécaire au « cessionnaire » de l'hypothèque. Comme le fait remarquer M. Théry, « *Cela révèle bien le caractère paradoxal des conventions sur la seule sûreté : pour être efficaces, il faut qu'elles soient doublées d'une convention portant sur la créance elle-même ; du même coup, elles perdent leur originalité et*

[1076] Ph. Dupichot, « La réforme du régime hypothécaire », *D.* 2006, p. 1292.

n'apparaissent que comme une sorte d'aliénation fiduciaire de la créance »[1077]. Sans aller jusqu'à cette dernière qualification puisqu'un nantissement de créance n'est pas une aliénation fiduciaire, encore que depuis la réforme, ces deux sûretés se rapprochent par leurs effets, on ne peut que souscrire à l'analyse. Cependant, par ce qu'on ne peut pas non plus nier que l'hypothèque va désormais garantir la créance du cessionnaire et qu'elle en sera dépendante pour partie, il est permis de considérer qu'il existe une certaine emprise de la volonté des parties sur le régime de transmission accessoire. Aussi imparfaite soit-elle, l'exception existe et cette existence est suffisante pour y déceler la souplesse de la transmission accessoire.

B – L'extension de la transmission autonome à d'autres sûretés réelles

708.**Droit français.** – L'assouplissement du régime juridique de l'accessoire de la créance permettant sa transmission sans la créance principale, paraît concevable pour d'autres sûretés réelles[1078]. Sans doute n'y a-t-il qu'à propos de l'hypothèque que le législateur de 2006 a reconnu expressément la validité de ces conventions. Seulement, puisque cette validité était déjà reconnue par la jurisprudence avant cette réforme, il n'y a pas de raisons pour que les parties ne puissent pas en faire d'elles-mêmes, en l'absence de texte, en matière de gage ou de nantissement. Evidente pour la subrogation à la sûreté, la solution n'est non moins certaine pour la cession d'antériorité dès lors que plusieurs créanciers peuvent venir en rang différent par le mécanisme de la publicité. D'ailleurs, comme relève utilement M. Dupichot, l'article 26 de la loi du 17 mars 1909 prévoit expressément cette possibilité pour le nantissement du fonds de commerce. L'emprise de la volonté des parties sur le régime de transmission de l'accessoire présente donc un domaine virtuellement très important depuis que la réforme du 23 mars 2006 a fait du gage une sûreté sans dépossession soumise à inscription. Enfin, pourquoi ne pas imaginer une subrogation à la propriété fiduciaire, voire à la propriété réservé ? Seule la cession d'antériorité paraît impossible pour les propriétés-sûretés. D'abord, parce qu'une même propriété-sûreté

[1077] P. Théry, *Sûreté, Publicité foncière*, 2e éd. PUF, 1998, n° 218 *in fine*.
[1078] Ph. Dupichot, *Le pouvoir des volontés individuelles en droit des sûretés*, préf. M. Grimaldi, éd. Panthéon-Assas, 2005, n° 693, p. 526.

n'offre pas toujours la possibilité d'être constituée au profit de deux créanciers différents. Ensuite, parce que même lorsque cela paraît possible, en particulier dans le cadre de la loi de 2007, complétée par l'ordonnance du 30 janvier 2009, les créanciers ne viennent pas en rang sur la valeur du bien. Mais la subrogation, dans la mesure où elle laisse la propriété dans la dépendance de la créance originairement garantie, paraît tout à fait envisageable.

709.**Droit chinois.** – Il en va de même en Chine, sauf en cas de sûreté réelle dont la dépossession effective est exigée en tant qu'une condition de validité et aussi une condition d'opposabilité, cette transmission autonome, même s'il s'agit d'une hypothèse assez rare en Chine, devrait être applicable au gage des droits.

710.En un mot, tant en France qu'en Chine, si la transmission d'une sûreté réelle indépendamment de la créance garantie n'est pas parfaite, il ne faut pas nier cette réalité. En effet, la sûreté réelle peut, de quelques sortes, être transmise indépendemment de la ccréance garantie, et elle peut aussi être réservée en cas de transimission de la créance garantie.

§2 – L'éviction de la transmission de plein droit de l'accessoire avec la créance garantie

711.L'éviction de la transmission de plein droit de l'accessoire avec la créance garantie est possible, tant en France qu'en Chine. Il n'est pas surprenant que le fondement qui justifie cette éviction est le même pour le droit français (A) et le droit chinois (B) : le principe de la liberté contractuelle.

A – En droit français

712.La souplesse du régime de transmission accessoire résulte également, et peut-être surtout, de ce que les parties peuvent décider du sort de la garantie en cas de transmission de la créance principale. En effet, quoique globalement très satisfaisante, la transmission accessoire s'avère parfois inopportune. Aussi, les parties peuvent-elles

écarter le mécanisme de l'article 1692 du Code civil, afin de servir au mieux leurs attentes. Si elles peuvent incontestablement le faire expressément (a), la question se pose de savoir si les circonstances entourant l'acte peuvent être suffisantes pour conduire à la même solution (b). En tout état de cause, le caractère supplétif du régime de transmission accessoire démontre la flexibilité du régime juridique de l'accessoire au contact de la pratique.

a - L'éviction expresse de la transmission accessoire

713.**Jurisprudence.** – Dans son arrêt d'Assemblée plénière du 6 décembre 2004, la Cour de cassation a décidé que si le cautionnement se transmet de plein droit à l'acquéreur de l'immeuble loué pour la garantie de la créance de loyers qu'il recueille, la caution peut toujours tenir cette solution en échec par une stipulation adéquate[1079]. A vrai dire, la solution n'est pas nouvelle et vaut pour tous les accessoires, du moins s'ils ont une origine conventionnelle[1080]. On en trouve une intéressante illustration en matière d'aval. Lorsque le donneur d'aval souscrit celui-ci par un acte distinct que l'effet qu'il garantit, son engagement ne peut pas se transmettre avec ce titre qui, on le rappelle, se transmet lui-même par endossement[1081]. L'aval par acte séparé manifeste donc la volonté de son auteur de ne pas voir son engagement circuler au profit d'un autre créancier que celui pour lequel il s'engage[1082].

714.**Fondement de cette liberté.** – De manière général, puisque les parties sont libres de constituer une sûreté réelle pour la garantie de la créance, rien n'interdit, *a fortiori*, de décider que la sûreté ne suivra pas le sort de la créance en cas de transmission. L'article 1134 du Code civil doit recevoir sa pleine application. Comme l'énoncent MM. Cabrillac, Mouly et Pétel, « *Le principe de la transmission de plein droit n'est*

[1079] Ass. Plén. 6 déc. 2004, *D.* 2005, 227, note L. Aynès.
[1080] M. Cabrillac, « Les accessoires de la créance », in *études dédiés à A. Weill*, Dalloz-Litec 1983, p. 107 et s. spéc. n° 10.
[1081] Art. L. 511-21, al. 3, C. com.
[1082] En ce sens, Ch. Juillet, *Les accessoires de la créance*, préf. Ch. Larroumet, Defrénois 2009, Doctorat & Notariat t. 37, n° 621, p. 377 ; *Contra* F.-X. Grignon-Derenne, *Contribution à l'étude des accessoires de la créance*, th. Paris II, 1999, n° 352.

pas d'ordre public ; traduction de l'adage « l'accessoire suit le principal »*, il n'est, en effet, justifié que par une logique et une commodité auxquelles il est possible de déroger* »[1083]. Dans ce cas, privé de son support, l'accessoire est condamné à la disparition.

715.Si d'aventure, rien n'avait été prévu dans le contrat constitutif de la sûreté réelle, il serait en outre, toujours possible exclure la transmission accessoire au moment de la transmission de la créance. Créancier originaire et créancier dérivé pourraient tout à fait s'entendre pour que la sûreté réelle qui assortit la créance ne soit pas transmise avec celle-ci[1084]. Cette hypothèse n'est d'ailleurs pas tout à fait incongrue. Il suffit d'imaginer que l'accessoire est l'un de ceux qui n'existent que par l'exercice d'un *corpus* sur la chose qui en constitue l'objet. Si le cessionnaire n'entend pas exercer un tel *corpus*, notamment par manque de place ou par volonté de ne pas supporter l'obligation de conservation, il pourra en refuser la transmission encore que, le plus souvent, il se trouvera dans une situation suffisamment forte pour exiger du cédant qu'il continue de l'exercer pour son compte.

716.**Limite.** – La seule limite de cette possibilité de tenir en échec la règle de l'accessoire au moment de la transmission de la créance réside dans le bénéfice de la cession d'actions de la caution ou de l'assureur. En effet, comme le fait remarquer Mme Pérochon à propos du droit de rétention[1085], si en plus de l'accessoire dont la transmission est débattue, le créancier bénéficie d'un cautionnement, le refus de la transmission de l'accessoire permettrait à la caution[1086] ou à l'assureur[1087] d'invoquer

---

[1083] M. Cabrillac, Ch. Mouly, S. Cabrillac et Ph. Pétel, *Droit des sûretés*, 9e éd. Litec 2010, n° 598, p. 445; F.-X. Grignon-Derenne, *Contribution à l'étude des accessoires de la créance*, th. Paris II, 1999, n° 373 ; Ch. Juillet, *Les accessoires de la créance*, préf. Ch. Larroumet, Defrénois 2009, Doctorat & Notariat t. 37, p. 378.

[1084] F.-X. Grignon-Derenne, *Contribution à l'étude des accessoires de la créance*, th. Paris II, 1999, n° 373.

[1085] F. Pérochon, « Le droit de rétention, accessoire de la créance », *in Mélanges M. Cabrillac*, Dalloz-Litec, 1999, p. 379 et s. spéc. n° 24. Encore convient-il de bien préciser que l'obstacle tiré du bénéfice de cession d'actions cesse d'exister lorsque le rejet contractuel de la transmission accessoire a été réalisé au moment de la constitution de l'accessoire. Car dans ce cas, l'accessoire n'étant pas susceptible de transmission, il ne s'agit pas d'un droit sur lequel la caution pouvait compter dans le cadre de son recours subrogatoire. Partant, le bénéficie de cession d'action n'a pas à s'appliquer.

[1086] Art. 2314, C. civ.

[1087] Art. L. 121-12, al. 2, C. ass.

le bénéfice de subrogation, sous réserve de ce que les autres conditions de ce bénéfice soient bien réunies. Partant, sauf à vouloir perdre également le bénéfice du cautionnement ou de l'assurance, le cessionnaire n'a pas intérêt à refuser la transmission des autres accessoires de la créance.

717.En définitive, on s'aperçoit que, comme à propos de l'opposabilité des exceptions, le régime de transmission accessoire, lequel consiste à transférer l'accessoire en même temps que la créance, doit être combiné avec ce que veulent les parties. Celles-ci pouvant adapter le sort de l'accessoire à leurs besoins, le régime de l'accessoire apparaît comme flexible.

718.Cependant, cette flexibilité du régime de l'accessoire de la créance ne doit pas non plus être exagérée. Car si les parties peuvent expressément écarter le mécanisme de l'article 1692 du Code civil, celui-ci paraît devoir recevoir sa pleine application lorsque la considération de la personne du créancier, dans la constitution de l'accessoire, est demeurée en dehors du champ contractuel.

b - L'impossible éviction tacite de la transmission accessoire

719.**Une exclusion expresse.** – En dehors d'une stipulation expresse, la question se pose de savoir si la considération de la personne du créancier dans l'octroi de l'accessoire n'est pas une cause tacite d'éviction de la transmission accessoire[1088]. A l'analyse, il semble qu'une réponse négative s'impose. D'une part, quoiqu'on ait pu en dire, il n'existe pas de principe général de considération de la personne du créancier dans l'engagement du tiers garant[1089]. D'autre part, et, en raisonnant cette fois-ci au cas par cas, en l'absence de mention expresse, et à l'exception d'une éventuelle libéralité que le garant voudrait consentir au créancier, il ne paraît pas

[1088] Comp. avec F.-X. Grignon-Derenne, *Contribution à l'étude des accessoires de la créance*, th. Paris II, 1999, n° 11, p. 9 et s. Selon cet auteur, l'*intuitus personae* est un obstacle à la qualification même d'accessoire de la créance. Cette proposition nous paraît toutefois confondre la nature et le régime de l'accessoire de la créance.

[1089] Sur l'absence de principe général de considération de la personne du créancier dans les droits personnels accessoires, v. Ch. Juillet, *Les accessoires de la créance*, préf. Ch. Larroumet, Defrénois 2009, Doctorat & Notariat t. 37, n° 625 et s., p. 379 et s. Par contre, l'auteur n'a traité la caution personnelle comme tiers garant, il convient d'ajouter que la caution réelle est aussi un tiers garant.

possible de tenir compte d'un *intuitu personae* particulier qui serait rester en dehors du champ contractuel, pour écarter le jeu de la transmission accessoire[1090].

720.**L'impuissance de l'*intuitu personae*.** – En effet, à notre avis, l'*intuitu personae* est une cause d'intransmissibilité d'une créance[1091]. Mais, sauf dans l'hypothèse de la libéralité où la considération de la personne du gratifié participe de la cause objective de l'obligation du gratifiant[1092], l'*intuitu personae* est un mobile de l'engagement. Or, l'existence de l'engagement ne peut dépendre d'un mobile qu'autant que celui-ci a été intégré au champ contractuel. A défaut, le motif, la cause du contrat, ne sert qu'à apprécier la licéité ou la moralité de l'engagement ; son existence dépendant alors seulement de la cause objective. Ce serait prendre une trop grande liberté avec la théorie de la cause que de décider le contraire. C'est la sécurité qui risquerait d'en pâtir car si l'engagement ne peut dépendre du mobile qu'autant qu'il a été intégré au champ contractuel, c'est parce que c'est le seul moyen de sauvegarder les intérêts du cocontractant. Dès lors, la règle de l'accessoire ne devrait être tenue en échec qu'à la condition que ce motif ait fait l'objet d'une stipulation expresse[1093]. Cette stipulation consistera à prévoir qu'en cas de transmission de la créance, l'accessoire ne sera pas transmis, ce qui revient à créer une cause d'extinction spécifique de la sûreté réelle. Détaché du principal, il ne peut normalement lui survivre. Mais sans ce type de stipulation expresse, il semble difficile d'admettre que l'*intuitu personae* fasse obstacle à la transmission accessoire[1094].

721.D'une manière générale, l'éviction de la transmission accessoire de la sûreté réelle, en droit français, est possible, et elle devrait prendre la forme d'une stipulation

---

[1090] Ch. Juillet, *Les accessoires de la créance*, préf. Ch. Larroumet, Defrénois 2009, Doctorat & Notariat t. 37, n° 629 et 630, p. 381.
[1091] *Ibid.* Et en droit chinois, c'est l'article 79 de la Loi du droit des contrats qui prévoit que la créance ne peut être transmise à cause de la nature du contrat. L'*intuitus personae* d'une créance est le résultat nécessaire du contrat qui fait naître la créance à céder, donc, nous pensons que cet article nous montre bien qu'en Chine, l'*intuitus personae* constitue une cause de l'intransmissibilité d'une créance.
[1092] J. Bossan, « La considération de la personne du créancier », *LPA* 3 mars 2008, p. 4 et s., n° 11.
[1093] En ce sens, Ch. Juillet, *Les accessoires de la créance*, préf. Ch. Larroumet, Defrénois 2009, Doctorat & Notariat t. 37, n° 629, p. 381.
[1094] En ce sens, Ch. Juillet, *Les accessoires de la créance*, préf. Ch. Larroumet, Defrénois 2009, Doctorat & Notariat t. 37, n° 629, p. 381 ; *rappr.* J. Bossan, « La considération de la personne du créancier », *LPA* 3 mars 2008, p. 4 et s., n° 16.

expresse. Et il en va de même pour les praticiens chinois, parce que cette règle de transmission accessoire n'est pas une règle d'ordre public.

B – En droit chinois

722.Le législateur chinois de 2007 n'a prévu de principe de transmission accessoire qu'en matière d'hypothèque, mais il a aussi indiqué que cette règle est susceptible d'être aménagée par les autres dispositions légales ou conventionnelles (a). La possibilité d'éviction de la transmission accessoire de l'hypothèque devrait être étendue en matière de gage, parce que l'application de cette règle n'est que dans la logique, elle n'est pas obligatoire (b).

a - L'éviction de la transmission accessoire de plein droit de l'hypothèque chinoise

723.**LS.** – L'éviction de la transmission accessoire de plein droit de l'hypothèque chinoise n'est pas possible sous l'empire de la Loi des sûretés de 1995. Aux termes de l'article 50 de cette loi, l'hypothèque ne saurait faire l'objet d'une cession indépendamment de la créance garantie, ou être affectée indépendamment pour la garantie d'une autre créance ; autrement dit, l'hypothèque se transmet accessoirement avec la créance garantie, et elle pourrait être utilisée pour la garantie de paiement d'une autre créance avec la créance garantie[1095]. C'est-à-dire que le créancier peut affecter sa créance pour la garantie de paiement de sa propre dette avec l'hypothèque qu'il bénéficie.

724.**LDR.** – L'adoucissement de la règle de transmission accessoire est reconnu pour la première fois par le législateur chinois en 2007. Aux termes de l'article 172 de la Loi des droits réels du 16 mars 2007, le contrat constitutif de sûreté réelle est un contrat accessoire du contrat qui fait naître la créance garantie. Le législateur a poursuivi que la nullité du contrat principal rend la sûreté réelle nulle, sauf des dispositions conventionnelles contraires. Et l'article 192, en matière d'hypothèque, indique expressément que l'hypothèque ne peut être transférée indépendamment de la

[1095] En ce sens : LI Qianqian (李倩倩), *担保物权中意识自治原则的体现*, Mémoire, University of Anhui, 2013, p. 27.

créance garantie ou être utilisée pour la garantie d'une créance autre que celle prévue dans le contrat constitutif , sauf les dispositions légales ou conventionnelles contraires. Autrement dit, en droit chinois, la règle de l'extinction et de la transmission accessoire de la sûreté réelle mobilières n'est pas une règle d'ordre public d'une force impérative mais une règle complémentaire[1096]. C'est-à-dire que cette règle n'est applicable qu'en cas d'absence de dispositions conventionnelles contraires. C'est bien une nouveauté de la réforme de 2007 par rapport à la Loi de 1995[1097].

725.**Raison d'éviction conventionnelle.** – Comme nous l'avons déjà montré, l'exception légale de la règle de la transmission accessoire est celle de l'hypothèque plafonnée chinoise (à montant maximal)[1098]. L'éviction conventionnelle de la transmission accessoire de l'hypothèque est aussi possible en matière d'hypothèque simple ou d'hypothèque flottante. En outre, les textes légaux chinois n'ont pas précisé si cette éviction doit être conclue au moment de la constitution de l'hypothèque ou au moment de la transmission de la créance. A notre sens, il convient d'admettre la possibilité d'éviction de la transmission accessoire tant au moment de la constitution de l'hypothèque qu'au moment de la cession de la créance garantie par une hypothèque. C'est-à-dire que cette éviction pourrait résulter de l'accord du constituant et du créancier, elle pourrait être aussi la décision unilatérale du créancier hypothécaire. « Tout ce qui n'est interdit est autorisé » !

726.En somme, l'éviction de la transmission accessoire de l'hypothèque est une liberté pour le constituant et le créancier hypothécaire chinois. L'extension du domaine d'application de cette règle au gage des meubles corporels ou des droits ne devrait pas rencontrer des difficultés particulières.

[1096] Comp. les auteurs français : M. Cabrillac, Ch. Mouly, S. Cabrillac et Ph. Pétel, *Droit des sûretés*, 9e éd. Litec 2010, n° 598, p. 445; F.-X. Grignon-Derenne, *Contribution à l'étude des accessoires de la créance*, th. Paris II, 1999, n° 373 ; Ch. Juillet, *Les accessoires de la créance*, préf. Ch. Larroumet, Defrénois 2009, Doctorat & Notariat t. 37, p. 378.

[1097] En ce sens, LI Qianqian (李倩倩), *担保物权中意识自治原则的体现*, Mémoire, University of Anhui, 2013, p. 27. Par contre, en observant l'adoucissement du principe de l'accessoire effectué par le législateur de 2007, l'auteur n'a pas constaté l'absence de même règle applicable au gage chinois.

[1098] Précisément, l'article 204 de la LDR.

b - L'éviction de la transmission accessoire des gages chinois

727.**Une éviction possible.** – Il est difficile de comprendre pourquoi le législateur chinois de 2007 n'a pas prévu de mêmes règles pour le gage des meubles corporels et le gage des droits, alors que la transmission de la créance est largement ouverte au créancier[1099]. Parce contre, la transmission de la créance n'est pas totalement libre en Chine, elle n'est possible lorsque cette transmission n'est pas possible au regard de la nature de la créance, les dispositions conventionnelles ou légales[1100]. En outre, la transmission de la créance par le créancier doit être notifiée au débiteur, à défaut de laquelle cette transmission lui sera inopposable[1101]. Autrement dit, en dehors de ces restrictions, la transmission de la créance par un créancier gagiste chinois est parfaitement possible.

728.**Fondement de la transmission accessoire en droit chinois.** – En cas de transmission de la créance par un créancier gagiste, la transmission accessoire du gage de plein droit sera, semble-t-il, fondée sur la disposition de l'article 81 de la Loi du droit des contrats du 15 mars 1999. Selon cet article, les droits accessoires de la créance seront transmis avec la créance. Néanmoins, il convient de préciser que pour certains auteurs chinois, en admettant le caractère de l'accessoire des sûretés réelles, ils n'ont pas directement indiqué que les sûretés réelles constituent un droit accessoire ou un accessoire de la créance[1102]. Etant qualifié de contrat accessoire du contrat principal faisant naître la créance garantie, la sûreté réelle ne sera transmise avec la créance garantie qu'en cas de cession du contrat, mais pas la cession de la créance[1103]. Ainsi, conformément à l'analyse de MM. Cabrillac, Mouly et Pétel[1104], l'application

---

[1099] Art. 79, LDC.
[1100] Art. 79, LDC.
[1101] Art. 80, LDC.
[1102] V. par ex. SUN Peng (孙鹏), WANG Qinlao (王勤劳) et FAN Xuefei (范雪飞), *La théorie du droit des sûretés réelles* (*担保物权法原理*), Press of China University of Renmin (中国人民大学出版社), 2009, p. 27 à 29.
[1103] A la différence avec la cession de créance, par la cession d'un contrat, le cédant transmet non seulement la créance mais aussi les obligations contractuelles au cessionnaire. En outre, la contrepartie de cette cession ne se calcule pas sur la valeur de la créance mais la valeur de la prestation du débiteur cédé. Pour donner un exemple, la cession du contrat de bail.
[1104] M. Cabrillac, Ch. Mouly, S. Cabrillac et Ph. Pétel, *Droit des sûretés*, 9e éd. Litec 2010, n° 598, p. 445.

de la règle de transmission accessoire du gage chinois sera dans la logique[1105] mais pas nécessaire ou obligatoire.

729.En somme, théoriquement, le créancier gagiste chinois est libre à exclure la règle de la transmission accessoire. Le principe reste le même, c'est-à-dire que cette éviction pourrait résulter d'une stipulation dans le contrat constitutif du gage ou dans le contrat de cession de la créance.

730.**Une même limite qu'en droit français.** – Néanmoins, si les parties sont libres à écarter la règle de la transmission accessoire, cette éviction n'aura, semble-t-il pas lieu, si la créance transmise est aussi garantie par un cautionnement. Parce que si l'absence de transmission de la sûreté réelle avec la créance cédée est expressément consentie par le cessionnaire, ce dernier perdra aussi le droit du cautionnement[1106], sauf dispositions conventionnelles contraires.

Conclusion de la section 2

731.Force est de constater que la transmission accessoire peut être écartée par les volontés individuelles, tant en France qu'en Chine par deux voies: d'une part, par une transmission indépendante de la sûreté réelle, d'autre part, par une éviction de la transmission de plein droit de l'accessoire avec la créance principale.

732.La transmission indépendante d'une sûreté réelle *strico sensu* existait en droit français, et il n'existe pas de textes légaux qui prévoit expressément cette possibilité. Pourtant, la cession de rang de priorité ne peut être analysée que comme un échange de sûretés réelles entre les créanciers concurrents. Ainsi, nous pouvons concevoir une transmission de sûreté réelle indépendamment de la créance garantie. En effet, il en

[1105] *Contra*. SUN Peng (孙鹏), WANG Qinlao (王勤劳) et FAN Xuefei (范雪飞), *La théorie du droit des sûretés réelles* (担保物权法原理), Press of China University of Renmin (中国人民大学出版社), 2009, p. 29. En plaidant la nécessité d'adoucissement du principe de l'accessoire, ces auteurs n'ont pas pensé à l'éviction de la transmission accessoire. Ils pensent seulement à l'éviction de l'extinction à titre accessoire et la validité indépendante de la sûreté réelle au regarde de la créance garantie.
[1106] Art. 194 pour l'hypothèque et art. 218 pour le gage.

est de même en droit chinois, parce que la cession de rang de priorité est aussi possible. Cette analyse n'est pas purement théorique parce qu'au travers de cette technique, le débiteur constituant peut espérer obtenir plus de crédit.

733.L'éviction de la transmission accessoire de la sûreté réelle avec la créance garantie est aussi possible, parce que cette transmission accessoire n'est pas d'ordre public. Une telle éviction est consacrée par la jurisprudence française, alors qu'en Chine, elle est prévue par le législateur en cas de transmission d'une créance garantie par une hypothèque à montant maximal.

734.Il faut tout au moins constater que l'éviction de cette règle n'est pas vraiment justifiée par la nécessité de mettre en avant le principe de la liberté contractuelle, mais une éventuelle utilité de l'éviction. Autrement dit, le fondement juridique qui justifie l'exclusion du principe de l'accessoire n'est pas la supériorité du prinicpe de la liberté contractuelle sur le principe de l'accessoire. Cette éviction n'est possible que s'il existe d'autres intérêts plus importants à préserver.

Conclusion du Chapitre 2

735.En constatant l'aménagement du principe de l'accessoire par les volontés individuelles, il faut de nouveau confirmer l'affirmation de M. Dupichot : « *un affranchissement des volontés individuelles dans le droits des suretés réelles* »[1107].

736.Face aux effets indésirables du principe de l'accessoire, avec la promesse de sûreté réelle, les praticiens français peuvent obtenir un résultat plus ou moins équivalent d'une constitution d'une véritable sûreté réelle ; alors qu'en Chine, la doctrine a voulu plus directement adoucir cette exigence tout en admettant la validité d'une sûreté réelle avant la conclusion d'un contrat de prêt.

[1107] Ph. Dupichot, *Le pouvoir des volontés individuelles en droit des sûretés*, préf. M. Grimaldi, éd. Panthéon-Assas, 2005, n°16, p. 27.

737.L'exclusion de l'extinction par voie accessoire d'une sûreté réelle est aussi envisageable dans une hypothèse assez particulière : la novation. La réserve de la sûreté réelle est expressément prévue par le Code civil en France alors que la novation n'est pas expressément prévue par quelconques textes légaux chinois. Il serait, pour nous, opportun d'appliquer la même règle dans la pratique chinoise, donc, autoriser la réserve de la sûreté réelle en cas de novation, parce que nous constatons l'application de cette notion dans l'analyse des magistrats chinois.

738.Enfin, quant à la transmission, dans des hypothèses assez spéciales, la transmission seule de la sûreté réelle ou la créance garantie est possible si l'éviction de la règle de l'accessoire est justifiée par un intérêt légitime.

739.En tout d'état de cause, il convient de souligner que si l'éviction du principe de l'accessoire est possible par la liberté contractuelle, cette éviction doit être au moins expresse ; en cas d'absence d'éviction conventionnelle expresse ou en cas d'ambigüité, le principe de l'accessoire s'applique.

Chapitre 3 - Les volontés individuelles face au principe de proportionnalité

740.**Relation tendue en apparence.** – La relation entre le principe de la liberté contractuelle et celui de la proportionnalité se revèle être très complexe. Il semble que la liberté contractuelle tient toujours une relation très tendue avec le principe de proportionnalité. En effet, la répression de l'abus ou de l'excès est assise directement sur l'exigence de la proportionnalité[1108], c'est-à-dire que cette répression de la liberté n'est qu'une métamorphose du principe de la proportionnalité. L'évolution récente du droit français ne fait que de témoigner la relation de plus en plus tendue entre la liberté contractuelle et le principe de la proportionnalité[1109].

741.En effet, l'agrandissement du domaine de contrôle de la proportionnalité[1110] ne représente que la partie plus ou moins négative de la relation entre la liberté contractuelle et le principe de la proportionnalité. Parce qu'il faut rappeler que la volonté individuelle n'est pas toujours une source d'abus ou d'excès qui relève de la sphère diabolique de l'humanité, elle peut représenter aussi la sphère angélique de l'humanité, et renforcer la proportionnalité.

744.Ainsi, face à l'exigence de la proportionnalité, la volonté individuelle n'est pas toujours à être réprimée. Il convient de présenter les techniques contractuelles qui renforcent la proportionnalité (Section 1). En outre, si la liberté contractuelle peut être qualifiée comme pouvant être directement la source d'une disproportionnalité, le contrôle de la proportionnalité ne sanctionne pas directement la liberté contractuelle (Section 2).

[1108] V. en ce sens, par ex., S. Pesenti, « Le principe de proportionnalité en droit des sûretés », *LPA*, 11 mars 2004, n° 51, p. 12 et s. ; P. Crocq, « Sûreté et proportionnalité », *in Etudes offertes au Doyon Philippes Simler*, Litec-Dalloz 2006, p. 29 et s.

[1109] S. Pesenti, « Le principe de proportionnalité en droit des sûretés », *LPA*, 11 mars 2004, n° 51, p. 12 et s., spéc. n° 1 : « *Le contrôle de proportionnalité occupe une place grandissante en droit des contrats* ».

[1110] V. par ex. M. Behar-Touchais, « La proportionnalité conquérante », *JCP G* 2016, p.51 et s.

Section 1 – La proportionnalité voulue par les parties contractuelles

745.**Disproportions à remédier.** – Comme nous l'avons déjà analysé, la proportionnalité exigée dans le domaine du droit des sûretés réelles est la proportion entre la valeur de l'assiette de la sûreté réelle et la somme de la créance garantie. Ainsi, une disproportionnalité pourrait être constatée dans deux cas de figures, d'une part, la valeur de l'assiette de la sûreté réelle deviendra trop importante par rapport à la somme[1111] de la créance garantie, qu'un gaspillage de sûreté va être constaté, et d'autre part, la valeur de l'assiette de la sûreté réelle deviendra inférieure à une somme que le créancier pouvait légitimement qualifier d'insuffisante à couvrir la créance garantie.

746.Il est courant de penser que la valeur du bien mobilier mis en gage se fluctue pendant la période de garantie ; et cette fluctuation est souvent plutôt descendante que ascendante. C'est la raison pour laquelle, une clause dite « d'arrosage » est souvent utilisée pour prémunir cette diminution indésirable de la valeur du bien affecté, sans faute imputable au possesseur (§1). Cette stipulation conforme bel et bien à l'aspect de la proportionnalité, et cette dernière, selon M. Crocq, est l'instrument d'adéquation de la sûreté à la créance garantie[1112].

747.Par contre, il peut arriver qu'au moment de la conclusion d'une sûreté réelle mobilière, les parties n'ont pas prévu de « clause d'arrosage ». Dans cette hypothèse, le créancier peut toujours demander un « complément de gage » en cas de diminution de la valeur du bien gagé (§2). Cette possibilité est expressément prévue par le droit français et le droit chinois. Mais il est regrettable à part d'une énonciation générale,

---

[1111] Il n'est pas nécessaire que la valeur de l'assiette de la sûreté réelle soit inférieure à la somme de la créance garantie, parce qu'il est généralement exigé que la valeur du bien grevé soit de 120% à 150% de la somme garantie. Ce coefficient pourrait être encore plus important selon la variété de bien gagé (Fiche n° 425-B de la Banque de France : https://www.banque-france.fr/fileadmin/user_upload/banque_de_france/La_Banque_de_France/pdf/Fiche_425_B-financement-des-stocks.pdf).

[1112] P. Crocq, « Sûreté et proportionnalité », *in Etudes offertes au Doyon Philippes Simler*, Litec-Dalloz 2006, p. 29 et s. « *I - La proportionnalité, instrument d'adéquation de la sûreté à la créance garantie* ».

aucune précision n'est donnée par les textes légaux. Il est donc intéressant ici de rechercher l'intérêt exacte de ces dispositions à l'égard de l'exigence de la proportionnalité et au regard de la liberté contractuelle.

§ 1 – La Clause d'arrosage

748.**Définition.** – La Clause d'arrosage peut être définie comme une stipulation par laquelle le créancier disposera un droit de demander au constituant de sûreté réelle mobilière à reconstituer l'assiette en cas de diminution significative de la valeur du bien grevé, ou de demander le remboursement partiel correspondant à la proportion de la valeur diminuée. Effet, le législateur a incorporé l'idée générale de cette clause dans le régime du gage des stocks. Ainsi l'article L. 527-7, alinéa 3[1113], du Code de commerce dispose que : « *Lorsque l'état des stocks fait apparaître une diminution de 20 % de leur valeur telle que mentionnée dans l'acte constitutif, le créancier peut mettre en demeure le débiteur, soit de rétablir la garantie, soit de rembourser une partie des sommes prêtées en proportion de la diminution constatée. S'il ne lui est pas donné satisfaction, le créancier peut exiger le remboursement total de la créance, considérée comme échue* ».

749.**Effets.** – En effet, cette disposition offre au constituant deux options : d'une part, l'augmentation la valeur de bien grevé, d'autre part, la diminution de la somme

[1113] Comp. avec le nouvel art. L. 527-6, al 2 à 5 du Code de commerce qui prévoit : « Le débiteur s'engage à ne pas diminuer de son fait la valeur des stocks. Il tient à la disposition du créancier un état des stocks engagés ainsi que la comptabilité de toutes les opérations les concernant.
Lorsque l'état des stocks fait apparaître une diminution d'au moins 10 % de leur valeur telle que mentionnée dans l'acte constitutif, le créancier peut exiger, après mise en demeure du débiteur, le rétablissement de la garantie ou le remboursement d'une partie des sommes prêtées en proportion de la diminution constatée.
Lorsque l'état des stocks fait apparaître une diminution d'au moins 20 % de leur valeur, le créancier peut exiger, après mise en demeure du débiteur, le remboursement total de la créance considérée comme échue.
Toutefois, la convention prévue à l'article L. 527-1 peut prévoir des taux supérieurs à ceux fixés aux deux alinéas ci-dessus ».

garantie. Mais l'objectif reste le même, maintenir la proportion[1114] entre la valeur de l'assiette et la somme garantie fixée par le contrat constitutif de la sûreté réelle. Ces deux options ne sont pas de la sanction de la disproportionnalité, mais des moyens qui serviront à maintenir la proportionnalité. La sanction de non-respect de cette exigence de proportionnalité est prévue par la dernière phrase : le remboursement total de la créance. C'est la même sanction qu'en cas où le constituant ne satisfait pas à son obligation de conservation du gage[1115].

750.**Distinction entre la clause d'arrosage et les dispositions du gage des stocks.** – En effet, il faut quand même distinguer la clause d'arrosage avec les disposition de l'article L.527-7 du Code de commerce, dont la première est la proportionnalité voulue par les parties, et la seconde est une proportionnalité exigée juridiquement. Au demeurant, il faut noter que le gage des stocks n'est apparu qu'avec l'ordonnance du 23 mars 2006, et la clause d'arrosage existe déjà bien avant cette ordonnance. Encore, cette disposition du Code de commerce n'a qu'un champ d'application très restreint : au sein d'un contrat de gage des stocks ; la clause d'arrosage peut être insérée dans n'importe quelle sûreté réelle mobilière, sauf la réserve de propriété et le droit de rétention conventionnel. Ainsi, nous pouvons conclure que la volonté individuelle peut renforcer la proportionnalité au travers de la clause d'arrosage.

Que se passera-t-il lorsqu'aucune clause d'arrosage n'est prévue dans le contrat de sûreté réelle mobilière ?

§2 – Complément conventionnel de gage

751.**Complément ou sanction.** – L'article 2344, alinéa 2, du Code civil prévoit d'une manière générale que « *Lorsque le gage est constitué sans dépossession, le créancier peut se prévaloir de la déchéance du terme de la dette garantie ou solliciter un complément de gage si le constituant ne satisfait pas à son obligation de conservation*

[1114] En cas de paiement anticipé, le législateur français n'a pas exigé le paiement d'une somme équivalente à la valeur diminuée mais d'une somme en proportion de la diminution. Cette proportion ne pourrait autre que celle entre la valeur de l'assiette et la somme garantie.
[1115] Art. 2344, C. civ. (en droit français) ; art. 193, LDR.

du gage ». S'il s'agit bien de la sanction du manquement d'obligation de conservation du gage, nous ne voyons pas comment il en va autrement en cas de diminution de la valeur du bien grevé en absence de faute imputable au constituant. Il convient de lire cette disposition comme, en tout état de cause, lorsqu'une diminution de la valeur du bien gagé, le créancier est de droit à demander un complément de gage. De même manière, en droit chinois, l'article 193 de la LDR dispose que « *lorsque le fait du constituant peut engendrer la diminution de la valeur du bien hypothéqué, le créancier peut lui demander l'arrêt du fait fautif. Lorsque la valeur du bien hypothéqué a été diminuée, le créancier peut demander au constituant à redresser la valeur du bien hypothéqué ou de fournir d'autre garantie équivalente à la diminution constatée. Lorsque le constituant ne satisfait pas la demande du créancier, ce dernier peut demander au débiteur à effectuer le paiement anticipé* »[1116]. Il faut noter d'abord que le paiement qui peut être exigé par le créancier n'est pas un paiement partiel comme c'est le cas pour le gage des stocks en droit français. Il s'agit de la déchéance de la créance, une sanction de la non satisfaction de l'obligation de la conservation. A côté de la sanction qui n'a pas pour objet à maintenir la sûreté, l'option pour le constituant à maintenir la sûreté réelle reste la même.

752.**Une sûreté modifiée ou une sûreté séparément constituée.** – Par contre, il est question de savoir comment réaliser le « complément de gage », ou la fourniture « d'une autre garantie équivalente à la diminution ». Est-ce qu'il s'agit de la modification du contrat légitimement conclu, ou il s'agit de la conclusion d'une nouvelle sûreté réelle qui garantit une même dette ? S'il s'agit d'une nouvelle sûreté réelle, cette sûreté est-elle légale ou conventionnelle ?

753.Il semble que la réponse pour la première question n'est pas évidente. Une modification de contrat ne saurait venir que de la part des parties contractuelles, sans oublier que les parties ne sauraient librement modifier le contrat régulièrement passé[1117]. Sous l'empire de la force obligatoire du contrat, un contrat est irrévocable et

[1116] Il en va de même lorsque la sûreté constitué est un gage : Art. 216, LDR.
[1117] Parce que selon l'article 1134 du Code civil, le contrat s'impose avec la même force que la loi, à condition qu'il ait été légalement formé.

impossible de rupture de manière unilatérale[1118]. Autrement dit, une modification ne saurait être faite qu'avec le consentement de toutes les parties contractuelles[1119]. Le créancier est en droit de demander au constituant un « complément de gage », mais ce « complément de gage » ne saurait être réalisé qu'avec le consentement du constituant. Bien entendu, le constituant peut refuser le « complément du gage », refus auquel, la conséquence sera la déchéance de la créance garantie. Le complément de gage est une modification de la sûreté avec une modification de l'assiette[1120] ? Ou bien il s'agira de la conclusion d'une nouvelle sûreté réelle. S'il s'agissait d'une modification de sûreté réelle, le nouveau bien mis en gage devrait respecter la même condition de constitution que les biens déjà affectés. Autrement dit, si c'est un gage avec dépossession qui va être modifié, le constituant devrait remettre un ou plusieurs nouveaux biens au créancier ou au tiers convenu. Sinon, il faut constater la conclusion d'une nouvelle sûreté réelle. En outre, si c'est une sûreté réelle dont l'inscription est nécessaire pour constater la validité que l'on va modifier, une inscription modificative devrait logiquement être faite. Il est notamment question si le constituant est de droit à fournir une sûreté de différente nature, telle qu'une sûreté réelle de nature différente ou une sûreté personnelle. A notre avis, le constituant n'est pas libre à fournir de nouvelles sûretés de toutes natures. Un « complément » de gage devrait, semble-t-il, être au moins une sûreté réelle mobilière. A la différence avec le droit français, le droit chinois autorise le constituant à fournir toutes sortes de « garantie équivalente »[1121] à la diminution.

[1118] V. par ex., Ch. Larroumet, *Droit civil, Les Obligations, Le contrat*, t. III, 2e partie, 6e éd. Ecnomica 2007, n° 593, p. 614.

[1119] V. en ce sens, Paris, 28 janv. 2009, *RTD civ.* 2009, p. 529, obs. Fages

[1120] La question peut aussi être posée à savoir s'il peut être considéré comme une novation au sens de l'article 1271, 1°, du Code civil. Si le complément de gage peut être considéré comme une novation, une assiette plus considérable va substituer l'ancienne assiette. Mais, la qualification de dette d'une sûreté réelle n'est pas admissible, parce que la sûreté n'est un droit réel accordé au créancier, lequel de distingue nettement avec un droit personnel, c'est-à-dire une créance. Ainsi, nous ne pouvons pas considérer le complément de gage comme une novation, parce qu'il n'y aura pas de substitution de « dette ».

[1121] En chinois, «*相应的担保*». En employant l'expression « garantie », il semble que le législateur a voulu une plus grande possibilité pour le débiteur ne soit forcé de paiement par avance la dette garantie à cause d'une obligation de fournir une sûreté réelle équivalente. Autrement dit, une **sûreté personnelle** pourrait suffire lorsqu'elle est équivalente à la diminution.

754.S'il s'agit de la conclusion d'une sûreté nouvelle, le créancier n'est pas totalement assuré par ce « complément » de gage, parce qu'une sûreté nouvelle n'est valable qu'à partir du moment où les consentements des parties sont expressément donnés. Elle est susceptible d'être annulée par le juge du fonds sur le fondement de la nullité relative de la période suspecte prévue à l'article L. 632-1, I, 6°, du Code de commerce[1122] en droit français, parce qu'il s'agit bien une sûreté réelle constituée pour la garantie d'une dette antérieure. Cette analyse n'est pas tout à fait compatible avec l'intention du législateur qui vise seulement à maintenir une sûreté réelle déjà constituée. Parce qu'une nullité absolue prononcée par un juge du « complément de gage » contredit nécessairement à la volonté du législateur. Ainsi, il convient d'admettre qu'en droit français, le « complément du gage » s'incorpore nécessairement à la sûreté originellement constituée. Et en droit chinois, la constitution d'une nouvelle sûreté réelle pour la garantie d'une dette ancienne est aussi susceptible d'être annulée sur le fondement de nullité de la période suspecte. Ainsi, nous pouvons logiquement considérer que la « garantie » nouvellement fournie par le constituant ne peut pas être une nouvelle sûreté ou garantie.

755.Au demeurant, une petite différence entre le droit chinois et le droit français devrait être mentionnée. En droit français, la sanction de la déchéance peut avoir lieu si le constituant ne satisfait pas l'obligation de conservation. On pourrait en comprendre que la sollicitation d'un complément de gage n'est qu'une solution alternative, mais pour le créancier, ce n'est pas nécessaire de passer par cette sollicitation. A notre avis, le créancier peut ne pas accepter un complément de gage fourni par le constituant. Par contre, en droit chinois, le constituant peut éviter la sanction de la déchéance de la créance garantie en fournissant une garantie équivalente ou en redressant la valeur du bien hypothéqué. C'est seulement en cas d'absence de fourniture de garantie équivalente que le créancier peut exiger le paiement anticipé dont la déchéance de la dette garantie. Autrement dit, le créancier

[1122] Art. L. 632-1, I, 6°, C. com. : « *Toute hypothèque conventionnelle, toute hypothèque judiciaire ainsi que l'hypothèque légale des époux et tout droit de nantissement ou de gage constitués sur les biens du débiteur pour dettes antérieurement contractées* ».

ne saurait refuser la garantie nouvellement fournie par le constituant si cette garantie est objectivement équivalente à la diminution constatée.

Conclusion de la section 1

756.Que ce soit en droit français ou en droit chinois, la validité du complément du gage nécessite incontestablement l'intervention de la volonté du constituant. Bien entendu, ce dernier ne va pas donner son consentement s'il n'est pas d'accord sur la proportionnalité exigée. Ainsi, nous constatons, de nouveau, une convergence de la volonté individuelle avec le principe de proportionnalité.

757.La volonté individuelle n'est pas toujours altruiste. Il est logique qu'un créancier aille chercher tout moyen à faire assurer son droit de créance. C'est peut-être la raison pour laquelle dès qu'il aura une diminution de la valeur du bien grevé, le créancier va manifester contre le constituant mais jamais dans l'hypothèse inverse, c'est-à-dire l'augmentation de la valeur du bien grevé.

Section 2 – La proportionnalité non voulue par les parties contractuelles

758.**Refus systématique d'exercice de contrôle de proportionnalité en matière de sûreté réelle.** – Si une exigence de proportionnalité tend à s'imposer en matière de sûretés personnelles sous la forme d'un devoir du créancier de ne pas demander de sûreté personnelle disproportionnée par rapport aux biens et revenus du garant[1123], il en va tout autrement en matière de sûretés réelles conventionnelles. Ces dernières sont, en effet, soustraites à une telle exigence de proportionnalité qui, en matière de sûretés réelles, signifierait qu'il faille lutter contre la dispropostionnalité de la valeur excessive du bien grevé de sûreté réelle eu égard à celle de la créance garantie, supposée largement inférieure. C'est la raison pour laquelle, en France, la Cour de

[1123] V. *supra* n°141 et s. sur l'origine du principe de proportionnalité en droit français des sûretés.

cassation refuse systématiquement l'application des règles protectrices du cautionnement de droit commun, y compris l'exigence de la proportionnalité[1124], à la sûreté réelle pour autrui (cautionnement réel), au motif que :« *qu'une sûreté réelle consentie pour garantir la dette d'un tiers n'impliquant aucun engagement personnel à satisfaire l'obligation d'autrui n'est pas un cautionnement et que, limitée au bien hypothéqué, elle est nécessairement proportionnée aux facultés contributives de son constituant* ». Par contre, il convient tout de même de constater que la disproportionnalité est toujours celle entre l'engagement du constituant et sa solvabilité.

759.En droit positif en effet, les applications de l'exigence de proportionnalité sont largement étendues tandis que leur extension aux sûretés réelles mobilières conventionnelles serait, en droit prospectif, limitée[1125] (§1). Même si ce principe va être prospecté en droit des sûretés réelles mobilières conventionnelles, il ne sanctionne pas directement la liberté contractuelle (§2).

§1 – Le champ d'application étroite de la réduction hypothécaire

760.Les rares manifestations positives d'une proportionnalité appliquée au droit des sûretés réelles impliquent toujours que la disproportionnalité résulte de la mise en œuvre unilatérale d'un droit du créancier[1126], soit que le créancier ait pris des inscriptions excessives (A), soit qu'il ait évalué unilatéralement et de façon exagérée le montant de la créance garantie par une sûreté réelle (B).

[1124] V. par ex. Civ. 1re, 7 mai 2008, n° 07-11.692, P+B ; *RLDC* 2008 (« Qui dit sûreté réelle pour autrui, dit l'absence de disproportion de l'engagement … »), 50 ; *D.* 2008, p. 2036, obs. S. Piedelièvre (« pas de disproportion pour les sûretés réelles pour autrui ») ; *Bull. civ.* 2008, I, n° 125 ; *JCP G* 2008, I, 211, n° 16, obs. Ph. Delebecque ; *RTD civ.* 2008, p. 700, obs. P. Crocq.

[1125] V. même sens que : A. Gallois, « Quelle proportionnalité pour les sûretés réelles », *D. 2010*, p. 335 et s.

[1126] Sur ce point aussi, Ph. Malaurie, L. Aynès et Ph. Stoffel-Munck, *Les obligations*, 6e éd. LGDJ 2013, n° 764, p. 373 : « *En pratique, l'invocation de l'article 1134, alinéa 3 est souvent une réponse à l'utilisation par l'une des parties du pouvoir, par essentiel unilatéral de rompre le contrat, de le modifier, d'agréer le cessionnaire d'un contrat, de fixer le prix…* ».

A – L'inscription unilatérale et excessive d'une hypothèque légale

761.**Cantonnement de l'assiette de certaines hypothèques légales *lato sensu***. – Il n'existe à l'heure actuelle aucun contrôle systématique *a priori* ou même *a posteriori* de la proportionnalité de la sûreté conventionnelle eu égard à la valeur de la créance garantie mais seulement des illustrations ponctuelles d'une réduction judiciaire de certaines inscriptions hypothécaires excessives[1127]. En dehors du droit hypothécaire d'ailleurs, il n'est point de salut pour le contrôle de proportionnalité.

762.Parmi ces dispositions éparses, l'article 2444 du Code civil prévoit un cantonnement de l'assiette d'une hypothèque légale lorsque la valeur d'un ou de plusieurs immeubles hypothéqués est un double plus un tiers du montant de la créance garantie en capital et accessoires[1128]. Dans ce cas, le juge doit motiver toute décision de réduction au regard de cette proportion mathématique[1129]. Renvoyant aux articles 2401 et 2412 du Code civil, l'article 2444 concerne uniquement l'hypothèque sur tous les immeubles appartenant actuellement à son débiteur. Partant, l'article 2444 est totalement étranger aux hypothèques conventionnelles.

763.Ensuite, l'article 2447 met en place un mécanisme de réduction qui permet au tuteur de demander au conseil de famille de réduire l'inscription de l'hypothèque légale des mineurs et personnes en tutelle « *aux immeubles suffisants* », « *si la valeur des immeubles sur lesquels l'hypothèque du mineur ou du majeur en tutelle a été inscrite excède notablement ce qui est nécessaire pour garantir la gestion du tuteur* ».

[1127] En ce sens, S. Piedelièvre, « La réduction des inscriptions hypothécaire », *Defrénois* 2000, art. 37190, p. 737 et s ; D. Legeais, « Principe de proportionnalité : le cas du contrat de crédit avec constitution de garantie », p. 38 et s. *in* Existe-t-il un principe de proportionnalité en droit privé *?*, *LPA*, n° 117, 30 sept. 1998 ; J. Mestre, E. Putman et M. Billiau, *Traité de droit civil, Droit commun des sûretés réelles*, LGDJ 1996, n° 196 à 206.

[1128] J. Mestre, E. Putman et M. Billiau, *Traité de droit civil, Droit commun des sûretés réelles*, LGDJ 1996, n° 204.

[1129] V. en ce sens, Civ. 3e, 14 déc. 1976, *Bull. civ.* III, n° 463.

764.**La proportionnalité exigée à l'hypothèque judiciaire.** – Enfin, la réduction de l'hypothèque judiciaire conservatoire fait l'objet d'une disposition particulière, l'article 259 du décret du 31 juillet 1992, qui autorise le débiteur à demander une réduction de la sûreté en justifiant que les biens qui demeurent grevés ont une valeur double du montant des sommes. Là, encore, il s'agit *lato sensu* d'hypothèques légales.

765.L'exigence commune à ces différentes hypothèses consiste en une inscription hypothécaire excessive, effectuée par un créancier titulaire d'une hypothèque légale qui a le droit d'« *inscrire son droit sur tous les immeubles appartenant actuellement à son débiteur* »[1130]. Toutefois, ce n'est pas en termes d'abus de droit que raisonnent ces dispositions qui ne posent aucunement comme condition l'exigence d'une intention de nuire, d'une mauvaise foi ou d'une légèreté blâmable du créancier, l'excès est apprécié en fonction d'un seuil purement objectif[1131], indépendamment, de l'attitude du créancier de sorte qu'il ne s'agit pas là d'une application de la théorie de l'abus de droit mais d'un contrôle extrêmement ponctuel de proportionnalité.

B – L'évaluation unilatérale et exagérée de la créance garantie par une hypothèque conventionnelle

766.**Réduction du montant des créances évaluées unilatéralement**. – Applicable aux hypothèques conventionnelles, l'article 2445 du Code civil prévoit une réduction du montant d'une inscription hypothécaire excessive lorsque le créancier a fait, lors de l'inscription, une évaluation exagérée du montant d'une créance conditionnelle, éventuelle, ou indéterminée[1132] ou lorsque le créancier refuse une réduction volontaire alors qu'un paiement partiel est intervenu.

[1130] Droit reconnu notamment par les articles 2401 et 2412 du Code civil.
[1131] Comp. D. Bakouche, *L'excès en droit civil*, thèse Paris II, 2001.
[1132] Art. 2445, C. civ. : « *Peuvent aussi être réduites comme excessives les inscriptions prises d'après l'évaluation faite par le créancier des créances conditionnelles, éventuelles ou indéterminées dont le montant n'a pas été réglé par la convention. L'excès, dans ce cas, est arbitré par les juges d'après les circonstances, les probabilités et les présomptions de fait, de manière à concilier les droits du créancier avec l'intérêt du crédit à conserver au débiteur, sans préjudice des nouvelles inscriptions à prendre avec hypothèque du jour de leur date, lorsque l'événement aura porté les créances indéterminées à une somme plus forte* ».

767.Cependant, là encore, la sanction de la disproportionnalité revêt des allures d'épiphénomène. D'une part en effet, celle-ci ne s'accompagnera jamais d'une réduction de l'assiette de l'hypothèque conventionnelle : l'assiette est donc, même en cas de disproportion flagrante, parfaitement intangible ce dont résulte un respect de la force obligatoire du contrat devenu rare aujourd'hui[1133]. D'autre part, cette réduction du montant de l'inscription suppose que l'évaluation du montant de la créance conditionnelle, éventuelle ou indéterminée ait été faite unilatéralement par le créancier lors de l'inscription. Précisément, le texte lui-même exclut a contrario toute réduction lorsque le montant de l'évaluation a été « réglé par la convention » de sorte qu'en pratique, celle-ci sera systématiquement faite dans l'acte notarié aux seules fins de publicité, ce qui présentera l'intérêt de priver le constituant, pleinement informé, de la possibilité de demander ultérieurement la réduction de cette somme.

§2 – L'absence de conflit direct entre le principe de proportionnalité et la liberté contractuelle

768.Si la question de la mise en place d'un contrôle de proportionnalité des sûretés réelles mérite examen, c'est qu'une doctrine importante, menée par MM. Mestre, Putman et Billiau, appelle avec insistance de ses vœux un contrôle de la sûreté excessive ou inutile[1134]. Ces derniers auteurs définissent la sûreté inutile comme

---

[1133] L. Aynès et P. Crocq, Les *sûretés, La publicité foncière*, 7e éd., LGDJ, 2013, n° 677 : « *La réduction judiciaire ne peut jamais porter sur l'assiette d'une hypothèque conventionnelle, même si le débiteur avant hypothéqué plus d'immeubles qu'il n'était nécessaire pour garantir sa dette car ce serait une révision judiciaire du contrat que le juge ne peut ordonner, à moins que l'inscription ait été prise d'après l'évaluation faite par le seul créancier* (créance conditionnelle, éventuelle ou indéterminée)».

[1134] J. Mestre, E. Putman et M. Billiau, *Traité de droit civil, Droit commun des sûretés réelles*, LGDJ 1996, Paris, n° 196 à 206 ; J. Mestre, « Réflexion sur l'abus du droit de recouvrer sa créance », *in Mélanges P. Raynaud*, Dalloz-Sirey, 1985, p. 439 et s., spéc. n° 41 à 56 : l'auteur soutient que bien qu'attachée à une maxime générale de liberté, la jurisprudence sanctionnerait l'abus de droit dans la constitution ou dans la mise en œuvre des sûretés réelles sans intérêt légitime du créancier et uniquement dans un but de fraude aux droits des autres créanciers. *Contra* L. Aynès et P. Crocq, *Les sûretés, La publicité foncière*, LGDJ, 7e éd. 2013, n° 18, se disant justement opposés à l'égard d'un tel contrôle : « *ce type de raisonnement est dangereux : il n'est pas bon de placer sous contrôle judiciaire la décision de conclure un contrat, car le juge ne peut se substituer aux parties et refaire exactement l'histoire. Quant aux effets du contrat, le pouvoir modérateur du juge est en grande partie joué par le*

« *celle qui outrepasse la mesure nécessaire au paiement de la créance* » et invoquent sur ce point le droit allemand. En effet, sous conditions que la volonté des parties soit bien libre et sans erreur, une convention légalement passée devrait être exécutée et avec de bonne foi. En absence d'un contrôle au moment de la constitution de la sûreté réelle mobilière, le principe ne devrait être autre chose que la liberté contractuelle. Autrement dit, l'impulsion contractuelle est libre (A). En cas de contrôle de la proportionnalité, souvent au moment de l'exécution du contrat, l'exigence de la proportionnalité n'est qu'une forme de l'exigence de bonne foi. Autrement dit, le principe de la proportionnalité ne porte pas atteinte à la pérennité contractuelle[1135] (B).

A – L'absence de contrôle de proportionnalité au moment de la conclusion : Une protection de l'impulsion contractuelle

769.**Liberté contractuelle par principe.** – L'extension, sans textes légaux, de ce contrôle ponctuel de proportionnalité semble impossible pour plusieurs raisons.

Premièrement, en effet, on sait à présent que la réduction des hypothèques excessives est cantonnée en droit positif aux seuls cas dans lesquels un créancier a agi unilatéralement, inscrivant son hypothèque légale sur plus d'immeubles que nécessaire ou opérant une évaluation exagérée de sa créance. Or, ces dispositions sont exceptionnelles, donc d'interprétation stricte : elles justifient à ce titre un raisonnement *a contrario* consacrant le principe de la liberté contractuelle des parties quant au choix du nombre, de l'importance et de l'évaluation des biens grevés et

---

principe de l'accessoire, la théorie de l'abus de droit, l'exécution de bonne foi… Il n'appartient pas au juge, mais, le cas échéant, au législateur d'interdire ou d'entraver le recours à telle ou telle sûreté. De plus, il n'est pas sûr que le juge français soit armé pour exercer un contrôle de l'opportunité et du risque pris par le créancier ». Comp. la solution rendue en matière de sûretés personnelles, à la portée toutefois générale, par Com., 2 juin 2004, pourvoi n° 01-15.140, *RD ban. et fin.* juill./août 2004, n° 164, obs. D. Legeais : « *sauf fraude ou abus, le créancier qui bénéficie d'une pluralité de sûretés ne commet pas de faute en choisissant le moyen d'obtenir le paiement de sa créance* ».

[1135] V. sur l'expression « impulsion contractuelle » et « pérennité contractuelle », P.-Y. Gahdoun, *La liberté contractuelle dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, préf. D. Rousseau, Dalloz 2009.

soustrayant les sûretés conventionnelles, hypothécaires ou non, à un contrôle de proportionnalité entre la valeur des immeubles grevés et celle de la créance garantie.

770.**Absence de contrôle fondé sur la spécialité** – Ensuite, c'est tout à fait vainement que l'on prétendrait invoquer le principe de spécialité de l'assiette de la sûreté réelle pour exercer un tel contrôle de proportionnalité. En effet, on omet trop souvent que ce dernier n'a jamais entendu interdire au constituant d'hypothéquer l'ensemble de ses droits immobiliers. Simplement, il ne pourra le faire qu'au moyen d'une manifestation de volonté particulière à chaque immeuble, les formules emportant hypothèque générale étant seules prohibées : la spécialité quant aux biens interdit simplement que les nouveaux immeubles soient frappés de plein droit par l'hypothèque.

771.**Indivisibilité des sûretés réelles** – En outre, il faut insister sur ce que la nature même des sûretés réelles place celles-ci largement à l'abri d'un contrôle de proportionnalité[1136]. En effet, celles-ci sont naturellement indivisibles quant aux créances garanties mais aussi quant aux biens grevés, ceci même lorsqu'elles sont de source conventionnelle[1137]. Or par définition, l'indivisibilité de la sûreté implique qu'en cas de paiement partiel, la sûreté réelle subsiste pour le tout quoiqu'il en résulte nécessairement une disproportion entre la valeur du ou des biens grevés et celle du solde de la créance garantie[1138]. Par exemple, aucune réduction judiciaire de l'assiette ou de l'inscription n'est encourue lorsqu'il ne reste plus que 1 euro à garantir : l'éventualité d'une disproportion flagrante est donc de la nature de la sûreté réelle et participe fondamentalement de la protection légitime du créancier[1139].

[1136] En ce sens, D. Legeais, « Principe de proportionnalité : le cas du contrat de crédit avec constitution de garantie », p. 38 et s. *in* Existe-t-il un principe de proportionnalité en droit privé ?, *LPA*, n° 117, 30 sept. 1998.

[1137] Sur la double indivisibilité, M. Cabrillac, Ch. Mouly, S. Cabrillac et Ph. Pétel, *Droit des sûretés*, 9e éd., Litec, 2010, n° 903, p. 682.

[1138] Ainsi, en cas de paiement partiel, le créancier gagiste peut refuser la restitution de l'ensemble des biens mis en gage : en ces sens, v. par ex. M. Cabrillac, Ch. Mouly, S. Cabrillac et Ph. Pétel, *Droit des sûretés*, 9e éd., Litec, 2010, n° 755, p. 566.

[1139] Ph. Dupichot, *Le pouvoir des volontés individuelles en droit des sûretés*, préf. M. Grimaldi, LGDJ 2005, n° 670, p. 511.

772.C'est-à-dire la liberté contractuelle reste comme un principe au moment de la conclusion d'une sûreté réelle. Un contrôle systématique de la proportionnalité au moment de la constitution d'une sûreté réelle moblière ne trouve pas de fondement légal. C'est au moment de la réalisation de la sûreté réelle que le contrôle de la proportionnalitétrouve son fondement : l'exigence de bonne foi.

B – La présence de contrôle de la proportionnalité au moment de la réalisation : Une forme particulière d'exigence de bonne foi*[1140]*

773.**Proportionnalité et exigence de bonne foi.** – Si la notion de cause constitue parfois le support technique de l'exigence de proportionnalité, elle semble plutôt constituer une manifestation de l'exigence de la bonne foi[1141]. Elle contribue, en effet, à chasser l'excès du contrat afin d'y introduire une certaine mesure[1142]. Il s'agit, sans doute, d'une « *exigence un peu vague d'équilibre raisonnable* »[1143]. Mais, tant les juges que le législateur se sont parfois emparés de ce principe. Plus précisément, à défaut de principe général de proportionnalité[1144] en droit des contrats, il en existe des manifestations s'imposant, non seulement au créancier qui ne saurait exiger un engagement manifestement disproportionné de son débiteur, mais aussi à ce dernier,

---

[1140] V. en ce sens, not. Ph. Le Tourneau et M. Poumarède, *Rép. Civ.* V° « Bonne foi », n° 89. En effet, les auteurs ont mis l'exigence de la proportionnalité comme une sorte de devoir de coopération qui est l'une des manifestations de l'exigence de la bonne foi dans l'exécution du contrat : « *La prise en compte, par chacun des contractants, des intérêts de son partenaire s'est traduite par l'essor d'une exigence diffuse de proportionnalité en matière contractuelle* ».

[1141] V. D. Legeais, note sous Com. 17 juin 1997, *JCP E* 1997. II. 1007 ; *adde* J.-L. BAUDOUIN, « Justice et équilibre : la nouvelle moralité contractuelle du droit civil québécois », *in* Mélanges offerts à J. Ghestin, *Le Contrat au début du XXIe siècle*, 2001, LGDJ, p. 29 et s., spéc. p. 39, pour lequel la bonne foi et l'équité sont « *utilisées pour poursuivre un même but, soit le rétablissement d'une justice contractuelle entre les parties, en restaurant une certaine égalité des rapports, ou du moins, en évitant une trop grande disproportion entre ceux-ci* ».

[1142] Comp. D. Bakouche, *L'excès en droit civil*, préf. M. GOBERT, 2005, LGDJ, n° 36.

[1143] J. Carbonnier, *Droit civil*, t. 1, *Introduction - Les personnes*, 2004, PUF, Quadrige, n° 53, p. 93 ; sur le lien entre la bonne foi et le « raisonnable », V., par ex., l'art. 1 :302 des Principes du droit européen du contrat, selon lequel « *doit être tenu pour raisonnable aux termes des présents Principes ce que des personnes de bonne foi placées dans la même situation que les parties regarderaient comme tel* » ; *adde*, B. Fages, « Comportement raisonnable », *in* C. PRIETO [dir.], *Regards croisés sur les Principes du Droit européen du contrat et sur le Droit français*, avant-propos J. Mestre, 2003, PUAM, p. 127.

[1144] Ph. Le Tourneau et M. Poumarède, *Rép. Civ.* V° « Bonne foi », n° 89 : en effet, il s'agit d'un principe de proportionnalité pour le droit des contrats.

tenu de mettre en œuvre des moyens proportionnés à l'attente du créancier pour réaliser à bien sa mission.

774.Ainsi, nous voyons que la sanction aura lieu souvent en cas d'abus ou d'excès, autrement dit, un manquement de bonne foi pourrait être constaté. La sanction n'a pas pour objet la modification du contenu du contrat, mais de punir le manquement de bonne foi.

775.**Abus d'indivisibilité sanctionné au seul moment de la réalisation**. – En effet, il ne serait pas plus satisfaisant d'invoquer les décisions tempérant le principe d'indivisibilité en présence d'une fraude ou d'un abus du créancier titulaire d'hypothèques multiples. Au terme de cette jurisprudence, dont un exemple achevé fut fourni par un arrêt de la troisième chambre civile du 15 février 1972[1145], la fraude ou l'abus de droit font exception au principe fondamental du libre choix par le créancier titulaire d'hypothèques multiples de l'immeuble sur lequel il souhaite être colloqué de la totalité de sa créance : si celui-ci ne peut se voir imposer par les créanciers postérieurs en rang une division de sa demande de collocation pour la faire porter proportionnellement sur le prix de tous les immeubles qui lui sont affectés, la libre option du créancier peut cependant être neutralisée en cas de fraude ou d'absence de motif légitime, c'est-à-dire en pratique lorsque son choix ne s'explique que par le désir condamnable de frustrer des créanciers de rang subséquent.

776.On ne saurait cependant pas non plus trouver ici le ferment d'un contrôle de proportionnalité des sûretés réelles.

[1145] Civ. 3e, 15 févr. 1972, n° 70-13.094, D. 1972, p. 463, note E. Frank : « *Attendu qu'en vertu du principe d'indivisibilité (…), le créancier dont l'hypothèque s'étend à plusieurs immeubles, est en droit de choisir celui des immeubles sur le prix duquel il veut être colloqué pour la totalité de sa créance, sans que les créanciers ayant sur l'immeuble des hypothèques postérieures en rang puissent le contraindre à diviser sa demande de collocation pour la faire porter proportionnellement sur le prix de tous les immeubles qui lui sont affectés ; que cette faculté d'option ne saurait être refusée que si elle était exercée frauduleusement ou sans intérêt légitime* ». V. aussi, Civ., 26 déc. 1853, *DP*, 1855, 1, p. 200, indiquant que « *aucun texte de loi ne défend aux juges de répartir l'hypothèque générale sur chaque immeuble au marc le franc de sa valeur* » de sorte que lorsque le prix des différents immeubles est distribué dans une même procédure d'ordre, le créancier dont l'hypothèque grève plusieurs immeubles, sera d'abord colloqué par le juge sur le prix des immeubles qui ne sont grevés d'aucune sûreté de rang inférieur.

Premièrement en effet, cette jurisprudence n'est qu'une manifestation ponctuelle de la théorie de l'abus de droit du fait que sanctionner *a posteriori* l'exercice d'une liberté de choix et est à ce titre un tempérament justifié à une conséquence de l'indivisibilité. Ensuite, elle vient en pratique tempérer presque exclusivement l'abus commis par le titulaire d'une hypothèque légale et non d'une hypothèque conventionnelle qui, ayant usé de son droit de prendre des inscriptions multiples, aura abusé de son droit de choisir l'immeuble sur lequel il peut être colloqué.

Enfin, comment ne pas remarquer que l'abus consiste dans la frustration des créanciers hypothécaires de rang subséquent et nullement dans le droit du constituant de voir son crédit hypothécaire préservé au maximum et qu'un contrôle de proportionnalité viserait à préserver ?[1146]

777.La situation est donc étrangère à un contrôle de disproportionnalité des sûretés réelles conventionnelles qui, *a priori* et *a posteriori*, reposerait sur la sanction d'un seuil de disproportionnalité restant à définir. L'abus de l'indivisibilité des hypothèques multiples apparaît au contraire avant tout comme le prolongement de la réduction des hypothèques légales excessives de l'article 2444 du Code civil : alors que cette dernière permet d'obtenir multiple satisfaction et opère à la manière d'un « premier filtre », l'abus de l'indivisibilité vient sanctionner le comportement du créancier qui, lors de la réalisation, donc à une époque ultérieure, aura détourné la protection conférée par l'hypothèque multiple en un instrument de frustration des droits des créanciers hypothécaires de rang inférieur.

778.**Exclusion de la théorie des clauses abusives**. – On a encore pu se demander si la prohibition des clauses abusives n'aurait pas vocation à lutter contre l'éventuelle disproportionnalité des sûretés réelles, au moins lorsque celles-ci ne seront par l'accessoire d'un crédit professionnel. L'article L. 132-1, alinéa 5, du Code de la consommation n'invite-t-il pas à prendre en compte l'ensemble des circonstances et notamment les « *clauses contenues dans un autre contrat lorsque la conclusion et*

[1146] Ph. Dupichot, *Le pouvoir des volontés individuelles en droit des sûretés*, préf. M. Grimaldi, LGDJ 2005, n° 671, p. 511 et s.

l'exécution de ces deux contrats dépendent juridiquement l'une de l'autre » pour apprécier l'existence d'un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties ?

Là encore toutefois, le recours à la prohibition des clauses abusives paraît trouver sa limite dans le principe énoncé à l'article L. 132-7 du Code de la consommation et le nouveau article 1271 du Code civil et suivant lesquels la sanction des clauses abusives ne saurait servir de prétexte à une quelconque rescision pour lésion. Or, décréter « abusive » la stipulation par laquelle un débiteur doit remettre à son créancier un bien d'une valeur très supérieure à celle de la créance garantie serait une généralisation critiquable de la sanction des contrats lésionnaires.

779.**Rejet de l'analogie avec l'abus de saisie**. – Enfin, on a envisagé d'étendre aux sûretés réelles par analogie l'article 22 de la loi du 9 juillet 1991 relative aux procédures civiles d'exécution aux termes duquel si « *le créancier a le choix des mesures propres à assurer l'exécution ou la conservation de sa créance, l'exécution de ces mesures ne peut excéder ce qui se révèle nécessaire pour obtenir le paiement de l'obligation. Le juge de l'exécution a le pouvoir d'ordonner la mainlevée de toute mesure inutile ou abusive et de condamner le créancier à des dommages-intérêts en cas d'abus de saisie* ». Pourtant, si voies d'exécution et sûretés entretiennent d'évidentes affinités, il n'est pas sûr que l'abus du droit de saisir dont la jurisprudence donne des exemples puisse être étendu à l'abus de sûreté réelle.

La sûreté réelle est en effet fondamentalement préventive, en tant qu'elle vise à prémunir le créancier contre le risque d'une diminution de l'actif et d'une augmentation du passif du débiteur entre le jour de l'octroi du crédit et celui, nécessairement postérieur, de son exigibilité ; au contraire, la saisie est coercitive et curative et n'intervient que lorsque la créance est exigible et impayée : le créancier saisissant n'a plus à craindre la dépréciation subite de la valeur des biens du débiteur ou l'accroissement de l'endettement du débiteur à son égard qui justifient la liberté du créancier de solliciter un bien d'une valeur supérieure à la créance garantie ; le montant de la créance est alors le plus souvent connu tandis que la valeur des biens grevés est plus aisément déterminable de sorte que le saisissant, qui ferait inutilement

porter sa saisie sur des biens du débiteur dont la valeur cumulée excède manifestement celle de la créance garantie, agit effectivement sans motif légitime.

Il n'en va pas de même du créancier lors de la constitution de la sûreté : ce dernier peut exciper du motif légitime consistant en la crainte d'une dépréciation considérable des biens du constituant au cours de la relation de crédit : comme disait Jean de la Fontaine, « *Il était expérimenté, Et savait que la méfiance est mère de la sûreté* ». Or, cette méfiance paraît à l'heure actuelle rendue d'autant plus légitime par le souvenir de la crise immobilière des années 1990 que par celui de l'obsolescence accélérée et donc de la forte dépréciation de tous les biens ayant un contenu technologique tels que ordinateurs, véhicules motorisés, etc.

Conclusion de la section 2

780.En conclusion, le principe de la proportionnalité n'est en rien une limitation directe de la liberté contractuelle, mais plutôt un gardien du comportement du créancier bénéficiaire d'une sûreté réelle. Si bien l'exigence a pour objet de permettre le débiteur à éviter un gaspillage de crédit, cette protection du crédit « futur » ne devrait pas avoir plus d'importance que celle du crédit présent[1147]. Sur ce point, on méditera avec profit les avertissements éclairés de Bigot-Préameneu, aujourd'hui méconnus par les tenants d'un contrôle étendu de la sûreté excessive ou inutile, et selon qui « *L'idée de réduire les inscriptions hypothécaires indéterminées, sous prétexte que ces inscriptions seraient de trop fortes sommes, est inadmissible* »[1148].

[1147] V. en ce sens, Ph. Dupichot, *Le pouvoir des volontés individuelles en droit des sûretés*, préf. M. Grimaldi, LGDJ 2005, n° 677.

[1148] L. et C. Jouanneau, et Solon, *Discussion du Code civil dans le Conseil d'Etat*, t. 2, éd. Demonville, 1805, p. 725-726 : « *L'idée de réduire les inscriptions hypothécaires indéterminées, sous prétexte que ces inscriptions seraient de trop fortes sommes, est inadmissibles, 1° Parce qu'un pareil droit donné du débiteur, serait contraire à la nature de son engagement ; 2° Parce que ce serait une source de procès interminables, et dont la plupart serait entre personnes qui ne doivent pas être mises en opposition. Comment a-t-on pu imaginer le droit d'enlever au créancier actuel une partie de son gage, pour laisser au débiteur la faculté l'affecter à d'autres dettes ? Ou le débiteur avait consenti à cette inscription, ou, comme dans le cas d'une hypothèque soit légale, soit judiciaire, l'inscription avait été prise sans sa*

781.Ainsi, l'exigence de la proportionnalité n'est prévue par le droit positif que dans un domaine très limité. Il est donc opportun d'admettre qu'elle n'est exigée qu'au moment de la réalisation de la sûreté réelle.

Conclusion du Chapitre III

782.En apparence, le principe de la proportionnalité limite nécessairement la liberté contractuelle en droit des sûretés réelles.

783.Mais en retenant que l'aspect limitatif de la liberté contractuelle c'est oublier que la proportionnalité peut être voulue par les parties contractuelles qui peuvent adopter la stipulation d'une clause d'arrosage qui est utilisée bien avant la création du gage des stocks par le législateur français. Même si en cas d'absence de clause d'arrosage, c'est toujours avec la liberté contractuelle que le « complément » de gage, ou en droit chinois, la fourniture d'une garantie équivalente à la diminution de la valeur du gage, va être réalisé(e). Parce que pour nous, ce complément n'est autre chose qu'une modification du contrat originel.

784.Même si en cas où les parties n'ont pas voulu respecter une certaine proportionnalité, le principe reste la liberté contractuelle au moment de la conclusion

---

participation. Dans le premier cas, comme le débiteur serait-il recevable à revenir contre son propre fait ? Serait-ce sous prétexte de lésion ? Mais il a été reconnu que cette action n'a lieu que dans le cas de partage ou de vente d'immeuble ; il u a une différence décisive entre la vente et l'hypothèque. La vente est un contrat commutatif, dans lequel est transporté pour un prix ; l'hypothèque plus ou moins étendue n'est que le résultat naturel de l'engagement du débiteur, et n'ajoute rien à sa dette. Dans quelle position placera-t-on le débiteur qui demandera la réduction ? Sera-ce simplement pour lui procurer la faculté de faire d'autres emprunts ? Mais il serait trop déraisonnable de permettre au débiteur de violer son contrat, pour se ménager une faculté éventuelle. Supposera-t-on que le débiteur ne demande la réduction que pour procurer à un créancier postérieur existant, une plus grande sûreté ? Ce ne serait plus le débiteur, mais le créancier auquel l'action pourrait appartenir, s'il n'y avait pas une injustice évidente à la lui accorder (...). Comment, d'ailleurs, procéderait-on à de pareilles réductions ? Au moyen de contre-lettres, le prix des baux des immeubles peut être enflé. Tous les biens ne sont pas donnés à bail, ou ne le sont pas à prix déterminé. Il faudrait essuyer les lenteurs, les frais et l'incertitude des estimations. Les débiteurs eux-mêmes ne voudraient pas, pour se procurer une simple faculté, commencer par entreprendre un procès ruineux ; et s'ils y étaient provoqués par le besoin actuel d'emprunteur, ils ne trouveraient aucun prêteur qui voulût attendre l'issue de pareil procès ». Cité par Ph. Dupichot, Le pouvoir des volontés individuelles en droit des sûretés, préf. M. Grimaldi, éd. Panthéon-Assas, Paris, 2005, p. 515.

de la sûreté réelle mobilière, parce qu'il n'existe pas un contrôle systématique de la proportionnalité au moment de la conclusion. Le principe de l'indivisibilité met à l'abri aussi la liberté contractuelle à condition que ce principe ne soit pas utilisé de manière abusive. Enfin, s'il existe bien un contrôle de proportionnalité, un juge n'aura pas le droit de modifier le contrat légalement formé, mais pourrait par le biais de l'exigence de la bonne foi dans l'exécution, sanctionner le comportement du créancier.

En un mot, la liberté contractuelle survit de l'épreuve du principe de la proportionnalité.

Conclusion du Titre II

785.La liberté contractuelle n'est pas forcément vulnérable face aux autres principes fondamentaux des sûretés réelles, notamment en cas où l'application du principe n'est pas d'ordre public[1149].

786.Face aux règles impératives qui découlent de l'intérêt général, la liberté contractuelle ne peut rien faire. Par contre, elle joue un rôle important lorsque ces règles ne s'appliquent point.

787.Face aux principes de l'accessoire et de la proportionnalité[1150], la liberté contractuelle n'est pas tout à fait limitée. Il existe des hypothèses particulières dans lesquelles, les parties contractantes peuvent écarter l'application stricte du principe de l'accessoire. En outre, dans certaines hypothèses, la possible éviction est

[1149] En effet, il faut distinguer la notion d'ordre public avec les règles impératives, sur cette question, v. not. L. Julliot de la Morandière, « L'ordre public en droit privé interne », *in Etudes H. Capitant*, Dalloz 1939, p. 381 et s., spéc. p. 387. Parce qu'il est couramment de penser que les règles impératives ont un domaine d'application plus large du l'ordre public (v. par ex. Aubry et Rau, *Cours de droit civil*, Tome IV, Paris 1897, §523). *Adde*. Sur les justifications de la distinction : M. Mekki, *L'intérêt général et le contrat – Contribution à une étude de la hiérarchie des intérêts en droit privé*, préf. J. Ghestin, LGDJ 2004, Bibliothèque de droit privé, t. 411, n° 354, p. 219 et s.

[1150] Qui n'est pas encore un principe d'ordre public en matière de sûreté réelle. Néanmoins, ce principe est d'ordre public dans certains autres domaines, tels que le droit social, le droit de la concurrence, le droit administratif… v. en ce sens not. M. Mekki, *L'intérêt général et le contrat – Contribution à une étude de la hiérarchie des intérêts en droit privé*, préf. J. Ghestin, LGDJ 2004, Bibliothèque de droit privé, t. 411, **la seconde partie**.

expressément prévue par les lois. En outre, quant au principe de la proportionnalité, les parties peuvent convenir des clauses en renforçant la proportionnalité, notamment lorsque le constituant conserve la libre gestion des biens affectés y compris le droit de disposition. Néanmoins, à défaut de contrôle systématique de la proportionnalité au moment de la constitution, le principe de la proportionnalité ne constitue pas un véritable obstacle de la liberté contractuelle. Le contrôle de la proportionnalité au moment de la réalisation ne sanctionne point le consentement des parties, mais l'acte abusif du créancier.

788.Malgré un domaine d'application plus restrictif, la liberté contractuelle chinoise résiste aussi des restrictions dirigées par les principes fondamentaux des sûretés réelles. Néanmoins, dans des domaines particuliers, il convient de préciser avec les règles légales le possible aménagement par la liberté contractuelle pour que, d'une part, les parties puissent librement utiliser les techniques contractuelles à aménager les sûretés réelles pour protéger leurs intérêts, et d'autre part, que les magistrats puissent trancher les conflits avec un fondement bien stable.

Conclusion de la sous-partie 2

789.D'une manière générale, la liberté contractuelle constitue un principe fondamental des sûretés réelles conventionnelles. À la différence avec les autres principes fondamentaux, l'application de ce principe consiste à admettre les volontés individuelles à aménager librement les sûretés réelles pour les adapter à leurs besoins. Cette liberté est concrétisée, quand les parties ont voulu conclure une sûreté réelle, en une liberté à choisir la sûreté réelle par les parties contractantes, en une liberté à choisir le moyen de la réalisation ; dans circonstances particulières, elle se métamorphose en une liberté de faire une promesse de sûreté réelle, une liberté de réserver la sûreté réelle en cas de novation, une liberté de conclure une cession d'antériorité et aussi une cession de la créance garantie sans sûreté réelle. Avec cette liberté, le principe de l'accessoire peut être écarté au profit d'une adaptation aux besoins particuliers des parties.

790.En exerçant un contrôle de la proportionnalité, les juges français et chinois n'ont pas voulu porter atteintes à l'impulsion contractuelle et à la pérennité contractuelle[1151] qui constituent les éléments essentiels du principe de la liberté contractuelle[1152]. Autrement dit, il appartient aux parties à déterminer librement la proportion entre la valeur du bien affecté et le montant de la créance garantie. Pourtant, les sûretés réelles ne sont toujours pas disproportionnées aux créances garanties. Les parties peuvent parfaitement utiliser la clause d'arrosage ou une clause équivalente pour maintenir la proportionnalité entre les deux éléments si l'un se fluctue beaucoup dans la période de garantie.

791.Enfin, la liberté contractuelle est bien limitée par les règles d'ordre public par exemple celles du droit des procédures collectives. Les nullités de la période suspecte

---

[1151] P. Roubier, *Le droit transitoire*, 2e éd. Dalloz-Sirey, 1960, p. 398 : « *Dans la mesure où la liberté des contrats est admise, il est bien naturel qu'au point de la technique juridique, cette liberté aboutisse à mettre les contrats hors d'atteinte du législateur* ».

[1152] Rappr. P.-Y. Gahdoun, *La liberté contractuelle dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, préf, D. Rousseau, Dalloz, 2008, n° 208, p. 185.

peuvent anéantir certaines sûretés réelles qui servent à garantir une créance antérieure et les cessions de propriétés à titre de garantie. L'interdiction de paiement et la suspension des poursuites individuelles font attendre les créanciers bénéficiaires d'un droit réel portant sur les biens appartenant au débiteur. Autrement dit, elles empêchent l'exercice normal d'un droit contractuel.

792.*Grosso modo*, la « contractualisation » des sûretés réelles doit être constatée en France et elle devrait devenir un phénomène en Chine. Il est à constater que ce sont les volontés individuelles qui font pousser l'évolution des sûretés réelles.

Conclusion de la Première partie.

793.L'envahissement des volontés individuelles en matière de sûretés réelles conventionnelles n'est point surprenant pour deux raisons : d'une part, au regard de la source conventionnelle de sûreté réelle, et d'autre part, par rapport au dépérissement du fondement des restrictions anciennes. Pourtant, les principes fondamentaux des sûretés réelles sont plus ou moins maintenus par le législateur français et le législateur chinois.

794.En effet, le législateur chinois est de ce point de vue, encore plus réservé par rapport au législateur français. D'une part, en droit chinois, il existe moins d'exceptions légales ou jurisprudentielles des principes indicateurs, tels que le principe de l'accessoire, le principe de la spécialité. Et d'autre part, les parties n'ont pas autant de liberté dans la constitution et la réalisation des sûretés réelles, malgré des progrès réalisés par la réforme de 2007.

795.Certes, dans la préparation de la réforme de 2007, le groupe de travail chinois ne s'est pas beaucoup inspiré de la réforme française de 2006. Mais cela ne veut absolument pas dire que le droit français n'est pas attractif pour le droit chinois. Dans l'introduction comparative de différents principes fondamentaux des sûretés réelles, nous constatons que les solutions optées par le législateur et les magistrats français en cas d'exclusion de principes fondamentaux sont fortes intéressantes. Se basant sur une même théorie générale du droit des sûretés réelles, le système juridique chinois est capable de s'inspirer des bonnes expériences du système français.

796.En droit français, nous constatons la flexibilité des régimes des principes indicateurs des sûretés réelles. Cette flexibilité est nécessaire pour que les anciennes exigences soient adaptées aux nouveaux besoins économiques et sociaux. S'il n'est pas possible d'aménager le droit chinois en recopiant les règles françaises, il est tout à fait possible à transposer l'esprit des dispositions françaises intéressantes, notamment

les exceptions légales de ces différents principes fondamentaux des sûretés réelles mobilières.

797.Au demeurant, malgré l'accroissement du rôle de la liberté contractuelle en matière de sûretés réelles mobilières, les principes indicateurs des sûretés réelles restent dans une position relativement stable. S'il existe des hypothèses dans lesquelles l'on écarte ces exigences anciennes, les législateurs de la France et de la Chine ont maintenu ces exigences comme principes, en autorisant des adoucissements des exigences, mais pas un complet abandonnement. Au contraire, si les principes restent les mêmes, la structure du droit chinois des sûretés réelles va souffrir de bouleversement comme le droit français. Ce bouleversement sera notamment causé par tantôt une influence purement française tantôt une influence française concurrencée par d'autres systèmes juridiques.

Partie seconde – Les techniques spécifiques des sûretés mobilières

798.L'introduction de la deuxième partie. – Comme nous l'avons déjà démontré dans la première partie de notre recherche, en France comme en Chine, il existe des principes généraux communs. Pourtant, les principes généraux ne sont pas d'ordre public. Ainsi, cela laisse une grande espace de mainoeuvre pour les volontés individuelles. Dans cette seconde partie, il est opportun de traiter des spécialités du droit français par rapport aux droits chinois en maitère des sûretés réelles portant sur les meubles qui nous montrera l'influence possible du droit frannçais au droit chinois.

799.Il serait trop long de présenter comparativement toutes les règles spéciales, dans notre recherche, à chaque catégorie de sûreté réelle mobilière en droit français et en droit chinois. En outre, une telle présentation purement comparative ne correspond pas à notre objet de recherche, parce qu'il n'est pas possible d'aligner le droit chinois au droit français portant sur sûretés réelles mobilières. Une influence du droit français sur le droit chinois en matière de sûretés réelles mobilières peut être trouvée s'il existe, à chaque fois, un régime particulier équivalent, comme par exemple la *floating charge* de droit anglais et le gage des stocks du droit français[1153]. En effet, il n'est pas possible de trouver une institution chinoise équivalente pour chaque sûreté réelle française portant sur les meubles, corporels comme incorporels. Il convient de partir d'une comparaison générale au niveau de la structure du droit français avec le droit chinois, qui sera poursuivie avec une comparaison des techniques spécifiques intéressées à l'évolution future. Encore, à l'instar de l'exemple susvisé, les techniques utilisées dans les sûretés réelles françaises ne sont pas forcément toutes d'origine française. Il convient donc de distinguer les idées ou les techniques d'origine française avec celles qui sont d'origine d'autres pays et concurrencent avec les premières.

[1153] V. en ce sens, D. Legeais, « Gage sur stocks », *RTD com.* 2006, p. 639.

800.**Plan.** – Ainsi, une recherche sur les techniques spécifiques va se dérouler en distinguant les influences d'origine française (Titre I) avec les influences concurrencées (Titre II). En effet, les influences adopées ne sont pas forcément celles qui sont conquérantes.

Titre I – Les influences d'origine française

801.En générale, les sûretés réelles mobilières françaises et chinoises partagent les mêmes principes fondamentaux. Sur ce socle, il semble que la structure générale des sûretés réelles de ces deux pays partage aussi un point commun : une diversité des régimes de sûretés réelles mobilières (Chapitre préliminaire). Malgré l'attractivité du système américain de l'unification des différents régimes de sûretés réelles, les deux pays ont choisi expressément cette diversité de régimes pour que dans chaque cas différent, les parties conventionnelles puissent être mieux protégées.

802.Néanmoins, la diversité des régimes va rendre très complexe le droit des sûretés réelles, notamment en matière mobilière. Une simplification du droit des sûretés réelles est nécessaire, tant en France[1154] qu'en Chine[1155]. Par contre, il faut souligner, d'abord, que la simplification n'est pas forcément l'unification des différents régimes à l'instar du droit américain ou du Code civil québécois. Comme Monsieur Laurent Aynès a pu bien souligner dans son « Rapport de synthèse » que : « *La commission de réforme des sûretés avait examiné cette possibilité (*l'unification*), mais lui a préféré la diversité française, plus en accord avec notre histoire et notre mentalité marquée de particularismes gaulois* »[1156]. Autrement dit, l'unification n'est qu'un moyen parmi d'autres qui permettront à amener la simplification du droit des sûretés réelles, mais elle n'est sûrement pas le seul chemin qui peut nous mener guider à Rome.

[1154] V. notamment, Ch. Juillet, « Rapport introductif », *in* Colloque « Les sûretés réelles en quête de droit commun », *Rev. dr. ban. et fin.*, n° 5 sept. 2014, dossier 33.

[1155]DONG Xueli, « L'uniformisation de notre droit des sûretés réelles mobilières conventionnelles (*我国意定动产担保物权法的一元化*) », *Chinese Journal of law*, n° 6, 2014, p. 99 à 115, pour cet auteur, la simplification du droit chinois des sûretés réelles va prendre la voie américaine à savoir vers l'unification.

[1156] L. Aynès, « Rapport de synthèse », *in* Colloque « Les sûretés réelles en quête de droit commun », *Rev. dr. ban. et fin.*, n° 5 sept. 2014, dossier 43.

803.Poursuivant la ligne proposée par le Colloque intitulé « Les sûretés réelles en quête de droit commun »[1157], nous allons examiner les différentes classifications possibles, qualifiées de *summa divisio,* qui permettent une simplification du droit des sûretés réelles. Parce que, si le « droit commun » de toutes les sûretés réelles est inexistant, cela n'empêchera pas l'existence de droit commun pour chaque catégorie de sûreté réelle mobilière.

804.**Plan.** – La simplification n'est absolument pas l'uniformisation à l'instar du droit américain et du droit québécois. Tant en France qu'en Chine, les législateurs ont choisi la pluralité de sûretés réelles.

805.Si la recherche d'un droit commun pour toutes les sûretés réelles n'est pas notre objectif, la réduction du nombre de régimes différents est préférable. Parce que l'objectif reste à simplifier le droit des sûretés réelles. C'est la raison pour laquelle, il est envisageable de chercher des « droits communs » dont chacun applicable à une catégorie de sûretés réelles. Ainsi, il existera au moins deux catégories de sûretés réelles. La distinction de ces catégories de sûretés réelles doit être claire. Autrement dit, une sûreté réelle doit être regroupée dans l'une de ces catégories, et elle ne peut être qualifiée à la fois dans plusieurs catégories. La question est de savoir au travers de quel critère, une telle classification va permettre la simplification ? La quête de droit commun va être effectuée au travers d'une analyse de différentes *summa divisio* théoriques (Chapitre 1).

806.La question suivante sera, poursuivant la tendance d'évolution du droit des sûretés réelles, de savoir comment introduire les sûretés exclusives en droit chinois au regard d'expérience du droit français. Ainsi, un chapitre va être consacré aux sûretés réelles exclusives françaises (Chapitre 2). Parce qu'une bonne classification doit pouvoir rendre compte toutes les sûretés réelles.

807.En effet, le législateur français a effectué une étape audacieuse qui vise à renforcer l'attractivité des sûretés réelles préférentielles dont l'efficacité n'arrive pas à

[1157] Colloque du 5 juin 2014, à l'Université Paris Descartes.

faire face à celle des sûretés réelles exclusives. C'est la généralisation d'autorisation du pacte commissoire (Chapitre 3), parce que la jurisprudence française a déjà autorisée la validité d'un tel pacte dans des cas particuliers.

808.Un dernier chapitre de ce titre va être consacré pour la question bien particulière du cautionnement réel, autrement appelé « sûreté réelle pour autrui » en France (Chapitre 4). La nature hybride de cette sûreté remet en cause directement la distinction nette des sûretés réelles avec les sûretés personnelles. La détermination de cette nature va nous permettre de savoir s'il est nécessaire d'appliquer certaines règles protectrices du cautionnement de droit commun à cette forme particulière de sûreté réelle.

809.Avant de regarder comment simplifier le droit français et le droit chinois des sûretés réelles portant les meubles, il convient d'abord de regarder leurs états actuels de complexité : la diversité des sûretés réelles (Chapitre préliminaire).

Chapitre préliminaire – La pluralité des régimes de sûretés réelles mobilières en France et en Chine

810.**Diversité des sûretés dès l'origine.** – En France, à partir de 1804, les sûretés réelles n'ont jamais été soumises à un régime unique. Les rédacteurs du Code napoléon n'ont pas voulu l'unification des différents régimes de sûretés réelles, à savoir une distinction entre l'hypothèque en matière d'immeuble et le gage qui s'applique aux meubles corporels s'impose. De même, en Chine, une distinction entre l'hypothèque et le gage a été faite de manière très claire dès la première législation du droit des sûretés en 1995. Si cette convergence des législateurs français et chinois sur le choix de la distinction entre l'hypothèque et le gage paraît un peu hasardeux, le choix de maintenir et voire d'accroître le niveau de la diversité des régimes de sûretés réelles doit pouvoir justifier l'influence de l'un sur l'autre, sinon, au moins discrètement.

811.Il est opportun de présernter séparément l'état d'hétérogénéité des sûretés réelles mobilières en droit français et en droit chinois d'une manière évolutive. En droit français, le nombre de régimes différents des sûretés réelles est augmenté au fur et à mesure avec l'évolution technologique et économique (Section 1). Et en Chine, il apparaît que l'évolution de l'hétérogénéité des sûretés réelles partage une même piste (Section 2)

Section 1 – Droit français des sûretés réelles mobilières : d'une complexité à une complexité accrue

812.Dans la rédaction du Code Napoléon, le législateur distingue déjà une affectation avec dépossession et celle sans dépossession du bien grevé. Mais la structure de la distinction est simple. En matière mobilière, l'affectation du bien pour la garantie de paiement se fait par la dépossession du bien affecté tout en accordant un droit de

préférence sur le prix de vente du bien grevé. S'il faut admettre l'existence de sûretés réelles portant sur les biens incorporels, tout ce qui pourrait avoir lieu, c'est une sûreté réelle portant sur les créances et les parts sociales[1158]. Parce qu'aux termes de l'ancien article 2075 du Code civil, l'organisation du gage des créances, et les autres meubles incorporels, est fondée sur la signification du contrat de gage au débiteur nanti. Il faut noter ici, pour que cette formalité soit accomplie, l'existence d'un débiteur du droit mis en gage est obligatoire, ce qui pose un problème pour les biens incorporels « qui ne sont dus par personne » comme par exemple un brevet d'invention. Il faut donc se rendre à l'évidence que l'ancien 2075 du Code civil est manifestement inapplicable à de nombreux biens pourtant compris dans son domaine d'application. Ainsi, en 1897, un auteur, ayant consacré une thèse sur la constitution du droit de gage sur les choses incorporelles, concluait ainsi son étude : « *sans doute le Code a voulu permettre de façon générale la mise en gage de tous les biens incorporels. Mais il n'a pas prévu les caractères si divers que ces biens pouvaient présenter et il s'ensuit que la réglementation qu'il établit est tout à fait insuffisante* »[1159]. Autrement dit, la simplicité des règles érigées n'est pas capable à rendre compte la diversité des biens qui constitue une première cause de l'hétérogénéité des régimes (A).

813.Une deuxième interprétation de cette conclusion pourrait être donnée qui mettra l'accent sur la faute des rédacteurs qui auraient dû prévoir les caractères divers de biens. C'est-à-dire que si les rédacteurs prévoyaient les caractères divers de biens, un régime capable de rendre compte de tous ces biens pourrait être établi. Néanmoins, la Commission Grimaldi, bien renseigné de tous les caractères spéciaux de différents biens corporels comme incorporels, n'a pas effectué une unification souhaitée en matière de nantissement, qui depuis la réforme de 2006, étant donné une nouvelle définition qui regroupe toutes[1160] les sûretés réelles portant sur les biens incorporels.

[1158] V. en ce sens, C. Lisanti-Kalczynski, *Les sûretés conventionnelles sur meubles incorporels*, préf. F. Pérochon, Litec 2001, n° 8, p. 7 et s.

[1159] V. Clappier, *Des conditions de forme nécessaires à la constitution du droit de gage sur les choses incorporelles*, thèse Paris, 1897.

[1160] En effet, aux termes de l'article 2355, il est surprenant que le groupe de travail a enlevé expressément « *le droit de se faire payer par préférence* » qui clarifie la nature de cette sûreté réelle.

Ainsi, après la réforme de 2006, la diversité des sûretés réelles est expressément choisie par le législateur (B).

A – Une hétérogénéité des régimes à cause de la diversification des biens

814.**L'hétérogénéité des meubles corporels.** – La première explication de l'hétérogénéité des régimes de sûretés réelles mobilières est la diversité des différents biens qui en constituent l'assiette. Nous savons qu'après la révolution industrielle du 19ème siècle, l'évolution économique et technologique n'a cessé et ce , à ce jour de changer le monde par la création de nouveaux biens mobiliers, tels que les différentes machines, les véhicules automobiles, les aéronefs, les ordinateurs, etc. Ainsi, à chaque fois qu'un nouveau bien trouve sa valeur dans le commerce, une loi va être érigée dans l'objectif de lui rendre compte. A côté des utilités normales, l'une des utilités importantes pour tous les biens, c'est la garantie de paiement de la dette de son propriétaire[1161]. Il faut savoir qu'un bien peut remplir sa fonction de garantie au travers de deux voies : en tant qu'élément constitutif de l'assiette du droit du gage général, ou en tant qu'assiette d'une sûreté réelle. C'est la raison pour laquelle, presque systématiquement, le législateur français prévoit la possibilité qu'un nouveau bien est susceptible être gagé ou nanti[1162].

815.L'hétérogénéité des biens incorporels. – En effet, la diversification des biens mobiliers se trouve notamment en matière de biens incorporels. Ainsi, M. Gautier a notamment annoncé que :« L'immatériel envahit nos vies »[1163]. Il est à constater une diversification de biens incorporels. En effet, toutes ces nouvelles variétés de biens incorporels ne sont pas apparues en même temps, que les nouveaux régimes de sûretés réelles qui leurs sont applicables ne peuvent apparaître qu'un après l'autre.

[1161] V. en ce sens, P. Berlioz, *La notion de bien*, préf. L. Aynès, LGDJ 2007, Bibliothèque de droit privé, t. 489, n° 833, p. 272 : «*Le bien doit nécessairement pouvoir remplir une fonction de garantie* ».
[1162] Des hypothèques spéciales ont été organisées sur les outils de transports aériens (art. L. 6122-1 et s., C. transports), fluviaux (art. L. 4122-1 et s., C. transports) ou maritime (art. L. 5114-6 et s., C. transports).
[1163] P.-Y. Gautier, « Rapport de synthèse au Colloque de l'Association française de la philosophie du droit sur le thème de l'immatériel », APD, t. 43, *Le droit et l'immatériel*, Sirey 1999, p. 233.

816.**Naissance des règles diverses.** – Au fil de l'apparition de nouveaux biens, des règles spécifiques ont peu à peu enrichi le droit des sûretés conventionnelles des biens incorporels. Certains biens incorporels sont dotés de sûretés très organisées par la loi. Y figurent le nantissement du fonds de commerce créé par la loi du 17 mars 1909 sur la vente et le nantissement du fonds de commerce, le nantissement du fonds artisanal, instauré par l'article 22 de la loi n° 96-603 du 5 juillet 1996 relative au développement et à la promotion du commerce et de l'artisanat, qui est rattaché au régime de la loi du 17 mars 1909. La loi du 22 février 1944 instaure le nantissement des films cinématographiques, qui figure actuellement aux articles 31 et suivants du Code de l'industrie cinématographique. Plus récemment, le législateur a prévu la mise en gage des parts de sociales civiles, dont les modalités sont intégrées aux articles 1866 et suivants du Code civil par la loi n° 78-9 du 4 janvier 1978. De même, le droit monopole d'exploitation des logiciels peuvent être nantis selon les formes prévues par la loi n° 94-361 du 10 mai 1994[1164]. Enfin, la loi n° 96-597 du 2 juillet 1996 sur la modernisation des activités financières modifie les nantissements des valeurs mobilières et des titres de créances pour soumettre l'ensemble des instruments financiers au régime spécial du gage de compte d'instrument financiers[1165]. Pour toutes ces sûretés, des règles particulières se substituaient à l'application de l'ancien article 2075 du Code civil. *Specialia generalibus deorgant* !

817.**Un droit lacunaire.** – A l'inverse, le régime des sûretés réelles portant sur certains biens peut être fort lacunaire, le législateur ayant simplement évoqué au détour de règles gouvernant les biens en cause, la possibilité de les constituer en gage. Ainsi, trouve-t-on dans diverses dispositions du Code de la propriété intellectuelle la référence aux gages des brevets[1166], des marques[1167], des dessins[1168] et modèles[1169],

[1164] Complété par le décret n° 96-103 du 2 février 1996.
[1165] L'article 102 de la loi du 2 juillet 1996 modifie l'article 29 de la loi n° 83-1 du 3 janvier 1983 jusque-là applicable au nantissement des valeurs mobilières, qui a dès lors vocation à s'appliquer à tous les instruments financiers, y compris les titres de créances.
[1166] Art. R. 613-55, al. 1er, CPI.
[1167] Art. L. 714-1, al. 2, CPI.
[1168] Art. R. 512-15, CPI.
[1169] Art. R. 513-2, CPI.

des certificats d'obtentions végétales[1170] ou des topographies de produits semi-conducteurs[1171]. Si ces dispositions attestent que ces biens peuvent faire l'objet de sûretés, elles n'éclairent pas leurs régimes qui demeurent énigmatiques. *A fortiori*, il en était de même pour les sûretés qui émergent de la pratique et ne relèvent d'aucune réglementation spécifique, comme le gage sur les créations littéraires et artistiques ou le nantissement des sommes inscrites en compte bancaire.

818.En somme, avant la réforme française de 2006 , il convient de constater déjà une diversité de régimes de sûretés réelles portant sur les différentes variétés de biens, tels que les outils de transports ou les biens incorporels, sans compter encore de régimes dûment érigés par les législateurs, or une application de la disposition de l'ancien article 2075 n'est pas opportune.

819.En maintenant les sûretés réelles mobilières particulières, le Groupe de travail, qui prépare la réforme de 2006, a même rajouté des nouvelles sûretés réelles.

B – Une hétérogénéité des régimes choisie par le législateur

820.Avec la reformulation des notions basiques du gage et du nantissement, nous pouvons constater l'effort effectué par le législateur français à incorporer les différentes sûretés réelles spéciales dans les sûretés réelles de droit commun : le gage et le nantissement. Mais, en réalité, l'état de la diversité des sûretés réelles est maintenu en France. Les législateurs français ont, au travers de différentes réformes, accru le niveau de l'hétérogénéité des sûretés réelles, parce qu'ils n'ont pas réellement incorporé les sûretés réelles spéciales dans le gage et le nantissement de droit commun (a), d'une part, et ils ont reconnu successivement plusieurs sûretés réelles exclusives (b), d'autre part.

[1170] Art. R. 623-36, CPI.
[1171] Art. L. 622-7, CPI.

a - L'échec d'incorporation de sûretés réelles spéciales

821.La présentation du maintien de la diversité des régimes en matière de gage précédera celle du maintien de la diversité des régimes en matière du nantissement.

1) En matière de gage

822.**Modification de la notion du gage.** – D'abord, il est important de souligner les mutations que la notion de gage a connues. En modifiant la définition du gage, l'ordonnance du 23 mars 2006 a fait des efforts afin d' adapter le gage tel que défini par le Code civil à la nécessité de la pratique. En effet, depuis cette réforme, le gage est nouvellement défini comme « *une convention par laquelle le constituant accorde à un créancier le droit de se faire payer par préférence à ses autres créanciers sur un bien mobilier ou un ensemble de biens mobiliers corporels, présents ou futurs* »[1172].

823.Il est à noter que depuis cette réforme du droit de sûreté opérée en 2006, le gage peut être réalisé avec dépossession ou sans dépossession : la chose gagée peut être remise au créancier gagiste ; mais une telle remise n'est pas indispensable pour constater la validité du gage. En absence d'obligation de la remise de la chose, le gage pourrait aussi être constitué sur une chose future. Il est clair qu'une nouvelle notion du gage est forte attractive à savoir qu'elle n'exige plus de la dépossession. En effet, l'exigence de la dépossession constituait le caractère qui fut critiquée le plus par les auteurs, parce qu'une telle exigence prive la chose de toutes utilités pour le constituant, ce qui est anti-économique.

824.De surcroît, en cas de gage avec dépossession qui a pour objet des choses fongibles, la convention peut dispenser le créancier de l'obligation à tenir séparément avec les choses de même nature qui lui appartiennent, et dans cette hypothèse, le créancier « *acquiert la propriété des choses gagées à charge de restituer la même quantité de choses équivalentes* »[1173]. Il semble que le Groupe de travail a voulu que

[1172] Art. 2333, al. 1er, C. civ.
[1173] Art. 2341, al.2, C. civ.

le gage du Code civil puisse rendre compte le gage-espèces dont le régime a, depuis longtemps, fait l'objet de débat doctrinal en France[1174].

825.**Créantion du gage des stocks.** – Force est de constater un domaine d'application élargi après la réforme de 2006. Par contre, l'état de la diversité des sûretés réelles n'a pas été modifié par l'ordonnance du 23 mars 2006. Au contraire, le législateur a, par cette ordonnance, intégré un nouveau gage spécial : le gage des stocks[1175].

826.Comparant avec les dispositions portant sur le gage des stocks incorporées dans le Code de commerce, il semble que le gage du Code civil peut remplir le fonctionnement du gage des stocks qui a notamment pour effet que le constituant puisse librement gérer les biens grevés[1176]. Le débiteur peut, pour les besoins de son activité, et là, repose au demeurant l'intérêt de ce type de garantie, disposer du stock gagé sous réserve de reconstituer celui-ci, en valeur équivalente à celle du stock initial. La loi autorise par conséquent, la reconstitution en biens et marchandises différentes de celles gagées, dès lors que le montant du gage est préservé. Il semble que cette possibilité de reconstitution en biens et marchandises différentes de celles gagées par le constituant constitue, à nos yeux, l'une des plus importantes différences entre le gage des stocks avec le gage du Code civil. C'est peut-être la raison pour laquelle, cette institution a reçu pas moins d'hostiles dans la doctrine française[1177].

[1174] V. par exemple, F. Leduc, « Le gage translatif de propriété : mythe ou réalité ? », *RTD civ.* 1995, p. 307.

[1175] Art. L. 527-1 et s., C. com.

[1176] V. en ce sens : B. Bouloc, « Gage sur stocks », *RTD com.* 2013, p. 328, note sous Com. 19 févr. 2013, n° 11-21.763 : *« l'article 2333 du code civil permet de donner en gage des biens mobiliers corporels, présents ou futurs, de sorte que le gage de stock ne présente pas de spécificité ».*

[1177] C. Albiges et M.-P. Dumont-Lefrand, *Droit des sûretés*, 3e éd., Dalloz, coll. HyperCours, 2011, n° 448 ; L. Aynès, « Le nouveau droit du gage », *Dr. et patr.* 2007, n° 161, p. 48 ; M. Bourassin, V. Brémond et M.-N. Jobard-Bachellier, *Droit des sûretés*, Sirey, 2012, nos 1756 à 1770 ; P. Bouteiller, « Le gage de stocks de biens ou de marchandises », *JCP E* 2006. 1698 ; M. et S. Cabrillac, C. Mouly et P. Pétel, *Droit des sûretés*, 9e éd., Litec, 2010, n° 767 ; S. Cabrillac, « Le gage sur stock du code de commerce », *in Evolution des sûretés réelles, regards croisés Université-Notariat*, Litec, coll. Colloques et débats, 2008, p. 45 ; A. Cerles, « Gage sans dépossession : gage de droit commun du code civil et gage des stocks », *RD banc. fin.* 2011. Comm. 166 ; *D.* 2008. 2104, obs. P. Crocq ; R. Dammann, « La réforme des sûretés mobilières : une occasion manquée », *D.* 2006. 1298 ; D. Legeais, « Le gage de meubles corporels », *JCP* 2006, n° spécial 20, p. 12 ; *RTD com*. 2006. 639, obs. D. Legeais ; P. Simler et P. Delebecque, *Droit civil. Les sûretés. La publicité foncière*, Dalloz, Précis,

827.**La résistance jurisprudentielle de la concurrence entre le gage des stocks et le gage sans dépossession du droit commun.** – En effet, malgré cette hostilité des universitaires, la Cour de cassation, par sa chambre commerciale, dans un arrêt du 19 février 2013[1178], a donné une solution qui fixe le caractère exclusif[1179] du gage des stocks : « *s'agissant d'un gage portant sur des éléments visés à l'article L. 527-3 du Code de commerce, les parties, dont l'une est un établissement de crédit, ne peuvent soumettre leur contrat au droit commun du gage de meubles sans dépossession* ».

828.Tout l'intérêt de cette affaire réside précisément dans le fait qu'en l'espèce, si un gage de stocks sans dépossession avait bel et bien été constitué au profit d'un établissement de crédit, les parties avaient expressément choisi de soumettre leur convention au régime de droit commun du gage, figurant dans le code civil, excluant ainsi l'application des dispositions spéciales du code de commerce. On sait en effet que le formalisme du gage sur stocks du code de commerce est plus rigide que celui du gage de droit commun (inscription dans un registre public dans un délai de 15 jours à peine de nullité[1180], mentions obligatoires[1181]...), et surtout que ce régime spécial interdit formellement la stipulation d'un pacte commissoire. On comprend donc que la banque créancière ait préféré bénéficier d'un gage de droit commun.

829.Le contentieux est né de l'exercice du pacte commissoire par le créancier, tout juste quelques jours avant l'ouverture d'une procédure de redressement judiciaire au bénéfice du constituant. Evidemment, sans stocks, pas de redressement possible.

6e éd., 2012, n° 713 ; P. Stoffel-Munck, « Premier bilan de la réforme des sûretés en droit français », *Dr. et patr.* 2012, n° 213, p. 56.

[1178] Com. 19 févr. 2013, n° 11-21.763, *R.* p. 584; *Bull. civ.* IV, n° 29; *D.* 2013. 1176, chron. H. Guillou ; *RTD civ.* 2013, 418, obs. P. Crocq ; *RTD com.* 2013, 328, obs. B. Bouloc ; *JCP* 2013, n° 539, note Martial-Braz ; *Dr. et patr.* Juill.-août 2013, p. 24, obs. D'avout et Danos ; *Gaz. Pal.* 2013, 953, obs. D. Mignot ; *RLDC* 2013/103, n° 5047, obs. Gijsbers ; M. Bourassin, « La force d'attraction du gage des stocks », *D.* 2013, Chron. p. 1363.

[1179] Parce que l'application du gage des stocks est impérative qui exclut l'application du gage des meubles sans dépossession du droit commun. En ce sens : M. Bourassin, « La force d'attraction du gage des stocks », *D.* 2013, Chron. p. 1363 ; R. Damman et G. Podeur, « Gage des stocks : caractère impératif du Code de commerce », *D.* 2013, p. 493.

[1180] Art. L. 527-4, al.1er, C. com. : « *Le gage des stocks ne produit effet que s'il est inscrit sur un registre public tenu au greffe du tribunal sans le ressort duquel le débiteur a son siège ou son domicile. L'inscription doit être prise, à peine de nullité du gage, dans le délai de quinze jour à compter de la formation de l'actif constitutif* ».

[1181] Art. L. 527-1, al. 3, C. com.

Comme cela était prévisible, le constituant n'a donc pas manqué de contester la mise en œuvre du pacte commissoire par le créancier. Et, parmi ses arguments, l'un d'entre eux a fini par la victoire devant la Cour de cassation, après avoir été écarté tant en première instance qu'en appel[1182] : dès lors que le Code de commerce prévoit un régime spécial s'appliquant aux gages sur stocks sans dépossession consentis au profit d'établissements de crédit, ce régime s'impose aux parties qui n'ont pas la possibilité « d'opter » pour le droit commun du gage. Le gage de stocks sans dépossession consenti au bénéfice d'un établissement de crédit est donc nul s'il ne respecte pas les dispositions des articles L. 527-1 et suivants du Code de commerce.

830.Le créancier pouvait pourtant s'appuyer sur le soutien quasi unanime de la doctrine[1183], qui militait en faveur d'un droit d'option entre le droit commun et le droit spécial. Il en est notamment au regard de la première phrase de l'article L. 527-1 du Code de commerce, que le législateur par l'utilisation du terme « peut », aurait voulu faire bénéficier les praticiens d'un libre choix entre le gage des stocks et le gage du Code civil sans dépossession[1184]. D'opportunité, surtout, car il ne fait aucun doute qu'un droit des sûretés simple, flexible et efficace, est indispensable pour faciliter l'accès des entreprises au crédit, et telles étaient effectivement les grandes lignes directrices de l'ordonnance du 23 mars 2006, qui a créé ce nouveau régime du gage de stocks.

831.Il semble que la Cour de cassation a, pour protéger l'intérêt du constituant, fait appliquer le principe *specialia generalibus derogant.* Il semble, aussi, qu'une extension de la portée de cet arrêt à une systématisation d'application en faveur des droits spéciaux en cas de coexistence d'un droit commun et d'un droit spécial n'est

[1182] Paris, 3 mai 2011, n° 10/13656, *D.* 2012. Pan. 1908, obs. D. R. Martin et H. Synvet ; *RTD civ.* 2011. 785, obs. P. Crocq ; *JCP E* 2006. 626, n° 23, obs. P. Simler et P. Delebecque.
[1183] L. Aynès, « Le nouveau droit du gage », *Dr. et patr.* 2007. 161 ; P. Simler et P. Delebecque, *JCP E* 2012, n° 20, p. 626 ; P. Crocq, « Gage de choses fongibles du code civil ou gage des stocks du code de commerce : le choix est-il possible ? », *RTD civ.* 2011. 785 ; M. et S. Cabrillac et P. Pétel, Sûretés, Litec, n° 766 ; *contra* : R. Dammann, « La réforme des sûretés mobilières, une occasion manquée ? », *D.* 2006. Chron. 1298.
[1184] V. en ces sens, R. Damman et G. Podeur, « Gage des stocks : caractère impératif du Code de commerce », *D.* 2013, p. 493.

pas opportune[1185]. Par contre, à notre avis, une application du droit spécial en faveur d'un déroulement d'une procédure collective peut être retenue, parce qu'il est évident que le législateur français met en avant le droit de procédures collectives.

2) En matière de nantissement

832.**Création de nantissement des créances de droit commun.** – L'ordonnance du 23 mars 2006 n'a fait pas grande chose en matière de nantissement. Ainsi que les auteurs n'ont pas manqué à indiquer que la Commission Grimaldi n'a pas effectué l'uniformisation souhaitée[1186]. Il est notamment à constater que 11 articles parmi les 12 du Chapitre II intitulé « Du nantissement de meubles incorporels » sont consacrés pour le nantissement de créances. La seule nouveauté de cette réforme du 23 mars 2006 en matière de sûreté portant sur les meubles incorporels est la création d'un nantissement de créances de droit commun[1187]. Nous pouvons même dire qu'en érigeant un régime du nantissement de créances de droit commun, l'ordonnance n'a pas réduit le nombre de sûretés réelles portant sur les meubles incorporels.

833.En outre, la disposition de renvoi est maintenue[1188] sans prendre en considération de l'incompatibilité des règles du gage de droit commun avec l'immatérialité des biens incorporels. Il en est notamment pour les biens incorporels prévus dans le Code de la propriété intellectuelle, selon Mme Lisanti, l'application des règles de l'hypothèque semble plus opportune[1189].

[1185] En ce sens, M. Bourassin, « La force d'attraction du gage des stocks », *D.* 2013, Chron. p. 1363.
[1186] Y. Picod, *Droit des sûretés*, 2e éd. PUF 2011, n° 233, p. 317 ; D. Legeais, *Sûretés et garanties du crédit*, 8e éd., LGDJ 2011, n° 508, p. 428 ; C. Lisanti, « Quelques remarques à propos des sûretés sur les meubles incorporels », *D.* 2006, chr. 2071 ; G. Piette, « Le nantissement des meubles incorporels », *RLDC* mars 2007, p. 90.
[1187] Art. 2355, al. 4, C. civ. « *Le nantissement conventionnel qui porte sur les créances est régi, à défaut de dispositions spéciales, par le présent chapitre* ». En effet, les dispositions de ce chapitre ne sont pas applicables en cas de nantissement des créances professionnelles. Autrement dit, le nantissement de créances nouvellement créé par l'ordonnance n'est qu'une sorte de nantissements des créances.
[1188] Art. 2355, al. 5, C. civ.
[1189] C. Lisanti-Kalczynski, *Les sûretés conventionnelles sur meubles incorporels*, préf. F. Pérochon, Litec 2001, n° 313, p. 249 : pour cet auteur, l'exclusion des règles du gage sur la constitution est dictée par la nature de bien d'exploitation de l'objet de l'affectation.

834.**Maintien des nantissements spéciaux.** – Enfin, tous les nantissements spéciaux sont maintenus au *statu quo*. Pourrait-on ainsi en conclure que l'ordonnance du 23 mars 2006 a même augmenté le nombre de sûretés réelles qui étaient déjà très nombreuses avant cette réforme.

835.En effet, ce choix de maintenir l'hétérogénéité des sûretés réelles mobilières n'est pas hasardeux, parce que les réformes, en créant de nouvelles sûretés réelles traditionnelles, ont même aggravé cette hétérogénéité en reconnaissant les « sûretés réelles modernes »[1190].

b – La reconnaissance de nouvelles sûretés réelles.

836.**Une tendance après la réforme de 2006.** – Les nouvelles sûretés réelles récemment reconnues par les textes légaux existent déjà dans la pratique avant les réformes françaises après l'ordonnance du 23 mars 2006. A la différence avec les sûretés réelles traditionnelles qui accordent aux créanciers un droit de préférence et éventuellement un droit de suite, ces sûretés réelles accordent à leurs bénéficiaires une situation d'exclusivité, donc pas de concours possible[1191]. Ainsi, dans les ouvrages, ces nouvelles sûretés réelles sont qualifiées de « sûretés hors concours» [1192], « garanties plaçant le créancier dans une situation d'exclusivité »[1193], « sûretés par voie détournée »[1194], « garanties assises sur la détention ou la propriété »[1195]… Nous préférons les appeler comme « les sûretés exclusives », appelation qui permet de les

[1190] V. sur cette expression, Y. Picod, *Droit des sûretés*, 2e éd. PUF 2011, n°6, p. 8.
[1191] V. not. L. Bougerol-Prud'homme, *Exclusivité et garanties de paiement*, préf. P. Crocq, Bibliothèque de droit privé, t. 538, LGDJ 2012, n° 38 et s., p. 34 et s., spéc. n° 76, p. 56 *in fine* : « *Essentiellement, et de manière caractéristique, les droits exclusifs permettent d'exclure tout concours, c'est-à-dire toute réunion des créanciers se prévalant de droits sur un même bien au sein d'une même procédure tendant à leur réalisation* ».
[1192] M. Bourrassin, V. Brémond et M.-N. Jobard-Bachellier, *Droit des sûretés*, 4e éd. Sirey 2014.
[1193] Y. Picod, *Droit des sûretés*, 2e éd. PUF 2011.
[1194] J.-B. Seube, *Droit des sûretés*, 7e éd., Dalloz 2014.
[1195] G. Piette, *Droit des sûretés*, 9e éd. 2015-2016, Gualino, 2015.

distinguer nettement avec les sûretés réelles traditionnelles assises sur un droit de préférence, donc les « sûretés préférentielles »[1196].

Une petite précision sur la notion des sûretés exclusives est, semble-t-il, nécessaire pour que nous puissions effectuer cette présentation générale sans aller dans une démonstration détaillée de la technique concrète que nous allons faire postérieurement.

837.**La notion de sûretés exclusives.** – Avant d'être qualifiée de sûreté réelle exclusive, une institution devrait, d'abord, être qualifiée de sûreté réelle. Comme nous avons déjà montré au début de cette recherche, une sûreté réelle est « tout procédé spécifique, employant la propriété ou un autre droit réel, portant sur un ou plusieurs biens, corporels ou incorporels, du débiteur ou d'un tiers, mis en œuvre par un créancier et lui octroyant un droit préférentiel ou exclusif pour obtenir directement ou indirectement l'exécution d'une obligation, ou un droit d'opposition lui permettant de parer à l'inexécution ». En outre, il faut rajouter le caractère accessoire[1197] des sûretés réelles qui est notamment souligné par la Commission Grimaldi. Autrement dit, devrait être exclus tous les moyens de paiements, et les droits qui ne sauraient être qualifiés de droits réels que le créancier dispose pour renforcer son droit de créance. Ainsi, nous n'allons pas traiter les techniques et les actions permettant le créancier d'une situation d'exclusivité, telles que les actions directes, la compensation légale ou conventionnelle, les attributions judiciaires et conventionnelles, etc. Il reste ainsi le droit de propriété et le droit de rétention qui permet au créancier d'une situation exclusive.

838.La reconnaissance des sûretés réelles exclusives[1198] par les textes légaux. - Les premières sûretés réelles nouvelles reconnues par les textes légaux sont la réserve propriété et le droit de rétention en 2006 par l'ordonnance du 23 mars 2006. Le régime de la réserve de propriété à titre de garantie est prévu par l'article 2367 et

[1196] V. sur l'emploi de ces deux expressions : L. Bougerol, « Sûreté préférentielles et sûretés exclusives, une autre *summa divisio* ? », *in* Colloque « Les sûretés réelles en quête de droit commun », *RD ban. et fin.*, n° 5, sept. 2014, dossier 36.
[1197] Sur ce caractère, v. not. Ch. Juillet, *Les accessoires de la créance*, préf. Ch. Larroumet, Doctorat & Notariat, t. 37, LGDJ, 2009.
[1198] Sur le caractère exclusif de des sûretés réelles nouvelles, v. *infra* Chapitre 3.

suivant du Code civil, et le droit de rétention est prévu de manière succincte à l'article 2286 du Code civil.

839.La fiducie est introduite, de manière officielle en droit français par la loi n° 2007-211 du 19 décembre 2007[1199]. Et par l'ordonnance n° 2009-112 du 30 janvier 2009, la fiducie-sûreté, mobilière[1200] comme immobilière[1201] est, enfin, expressément prévue dans le corps de textes des sûretés réelles.

840.Le droit de rétention met son bénéficiaire, créancier rétenteur, dans une situation d'exclusivité au moyen d'un droit de refus de délivrer le bien retenu dès qu'il n'est pas complètement désintéressé. Ce droit est traditionnellement considéré comme un droit d'opposabilité *erga omnes*. La réserve de propriété et la fiducie-sûreté met son bénéficiaire dans une situation d'exclusivité en lui accordant la qualité de propriétaire, malgré son caractère temporaire. Parce que le droit de propriété est traditionnellement considéré comme le droit perpétuel qui est le plus complet et exclusif qu'une personne pourrait exercer sur un bien.

Conclusion de la Section 1

841.En maintenant toutes les sûretés réelles préférentielles spéciales, en créant et en modifiant les sûretés réelles préférentielles de droit commun, avec la reconnaissance de nouvelles sûretés réelles mettant le créancier dans une situation d'exclusivité, les législateurs français rendent le droit de sûretés réelles plus complexe qu'avant. Pour ne pas exagérer, pas moins de 50 sûretés réelles différentes existent dans le droit des sûretés[1202] si on ajoute les privilièges généraux et es privilèges spéciaux.

[1199] Art. 2011 et s., C. civ.
[1200] Art. 2372-1 et s., C. civ.
[1201] Art. 2488-1 et s., C. civ.
[1202] Parmi les techniques se rapprochant des sûretés réelles : la sûreté réelle pour autrui (gage pour autrui, hypothèque pour autrui, fiducie pour autrui...) ; les différents privilèges (*privilèges généraux* : de frais de justice, des salaires et redevance, des créanciers postérieurs au jugement d'ouverture d'une procédure collective, de conciliation ; *privilèges généraux mobiliers* : frais funéraires, frais de dernière

842.En chine, la complication du droit des sûretés réelles peut aussi être constatée. Il semble que l'évolution chinoise du droit des sûretés réelles, au regard du nombre de différents regimes, partage la même piste que l'évolution française.

Section 2 – Droit chinois des sûretés réelles mobilières : d'une simplicité relative à la complexité

843.**Historique.** – Le droit chinois des sûretés réelles est relativement jeune si nous ne comptons qu'à partir de la déclaration de la République populaire de Chine en 1949. La première législation servant à réglementer de manière complète des régimes de sûretés, est celle de 1995. C'est-à-dire que si La loi des sûretés était encore applicable, cela ne fait que vingt ans qu'elle est entrée en vigueur. Par rapport au droit français des sûretés réelles dont le texte existe depuis plus de 200 ans , cette loi est trop jeune. Les dispositions de la Loi chinoise des sûretés portant sur les sûretés réelles sont trop simples, seulement 26 articles en matière de sûretés réelles mobilières, ainsi, pas plus de cinq ans de la mise en œuvre, la haute juridiction était obligée d'intervenir en 2000 pour compléter les lacunes patentes. La simplicité peut être constatée non seulement au regard du nombre d'articles mais aussi la structure(§1) : à côté du droit de rétention qui est une sûreté légale, les sûretés réelles mobilières conventionnelles prendront nécessairement deux formes, l'hypothèque ou le gage. Quelques douzaine d'années après, la première réforme complète portant sur

---

maladie, des fournitures de subsistance, des victimes d'accident du travail, des bénéficiaires d'allocations familiales, les privilèges du trésor public, de la sécurité sociale ; *privilèges spéciaux mobiliers* : du bailleur d'immeuble, du syndicat de copropriétaires , des hôteliers, du transporteur, du commissionnaire, du conservateur, du vendeur de meubles, pour frais de récolte, privilège de la victime pour indemnité due par l'assureur du responsable ; *privilèges immobiliers* : vendeur d'immeuble, prêteur de deniers, du copartageant, de séparation des patrimoines, des architectes entrepreneurs et ouvriers, de l'accédant à la copropriété, du syndicat des copropriétaires ; le gage de droit commun avec ou sans dépossession, les gages spéciaux (gage automobile, gage de l'outillage et du matériel d'équipement, gage sur stocks, warrant de marchandises, warrant agricole, warrant hôtelier, warrant pétrolier, warrant industriel ; le nantissement de créances, de compte d'instruments financiers, de polices d'assurances vie, des fonds de commerce, artisanaux et agricole, le nantissement portant sur des droits de la propriété intellectuelle, le nantissement judiciaire conservatoire ; les hypothèques, le gage immobilier, le droit de rétention, la clause de réserve de propriété, le crédit-bail, la vente avec faculté de rachat, la fiducie-sûreté.

les sûretés réelles[1203] a eu lieu avec la première législation chinoise portant sur les droits réels, qui a complété certaines lacunes de la Loi de 1995 et a incorporé des nouvelles sûretés. Une comparaison des deux lois avec les discussions doctrinales nous permet d'entrevoir la piste de l'évolution future du droit chinois des sûretés réelles mobilières : vers une complexité (hétérogénéité accrue) (§2).

§1 – Une simplicité relative avant la réforme de 2007

844.Le niveau de simplicité se diffère selon la nature du bien grevé. Pour les meubles corporels, il n'existait que deux formes de sûretés réelles ; et pour les meubles incorporels, une pluralité des régimes d'affectation peut être constatée. Il convient, ainsi de présenter séparément les sûretés réelles portant sur les meubles corporels (A) et les sûretés réelles portant sur les meubles incorporels (B).

A - Simplicité des sûretés réelles portant sur les meubles corporels

845.***Summa divisio* : l'hypothèque et le gage.** – La simplicité du droit chinois des sûretés réelles sous l'emprise de la Loi des sûretés de 1995 doit être constatée au regard du nombre de différentes formes de sûretés réelles mobilières : l'hypothèque et le gage. Une sûreté réelle portant sur les meubles corporels prendra nécessairement la forme de gage et exceptionnellement la forme d'hypothèque. Parce que parmi les biens susceptibles d'hypothéquer qui est énumérés par l'article 34 de la Loi des sûretés, seulement toutes les machines, les outils de transports sont des meubles corporels. Ceci dit, la sûreté réelle portant sur les autres meubles corporels prendra nécessairement la forme de gage. En outre, il convient de mentionner qu'il n'existe pas de gage spécial prévu en dehors de ces textes comme c'était le cas en droit français issu de la Codification de 1804.

[1203] Loi du 16 mars 2007.

846.**Forme particulière d'hypothèque chinoise.** – En outre, il existe une forme particulière d'hypothèque qui n'était pas applicable en domaine de gage, tant pour les meubles corporels que pour les meubles incorporels. C'est ce que nous appelons, en Chine, l'hypothèque à somme maximale (*最高额抵押/Zui Gao E Di Ya*), ou bien nous pouvons la traduire comme l'« hypothèque plafonnée ». L'idée est simple, l'hypothèque peut être constituée pour la garantie d'une série de dettes que le débiteur pourrait devoir à un même créancier. C'est la même idée que celle prévue par l'article 14 de la Loi des sûretés (qui autorise la caution à garantir non seulement la dette du débiteur à l'issu d'un seul contrat, mais une série de contrats passés dans une période certaine prévue avec une somme plafonnée), et elle ressemble beaucoup au gage sans dépossession de droit commun et à l'hypothèque rechargeable française prévue par l'article 2421 du Code civil.

847.En somme, la principale différence entre l'hypothèque chinoise et le gage chinois est le moyen de publicité qui est toujours requis pour constater la validité de sûreté envisagée, sauf des exceptions expressément prévues par la loi, parce que toutes ces sûretés réelles sont constatées d'abord par un écrit. La publicité de l'hypothèque est assurée par l'inscription à un registre, et celle du gage des meubles corporels est réalisée par la dépossession du bien grevé.

848.**Les publicités.** – En cas d'hypothèque des outils de transports, tels que les véhicules automobiles, les aéronefs ou les navires, la constitution de cette sûreté est soumise à la condition *ad validitatem* de l'inscription à l'organisme qui s'occupe de l'administration des outils de transports[1204]. Et en cas d'hypothèque portant sur les outils ou les autres meubles, l'inscription sera faite auprès de l'organisme de l'administration des affaires industrielles et commerciales (*工商管理部门*) du ressort duquel se situent les biens. Par contre, pour les autres meubles corporels susceptibles d'hypothéquer, l'inscription de l'hypothèque n'est qu'une condition *ad probationem*, il n'est pas obligatoire[1205]. Dans cette drenière hypothèse, le constituant hypothécaire

[1204] Art. 42, (4), LS.
[1205] Art. 43, LS.

va effectuer l'inscription auprès d'un organisme d'authentification[1206] du ressort duquel il a son domicile. La constitution n'est pas si simple qu'il est souhaité, parce qu'en cas d'hypothèque d'une pluralité des biens de différentes natures, et qu'ils se situent dans les différents établissements d'une entreprise, l'hypothèque ne sera pas validée avant que les différentes inscriptions soient toutes régularisées.

849.Pour le gage chinois des biens corporels, la dépossession constitue le seul moyen de publicité et elle constitue aussi la condition *ad validitatem*. Il convient de rappeler ici que le gage chinois est, comme le gage français avant la réforme de 2006, un contrat réel, dont la constitution et la validité dépend strictement à la remise réelle du bien grevé. Ainsi, l'Explication judiciaire de la Haute juridiction de 2000 a complété qu'en cas de différence entre les biens actuellement remis au créancier et les biens grevés énumérés dans le contrat constitutif du gage, les biens grevés seront ceux qui ont été actuellement remis au créancier[1207]. En cas de possession du bien grevé par le débiteur pour le compte du créancier, le gage ne sera pas valablement constitué ; si la remise matérielle du bien a été effectuée au moment de la conclusion du gage et que le créancier a retourné postérieurement le bien grevé au débiteur, le gage ne sera pas opposable aux tiers[1208].

850.Privilèges particuliers. – Malgré une absence totale de disposition portant sur les privilèges dans la Loi des sûretés de 1995 (LS), il existe des privilèges spéciaux qui sont prévus par la Loi chinoise de droit maritime (LDM) du 7 novembre 1992. Par l'article 21 et suivant de cette loi, le législateur chinois prévoit une série de privilèges qui permettrait certains créanciers de se faire payer par préférence sur le navire[1209]. Il

---

[1206] A la différence avec le système français, en Chine, pour authentifier un dossier, nous allons à l'organisme d' authentification (*公证机构*), qui s'occupe de particulièrement l'authentification de toutes les sortes de document.
[1207] Art. 89, EJ 2000 (44).
[1208] Art. 87, EJ 2000 (44).
[1209] Aux termes de l'article 22 de la LDM, sont en premier rang les créances nées du contrat d'engagement du capitaine, de l'équipage et du contrat de travail des autres personnes employées à bord (ce qui comprend non seulement les salaires, mais aussi les frais de traitement, les indemnité de congédiement et autres les cotisations de caractère social dont la cause efficiente est le contrat d'engagement); en deuxième rang, les indemnités pour les lésions corporelles ou la mort aux passagers ou à l'équipage pendant le transport ; en troisième rang les droits de tonnage ou de port et les autres taxes et impôts publics de même espèce ainsi que les frais de pilotage, les frais de garde et de

est notamment à noter que les bénéficiaires d'un privilège maritime seront payés avant le créancier rétenteur et le créancier hypothécaire du navire[1210]. Il existe aussi un privilège portant sur aeronef à utilité civile[1211].

851.En effet, la constitution d'une sûreté réelle portant sur les meubles corporels est soit avec ou sans dépossesion. Et la loi a strictement énuméré les biens qui sont susceptibles d'être hypothèqués ou gagés. De manière générale, il n'existe que deux régimes différents des sûretés réelles portant sur les meubles corporels.Quant aux sûretés réelles portant sur les droits (meubles incorporels), la simplicité devrait être relativisée.

B – La simplicité relative des sûretés réelles chinoises portant sur les droits

852.**Absence de définition.** – L'analyse des sûretés réelles chinoises portant sur les droits met en évidence une certaine carence dans la précision du contenu ainsi que les spécificités qu'il génère. Au premier regard des dispositions de la LS portant sur le gage des droits, il est étrange de trouver qu'il n'existe pas de définition légale de cette sûreté qui, tout au moins, se distingue nettement avec le gage des meubles corporels. En énumérant tous les droits susceptibles, en les regroupant en trois catégories, de faire l'objet d'un gage, le premier article[1212] (article 75 de la LS) de cette série de

---

conservation depuis l'entrée du navire dans le dernier port ; en quatrième rang les créances nées de l'assistance en cas d'accident maritime ; et enfin, en cinquième rang les créances délictuelles nées pendant l'exploitation du navire.

[1210] Art. 25, LDM.

[1211] Art. 18 à 22 de la Loi du 30 octobre 1995, entrée en vigueur le 1er mars 1996, portant sur le droit des aeronefs à utilité civile (« *中华人民共和国民用航空器法* »).

[1212] Une différence importante a pu être notamment notée entre le droit français et le droit chinois, c'est sur la qualification de la sûreté réelle portant sur la première catégorie de biens énumérés par l'article 75 de la Loi des sûretés. En effet, une telle disposition n'est pas modifiée par la Loi chinoise des droits réels. Les biens regroupés dans cette catégorie sont les lettres de changes, les billets à ordre, les chèques, les titres de créances, la certification de dépôt des sommes, les warrants et les polices de chargement.

Pour les trois premiers « biens », ils sont qualifiés de moyens de paiement dont la propriété sur la créance incorporée dans le titre se fait par l'endossement. Si bien que l'endossement entraîne déjà le transfert de propriété, un tel moyen de constitution ne serait pas compatible avec la notion de sûreté réelle chinoise pour laquelle une sûreté réelle n'accord qu'un droit de préférence à son bénéficiaire. En admettant l'endossement comme le moyen de constitution de la sûreté réelle portant sur ces moyens de

disposition n'a pas donné une définition légale premettant la distinction du gage des droits avec le gage des meubles corporels. En effet, le Code napoléon n'a, de sa part, non plus défini les sûretés réelles portant sur les biens incorporels. La sûreté réelle portant sur les biens incorporels était aussi appelée « gage »[1213]. Le « gage » français, avant la réforme de 2006, était utilisé pour décrire toutes les sûretés réelles, nécessairement préférentielles, portant sur les meubles. Et le « gage chinois » est, semble-t-il, utilisé pour décrire une partie des sûretés réelles portant sur les meubles corporels et toutes les sûretés réelles portant sur les biens incorporels.

853.**Pluralité de régimes.** – Si bien que le « gage des droits » englobe toutes les sûretés réelles portant sur les biens incorporels, il n'existe pas un droit commun de ces sûretés réelles. Parce que les dispositions suivantes ont, conformément aux triples catégories de biens incorporels regroupés par l'article 75, prévu les différentes règles concernant la constitution et les effets de la sûreté pour chaque catégorie des biens incorporels. Sur ce, des auteurs chinois ont expliqué que cette hétérogénéité des règles est causée par la diversité des biens[1214]. A la différence avec le droit français qui a accordé à chaque variété de bien incorporel un régime particulier, tels que les différents warrants, les différentes propriétés intellectuelles, les parts sociales, etc., le droit chinois a regroupé ces différentes variétés de biens incorporels en trois catégories, et leur a soumis à trois régimes différents. Une simplicité relative devrait être constatée. Pourtant, nous ne pouvons pas dire qu'il n'existe qu'un régime de sûreté réelle portant sur les droits, mais au moins trois régimes, parce que l'article 81

---

paiement, le législateur chinois devrait, pour nous, admettre la cession fiduciaire comme une sûreté réelle.

Pour les warrants et les polices de chargement, ce qui est incorporé dans ces titres sont effectivement le droit de propriété sur des meubles corporels qui se confond souvent avec le bien lui-même. Utilisant ces titres en matière de sûreté réelle n'a autre effet que de contourner l'exigence contraignante de la dépossession du bien au profit du créancier. Il n'est donc pas opportun de les mettre dans le gage des droits mais dans le gage des biens corporels. Parce qu'au moment de la réalisation d'une telle sûreté, le créancier le bien qu'il a un droit de préférence est un bien corporel. Des confusions dans la pratique pourraient être créées.

En effet, en maintenant ces dispositions sans aucune modification significative, il semble que le législateur chinois confond la notion de bien avec celle des droits d'une valeur patrimoniale. Voilà une petite réflexion que nous pouvons faire sur cette disposition.

[1213] L'ancien article 2075, C. civ.

[1214] DONG Xueli (董学立), « L'uniformisation de notre droit des sûretés réelles mobilières conventionnelles » (*我国意定动产物权担保法的一元化*), *Chinese Journal of law* (*法学研究*), n° 6, 2014, p. 99 à 115, spéc. p. 99.

de cette loi a effectué un renvoi à savoir toutes les sûretés réelles portant sur les autres biens incorporels, qui sont autorisés par l'article 75, (4), de la même loi, respecteront les règles du gage des biens corporels. Il est regrettable que ce renvoi ne constitue qu'un signe de la fainéantise des législateurs parce qu'il est clair que les règles du gage des meubles corporels ne sont pas compatibles avec l'immatérialité du bien grevé. Il en est ainsi notamment pour l'exigence de la remise matérielle du bien grevé.

854.Avec seulement sept articles, d'une apparence simple, une pluralité de régimes des sûretés réelles chinoises portant sur les biens incorporels devrait être constatée. Si bien que par rapport au droit français, le droit chinois des sûretés réelles sous l'emprise de la Loi de 1995 est simple, la simplicité n'est que relative. La pluralité des régimes est présente ! En effet, le législateur de 2007 et la doctrine courante chinoise ont voulu une pluralité accrue des sûretés réelles.

§2 – Une diversité accrue après la réforme de 2007

855.D'une comparaison des dispositions de la LDR avec celle de la LS, au niveau de la diversité des sûretés réelles, le législateur a renforcé la diversification de sûretés réelles chinoises. Et au regard de la doctrine, une conclusion peut être donnée : les évolutions vers la diversification des sûretés réelles chinoises portant sur les biens mobiliers sembles irrerversibles. Autrement dit, le législateur et les universitaires chinois ont tous voulus incorporer des nouvelles sûretés réelles (principalement des sûretés réelles étrangères d'une performance importante). Ainsi, une présentation de l'incorporation de nouvelles sûretés réelles réalisée par le législateur (A) précédera celle qui est voulue par la doctrinale chinoise (B).

A – Incorporation de nouvelles sûretés réelles mobilières réalisées par le législateur chinois

856.Le législateur chinois de 2007 a introduit plusieurs nouveaux régimes de sûretés réelles particulières portant sur les biens mobiliers, corporels (a) comme incorporels (b).

a – Les nouveaux régimes de sûretés réelles portant sur les meubles corporels

857.Deux nouvelles formes de sûretés réelles ont été incorporées par le législateur chinois en matière de meubles corporels.

858.**Hypothèque flottante.**– La première forme est celle de l'hypothèque flottante. En matière d'hypothèque, le législateur a incorporé la « *floating charge* »[1215] en créant l'article 181 de la Loi des droits réels du 16 mars 2007. Etant strictement limité à certains meubles corporels à savoir les outils de production, les matières premières, les provisionnements ou les produits intermédiaires et les marchandises appartenant à une certaine catégorie de personne, à savoir les entreprises, les entrepreneurs et les exploiteurs des produits d'agricole, la *floating charge* chinoise est la première sûreté réelle chinoise que le législateur permet à constituer sur les choses futures. Par contre, le législateur n'a jamais utilisé l'expression de « chose future » dans les textes légaux. En outre, la détermination des biens grevés n'est pas requise au moment de la constitution d'une telle sûreté réelle, elle sera faite dans les conditions particulières prévues par l'article 196 de la même loi qui équivalent les causes de la « cristallisation » de la *floating charge* anglaise. Il convient de souligner aussi que la constitution de cette nouvelle forme d'hypothèque ne requiert pas l'inscription comme une condition de forme *ad validitatem*, mais une condition d'opposabilité[1216].

859.Gage à montant maximal. – La seconde forme particulière de sûreé réelle est le gage à montant maximal. En matière de sûretés réelles portant sur les meubles

[1215] V. sur une présentation plus détaillée de la *floating charge* chinoise, *infra* Chapitre 2 du Titre II.
[1216] Art. 189, LDR.

corporels, le législateur a introduit « le gage à montant maximal » (gage plafonné) par un article[1217] de renvoi aux dispositions de « l'hypothèque à montant maximal »[1218].

b – Les nouvelles sûretés réelles portant sur les droits (les meubles incorporels)

860.Deux nouvelles sûretés réelles ont été incorporées par le législateur chinois en domaine de biens incorporels.

861.**Gage des « créances actives ».** – Le législateur a introduit pour la première fois la notion de gage des « créances actives » (*应收账款/Ying Shou Zhang Kuan*[1219]) en droit chinois en ajoutant une catégorie de biens dans l'article[1220] qui énumère les droits susceptibles d'hypothéquer. Et un article[1221] a été consacré particulièrement pour préciser le régime de ce gage des « créances actives ».

862.**Le gage des droits à montant maximal.** – Avec toujours une même disposition[1222] de renvoi aux dispositions portant sur l'hypothèque à montant maximal, l'article 222 de la LDR qui introduit le gage plafonné portant sur les meubles corporels en droit chinois, il semble que le gage des droits pourrait aussi être constitué pour la garantie d'une série de dettes du débiteur. Autrement dit, il existe une nouvelle forme de gage des droits : gage plafonné des droits.

863.Comme nous avons déjà montré, la pluralité d'organismes qui s'occupent de l'inscription des différentes sûretés réelles sous l'emprise de la Loi des sûretés de 1995 ne rend pas le droit chinois de sûretés réelles autant simple qu'il apparait, la Loi des droits réels ne fait que d'augmenter le nombre d'organismes compétents : aujourd'hui, pas moins de dix-sept organismes différents existent pour l'inscription de

[1217] Art. 222, LDR.
[1218] Art. 203 à 207, LDR.
[1219] Sur l'analyse profonde de cette notion, v. not. *Supra* note de bas page 915.
[1220] Art. 223, (6), LDR.
[1221] Art. 228, LDR.
[1222] Art. 229, LDR, qui a repris mot par mot la disposition de l'article 81 de la LS.

toutes les sûretés réelles mobilières. N'est ce-t-il pas l'un des signes sur l'état complexe du droit chinois des sûretés réelles mobilières ?

864.Néanmoins, la diversification des sûretés réelles chinoises ne s'arrêtera pas, parce que selon la doctrine, il est très probable que le législateur chinois va reconnaître des nouvelles sûretés réelles de nature différente.

B - Incorporation de nouvelles sûretés réelles mobilières voulues par la doctrine chinoise

865.Les sûretés réelles mobilières[1223] que la doctrine chinoise a proposé d'incorporer dans le corps de textes légaux des sûretés réelles mobilières peuvent être regroupées en deux catégories, les privilèges mobiliers (a) et les propriétés-sûretés (b). Il convient de présenter l'une après l'autre à cause de leurs natures différentes.

a – La systématisation des différents privilèges mobiliers

866.**Les privilèges divers en droit chinois.** – Comme nous avons déjà montré, il existe des privilèges spéciaux en droit chinois qui se trouvent dans les dispositions des lois spéciales, mais il n'existe pas de dispositions qui réglementent de manière générale l'ensemble des privilèges. Par contre, une clarification du régime de privilèges est nécessaire, notamment en cas d'ouverture d'une procédure de

[1223] Il faut aussi rajouter une sorte d'hypothèque particulière que la doctrine a voulu intégré dans le droit chinois des sûretés réelles : l'hypothèque d'un fonds (à l'instar du nantissement du fonds de commerce et artisanal du droit français ?). V. en ces sens, par ex. XUE Bo (薛波) et GUO Fuqing (郭富清), « On the Consortium Charge System Construction under the Civil Code Compiling » (民法典编纂背景下财团抵押权制度之体系构建), *Journal of Henan University of Economics and Law* (河南财经政法大学学报), 2015(4), p. 76 et s. Il convient de souligner la différence entre l'hypothèque de fonds avec l'hypothèque flottante chinoise : l'assiette de l'hypothèque est limitée par l'article 181 de la Loi des droits réelles à une certaine catégorie de meubles corporels ; mais l'hypothèque de fonds pour la doctrine chinoise est portée sur l'ensemble de biens, mobiliers comme immobiliers, corporels comme incorporels, présents d'une entreprise. V. en ce sens par ex., TANG Haiyan (唐海燕), « La recherche comparative de l'hypothèque flottante avec l'hypothèque de fonds » (财团抵押与浮动抵押之比较研究), *Journal of Sichuan College of Education* (四川教育学院学报), 2002(5), p. 39 et s.

surendettement. Si la notion des privilèges n'existe pas en matière de sûretés réelles, elle se trouve en matière du droit chinois des faillites. Ainsi, l'articles 113[1224] de la Loi chinoise de faillite dispose que « les actifs du débiteur seront distribués dans l'ordre suivant après avoir été utilisés pour le règlement des « frais de procédure »[1225] (*破产费用/Po Chan Fei Yong*) et les « dettes d'intérêt public »[1226] (*公益债务/Gong Yi Zhai Wu*) …. Force est de constater que les créanciers de ces créances seront payés avant la distribution d'actifs du débiteur en fondant sur ces dispositions légales. Ce droit de se faire payer avant les autres créanciers chirographaires et bénéficiaires de sûretés réelles ne saurait être qualifié d'autre chose que de privilège.

867.En outre, aux termes de l'article 113 de la Loi chinoise de droit de faillite, l'ordre de distribution d'actifs du débiteur sera comme suivant : les créances sociales dues aux salariés, tels que les salaires, la cotisation de l'assurance maladie mise en charge à l'employeur, et les autres traitements et indemnisations dûment réglés au profit des salariés ; les créances publiques telles que les autres cotisations sociales et taxes dues par le débiteur ; les autres créances normales (les créances chirographaires ?). Ce sont aussi des privilèges au regard du droit français.

868.**Absence de disposition claire sur l'ordre de préférence.** – Force est de constater que le rang de préférence des créanciers bénéficiaires de privilèges maritimes ne sont pas directement prévu par la Loi chinois du droit de faillite. Si bien qu'ils seront payés avant le créancier rétenteur et le créancier hypothécaire sur le navire, selon la LDM (Loi chinoise sur le droit maritime), nous ne pouvons pas savoir quelle sera la solution en cas de concurrence entre ces créanciers et les créanciers bénéficiaires de, pourrait-on dire, super-privilèges. Ainsi, pour déterminer l'ordre de

[1224] De même sens aussi, art. 104, Loi du 9 avril 1991 du droit de la procédure civile (LPC)
[1225] Les frais de procédure sont prévus par l'article 41 de la Loi du droit de faillite (LDF) de 2006 : les frais des procès après l'ouverture de la procédure ; les frais pour la gestion, la réalisation et la distribution des biens du débiteur ; les frais occasionnés dans l'exercice des fonctionnements de l'administrateur, les rémunérations de l'administrateur et des autres personnes employées pour ce faire.
[1226] Toutes les dettes d'intérêt public sont prévues par l'article 42 de la Loi du droit de faillite (LDF) de 2006 : les frais occasionnés dans par l'exécution des contrats synallagmatiques en cours ; les dettes occasionnées par la gestion d'affaires sur les biens du débiteur ; les dettes occasionnées de l'enrichissement sans cause ; les dettes sociales occasionnées par la continuation d'activités du débiteur ; les indemnités nées à cause des dommages causés par l'administrateur et d'autres personnels de la procédure ; les indemnités nées des dommages causés par les biens du débiteur.

préférence de différents créanciers, il convient d'introduire des dispositions portant sur l'ensemble de causes de préférence dans le droit des sûretés réelles[1227], à l'instar du droit français.

869.La détermination de l'ordre de préférence est notamment importante pour prouver l'efficacité de différentes sûretés réelles. Parce qu'il peut arriver qu'un créancier bénéficiaire d'une sûreté réelle se voir primer par les autres créanciers et n'aura rien à l'issue de la distribution d'actifs du débiteur ; s'il pouvait prévenir cette conséquence, il va pouvoir choisir une forme de sûreté réelle plus efficace, telles que les propriétés-sûretés dont la reconnaissance est fort probable.

b – La reconnaissance de propriétés-sûretés

870.La reconnaissance de la réserve de propriété et la cession de propriété à titre de garantie est voulue par les auteurs chinois.

871.**La réserve de propriété à titre de garantie.** – Il faut d'abord clarifier que la réserve de propriété dans un contrat de vente est possible en droit chinois. L'article 134 de la Loi des contrats du 1999[1228] est considéré comme le fondement de la réserve de propriété. Et l'Explication judiciaire de 2012[1229] a, pour la première fois, déterminé le régime de la réserve de propriété, mais pas en tant qu'une sûreté réelle.

[1227] V. en ce sens par ex., avant la réforme de 2006 : SUN Dongya (孙东雅), *La recherche sur les privilèges de droit commun* (民事优先权研究), thèse, China University of of political science and law (中国政法大学), 2003, p. 154 et s. ; après la réforme de 2006 : JIANG Zhiyuan (姜志远) et ZHOU Yuwen (周玉文), « Il faut ériger le régime des privilèges dans la législation des droits réels » (我国物权立法应设立优先权), *Law science magazine* (法学杂志), 2006 (4), p. 53 et s. ; SONG Zongyu (宋宗宇), *La recherche sur le régime des privilèges* (优先权制度研究), thèse, South-west University of political science and law (西南政法大学), 2006. p. 145 et s. : par contre, l'auteur a quand même soulevé les difficultés rencontrées dans la constitution des règles qui englobent l'ensemble de privilèges dans le corps de textes du droit des sûretés réelles (p. 149 et s.). Cet auteur a soulevé la nécessité de reconnaître le droit de rétention conventionnel (p. 159 et 160).

[1228] Loi chinoise du 15 mars 1999 portant sur le droit des contrats (LDC)

[1229] Art. 34 et s., EJ 2012 (8), du 31 mars 2012, publiée le 10 mai 2012, entrée en vigueur le 1er juillet 2012 (最高人民法院关于审理买卖合同纠纷案件适用法律问题的解释).

872.**Qualification.** – La reconnaissance, par le législateur, de la réserve de propriété à titre de garantie a été voulue par des auteurs chinois même avant la réforme de 2007[1230]. Par contre, les auteurs n'ont pas voulu intégrer la réserve de propriété dans le corps de textes des sûretés réelles, parce qu'à l'époque, la question soulevée est l'opportunité d'introduire cette institution en droit chinois, mais pas particulièrement sa nature juridique. Il s'agit notamment de savoir quel est le droit pour le vendeur réservataire de propriété et sa qualification[1231]. A partir de la réforme de 2007, et notamment après la promulgation de l'Explication judiciaire du 31 mars 2012[1232] portant sur les questions du contrat de vente, il semble que cette technique particulière contractuelle est acceptée unanimement par les universitaires comme une garantie de paiement[1233].

873.Par contre, les auteurs ont voulu mettre la réserve de propriété au même rang que les privilèges spéciaux[1234], mais pas en tant qu'une propriété-sûreté. Une telle analyse est, en comparant avec l'analyse française, discutable. L'explication d'une telle proposition est simple, parce que l'Explication judiciaire de 2012 a clairement prévu que dans les conditions prévues, y compris le défaut de paiement complet du prix de

---

[1230] V. par ex. GU Anming (辜安明), « De la discussion des questions de la réserve de propriété dans le contrat de vente (买卖合同中的所有权保留制度的若干问题论析) », *Social science in Ningxia* (宁夏社会科学), n° 5, mai 2002, p. 25 et s.

[1231] V. par ex. GU Anming (辜安明), De la discussion des questions de la réserve de propriété dans le contrat de vente (买卖合同中的所有权保留制度的若干问题论析), *Social science in Ningxia* (宁夏社会科学), n° 5, mai 2002, p. 25 et s. ; KANG Liying (康莉莹), Les réflexions sur l'objet de la réserve de propriété (所有权保留客体的思考), *Heibei law science* (河北法学), juillet 2006, p. 44 et s.

[1232] EJ n° 2012 (8), du 31 mars 2012, publiée le 10 mai 2012, entrée en vigueur le 1er juillet 2012 (最高人民法院关于审理买卖合同纠纷案件适用法律问题的解释).

[1233] Par ex. GUAN Tao (关涛), Le problème du droit de préférence en cas de coexistence de la réserve de propriété et du gage (关于所有权保留与质权竞存时的优先受偿问题), *Journal of Yantai University* (烟台大学报), oct. 2013, p. 47 et s. Selon cet auteur, si bien que la réserve propriété devrait être considérée comme une caution de privilège, il ne faut pas admettre que le créancier gagiste primera le créancier réservataire, parce que la réserve de garantie est aussi une garantie de paiement comme le gage (p. 51 *in fine*). **Encore, il faut notamment souligner une compréhension fautive du droit français par cet auteur : il a traité la créance garantie par une clause de réserve de propriété comme une créance garantie par un privilège. Il faut souligner que le créancier réservataire bénéficie un véritable droit de propriété, mais pas un privilège sur le bien cédé, parce qu'il va retrouver son plein pouvoir de disposition du bien qui caractérise la plénitude de ce droit de propriété.**

[1234] GUAN Tao (关涛), « Le problème du droit d'être payé par préférence en cas de coexistence de la réserve de propriété et du gage (关于所有权保留与质权竞存时的优先受偿问题) », *Journal of Yantai University* (烟台大学报), oct. 2013, p. 47 et s.

vente, le créancier réservataire bénéficie un droit de demander la restitution (*取回权/Qu hui quan*)[1235], sans déterminer le fondement de ce droit de demander la restitution du bien. Bien étrange, aucun des universitaires n'a prétendu que le fondement du recours à la restitution du bien du créancier réservataire est le droit de propriété. Ainsi, en dénaturant la réserve de propriété[1236], la doctrine chinoise traite cette dernière comme un priviliège. Il ne sert à rien d'assimiler une institution à une autre lorsque cette dernière n'est pas officiellement reconnue par le corps de textes des sûretés réelles mobilières..

874.Néanmoins, l'incorporation de la réserve de propriété est en prospective. Il reste à lui donner une qualification juridique adéquate pour qu'elle puisse remplir mieux le fonctionnement de garantie.

875.**La cession de propriété à titre de garantie.** – La cession de propriété à titre de garantie est une notion qui existe déjà dans la doctrine chinoise, autrement appelée « Cession-garantie (ou bien cession à titre de garantie) » (*让与担保/Rang Yu Dan Bao*), et aussi dans la pratique[1237]. Il est communément admis dans la doctrine chinoise qu'une cession de propriété à titre de garantie est une opération par laquelle, le constituant transfert la propriété d'un ou plusieurs biens au créancier. Ainsi, le bien reste entre les mains du débiteur ou d'un tiers, et en cas de défaillance du débiteur, le

---

[1235] Sur la discussion de la nature de de droit de demander la restitution du bien, v. par ex. GUAN Tao (关涛), « Le problème du droit d'être payé par préférence en cas de coexistence de la réserve de propriété et du gage (关于所有权保留与质权竞存时的优先受偿问题) », *Journal of Yantai University* (烟台大学报), oct. 2013, p. 47 et s. ; GUAN Tao (关涛), « La question sur le droit à la restitution dans une vente avec la réserve de la propriété (保留所有权的动产买卖中出卖人的取回权问题) », Shandong Social Science (山东社会科学), 2015 (5), article accècible sur la site : http://www.cnki.com.cn/Article/CJFDTotal-SDSK201505014.htm (dernière consultation, le 12 avril 2015). En effet, cette notion est venue du droit allemand.

[1236] V. *supra*, note de bas page n° 1184.

[1237] En effet, certains auteurs traitent le mortgage chinois (按揭/*An Jie*) comme une cession à titre de garantie : v. par ex. JIN Liting (金丽婷), Le mortgage d'immeuble et la cession-garantie (商品房按揭与让与担保), *Study & Explotation* (学习与探索), 2008(3), p. 104 et s., spéc. p. 106. **En outre**, **il convient de rappeler que la Loi du droit des contrats de 1999 (LDC) a prévu succinctement le régime de la cession de la créance (art. 79 à 83 et 87). Autrement dit, en validant le contrat de la cession de créance, rien n'empêche que cette technique soit utilisée pour la garantie de paiement. Ainsi, l'utilisation de la cession de la créance à titre de garantie est non seulement possible, mais aussi faisable. V. en ce sens :** WEN Kaifeng (温凯丰), « Sur la faisabilité de la cession de créance à titre de garantie » (浅析债权让与担保的可行性), *Legality Vision* (法制博览), 2013 (6), p. 84 et s.

créancier peut se faire payer sur le bien (il faut souligner que les auteurs chinois ne sont pas tous d'accord que le créancier puisse devenir directement le propriétaire définitif du bien[1238]) ; bien entendu qu'en cas de satisfaction du créancier par le paiement du débiteur, le créancier va avoir une obligation de re-transférer la propriété du bien au débiteur. A la différence avec les sûretés réelles chinoises nommées, une telle garantie réelle est constituée avec un transfert effectif de la propriété.

876.Certains auteurs[1239] ont, en constatant les avantages[1240] de cette institution notamment au regard des droit allemand et droit japonais, conclu sur la nécessité d'incorporer cette institution en droit chinois des sûretés réelles sans oublier de mentionner que la cession-fiduciaire est une institution très ancienne du droit romain. Par contre, ils soulèvent aussi des obstables de cette incorporation à savoir le principe de *numerus clausus* et la question de publicité de cette nouvelle sûreté réelle[1241]. Parce que pour ces auteurs, le créancier ne saurait devenir directemen le propriétaire du bien grevé, alors qu'ils sont d'accord que cette sûreté réelle est constituée avec le transfert de la propriété. Comment expliquer que le créancier ne puisse pas devenir le propriétaire d'un bien au moment de la réalisation d'un contrat qui lui est déjà transmis au moment de la conclusion de ce même contrat ? Ce n'est pas d'exiger le propriétaire de vendre son bien contre sa volonté ?

[1238] V. sur la qualification de sûreté réelle de la cession-garantie : XIE Zaiquan (谢在全), *Droit civil, Droits réels* (民法物权论), Press of China University of Political science and law (中国政法大学出版社), 1999, p. 897.

[1239] Par ex. WANG Liming et LIANG Huixing ont tous les deux mis la cession-garantie dans leurs avant-projets de la loi des droits réels ; HUANG Hegang (黄和刚), LIU Lihong(刘丽宏) et LI Fuzhong(李富忠), « De la nécessité de la création du régime de cession-garantie en Chine(论在我国建立让与担保制度的必要性) », *Chinese and foreign entrepreneurs* (中外企业家), 2010 (14), p. 168 et s. ;

[1240] Pour eux, le plus important est que la cession-garantie va permettre aux petites et moyennes entreprises obtenir plus de crédit qui déterminera la viabilité de ces entreprises. V. en ce sens : ZHONG Jinqian (钟金仟) et SUN Changxing (孙昌兴), « Financing Garantee : Transferring garantee system » (论中小企业融资担保方式的案例：让与担保制度), *Journal of Zhangjiakou Vocational and Technical College*, décembre 2012, p. 17 et s.

[1241] En ce sens, v. not. ZONG Xuejun (宗学军), « La théorie et la pratique de la vente avec la propriété réservée en Chine (我国所有权保留买卖制度的理论与实践) », *Xinjiang Social Science* (新疆社会科学), 2005 (2), p. 67 et s.

Conclusion du chapitre préliminaire

877.En somme, il est assez probable que la diversification des sûretés réelles va marquer les prochaines réformes chinoises portant sur le droit des sûretés réelles. En France comme en Chine, la complexité va caractériser le droit des sûretés réelles mobilières, notamment après l'incorporation de nouvelles sûretés réelles qui ne sont pas assises sur un droit de préférence. Comme Mme Bougerol-Prud'homme a pu constater dans sa thèse, l'utilisation de techniques d'exclusivité bouleverse significativement le système de sûretés réelles[1242].

878.Déjà en état d' « incohérence », le droit des sûretés réelles est en quête d'une simplification[1243]. Egalement, en Chine, une nécessité de simplification du droit des sûretés réelles mobilières conventionnelles est demandée par une doctrine minoritaire[1244]. En effet, la simplification n'est pas en contradictoire avec l'intention d'incorporer d'autres sûretés réelles, parce que l'idée qui justifie cette proposition de simplification est notamment celle de clarifier l'ordre de préférence qui n'est, *de lege lata*, pas très clair au regard du droit chinois[1245]. Pour être prêt à incorporer ces nouvelles institutions dans le droit chinois des sûretés réelles, la simplification est, semble-t-il, nécessaire.

[1242] V. not. L. Bougerol-Prud'homme, *Exclusivité et garanties de paiement*, préf. P. Crocq, Bibliothèque de droit privé, t. 538, LGDJ 2012, p. 81 et s.
[1243] V. not. Colloque « Les sûretés réelles en quête de droit commun ».
[1244] DONG Xueli, « L'uniformisation de notre droit des sûretés réelles mobilières conventionnelles », *Chinese Journal of law*, n° 6, 2014, p. 99 à 115.
[1245] DONG Xueli, « L'uniformisation de notre droit des sûretés réelles mobilières conventionnelles », *Chinese Journal of law*, n° 6, 2014, p. 99 à 115, spéc. p. 115.

Chapitre 1 – Les différentes classifications des sûretés réelles mobilières

879.**Intérêt de classification.** – La classification des sûretés réelles de manière générale présente un intérêt notamment celles mobilières. Traditionnement, les différentes classifications des sûretés réelles sont présentées de manières théoriques dans les ouvrages de droit de sûretés réelles[1246]. En effet, une classification de sûretés réelles pourrait être faite selon leurs sources, leurs natures, leurs effets, leurs techniques d'affectation, la nature de leurs assiettes…. L'objectif ne peut être autre chose que de simplifier le droit des sûretés[1247]. En utilisant un critère, les sûretés réelles qui se conforment au critère se distinguent nettement avec les autres qui ne s'y conforment pas. L'idée est d'appliquer une même règle à ces sûretés regroupées parce qu'elles ont un point commun. Avec les différents critères, nous pouvons ainsi assimiler certaines et désassimiler les autres.

Ce que nous chercherons, ici, est un critère qui permet de regrouper les sûretés qui partagent un nombre maximum de points communs.

880.**Exclusion de la classification basée sur la source de sûreté réelle.** – La classification des sûretés selon leurs sources est très classique à savoir les sûretés réelles peut avoir trois sources différentes : légale, judiciaire et conventionnelle. Par contre, ce qui nous intéresse sont surtout des sûretés réelles conventionnelles, ainsi, nous n'allons pas traiter cette classification.

[1246] V. par ex. C. Albiges, M.-P. Dumont-Lefrand, *Droit des sûretés*, 4e éd., Dalloz, coll. « HyperCours », 2013, n° 362 et s., p. 246 et s. ; M. Cabrillac, Ch. Mouly, S. Cabrillac et Ph. Pétel, *Droit des sûretés*, 9e éd., Litec, 2010, n° 588 et s, p. 438 et s. M. Bourassin, V. Brémond et M.-N. Jobard-Bachellier, *Droit des sûretés*, 4e éd. Sirey 2014, n° 1206 et s., p. 332 et s. ; Y. Picod, *Droit des sûretés*, 2e éd. PUF 2011, p. 255 et s. ; SUN Peng (孙鹏), WANG Qinlao (王勤劳) et FAN Xuefei (范雪飞), *La théorie du droit des sûretés réelles* (担保物权法原理), Press of China University of Renmin (中国人民大学出版社), 2009, p.13 et s. Selon ces derniers auteurs, il existe cinq classifications de sûretés réelles dans la doctrine chinoise : les sûretés légales et les sûretés conventionnelles ; les sûretés avec ou sans dépossession ; les sûretés réelles mobilières et les sûretés réelles immobilières ; les sûretés réelles monovalentes et les sûretés réelles polyvalentes ; les sûretés réelles sans ou avec un transfert de droit.

[1247] Il est bien regrettable que les grands ouvrages se contentent de présenter les classifications sans aucune réflexion sur l'objectif de ces classifications, parce qu'il est tout au moins sûr qu'en faisant ces classifications, les auteurs cherchent un but d'un intérêt concret.

881.**Les classifications prises en compte.** – Etant limité au domaine des sûretés réelles mobilières (plutôt conventionnelles), il convient de chercher les classifications faites au sein des sûretés réelles mobilières, telle qu'une classification selon la nature du bien affecté, selon la nature de la créance garantie (en respectant le principe de l'accessoire, la nature de la sûreté réelle suivra nécessairement celle du contrat principale), selon les effets de la sûreté réelle et enfin le mode d'affectation.

882.**Méthode de la recherche.** – Les écarts dans la reconnaissance ainsi que la portée des sûretés réelles dans les deux cadres juridiques français et chinois, nous invitent ainsi à adopter une méthodologie dans la recherche des critères de classification. Comme les sûretés réelles exclusives ne sont pas encore officiellement reconnues par le législateur chinois, et plus généralement, le niveau de diversité des sûretés réelles mobilières chinoises n'est pas comparable avec celle de droit français, la meilleure classification pour les sûretés réelles mobilières françaises n'est pas forcément la même que celle du droit chinois, au regard du droit positif. Mais le droit chinois va probablement s'évoluer au même stade que le droit français positif, en matière de sûreté réelles mobilières. Comme nous l'avons déjà argumenté dans le chapitre préliminaire de ce Titre, il est préférable d'effectuer une recherche des classifications intéressantes qui inspirera, potentiellement les reformateurs chinois. De manière comparative, une discussion sur la faisabilité de chaque classification en droit chinois va être consacrée à la fin de chaque section.

883.La première classification que nous allons traiter est celle choisie par le législateur français et le législateur chinois : la distinction entre les sûretés réelles portant sur les meubles corporels et les meubles incorporels (droits). En effet, une telle convergence du choix des législateurs ne devrait pas permettre de masquer l'insuffisance de cette classification, parce qu l'immatérialité de l'assiette grevée ne permet, en réalité, l'application des mêmes règles (Section 1). Ainsi, l'analyse d'autres classifications s'impose.

884.La deuxième classification qui nous intéresse est celle basée sur la nature civile ou commerciale de la sûreté. Une telle classification est envisageable au regard de la distinction entre le droit civil et le droit commercial ; autrement dit, si une sûreté

réelle mobilière est caractérisée par la commercialité, les parties conventionnelles doivent pouvoir bénéficier des règles particulières tout en renforçant la rapidité et l'efficacité des affaires qui caractérisent le droit commercial (Section 2)

885.La troisième classification que nous traiterons est une nouvelle *summa disivio* qui pourrait exister après la reconnaissance officielle des sûretés réelles exclusives : la distinction entre les sûretés réelles préférentielles avec les sûretés réelles exclusives. En effet, cette distinction est faite selon les effets juridiques des sûretés. Toutes les sûretés réelles accordant un droit de préférence au créancier bénéficiaire se distinguent nettement avec les sûretés réelles permettant le créancier d'une situation d'exclusivité (Section 3).

886.Enfin, la dernière classification est celle faite selon les différents modes d'affectation du bien grevé. Il est de tradition de distinguer les sûretés réelles avec dépossession avec les sûretés réelles sans dépossession, comme c'est le cas en droit chinois des sûretés réelles. Néanmoins, une telle distinction n'arrive pas, à partir d'une interprétation stricte du terme de dépossession, à englober toutes les sûretés réelles mobilières, parce qu'elle n'est pas compatible avec la réalité de l'immatérialité des biens incorporels. Un nouveau critère s'impose (Section 4).

Section 1 – Une distinction entre les sûretés réelles portant sur les meubles corporels et les sûretés réelles portant sur les biens incorporels.

887.La présentation de cette *summa divisio*(§1) précédera la réflexion sur cette classification (§2).

§ 1 – Une distinction choisie par le droit français et le droit chinois

888.**Une option des législateur.** – Avec la distinction étymologique, l'ordonnance du 23 mars 2006 distingue, en France, les sûretés réelles portant sur les meubles

corporels (gage) avec les sûretés réelles portant sur les meubles incorporels (nantissement). En Chine, une telle distinction n'est pas très claire. Parce que la constitution d'une sûreté réelle portant sur les meubles corporels pourrait être soumise à la fois au régime d'hypothèque chinoise et au régime de gage des meubles corporels[1248]. Et les sûretés réelles portant sur les biens incorporels sont toutes appelées « gage de droits ». Autrement dit, en matière de biens incorporels, une même appellation arrive à englober toutes les sûretés réelles, mais en matière de meubles corporels, il faut distinguer les sûretés réelles constituées avec (gage des meubles corporels) ou sans dépossession (hypothèque mobilière) qui constitue la principale différence entre le gage et l'hypothèque. Ainsi, M. DONG a pu critiquer cette classification effectuée par le législateur chinois, parce que cette classification tripartite n'est pas faite selon un même critère[1249]. La classification basée sur la nature corporelle ou incorporelle n'arrive clairement pas à expliquer la trilogie des sûretés réelles chinoises portant sur les meubles.

Il convient de regarder les effets de distinction pour analyser si cette classification permettra une simplification du droit en permettant l'application des mêmes règles aux sûretés réelles de même catégorie.

§2 – Une insuffisance de la distinction basée sur la nature de l'assiette

889.En effet, l'insuffisance peut être constatée au travers de l'objectif cherché. Or, ce n'est ni en matière de meubles corporels (A) ni en matière de meubles incorporels (B) que que nous pouvons trouver un droit commun à part les trois principes directeurs qui sont communs pour toutes les sûretés réelles.

[1248] Il convient de rappeler qu'une telle structure a été reprise par le législateur chinois de 2007.
[1249] DONG Xueli, « L'uniformisation de notre droit des sûretés réelles mobilières conventionnelles », *Chinese Journal of law*, n° 6, 2014, p. 99 à 115, spéc. p. 100. Entre le gage et l'hypothèque, la distinction est faite avec la présence ou l'absence de dépossession du bien grevé. Mais la distinction entre le gage des meubles corporels et le gage des droits se fait sur la base de la nature de bien affecté. Pour l'auteur, il faut faire la distinction avec le critère de mode de publicité.

A – Une absence de droit commun des sûretés réelles portant sur les meubles corporels

a - En droit français

890.La classification française selon la nature corporelle ou incorporelle de l'assiette de sûreté réelle peut être critiquée au moins sur deux plans. D'une part, étant appelé communément gage, il n'existe pas effectivement un gage de droit commun si bien une grande partie de meubles corporels pourraient être gagés selon le régime du gage de Code civil; d'autre part, quant aux biens incorporels, il n'existe pas de règles communes.

891.**Le statut discutable du gage de Code civil.** – M. Ansault[1250] a posé, subtilement, la question lors du Colloque intitulé « Les sûretés réelles en quête de droit commun » organisé par l'Université Paris Descartes à savoir si le gage du Code civil doit être considéré comme un gage de droit commun ou le droit commun du gage. Si nous considérions le gage du Code civil comme une variété de différents gages, la réponse à la question sera la suivante : le gage du Code civil est un gage de droit commun. En effet, semble-t-il, au regard de l'ordonnance du 23 mars 2006, le choix du groupe de travail dirigé par Professeur Grimaldi n'est pas clair. La consécration, par la réforme de 2006, d'une définition large du gage en autorisant la constitution sans dépossession applicable à tout type de meubles corporels ou de personnes devrait relancer le débat sur la suppression de multiples gages spéciaux sans dépossession. L'intérêt de la création de ces gages spéciaux par les législateurs français est de permettre au constituant de bénéficier de l'absence de dépossession du bien grevé qui est antérieurement exigé par la constitution du gage. Par contre, nous ne saurions pas nier toutes les utilités d'un seul constat que le gage du Code civil et les gages spéciaux ont tous permis d'une constitution sans dépossession.

[1250] J.-J. Ansault, « Le gage du Code civil : gage de droit commun ou droit commun du gage ? », *in* Colloque « Les sûretés réelles en quête de droit commun », *RD ban. et fin.*, n° 5, sept. 2014, dossier 39.

892.**Dépossession : une forme d'affectation.** – En effet, la raison de l'exigence de la dépossession conforme à l'effet juridique que le droit accorde à la possession d'un meuble corporel : « *en fait de meubles, la possession vaut titre* »[1251]. Autrement dit, en absence d'exigence de la dépossession du bien gagé, le créancier gagiste devrait faire face au risque que le constituant va pouvoir librement vendre le bien gagé. Par contre, pour certains meubles corporels, la possession ne vaut pas nécessairement le titre, parce que la propriété est constatée par un document administratif. Il en est notamment pour les outils de transports, tels que les navires, les véhicules automobiles et etc. Si bien que la dépossession du bien grevé sert notamment à montrer aux tiers le droit du créancier sur ce bien, cet objectif peut être atteint au travers d'autres moyens pour les biens susvisés : la remise du document administratif par le constituant au créancier, l'inscription de la sûreté réelle à l'organisme administratif qui s'occupe de l'enregistrement du document administratif du bien. Il est notamment à souligner qu'au travers de ces moyens différés, le constituant peut même bénéficier les utilités du bien grevé. Il est à noter ainsi dans les gages spéciaux, que l'absence d'exigence de dépossession va toujours de pair avec l'exigence d'inscription de la sûreté réelle à peine de nullité de la sûreté envisagée. Par contre, il convient de souligner que parmi ces gages spéciaux, seuls le gage des stocks[1252] et les warrants[1253] permettent au constituant une véritble libre disposition du bien grevé.

893.**Des règles spéciaux non-liées avec le caractère corporel ou incorporel du bien grevé.** – Toutes les règles des gages spéciaux n'ont pas pour objet unique l'utilisation du bien par le constituant. Par exemple, l'article L. 521-3 du Code de commerce prévoit expressément la voie spéciale de la réalisation du gage commercial : le titulaire de cette sûreté spéciale se trouve dispensé de passer par la voie judiciaire pour solliciter la vente forcée des biens gagés. Il ne faut absolument pas oublier que le droit de préférence de certains créanciers de gages spéciaux se trouve mieux classé que celui des créanciers du gage de Code civil : le porteur d'un warrant de

[1251] Art. 2276, C. civ.
[1252] Art. L. 527-5, C. com.
[1253] Par ex. Art. L. 524-6, C. com.(warrant pétrolier) ; art. L. 523-8, C. com. (warrant hotelier).

marchandises[1254]. Ce créancier ne voulait absolument pas l'application des règles du gage du Code civil, parce que son droit de préférence va se voir moins efficace en cas de concours. En outre, la Cour de cassation a expressément exclut, par un arrêt tout récent[1255], l'application des règles du gage du Code civil au profit du gage des stocks : « *s'agissant d'un gage portant sur des éléments visés à l'article L. 527-3 du Code de commerce, les parties, dont l'une est un établissement de crédit, ne peuvent soumettre leur contrat au droit commun du gage de meubles sans dépossession de l'article 2333 du Code civil mais doivent appliquer l'article L. 527-1 du Code de commerce»*. Dans ce sens, une réponse ministérielle de 2007[1256] rendue à propos du gage automobile laissait déjà entendre que la réglementation du gage de droit commun n'avait vocation à appréhender une opération de crédit qu'à défaut d'un dispositif spécial.

894.Nous pouvons penser que les hauts magistrats français auraient préféré l'adage « *specialia genralibus derogant* » comme une obligation pour les parties conventionnelles en cas de concurrence entre les règles de droit commun et celles de droit spécial*[1257]*. Il convient, au demeurant, de mentionner que la Loi Macron*[1258]* vient d'effectuer une modification significative sur le régime du gage des stocks en supprimant la disposition portant sur l'interdiction du pacte commissoire. Il semble que la distinction entre le gage sans dépossession du Code civil et le gage des stocks

---

[1254] Art. L. 522-31, C. com.

[1255] Com., 19 févr. 2013, n° 11-21.763, JurisData n° 2013-002730 ; *Dr. et patrimoine* juillet-août 2013, p. 96, obs. A. Aynès ; *JCP G* 2013, 299, obs. A. Cerles ; *RTD civ.* 2013, p. 418, obs. P. Crocq ; *D.* 2013, p. 493, obs. R. Dammann et G. Podeur ; *JCP G* 2013, 585, n° 16, obs. Ph. Delebecque ; *Gaz. Pal.* 20-21 mars 2013, p. 22, obs. M.-P. Dumont-Lefrand ; *D.* 2013, p. 1176, obs. H. Guillou ; *Act. proc. coll.* 2013, comm. 71, obs. E. Le Corre-Broly ; *RD bancaire et fin.* 2013, comm. 59, obs. D. Legeais ; *RLDC* avril 2013, p. 35, obs. G. Marraud des Grottes ; *JCP G* 2013, 539, note N. Martial-Braz ; *Gaz. Pal.* 12-13 avril 2013, p. 29, obs. P. Pailler ; *Banque et droit*, n° 148, mars-avril 2013, p. 52, obs. N. Rontchevsky. – *Adde*, à propos de cet arrêt, L. d'Avout et F. Danos, « Collisions de régimes juridiques en matière de sûretés réelles » : *Dr. et patrimoine* juill.-août 2013, p. 24 s. – Ch. Gijsbers, « L'exclusion du droit commun du gage par le régime spécial du gage des stocks » : *RLDC* avr. 2013, p. 26. – V. Lasborde-de Virville, « L'avenir incertain du gage de stocks du Code de commerce après l'arrêt du 19 février 2013 : à propos de l'interdiction d'une soumission conventionnelle au gage du Code civil » : *Rev. proc. coll.* 2013, étude 20.

[1256] Rép. min. à QE n° 1055 : *JOAN* Q. 9 oct. 2007, p. 6172. – V. également dans ce sens, D. Legeais, « Le nouveau droit du gage automobile », *JCP E* 2007, 1482.

[1257] Comp. avec : J.-J. Ansault, « Le gage du Code civil : gage de droit commun ou droit commun du gage ? », *in* Colloque « Les sûretés réelles en quête de droit commun », *RD ban. et fin.*, n° 5, sept. 2014, dossier 39, n° 6.

[1258] L. n° 2015-990, 6 août 2015 : *Journal Officiel* du 7 Aout 2015.

du Code de commerce devient moins patente. La raison de choisir l'un au détriment de l'autre est moins évidente. Ainsi, Professeur Legeais a pu remettre en cause l'utilité de maintenir ce gage spécial[1259].

895.**Gage du droit commun : une qualification appropiée.** - Néanmoins, le titre du Code civil pour la section intitulé « Du droit commun du gage » conféré par les auteurs de la réforme de 2006, a, semble-t-il, donné une réponse à la question posée. Si bien c'est cette solution qui a été voulue par les législateurs français, la question se posera de savoir si ce droit commun du gage doit céder le passage à chaque fois qu'il existe des règles spéciales, comme la solution qu'a été choisie par la chambre commerciale de la Cour de cassation, ou bien une application s'impose bien au détriment des règles spéciales, comme la stratégie de conquête proposée par M. Ansault[1260] ? La Cour d'appel de Paris[1261] a donné une réponse, favorable à cette *summa divisio* entre le gage et le nantissement, dans un arrêt qui traite toujours la même concurrence entre le gage du Code civil et le gage des stocks du Code commerce, en optant une solution inverse à celle de la Cour de cassation. Parce qu'en regroupant les sûretés réelles portant sur les meubles corporels, une telle classification devrait permettre l'application des règles à, au moins, la plupart de ces institutions.

Si bien qu'un droit commun du gage existe en droit français, il n'en va pas de même pour le droit chinois.

[1259] Comp, Y. Paclot, note sous CA Paris, pôle 5, ch. 9, 27 févr. 2014, *JCP E* 2014, 1218 : « qui pourrait regretter qu'une loi mal faite demeure inappliquée ? »

[1260] J.-J. Ansault, « Le gage du Code civil : gage de droit commun ou droit commun du gage ? », *in* Colloque « Les sûretés réelles en quête de droit commun », *RD ban. et fin.*, n° 5, sept. 2014, dossier 39, n° 14.

[1261] CA Paris, pôle 5, 9e ch., 27 févr. 2014, RG 13/03840 : *JCP G* 2014, doctr. 635, n° 19, obs. Ph. Delebecque ; *D.* 2014, p. 924, obs. Ch. Gijsbers ; *Banque et droit*, n° 155, mai-juin 2014, p. 58, obs. N. Rontchevsky. *Adde* Y. Beckers, « Quel gage pour les établissements de crédit ? Gage de droit commun sans dépossession ou gage de stocks ? », *RD ban. et fin.* 2014, meilleure pratique 4.

b - En droit chinois

896.Comme nous avons déjà mentionné la critique faite par M. DONG sur la trilogie des sûretés réelles chinoises conventionnelles portant sur les biens mobiliers, cette classification tripartite n'est pas faite selon un même critère.

897.**Les différences entre le gage et l'hypothèque chinoise.** – Si bien que les sûretés réelles chinoises conventionnelles portant sur les meubles corporels pourraient être soumises à l'hypothèque et au gage, la différence est réduite aux règles quant à la constitution[1262]. Pour l'hypothèque des meubles corporels, l'inscription, qui sert à la publicité et rend la sûreté opposable aux tiers, n'est pas obligatoire ; mais pour le gage, la dépossession, qui sert aussi à rendre la sûreté opposable aux tiers, est obligatoire. Cette différence quant à la constitution de l'hypothèque et du gage a été critiquée violemment par les auteurs chinois[1263]. L'idée est d'aligner le gage à l'hypothèque en mettant, de manière générale, la publicité de la sûreté comme une condition *ad probationem* ; autrement dit de faire comme le droit français, prévoir la dépossession comme une condition non-obligatoire pour constater la validité du gage. Pourrait-on aussi constater une seconde différence entre le gage et l'hypothèque : la charge de la conservation du bien grevé. Il est logique que la conservation du bien soit mise à la personne qui garde la possession du bien. Ainsi, pour l'hypothèque, c'est le constituant[1264] qui est chargé de la conservation de l'assiette de la sûreté ; et pour le gage, c'est principalement le créancier[1265] qui devrait remplir les obligations de faire et de ne pas faire sur le bien grevé.

898.Enfin, une dernière différence entre l'hypothèque et le gage se trovue dans les dispostions de la Loi chinoise du droit de faillite (LDF). L'article 37 de cette loi

---

[1262] DONG Xueli, « L'uniformisation de notre droit des sûretés réelles mobilières conventionnelles », *Chinese Journal of law*, n° 6, 2014, p. 99 à 115, spéc. p. 100 : pour cet auteur, la distinction entre l'hypothèque et le gage est faite selon que la sûreté soit constituée avec ou sans dépossession.
[1263] DONG Xueli, « L'uniformisation de notre droit des sûretés réelles mobilières conventionnelles », *Chinese Journal of law*, n° 6, 2014, p. 99 à 115, spéc. p. 100. *Contra* v. par ex. ZHU Yan, GAO Shengping et CHEN Xin (朱岩，高胜平，陈鑫), Commentaire de la LDR (中国物权法评注), Press of Beijing University (北京大学出版社), 2007, p. 699.
[1264] Art. 191, LDR.
[1265] Art. 215, LDR.

prévoit expressément que l'administrateur de l'entreprise [1266] débitrice peut, par paiement ou par la substitution de sûreté (sous conditions que le créancier l'accepterait), récupérer les biens gagés ou les biens retenus par un créancier rétenteur. Ainsi, c'est d'admettre la possibilité pour les créanciers gagistes et les créanciers rétenteurs de se faire payer avant la distribution d'actifs de l'entreprise débitrice. Mais, ce droit n'est pas ouvert aux créanciers hypothécaires.

899.**Hypothèque mobilière : une exception au gage chinois ?** – En effet, certains vont pouvoir indiquer que l'hypothèque mobilière pourrait être une exception du gage mobilière. Ainsi, le gage des meubles corporels constituera le droit commun des sûretés réelles conventionnelles portant sur les meubles corporels. Une telle idée ne sera pas fondée au regard de l'importance des créances garanties par une hypothèque mobilière par rapport aux créances garanties par un gage des meubles corporels. Il convient d'admettre que l'hypothèque mobilière et le gage des meubles corporels sont d'importance égalitaire.

900.**Absence d'un droit commun des sûretés réelles mobilières.** – Force est de constater que le nombre de différences entre le gage et l'hypothèque est plus important que celui des points communs. Il n'existe pas « un droit commun », en droit chinois, des sûretés réelles conventionnelles portant sur les meubles corporels.

En effet, en matière de sûretés réelles portant sur les biens incorporels, il n'existe ni en France ni en Chine, un droit commun des sûretés réelles portant sur les meubles corporels..

[1266] Il convient de souligner que la Loi chinoise du droit de faillite ne vise que les entreprises, personnes morales, mais pas les personnes physiques (art.1).

B – Une absence de droit commun des sûretés réelles portant sur les meubles incorporels

901.En matière de sûretés réelles conventionnelles sur les meubles incorporels, les choix des législateurs français et chinois sont les mêmes au moins en deux sens : d'une part, l'absence de droit commun (a), et d'autre part, la présence d'un article de renvoi au régime du « gage des meubles corporels de droit commun » (b).

a - Absence d'un droit commun

902.**En droit français.** – En France, la première recherche d'un droit commun des sûretés réelles conventionnelles portant sur les biens incorporels a été effectuée par Mme Lisanti [1267] en 2001. L'objet de cette recherche, autrement dénommé « *systématisation* », est exactement le même que le nôtre qui est la simplification du droit[1268]. Par contre, pour cet auteur, il n'existe pas « un » droit commun, mais « deux » droits communs, pour toutes les sûretés réelles conventionnelles sur meubles incorporels. Malgré la réforme de 2006, il semble que la base de recherche n'a pas changé, parce que d'une part, l'uniformisation souhaitée n'est pas effectuée par les membres du groupe de travail[1269], et d'autre part, seulement une nouvelle sûreté réelle préférentielle a été créée[1270] : le nantissement de créance de droit commun. Autrement dit, il n'existe pas de droit commun expressément prévu par les textes légaux.

[1267] C. LIsanti-Kalczynski, *Les sûretés réelles conventionnelles sur meubles incorporels*, préf. F. Pérochon, Litec 2001.

[1268] C. LIsanti-Kalczynski, *Les sûretés réelles conventionnelles sur meubles incorporels*, préf. F. Pérochon, Litec 2001, n° 13, p. 13 : « *La juxtaposition de différents régimes des sûretés conventionnelles propres à chaque bien incorporel paraît refléter la fragmentation de la matière, ce qui est source de complexité et est donc facteur d'insécurité juridique. À l'inverse, une meilleure connaissance de leur régime et donc une* ***simplification*** *du droit résulterait de leur systématisation* ».

[1269] Y. Picod, *Droit des sûretés*, 2e éd. PUF 2011, n° 233, p. 317 ; C. Lisant, « Quelques remarques à propos des sûretés sur meubles incorporels », *D.* 2006, chr. 2671 ; G. Piette, « Le nantissement de meubles incorporels », *RLDC* mars 2007, 90 ; D. Legeais, *Droit des sûretés et garanties du crédit*, 10e éd. LGDJ 2015, n° 510, p. 347.

[1270] En consacrant la notion du nantissement des biens incorporels, les législateurs n'ont pas déterminé un régime commun du nantissement des biens incorporels, or, presque tous les articles soumis à ce même chapeau parlent particulièrement de nantissement de créance. Ainsi, certains auteurs français ont

903.En effet, des points communs peuvent être trouvés au sein des meubles incorporels. Par exemple, Mme Lisanti a, à juste titre, indiqué une catégorie de bien incorporels dont l'existence nécessite le travail des personnes : les « biens d'exploitation »[1271]. Ce sont des biens incorporels qui naissent de l'activité humaine, par la transformation d'un travail en un capital, par une sorte d'incorporation du travail en un bien[1272]. Néanmoins, ces biens doivent être distingués avec les biens non d'exploitation, notamment, pour lesquels la valeur ne dépend pas du travail du propriétaire, tels que les créances, les parts sociales et les valeurs mobilières. En se basant sur cette distinction, Mme Lisanti a constitué la dualité de droit commun en matière de sûreté réelles conventionnelles portant sur les meubles incorporels : un droit commun à l'instar du gage de droit commun, et l'autre à l'instar de l'hypothèque immobilière.

904.Une autre recherche d'un droit commun de nantissement est beaucoup plus récente, effectuée par M. Julienne en 2014[1273]. En constatant la diversité des régimes de sûretés réelles portant sur les meubles incorporels, cet auteur souligne, au début de son discours, que « *La référence insistante aux régimes spéciaux révèle que le nantissement de meuble incorporel ne présente guère d'unité* ». Ainsi la recherche effectuée n'est pas exactement une recherche de droit commun pour les nantissements mais de tester une possibilité : est ce qu'il est possible de considérer le régime du gage des meubles corporels comme le droit commun des nantissements.

905.**En droit chinois.** – Après l'énumération de biens incorporels susceptibles être gagés, le législateur chinois de 1995 a, par la suite, consacré trois régimes différents portant, respectivement, sur trois grandes catégories de biens incorporels. Dans la première catégorie, se trouve les lettres de change, les chèques, les billets à ordre, les

---

pu, à juste titre, indiquer que l'ordonnance du 23 mars 2006 a créé une nouvelle sûreté réelle préférentielle : le nantissement de créance de droit commun. V. en ce sens, par ex. D. Legeais, *Droit des sûretés et garanties du crédit*, 10e éd. LGDJ 2015, n° 512 et s., p. 348 et s.

[1271] Sur la notion des « biens d'exploitation » : C. LIsanti-Kalczynski, *Les sûretés réelles conventionnelles sur meubles incorporels*, préf. F. Pérochon, Litec 2001, n° 22, p. 21.

[1272] P. Catala, « La transformation du patrimoine dans le droit civil », *RTD civ*. 1966, p. 185 et s., n° 22.

[1273] M. Julienne, « Le régime du gage : droit commun du nantissement ? », *in* Colloque « Les sûretés réelles en quête de droit commun », *RD ban. et fin.* n° 5, sept. 2014, dossier 40.

titres de créance, les titres de dépôts, les warrants de dépôt et les polices de chargement [1274] ; dans la deuxième, les parts de fonds et les parts sociales transmissibles[1275] ; et dans la dernière, le droit exclusif d'une marque, les brevets et les autres propriétés intellectuelles transmissibles[1276]. La réforme de 2007 n'a fait que de garder la même structure en ajoutant une autre catégorie de biens incorporels : les créances actives[1277]. Autrement dit, il existe au moins quatre régimes différents de « gage des droits » à l'issue de la Loi chinoise des droits réels.

906.En effet, les dispositions particulières à chaque catégorie de biens incorporels n'arrivent pas à constituer un régime complet du gage de droits. Par exemple, pour les lettres de change, les chèques, les billets à ordre, les titres de créance, les titres de dépôts, les warrants de dépôt et les polices de chargement, l'article 224[1278] de la Loi des droits réels n'a prévu que des règles sur la constitution et l'article 225 de cette même loi ne prévoit que la solution pour l'hypothèse dans laquelle, le terme des titres mis en gage arrive avant le terme de la créance garantie. Avec des règles, nous ne pouvons clairement pas constituer un régime complet d'une sûreté. Nous ne pouvons que les considérer comme des règles particulières d'un gage spécial. Par contre, le droit commun est en manque.

907.La réponse à cette question ne peut être trouvée dans le dernier article de cette section portant sur le gage des droits : l'article 229 qui a effectué un renvoi par les termes suivants, saufs les dispositions de cette section, les règles prévues dans la section portant sur le gage des meubles corporels s'appliquent au gage des droits. Egalement, en droit français, une disposition a assez attiré l'attention des auteurs[1279], celle de l'article 2355, al. 5, du Code civil, qui fait appliquer les règles du gage de meubles corporels aux nantissements, « à défaut de dispositions spéciales ». La

[1274] Art. 76 et 77, LS.
[1275] Art. 78, LS.
[1276] Art. 79 et 80, LS.
[1277] Art. 228, LDR.
[1278] Même que l'article 76 de la Loi des sûretés.
[1279] M. Julienne, « Le régime du gage : droit commun du nantissement ? », *in* Colloque « Les sûretés réelles en quête de droit commun », *RD ban. et fin.* n° 5, sept. 2014, dossier 40 ; CH. Juillet, « Les sûretés réelles traditionnelles entre passé et avenir », *in Liber amicorum Christian Larroumet*, Economica 2010, p. 241 et s.

question est, ainsi, de savoir si le gage des meubles corporels constitue le droit commun des nantissements[1280], comme l'indique le discours de M. Julienne.

b - Présence d'un article de renvoi au gage des meubles corporels de droit commun

908.**En droit français.** – Plusieurs critiques pourraient être faites sur cet article de renvoi.

909.**Ambiguïté de renvoi.** – La première critique peut être faite sur l'ambiguïté de l'objet de renvoi. Nous savons bien que l'immatérialité des biens incorporels est incompatible avec l'exigence de la tradition matérielle du bien. Par contre, certains biens incorporels peuvent faire l'objet d'une véritable tradition, tels que les actifs scripturaux, qui sont susceptibles de « déplacement » par virement de compte à compte[1281]. Sans même qu'intervienne le moindre régime spécial, la dualité du gage de droit commun retentit donc sur le nantissement, que l'on voit se scinder en deux, selon que le bien qu'il s'agit d'affecter en garantie est ou non susceptible de possession[1282].

910.Par l'expression les « règles prévues pour le gage de meubles corporels », nous ne pouvons pas savoir s'il faut prendre en compte les règles de gage spécial, notamment le gage commercial prévu par l'article L. 521-1 et suivants du Code de commerce. Pour nous, les règles du gage commercial devraient, le cas échéant, être applicables[1283]. Parce que rappelons que les règles du gage du Code civil ne sont applicables qu'à défaut de dispositions spéciales[1284]. Par exemple, la disposition généralisant l'autorisation du pacte commissoire, dont la réalisation n'est pas

---

[1280] Sur une réponse affirmative : CH. Juillet, « Les sûretés réelles traditionnelles entre passé et avenir », *in Liber amicorum Christian Larroumet*, Economica 2010, p. 241 et s., n° 25 : « *la sûreté de droit commun, tant pour les meubles corporels que les meubles incorporels, est le gage* ».
[1281] Ex. M. Mignot, « Le nantissement de quota d'émission de gaz à effet de serre », *RD ban. et fin.* 2009, étude 26, n° 20 et s.
[1282] M. Julienne, « Le régime du gage : droit commun du nantissement ? », *in* Colloque « Les sûretés réelles en quête de droit commun », *RD ban. et fin.* n° 5, sept. 2014, dossier 40, n° 7, *in fine*.
[1283] En ce sens, Ph. Dupichot, « Le nantissement un an après », *LPA* 27 mars 2008, n° 63, p. 27, n° 32.
[1284] V. not. Com. 19 févr. 2013, n° 11-21.763, arrêt précité.

compatible avec le caractère *intuitu personae* de certaines parts sociales[1285], ne s'applique pas à tous les cas de nantissement des biens incorporels.

911.**Effet indésirable.** – La seconde critique pourrait être faite sur l'effet indésirable du renvoi. L'application des « règles du gage des meubles corporels » au nantissement des biens incorporels suppose qu'il n'existe pas de dispositions particulières. La première chose à faire est, donc, de déterminer le domaine des dispositions spéciales. Pour certains nantissements spéciaux, les législateurs français ont prévu un régime, plus ou moins complet[1286] ; mais dans les autres cas[1287], ils se contentent de prévenir une simple possibilité qu'une telle variété de biens incorporels puisse servir à l'assiette d'un nantissement. En effet, il n'existe pas de reconnaissance expresse d'une forme de sûreté sur les brevets dans le Code de la propriété intellectuelle, qui ne fait que l'évoquer à l'article R. 613-55, alinéa premier. Il en est de même pour les dessins et modèles aux articles R. 512-15, alinéa 1er et R. 513-2, alinéa 3, ainsi que pour les certificats des obtentions végétales à l'article R. 623-36 et les topographies de produits semi-conducteurs à l'article L. 622-7[1288] dudit Code. Quant aux marques, l'article L. 714-1, alinéa 2, du même Code prévoit expressément la possibilité de constituer une sûreté sur les droits d'exploitation qui en résultent mais ne donne aucune indication relative à son régime[1289]. Ainsi, la question est de savoir si nous allons appliquer les règles du gage des meubles corporels seulement aux biens dont le régime de sûreté fait défaut, ou bien dans tous les cas lacunaires des dispositions spéciales. La seconde option n'est pas tout à fait préférable pour les magistrats, parce

---

[1285] V. en ce sens, Ph. Dupichot, « Le nantissement un an après », *LPA* 27 mars 2008, n° 63, p. 27, n° 33.

[1286] Par ex. en matière de nantissement du fonds de commerce et artisanal, un régime plus ou moins complet est directement prévue par la loi du 17 mars 1909 (art. L. 141-1 et s., C. com.) ; en matière de sûreté sur les droits d'exploitation des logiciels comme des films cinématographiques font l'objet de dispositions plus complètes (art. 31 et s. du Code de l'industrie cinématographique).

[1287] En ce sens, v. C. LIsanti-Kalczynski, *Les sûretés réelles conventionnelles sur meubles incorporels*, préf. F. Pérochon, Litec 2001, n° 340 et s., p. 269 et s.

[1288] Le nantissement de ces biens dépend du régime du « gage des brevets ».

[1289] L'article L. 715-2, 4°, du Code de la propriété intellectuelle exclut toutefois la possibilité de constituer un gage sur une marque collective. La notion de la marque collective est définie par l'article L. 715-1 du Code de la propriété intellectuelle : « *La marque est dite collective lorsqu'elle peut être exploitée par toute personne respectant un règlement d'usage établi par le titulaire de l'enregistrement. La marque collective de certification est appliquée au produit ou au service qui présente notamment, quant à sa nature, ses propriétés ou ses qualités, des caractères précisés dans son règlement* ».

qu'une décision récente a écarté l'application du régime du gage, au motif que « les nantissements de fonds de commerce sont régis par des textes spéciaux »[1290]. La formule a pu être jugée excessive, dans la mesure où les textes spéciaux du Code de commerce sont muets quant à la question qui était ici en cause, à savoir celle du droit de rétention du gagiste sans dépossession[1291], parce que l'une des fonctions du droit commun est précisément de combler les lacunes du droit spécial[1292]. Par contre, il convient de souligner que la cause de cette hésitation jurisprudentielle à appliquer la disposition de l'article 2286 du Code civil au nantissement du fonds de commerce n'est pas l'ambigüité de la disposition de renvoi, mais l'opportunité d'étendre le domaine d'application du droit de rétention fictif prévu par l'article 2286, 4°, du code civil aux biens incorporels.

912.**Rapprochement de l'hypothèque et des nantissements.** – En outre, il semble que le régime d'hypothèque adapte mieux le statut du droit commun pour compléter les lacunes des dispositions du nantissement du fonds de commerce, notamment en ce qui concerne l'obligation d'inscription au moment de la constitution, le droit de suite accordé au créancier nanti, et enfin, la procédure de purge[1293]. Certaines décisions montrent d'ailleurs que c'est parfois le régime de l'hypothèque qui sert à combler les lacunes du droit spécial du nantissement de fonds de commerce[1294], et bien que l'on y voie la marque d'un raisonnement par analogie, fondé sur la proximité entre les deux

---

[1290] Com., 26 nov. 2013, n° 12-27.390, JurisData n° 2013-027323 ; *RTD civ.* 2014, p. 158, obs. P. Crocq : rejetant le pourvoi dirigé contre un arrêt ayant retenu que « *l'article 2286-4° du code civil issu de la loi du 4 août 2008 n'est applicable qu'aux biens corporels* ». Mais la portée de l'arrêt est ambiguë, car les juges d'appel avaient aussi invoqué, pour écarter le droit du gage, l'existence d'un régime spécifique au nantissement de fonds de commerce (V. aussi, CA Lyon, 18 oct. 2012 : *D.* 2013, p. 1706, obs. P. Crocq, spéc. p. 1714).

[1291] P. Crocq, « Nantissement du fonds de commerce et refus du droit de rétention fictif de l'article 2286, 4°, du Code civil », obs. sous Com., 26 nov. 2013, n° 12-27.390, *RTD civ.* 2014, p. 158.

[1292] Ch. Goldie-Génicon, *Contribution à l'étude des rapports entre le droit commun et le droit spécial des contrats*, préf. Y. Lequette, Bibl. dr. privé, t. 509, LGDJ, 2009, n° 288 s.

[1293] V. Ch. Gijsbers, *Sûretés réelles et droit des biens*, th. Paris II, 2012 (dir. M. Grimaldi), n° 626. Rappr. C. LIsanti-Kalczynski, *Les sûretés réelles conventionnelles sur meubles incorporels*, préf. F. Pérochon, Litec 2001, n° 448 et s., p. 351 et s.

[1294] Com., 14 janv. 1997, n° 95-12.108, JurisData n° 1997-000108 ; *Bull. civ.* 1997, IV, n° 15, raisonnant « comme en matière d'hypothèque » et appliquant au renouvellement de l'inscription la solution de l'article 2435, alinéa 3 du Code civil.

sûretés[1295], on peut se demander si le droit hypothécaire n'est pas simplement appliqué, de façon subsidiaire, en tant que droit commun[1296] en matière de sûretés réelles portant sur les meubles incorporels.

913.En somme, avec cette disposition de renvoi, nous ne trouvons toujours pas un droit commun des sûretés réelles conventionnelles sur les meubles incorporels, en droit français. Nous allons néanmoins tenter une chance en droit chinois.

914.**En droit chinois.** – A la différence avec le droit français, comme nous avons déjà montré, il n'existe pas un régime complet pour le « gage spécial des droits ». Ainsi, cette disposition de renvoi de l'article 229 de la Loi des droits réels devrait avoir un double fonctionnement. D'une part, par un renvoi aux règles du gage des meubles corporels, le législateur chinois aurait dû pouvoir compléter les régimes des gages de droits ; d'autre part, il applique le même régime du gage des meubles corporels aux sûretés portant sur les biens incorporels qui ne sont pas expressément énumérés par l'article 223 de la Loi des droits réels[1297]. Il est logique de demander si, par cette disposition de renvoi, le législateur avait voulu constituer un cinquième régime du gage des droits.

915.Quant au fonctionnement tendant à compléter le régime du gage des droits par les règles du gage des meubles corporels, certains auteurs chinois[1298] ont expressément indiqué que sauf la différence sur la nature de l'assiette, le gage des meubles corporels et le gage des droits n'a pas d'autre différence au niveau de la nature juridique. Sur l'article 229, ils expliquent que devraient être appliquées au gage des droits, les règles portant sur l'acte constitutif, la prohibition du pacte commissoire, les obligations (de

---

[1295] J.-P. Rémery, rapp. sur Com., 14 janv. 1997, n° 95-12.108, JurisData n° 1997-000108, *D.* 1997, p. 315.
[1296] Ceci pourrait également valoir pour le nantissement de film : V. Ch. Gijsbers, th. préc., n° 614, évoquant « l'architecture fondamentalement hypothécaire du nantissement de films ».
[1297] Art. 233, (7), LDR. « Tous les biens que les lois et les décrets autorisent à être gagé ».
[1298] WU Qian et les autres (吴谦主编), *Property law of the People's Republic of China, Commentary & Application* (*中华人民共和国物权法注释全书*), Law press (法律出版社), 2012, p. 602.

la conservation) du créancier gagiste, les moyens de la réalisation du gage et enfin le gage plafonné[1299].

916.**Inapplicabilité d'obligation de conservation.** – Par contre, il semble que les obligations pour le créancier gagiste sur la conservation du bien grevé ne sont pas applicables au gage des droits, parce que ces droits ne sont pas matériellement tangibles. Comment peut-on exiger la conservation d'un bien lorsque l'utilisation est conférée à une autre personne ? Il en est notamment en cas de gage du droit monopole d'exploitation d'une marque (*商标专用权/Shang Biao Zhuan Yong Quan*)[1300]. Dans cette hypothèse particulière, ce n'est pas la marque qui sert à l'assiette du gage mais le droit monopole d'exploitation, qui est normalement conservé par le constituant. Autrement dit, a priori, le constituant conserve le monopole d'exploitation de la marque. Il n'est manifestement pas logique d'obliger le créancier gagiste à conserver le bien grevé. En appliquant la règle mettant la charge de la conservation du bien grevé au créancier, dans cette hypothèse, le gage des meubles corporels accorde indirectement à ce dernier un droit d'agir en justice à chaque fois qu'il aura eu la connaissance d'une violation du droit d'exploitation monopole de la marque gagée, tout en libérant le constituant de son obligation de protéger le droit qui lui appartient. C'est de violer la disposition de l'article 60 de la même loi qui prévoit notamment que seulement les intéressés ont le recours, y compris notamment le propriétaire et les usufruitiers.

917.**Caractère *intuitu personae* des parts sociales.** – En outre, quant à la réalisation du gage des droits, l'application de la même procédure de la réalisation à tous les gages, tant portant sur les meubles corporels et sur les meubles incorporels, n'est pas opportun à savoir il existe des biens *intuitu personae*, par exemple, les parts sociales de certaines entreprises. Pour ces biens, la vente forcée doit avoir lieu après l'exercice

[1299] WU Qian dir. (吴谦主编), *Property law of the People's Republic of China, Commentary & Application* (*中华人民共和国物权法注释全书*), Law press (法律出版社), 2012, p. 602.
[1300] Ainsi la protection du droit d'exploitation de la marque est matérialisée par la sanction des actes qui a pour effet ou pour objet de nuire l'exploitation monopole du titulaire de ce droit. V. not. Art. 57, Loi chinoise du droit de la marque du 23 août 1982 (dernière modification : le 30 août 2013).

du droit de préemption des autres associés ou actionnaires. Il en est de même pour le droit d'auteur lorsqu'il existe plusieurs auteurs d'un même ouvrage[1301].

918.**Dépossession impossible.** – Une autre critique pourrait être faite en ce qui concerne l'application des règles du gage des meubles corporels au gage des droits portant sur les biens qui ne sont pas énumérés par l'article 233. Comme nous avons déjà montré dans l'analyse précédente, l'immatérialité du bien grevé est incompatible avec l'exigence de la dépossession.

919.Au demeurant, même s'il est opportun d'appliquer les règles du gage des meubles corporels au gage des droits, il convient de constater une multitude de régimes. En effet, les éléments les plus importants d'un régime d'une sûreté réelle sont les règles portant sur la constitution, la conservation et la réalisation de la sûreté. Mais pour ces différents régimes de gage de droits, il n'existe pas de point commun au regard de ces trois éléments. Pourrait-on ainsi conclure en une absence de droit commun des sûretés réelles portant sur les biens incorporels malgré cette disposition de renvoi ?

Conclusion de la section 1

920.A travers d'une analyse comparative, nous pouvons constater qu'il n'existe pas, *stricto sensu*, de droits communs en matière de sûretés réelles portant sur les meubles corporels et sur les meubles incorporels, ni en droit français ni en droit chinois.

921.Ne permettant pas l'application d'un nombre important de règles communes aux sûretés réelles regroupées, la classification des sûretés réelles mobilières selon la nature corporelle ou incorporelle de l'assiette n'est pas celle que nous cherchons en vue d'une simplification du droit des sûretés réelles. La recherche continuera vers la classification entre les sûretés réelles civiles et les sûretés réelles commerciales.

[1301] Dans cette hypothèse particulière, la mise en gage du droit d'auteur est soumise à la condition du consentement de tous les auteurs (art. 3, Règlement chinois portant sur l'inscription du gage de droit d'auteur du 25 novembre 2010).

Section 2 – La distinction entre les sûretés réelles civiles et les sûretés réelles commerciales

922.Une distinction entre les sûretés réelles de droit commun et les sûretés réelles commerciales suppose, d'abord, qu'il existe de critères permettant une claire distinction entre un contrat de droit commun avec un contrat commercial. Ensuite, après la qualification de droit commun ou de droit commercial, pour chaque qualification, une série particulière de règles va être applicable. Ainsi, il convient, d'abord, de regarder la possibilité (§1) de cette distinction avant d'envisager l'opportunité de cette distinction (§2).

§1 – La possible distinction entre les sûretés réelles mobilières civiles avec les sûretés réelles mobilières commerciales

923.La présentation de la possibilité de distinguer les sûretés réelles civiles avec les sûretés réelles commerciale en France (A) précédera celle sur la possibilité d'une telle distinction en droit chinois (B).

A – La possibilité d'une distinction en France

924.**Une distinction artificielle.** – La distinction entre les sûretés réelles civiles et commerciales n'est pas de soi en droit français, elle n'existait pas dans la première version du Code Napoléon et du Code de commerce. C'est depuis une loi du 19e siècle, que certaines règles particulières applicables que pour les gages commerciaux sont nées[1302]. La différence entre le droit civil et le droit commercial est due à la

[1302] Une loi du 23 mai 1863, *JORF* du 20 août 1944 p. 395.

nécessité de la rapidité des affaires, et aussi une sécurité renforcée. Peut-être, il va de même aussi pour les sûretés réelles commerciales ?

925.**Fondement juridique de la distinction.** – L'article L. 521-1 du code de commerce fixe les contours du gage commercial, en tant qu'il est un « *gage constitué soit par un commerçant, soit par un individu non commerçant, pour un acte de commerce, se constate à l'égard des tiers, comme à l'égard des parties contractantes, conformément aux dispositions de l'article L. 110-3*». La nature commerciale du gage découle de celle de la créance dont il est l'accessoire : le gage est commercial lorsqu'il garantit une dette commerciale, ceci indépendamment de la qualité des parties[1303]. De ce fait, le gage commercial est généralement qualifié d'« acte de commerce accessoire objectif »[1304]. Tout au plus la qualité des parties peut-elle induire une présomption indirecte de commercialité du gage, par application de l'article L. 110-1, 9º du code de commerce suivant lequel, notamment, « *toutes obligations entre négociants, marchands et banquiers* » sont réputées être des actes de commerce[1305]. De ce fait, le gage commercial peut porter sur des biens de natures très différentes, corporelles comme incorporelles, parce que la nature de bien grevé n'est pas pris en compte dans la commercialité de la créance garantie[1306]. En outre, le mode d'affectation du gage commercial peut aussi être très différent, parce que « *le gage peut également être établi par un transfert, à titre de garantie,* (…) »[1307].

926.En somme, étant nommé de « gage commercial », cette institution est capable de rendre compte toutes les sûretés réelles mobilières, préférentielles comme exclusives, garantissant une dette commerciale. En outre, une dette garantie par une sûreté réelle

---

[1303] Cass. civ. 9 janv. 1905, *S.* 1907. 1. 11 ; Cass. req. 10 mars 1915, *S.* 1916. 1. 5, note Ch. Lyon-Caen ; Cass. com. 11 juin 1974, *Bull. civ.* IV, n° 190 ; Cass. com. 23 oct. 1984, *Bull. civ.* IV, n° 278.
[1304] Par exemple, G. Ripert et R. Roblot, *Traité élémentaire de droit commercial*, t. II, 15e éd., 1996, par Ph. Delebecque et M. Germain LGDJ, n° 2599 ; Ph. Simler et Ph. Delebecque, *Les sûretés. La publicité foncière*, 4e éd., 2004, précis Dalloz, n° 620 ; J. Mestre, E. Putman et M. Billiau, *Droit spécial des sûretés réelles*, 1996, LGDJ, n° 777.
[1305] D. Houtchieff, « Gage commercial », *Répertoire commercial*, Dalloz, 2015, n° 2.
[1306] Y. Picod, *Droit des sûretés*, 2e éd., PUF 2011, n° 213, p. 301 : le critère retenu pour qualifier un gage de commercial est d'une grande simplicité : le gage constitué en garantie d'une dette commerciale est commercial, par application de la théorie de l'accessoire ; v. également en ce sens, M. Cabrillac, Ch. Mouly, S. Cabrillac et Ph. Pétel, *Droit des sûretés*, 9e éd. Litec 2010, n° 746, p. 559.
[1307] Art. L. 521-1, al. 3 *in fine*, C. com.

est soit civile soit commerciale. Ainsi, la distinction entre les sûretés réelles mobilières civiles et les sûretés réelles mobilières commerciales est fort possible en France. Il convient maintenant d'analyser s'il est possible d'effectuer cette distinction en droit chinois.

B – La possibilité d'une distinction en Chine

927.Au regard du droit positif chinois, il faut admettre qu'une distinction entre les sûretés réelles civiles avec les sûretés réelles commerciales n'est pas possible, au moins la structure juridique ne le permet pas, parce qu'il n'existe pas de critère permettant la distinction entre le contrat civil et le contrat commercial. Mais il ne faut absolument pas perdre l'espoir, parce qu'elle est possible au regard de l'avant-projet des principes généraux des affaires[1308] qui permettent une distinction plus ou moins claire entre le droit civil avec le droit commercial.

928.**L'absence de fondement juridique au regard du droit positifs.** – En effet, en droit chinois positif, il n'existe pas de Code de commerce, comme en France, qui englobe la plupart des règles spéciales du droit commercial. Nous avons, en Chine, la Loi des entreprises[1309], la Loi des effets de commerce[1310], la Loi du droit maritime[1311], la Loi des assurances[1312], la Loi des fiducies[1313] et la Loi de la faillite[1314], mais il n'existe pas une loi qui prévoit, de manière expresse, la notion du commerçant et des actes commerciaux qui sert à distinguer le contrat commercial avec le contrat civil[1315]

[1308] L'avant-projet des principes généraux des affaires de la République Populaire de Chine (« 中华人民共和国商事通则 »建议稿), publié le 24 juin 2015, http://www.icaijing.com/laws/article4829211/ (consulté le 10 août 2015).
[1309] La Loi chinoise des entreprises du 29 décembre 1993, dernière modification le 27 octobre 2005, entrée en vigueur le 1er janvier 2006.
[1310] La Loi chinoise des effets de commerce du 10 mai 1995, entrée en vigueur le 1er janvier 1996.
[1311] LDM du 7 novembre 1992, entrée en vigueur le 1er juillet 1993.
[1312] La Loi chinoise des assurances du 30 juin 1995, dernière modification le 28 février 2009, entré en vigueur le 1er octobre 2009.
[1313] La Loi chinoise des fiducies du 28 avril 2001, entrée en vigueur le 1er octobre 2001.
[1314] La Loi chinoise du droit de faillite du 27 août 2006, entrée en vigueur le 1er juin 2007.
[1315] V. en ce sens, par ex. ZENG Dapeng (曾大鹏), « Les principes généraux du droit commercial : la promotion ou l'abandon de la distinction ou l'unification du droit civil et du droit commercial » (商法

comme le Code de commerce français. Par contre, cela ne veut absolument pas dire qu'en Chine il n'est pas nécessaire de distinguer le droit civil avec le droit commercial. La discussion sur le mode de législation du Code civil chinois est largement ouverte, à savoir notamment s'il faut intégrer les règles du droit commercial dans le Code civil à l'instar du Code civil de Suisse. Autrement dit, la discussion est ouverte sur le choix de la séparation du droit civil avec le droit commercial[1316] ou l'unification du droit civil et du droit commercial.

929.**Distinction indispensable du droit commercial avec le droit commun.** – En effet, pour répondre à cette question, il faut admettre, d'abord, qu'il existe un droit commercial en dehors du droit civil. L'existence du droit commercial est constatée par l'existence de la notion du commerçant et les actes commerciaux qui servent à distinguer un contrat commercial avec un contrat civil. Ainsi, peu importe quel sera le choix opté, une distinction entre le droit commercial et le droit civil est toujours nécessaire[1317]. Pour ce faire, il convient de déterminer, en droit chinois, les critères de distinction, parce que les règles des lois spéciales disperses ne suffisent pas à régler tous conflits soulevés dans le monde des affaires[1318].

通则：扬弃民商分立与民商合一), 2008, (北大法律信息网), http://article.chinalawinfo.com:81/articles_print.asp?articleid=45412.

[1316] Sur une distinction des deux droits, v. par ex. WANG Yang (汪洋), « De la séparation ou l'unification du droit civil et du droit commercial » (浅谈民商分立与民商合一), 2012, (北大法律信息网) http://article.chinalawinfo.com:81/article_print.asp?articleid=73725 (Conculté le 10 août 2015).

[1317] V. aussi en ce sens, ZENG Dapeng (曾大鹏), « Les principes généraux du droit commercial : la promotion ou l'abandon de la distinction ou l'unification du droit civil et du droit commercial » (商法通则：扬弃民商分立与民商合一), 2008, (北大法律信息网), http://article.chinalawinfo.com:81/articles_print.asp?articleid=45412 (consulté le 10 août 2015); JIANG Ping (江平), « Des conseils sur la rédaction du Code civil » (关于制定民法典的几点意见), *Law Science* (法律科学) 1998(3).

[1318] V. en ce sens, WANG Baoshu (王保树), « Les principes généraux des affaires : au-delà de la séparation ou l'unification du droit civil et du droit commercial » (商事通则：超越民商分立与民商合一), *Chinese Journal of Law* (法学研究), 2005(1), p. 32 à 41 ; ZENG Dapeng (曾大鹏), « Les principes généraux du droit commercial : la promotion ou l'abandon de la distinction ou l'unification du droit civil et du droit commercial » (商法通则：扬弃民商分立与民商合一), 2008, (北大法律信息网), http://article.chinalawinfo.com:81/articles_print.asp?articleid=45412 (consulté le 10 août 2015).

930.Ainsi, Monsieur JIANG Ping[1319] a, très tôt, constaté cette nécessité et promu la détermination des principes généraux des affaires à l'instar des principes généraux du droit civil qui sont expressément prévus par le « *Min Fa Tong Ze* » de 1986[1320]. Sous la direction de M. WANG Baoshu, le groupe de travail a déterminé l'Avant-projet des « principes généraux des affaires » en 2012, qui furent publiés très tardivement en 2015 (Avant-projet de 2012).

931.Cet avant-projet servira la base sur laquelle la distinction entre les sûretés réelles civiles et les sûretés réelles commerciale est possible.

932.**La présence de possibilité au regard de l'avant-projet sur les principes généraux des affaires (*商事通则*/*Shang Shi Tong Ze*).** – L'avant-projet des principes généraux des affaires comporte dix chapitre : chapitre 1 : Généralités (*总则*) ; chapitre 2 : le commerçant(*商人*) ; chapitre 3 : l'inscription commerciale(*商事登记*) ; chapitre 4 : le nom commercial(*商号*) ; chapitre 5 : la cession d'activités (*营业转让*)[1321] ; chapitre 6 : les comptes sociaux (*商业账簿*) ; chapitre 7 : Droit de gestion et les autres mandats commerciaux (*经理圈与其他上市代理权*) ; chapitre 8 : les commissionnaires(*代理商*) ; chapitre 9 : les actes de commerce (*商行为*) ; chapitre 10 : annexes (*附则*). La distinction entre les actes civiles et les actes commerciaux devient, ainsi, beaucoup plus claire qu'auparavant.

933.En effet, cet avant-projet a notamment pour objet la détermination du commerçant et des actes de commerce[1322] en assurant la liberté d'entreprendre[1323] des commerçant, la rapidité[1324] et la sécurité renforcée des transactions[1325]. Aux termes de

---

[1319] JIANG Ping(江平), « Des conseils sur la rédaction du Code civil » (关于制定民法典的几点意见), *Law Science* (法律科学) 1998(3).
[1320] Loi chinoise du droit civil du 12 avril 1986, autrement appelé « principes généraux du droit civil » (*民法通则*/*Min Fa Tong Ze*).
[1321] En effet, cette notion, qui peut être autrement traduit comme « la cession du fonds d'exploitation » est proche celle de la cession du fonds de commerce.
[1322] Art. 8, Avant-projet de 2012.
[1323] Art. 3, Avant-projet de 2012.
[1324] Art. 4, Avant-projet de 2012.
[1325] Art. 5, Avant-projet de 2012.

cet avant-projet, un commerçant est une personne physique ou morale qui est capable[1326] d'exercer la gestion des affaires (*经营营业*) ou des actes de commerce[1327] à son propre nom. Une agence de comptabilité ou les autres sociétés de service civil sera considérée comme un commerçant lorsqu'elle exerce un acte de commerce[1328]. Sont les actes de commerce, les actes lucratifs, les actes de gestion exercés par un commerçant et les actes supplémentaires du commerçant qui ont pour objet des affaires[1329]. Un contrat sera soumis aux dispositions de cette « loi » lorsqu'une partie contractuelle est commerçante[1330], sauf en présence des dispositions légales contraires. A la différence avec le droit commercial français, cet avant-projet n'a pas énuméré tous les actes de commerce par nature[1331]. Tout au moins, il semble que la distinction entre un contrat commercial et un contrat civil est plus ou moins claire.

934.Si bien avec ces dispositions, il sera difficile de distinguer une sûreté réelle commerciale avec une sûreté réelle civile, les articles 86 et 87 de cet avant-projet prévoient de manière claire la notion des sûretés réelles commerciales chinoises. Les gages et les hypothèques constituées entre les commerçants sont des gages ou hypothèques commerciales[1332] ; le droit de rétention exercé par une personne d'une relation d'affaires est un droit de rétention commercial[1333]. Autrement dit, pour mener à une qualification commerciale, la qualité de commerçant pour le créancier et le débiteur est requise.

935.En outre, les dispositions [1334] portant sur la cession d'activités sont fort intéressantes, parce qu'il s'agit de la cession d'ensemble de biens, corporels et incorporels, permettant une exploitation commerciale et ayant pour effet de l'exploitation commerciale, autrement dit d'attirer des clients. Cette notion ressemble

---

[1326] La capacité n'est pas constatée par la capacité civique, mais une inscription préalable au registre de commerçant (art. 19 et s., Avant-projet de 2012)..
[1327] Art. 10, Avant-projet de 2012.
[1328] Art. 14, Avant-projet de 2012.
[1329] Art. 80, Avant-projet de 2012.
[1330] Art. 81, Avant-projet de 2012.
[1331] Art. L. 110-1, C. com.
[1332] Art. 86, Avant-projet de 2012.
[1333] Art. 87, Avant-projet de 2012.
[1334] Art. 40 et s., Avant-projet de 2012.

beaucoup à la notion française de la cession du fonds de commerce. La seule différence entre ces deux notions est que le fonds de commerce français ne comporte que des biens incorporels, alors que les biens cédés par la « cession d'activité » chinoise pourraient être des biens corporels[1335]. Si bien la cession de cette universalité de biens est possible, nous ne concevons pas pourquoi le législateur chinois va encore refuser à reconnaître la validité d'une sûreté réelle portant sur cet ensemble de biens[1336]. N'est ce pas reconnaître une nouvelle sûreté réelle à l'instar du nantissement du fonds de commerce français en respectant les règles spéciales du droit commercial ?

936.Il sera, donc, après la législation chinoise sur les principes généraux des affaires, tout à fait possible de distinguer les sûretés réelles civiles avec les sûretés réelles commerciales. Sous condition d'une possible distinction, il convient de tester si une telle distinction suffira à simplifier le droit des sûretés réelles en France et en Chine.

§2 – La distinction insatisfaisante des sûretés réelles mobilières de droit commun avec les sûretés réelles mobilières commerciales

937.Une possible distinction ne mène pas forcément à conclure que cette classfication soit efficace à simplifier le droit des sûretés réelles pour le droit français comme pour le droit chinois. Un examen des effets de la distinction nous permet d'avoir une conclusion négative. Nous allons examiner successivement les effets de la distinction des sûretés civiles avec les sûretés commerciales en droit français (A) et en droit chinois (B), bien entendu aux termes de l'Avant-projet des principes généraux des affaires de 2012.

[1335] En outre, il n'est pas clair si une telle cession pourrait porter sur un bien immobilier.
[1336] Par contre, une telle sûreté réelle devrait être distinguée nettement avec l'hypothèque flottante chinoise prévue par l'article 181 de la Loi des droits réels, parce que le législateur chinois **refuse toujours une sûreté réelle portant sur l'ensemble des biens d'une personne.**

A – Les effets insatisfaisants de la distinction française

938.En permettant de simplifier la constitution et la procédure de la réalisation des gages commerciaux, les règles spécifiques au gage commercial sont au nombre limité. Cette classification a, en outre, laissé les sûretés réelles mobilières non commerciales dans l'état rustique.

939.Les règles communes des gages commerciaux. – Le seul effet de la qualification de la commercialité d'une sûreté réelle mobilière est celui de la dispense d'écrit[1337]. Parce qu'aux termes de l'article L. 110-3 du Code de commerce, « *les actes de commerce peuvent se prouver par tous moyens* ». Néanmoins, la dispense d'écrit engendre des conséquences fort importantes. En premier lieu, elle écarte pratiquement le principe de la spécialité de la créance garantie, principe auquel la mention de la créance dans l'écrit assure, en matière civile, une stricte application. Le gage commercial peut être général[1338] ; il peut garantir non seulement les créances futures mais encore des créances indéterminées[1339]. Il appartient au juge du fond de déterminer les créances que les parties ont entendu assortir du gage qu'elles ont établi[1340]. En deuxième lieu, la dispense d'écrit introduit la possibilité d'un gage tacite ; il est ainsi permis d'analyser en un gage une disposition contractuelle à laquelle les parties n'ont pas donné cette qualification[1341]. En troisième lieu, elle permet de situer la constitution du gage au moment de la rencontre des consentements, ce qui peut être décisif lorsque cette sûreté est attaquée sur le fondement des nullités de la période suspecte[1342]. Par contre, les règles portant sur l'opposabilité de la sûreté réelle restent la même.

[1337] V. en ce sens, M. Cabrillac, Ch. Mouly, S. Cabrillac et Ph. Pétel, *Droit des sûretés*, 9e éd. Litec 2010, n° 746, p. 559; Y. Picod, *Droit des sûretés*, 2e éd., PUF 2011, n° 214, p. 301 et 302.
[1338] V. J. Foyer, Le principe du gage avec dépossession, la loi de 1863 et ses précédents, dans J. HAMEL (sous la dir. de), Le gage commercial, 1953, Dalloz, p. 16 et s., spéc., p. 54.
[1339] Paris, 4 avr. 1935, *DP* 1936, 2, 34 ; *S.* 1935, 12.
[1340] V. Com. 15 mai 1979, *Bull. civ.* IV, n° 158, dans une espèce où les juges du fond avaient interprété restrictivement la volonté des parties.
[1341] Par ex. Cass Req., 3 févr 1937, *DH* 1937, 165.
[1342] V. en ce sens, M. Cabrillac, Ch. Mouly, S. Cabrillac et Ph. Pétel, *Droit des sûretés*, 9e éd. Litec 2010, n° 746, p. 560.

940.**Une procédure d'exécution simplifiée.** – Concernant la réalisation, elle est simplifiée puisque le créancier est dispensé de s'adresser à un tribunal, alors même qu'il est dépourvu de titre exécutoire[1343]. Il lui suffit de signifier son intention de vendre au débiteur constituant ainsi qu'au tiers bailleur de gage éventuel et de faire procéder après un délai de huitaine à la vente publique du bien sur lequel porte le gage[1344]. Le contrat de gage civil ne peut dispenser le créancier de cette formalité, parce qu'en France, la clause de la voie parée est strictement interdite.

941.Si bien que la procédure est simplifiée, le droit conféré au créancier n'est pas changé ; autrement dit, les parties peuvent constituer, selon leur volonté, une sûreté réelle préférentielle ou une sûreté réelle exclusive. Encore, il convient de souligner que l'application des règles spéciales n'empêche par l'application des autres règles spéciales des gages ou nantissements spéciaux. Par exemple, la constitution d'une fiducie-sûreté commerciale devrait aussi est constituée conformément aux dispositions particulièrement prévues aux articles 2372-1 et suivants du Code civil ; c'est-à-dire non seulement un écrit est obligatoire, elle devrait aussi être inscrite à peine de nullité. Il en va de même pour le nantissement ou la cession des créances professionnelles, le nantissement du fonds de commerce et artisanal, le nantissement des propriétés intellectuelles, etc.

942.**Absence de règle commune pour les sûretés « non-commerciales ».** – En outre, dans l'autre groupement de sûretés « non commerciales », une absence totale de règles communes devrait être constatée. Comme nous avons déjà montré dans la distinction entre les gages et les nantissements. Il semble que la distinction entre sûretés civiles avec les sûretés commerciales ne sert uniquement à simplifier l'une de ces catégories en niant complètement l'autre catégorie. Elle n'aide à rien à simplifier le droit des sûretés réelles mobilières français.

[1343] Y. Picod, *Droit des sûretés*, 2e éd., PUF 2011, n° 215, p. 302.
[1344] Art. L. 521-3, C. com.

B – Les effets insatisfaisants prévisibles de la distinction chinoise

943.**Particularité des sûretés réelles commerciales selon l'avant-projet.** – A la différence avec le droit français, l'Avant-projet chinois de 2012 n'a pas prévu de règle particulière sur la constitution du gage ou de l'hypothèque commerciale. Autrement dit, la commercialité ne permet pas une dispense d'écrit ou la simplification de la procédure de la réalisation. La seule particularité du gage et de l'hypothèque commerciale par rapport aux sûretés réelles civiles consiste à l'autorisation du pacte commissoire [1345] . En effet, nous ne concevons pas pourquoi il est préférable d'autoriser le pacte de commissoire[1346] en matière commerciale alors qu'en matière civile, ce dernier est strictement prohibé. Si bien il existe un risque d'enrichissement sans cause en matière civile, qui constitue la principale raison de cette prohibition, ce risque existe également en matière commerciale. Un constituant commerçant ne mérite pas plus de protection qu'un constituant civil ? Même si en France une telle discrimination n'est en aucun cas justifiable. C'est peut-être la raison pour laquelle, la Loi macron a supprimé cette prohibition en gage des stocks. En outre, à part de cette seule différence, les sûretés réelles commerciales respectent les mêmes règles que les sûretés réelles civiles. Une telle distinction ne pouvant en rien simplifier le droit des sûretés réelles chinois, or, la distinction entre le gage et l'hypothèque s'impose toujours au sein des sûretés réelles commerciales et des sûretés réelles civiles.

944.**En cas de levée de la prohibition du pacte commissoire.** – Contrairement, si en droit civil des sûretés réelles, le législateur chinois va aussi lever la prohibition du pacte commissoire, ce qui est fort possible, à l'instar du droit français, il n'existera pas de différence entre les sûretés réelles commerciales avec les sûretés réelles civiles. L'intérêt de la distinction sera réduit à néant.

[1345] Art. 86, Avant-projet de 2012 sur les principes généraux du droit des affaires.
[1346] Sur une présentation plus détaillée sur le pacte commissoire, v. *infra*, Chapitre 3.

Conclusion de la section 2

945.Pour assurer la rapidité et la sécurité des transactions, il est incontestable qu'une distinction entre le droit civil et le droit commercial[1347] s'impose, tant en France qu'en Chine. Si bien au regard du droit positif chinois, aucune loi ne permet d'établir une distinction claire entre ces deux pierres angulaires du droit privé, une réforme très probable va la permettre, peu importe que ce soit sous forme de la codification du Code civil chinois ou sous forme de la législation des principes généraux du droit commercial chinois.

946.Une telle clarification potentielle va permettre une distinction entre les sûretés commerciales et les sûretés civiles en droit chinois, à l'instar du droit français.

947.Néanmoins, l'évolution du droit des sûretés réelles, tant civil que commercial, sera vers une simplicité, une rapidité et une efficacité, qui se trouve aussi en droit commercial. Une convergence d'objectifs va mener à une convergence des règles applicables des sûretés commerciales et des sûretés civiles. Ainsi, les différences entre ces sûretés réelles vont être réduites de plus en plus, voire à néant. Il n'y aura plus d'intérêt, de notre point de vue, à faire la distinction entre les sûretés réelles civiles et les sûretés réelles commerciales : toutes les différences dépendront de la volonté des parties contractantes. Cette distinction n'est, évidemment pas celle qui nous permettra d'une simplification du droit des sûretés réelles.

[1347] Etant prévu dans le Code de commerce, le gage des stocks est considéré comme un gage commercial. Ainsi les règles du gage commercial doivent s'appliquer au gage des stocks, que la validité du gage des stocks n'est pas soumise à l'établissement d'un écrit qui est prévu par l'article 2336 du Code civil. v. en ce sens : X. Delpech, « Gage sur stocks : conditions de validité et d'opposabilité », *Dalloz actualité* du 23 mars 2015, note sous Com. 17 févr. 2015, FS-P+B, n° 13-27.080.

Section 3 – La distinction entre les sûretés réelles préférentielles et les sûretés réelles exclusives

948.**Distinction lexicale dans le Code civil français.** – La distinction entre les sûretés préférentielles et les sûretés exclusives a été soulevée par la jurisprudence[1348], la doctrine[1349] et les textes légaux français. Ainsi, plusieurs textes du Livre VI du Code de commerce[1350] visent « *Les personnes coobligées ou ayant consenti une sûreté personnelle ou ayant affecté ou cédé un bien en garantie* ». Cette formule sous-entend que les sûretés réelles se subdivisent en deux catégories selon qu'il y a simplement affectation d'un bien en garantie, ou cession[1351]. La question est de savoir si la distinction entre les sûretés réelles exclusives et les sûretés réelles préférentielles forme un *summa divisio* du genre « sûreté réelle ».

949.**Conditions primaires.** – La réponse à cette question ne pourra être positive qu'à deux conditions cumulatives : si, d'une part, les sûretés préférentielles et les sûretés

---

[1348] Ainsi, la Cour de cassation a distingué les droits exclusifs des droits préférentiels au sein d'une catégorie plus large d'avantages dont la perte, par le fait du créancier, permet, au profit de la caution, le jeu du bénéfice de subrogation (Com., 3 mai 2006, n° 04-17.283, 04-17.396, JurisData n° 2006-033319 ; *Bull. civ.* 2006, IV, n° 104 ; *D.* 2006, 1693, note D. Houtcieff ; *Defrénois* 2006, p. 1386, obs. S. Piédelièvre : « *il résulte de l'article 2037* [2314 nouveau] *du Code civil que la caution est déchargée, lorsque la subrogation dans un droit exclusif ou préférentiel conférant un avantage particulier au créancier pour le recouvrement de sa créance, ne peut plus, par le fait de ce créancier, s'opérer en faveur de la caution* ». Comp., antérieurement, Civ. 1re, 21 mars 1984, *Bull. civ.* 1984, I, n° 111). Et plus récemment, la Chambre civile de la Cour de cassation a expressément souligné que « *si la clause de réserve de propriété constitue une sûreté réelle, elle ne confère à son bénéficiaire aucun droit de préférence dans les répartitions* » (Civ. 1re, 15 oct. 2013, n° 12-14.944, 13-10.463, JurisData n° 2013-022742 ; *Dr. et patrimoine* 2014, n° 233, p. 70, obs. Ph. Dupichot ; *D.* 2014, p. 187, note L. Saenko ; *Bull. Joly Entreprises en Difficulté*, nov. 2013, n° 6, p. 373 ; *JCP E* 2013, 1679, n° 17, obs. Ph. Delebecque).

[1349] Dans le plan de nombreux ouvrages de droit des sûretés, à opposer, au sein des garanties réelles, « l'affectation par octroi d'un droit préférentiel » et « l'affectation par octroi d'un droit exclusif » (P. Ancel, *Droit des sûretés*, 6e éd., LexisNexis 2008, Cours de droit), les « sûretés hors concours » et les « sûretés par préférence dans le concours » (M. Bourassin, V. Brémond et M.-N. Jobard-Bachelier, *Droit des sûretés*, 4e éd., Sirey 2014. – *Adde* not., L. Aynès et P. Crocq, *Les sûretés, la publicité foncière*, 7e éd., Defrénois qui distinguent les « sûretés réelles conférant un droit de préférence » et les « sûretés réelles conférant un droit exclusif »).

[1350] Art. L. 611-10-2, L. 622-28, et L. 626-11, al. 2, C. com.

[1351] Elle suscite cependant la critique puisque la seconde catégorie est restreinte à la propriété-garantie, alors que la première, définie largement par l'affectation d'un bien à titre de garantie, englobe la seconde, une telle affectation pouvant parfaitement prendre la forme d'un transfert de propriété. v. en ce sens not. L. Bougerol, « Sûretés préférentielles et sûretés exclusives, une autre summa divisio ? », *in* Colloque « Les sûreté réelles en quête de droit commun », *RD ban. et fin.*, n° 5, sept. 2014, dossier 36, n° 8.

exclusives s'excluent l'une de l'autre, c'est-à-dire qu'une même sûreté ne peut être à la fois exclusive et préférentielle ; et si, d'autre part, toute sûreté réelle peut être qualifiée de préférentielle ou d'exclusive[1352].

950.**Limite du domaine de l'analyse.** – Comme nous l'avons déjà montré sur la diversité des sûretés réelles en droit français et en droit chinois, la reconnaissance des sûretés réelles exclusives a été réalisée en France alors qu'elle n'est que très potentielle en droit chinois. Donc la question de la distinction entre les sûretés réelles préférentielles et les sûretés réelles exclusives ne se pose pas au regard du droit chinois positif. Et en droit français, une telle question n'est pas facile à répondre à cause de la réforme de 2006. En effet, ce qui est assez perturbant pour la qualification est l'autorisation du pacte commissoire de manière générale et l'élargissement du domaine d'application du droit de rétention. En permettant le créancier à devenir directement le propriétaire du bien grevé, ainsi d'une situation d'exclusivité, le pacte commissoire inséré dans un gage ou un nantissement et le droit de rétention accordé au créancier bénéficiaire d'un gage avec dépossession ont causé Mme Bougerol à conclure sur l'impertinence de ce critère d'affectation[1353] qui justifiera une différence de traitement.

951.Par contre, il ne faut pas exagérer l'effet du pacte commissoire et du droit de rétention qui ne sont que deux moyens de la réalisation d'une sûreté réelle. Le pacte ne résistera pas à un vrai concours notamment à l'ouverture d'une procédure collective et le droit de rétention ne devrait pas être considéré comme un droit accordé par le gage avec dépossession. La présence du pacte commissoire et du droit de rétention ne change pas le contexte de la recherche, et que la nécessité de la distinction entre les sûretés réelles exclusives et les sûretés réelles préférentielles est

[1352] En ce sens, L. Bougerol, « Sûretés préférentielles et sûretés exclusives, une autre summa divisio ? », *in* Colloque « Les sûreté réelles en quête de droit commun », *RD ban. et fin.*, n° 5, sept. 2014, dossier 36, n° 2.

[1353] L. Bougerol, « Sûretés préférentielles et sûretés exclusives, une autre *summa divisio* ? », *in* Colloque « Les sûreté réelles en quête de droit commun », *RD ban. et fin.*, n° 5, sept. 2014, dossier 36, n° 24 : « *il ne s'agit nullement d'un critère pertinent permettant de justifier une différence de traitement* ».

toujours présente (§1), mais cette distinction est tout simplement pas nécessaire (§2) au regarde de la structure générale du droit des sûretés réelles.

§1 – Une distinction nécessaire au regard de la nature du droit accordé au créancier

952.Il convient de constater que la présence d'un pacte commissoire ne rend pas la distinction d'une sûreté préférentielle avec une sûreté exclusive moins évidente (A). Et la présence de la possibilité pour le créancier gagiste d'un gage avec dépossession de retenir la chose jusqu'à son paiement complet ne devrait pas porter atteinte à la distinction entre ces deux sortes de sûretés réelles mobilières (B).

A – La résistance de la possible distinction en présence d'un pacte commissoire

953.**Notion de concours.** – Tout devrait commencer par la notion de concours[1354], parce qu'un droit exclusif permet au créancier à ne pas participer au concours. En effet, il faut prendre en compte l'aspect procédural du concours qui suppose notamment la réunion des créanciers réalisant simultanément leurs droits au sein d'une procédure unique tendant à la répartition de la valeur d'un bien [1355] ; autrement dit, il n'existe de concours qu'au moment d'une procédure de la saisie de bien ou au moment d'une procédure collective. L'issue du concours peut être inégalitaire si certains créanciers en présence bénéficient d'un droit de préférence, dont l'objet est précisément de leur permettre d'être payés avant d'autres dans ce concours[1356]. A la

[1354] Sur une démonstration détaillée de la notion de concours au regard d'un droit exclusif : L. Bougerol-Prud'homme, *Exclusivité et garanties de paiement*, préf. P. Crocq, Bibli. de dr. privé, t. 538, LDGJ, 2012, n° 41 et s., p. 35 et s.
[1355] L. Bougerol-Prud'homme, *Exclusivité et garanties de paiement*, préf. P. Crocq, Bibli. de dr. privé, t. 538, LDGJ, 2012, n° 49 et s., p. 39 et s.
[1356] L. Bougerol, « Sûretés préférentielles et sûretés exclusives, une autre *summa divisio* ? », *in* Colloque « Les sûreté réelles en quête de droit commun », *RD ban. et fin.*, n° 5, sept. 2014, dossier 36, n° 14.

différence avec le droit de préférence, un droit exclusif permet à son bénéficiaire de se faire payer avant le concours.

954.En conférant directement le droit de propriété du bien grevé au moment de la défaillance du débiteur, il semble que le pacte commissoire permet aussi au créancier titulaire d'une sûreté réelle préférentielle une situation d'exclusivité. Par contre, sa présence ne permet pas de faire assimiler une sûreté préférentielle à une sûreté exclusive permettant une exclusivité face à la procédure de saisie et à la procédure collective.

955.**Une exclusivité face à la saisie du bien.** – Le pacte commissoire ne produit l'effet de transfert de propriété qu'à des conditions particulières. Etant définie comme une clause par laquelle est convenu qu' « *à défaut d'exécution de l'obligation garantie le créancier deviendra propriétaire du bien* »[1357] grevé, le pacte commissoire produit ses effets de transfert de propriété lorsque les deux conditions sont respectivement remplies : d'une part, la créance garantie est échue, et d'autre part, le débiteur n'exécute pas son obligation. Autrement dit, le créancier titulaire d'une sûreté préférentielle n'est pas dès le début le propriétaire du bien grevé. Il n'est même pas un propriétaire temporaire. Ainsi, ce créancier ne saurait pas prétendre son droit exclusif à la saisie effectuée avant l'échéance de la créance garantie. Par contre, il peut participer au concours à la distribution après la réalisation du bien grevé. Par contre, pour les propriétés-sûretés qui confèrent dès le début le statut de propriétaire au créancier, le créancier peut toujours opposé à la saisie qui aura lieu pendant la période de garantie.

956.Néanmoins, la propriété-sûreté ne résiste pas à l'exercice d'un droit de suite par un créancier titulaire d'une sûreté préférentielle antérieurement constituée[1358]. En matière de biens mobiliers corporels, seuls les créanciers titulaires d'un privilège bénéficient un droit de suite ; autrement dit, les créanciers gagistes ne bénéficient pas

[1357] Art. 2348, C. civ.
[1358] En ce sens, L. Bougerol-Prud'homme, *Exclusivité et garanties de paiement*, préf. P. Crocq, Bibli. de dr. privé, t. 538, LDGJ, 2012, n° 451 et s., p. 400 et s. Pourtant, il est assez rare qu'une sûreté réelle mobilière (surtout pour le gage) est assortie d'un droit de suite, selon notre connaissance.

de droit de suite. De ce point de vue, les propriétés-sûretés portant sur les biens mobiliers ont toujours une efficacité supérieure à celle des sûretés préférentielles portant sur les mêmes biens, au moins en droit positif français. Par contre, il n'en va pas de même en matière de biens incorporels, parce que le droit de la propriété intellectuelle reconnaît à l'auteur d'une œuvre cinématographique, graphique ou plastique, ou musicale, un droit de suite sur son œuvre[1359]. Il en va de même pour le nantissement du fonds de commerce et artisanal[1360]. En effet, pour Mme Lisanti, le droit de suite devrait être accordé, de manière générale, à tous les nantissements portant sur les biens d'exploitation[1361]. Mais il sera difficile à concevoir dans quelle hypothèse qu'une sûreté préférentielle pourrait être régulièrement constituée sur le bien qui fait l'objet d'une clause de réserve de propriété, parce que le bien grevé n'est jamais entré dans le patrimoine du débiteur. Il semble que ce conflit n'aura lieu qu'entre un créancier bénéficiaire d'une cession fiduciaire et un créancier titulaire d'une sûreté préférentielle antérieurement constituée. Encore, il convient de souligner qu'une procédure de purge aura lieu qu'au moment qu'il y aura un transfert définitif de propriété, parce qu'il est possible de transférer un bien grevé d'une sûreté préférentielle dans un patrimoine fiduciaire[1362]. Autrement dit, le droit de suite va être plus précisément exercé au moment de la réalisation de la fiducie-sûreté. Si le créancier titulaire d'une sûreté préférentielle a voulu réaliser sa sûreté, une saisie va être effectuée entre les mains du fiduciaire[1363]. Dans cette condition, il n'y aura pas de concours, le créancier sera payé sur la valeur du bien, et le fiduciaire récupère, toujours à titre de garantie, le reliquat ; et la sûreté se transforment en fiducie-sûreté sur l'argent[1364]. En somme, le droit d'exclusivité ne sert que d'exclure le concours,

---

[1359] Art. 42 et 43, Code de l'industrie cinématographique.

[1360] Art. L. 143-12, al. 1er, C. com. : « (…) *les privilèges du vendeur et du créancier gagiste suivent le fonds en quelques mains qu'il passe* ».

[1361] L. Bougerol-Prud'homme, *Exclusivité et garanties de paiement*, préf. P. Crocq, Bibli. de dr. privé, t. 538, LDGJ, 2012, n° 448 et s., p. 351 et s.

[1362] La seule restriction est qu'il n'est interdit de constituer une fiducie-sûreté sur le bien dont la propriété est réservée (Comp. avec l'interdiction de transférer dans un patrimoine fiduciaire les créances futures : F. Barrière, « Fiducie », *Répertoire civil*, 2008, Dalloz, n° 35.).

[1363] Si le fiduciaire était en possession du bien, l'article 2276 pourrait fait échec au jeu des privilèges spéciaux, même si un droit de suite leur est attaché.

[1364] L. Bougerol-Prud'homme, *Exclusivité et garanties de paiement*, préf. P. Crocq, Bibli. de dr. privé, t. 538, LDGJ, 2012, n° 456, p.405.

mais il n'empêche pas la réalisation d'une sûreté préférentielle portant sur un même bien.

957.**L'exclusivité face à l'ouverture d'une procédure collective.** – Le pacte commissoire n'est pas opposable aux procédures collectives.

D'abord, la réalisation par effet du pacte commissoire peut être annulée au regard des dispositions sur la nullité de la période suspecte. Les effets du pacte commissoire ne sont pas comparables avec ceux d'une véritable sûreté exclusive. Mais, pour les autres propriétés sûretés, soit elle garde son efficacité[1365], soit elle sera tout simplement annulée comme si elle n'existait jamais[1366].

En outre, le pacte commissoire ne peut être réalisé après l'ouverture d'une procédure collective. L'article L. 622-7, I, alinéa 3, du Code de commerce prévoit expressément que « *il* (le jugement d'ouverture d'une procédure collective) *fait enfin obstacle à la conclusion et à la réalisation d'un pacte commissoire* ». De plus, cette paralysie du pacte commissoire ne connaît aucun assouplissement en cas de liquidation judiciaire puisque l'article L. 641-3 du Code de commerce y renvoie sans réserve. Mais la réalisation d'une propriété-sûreté est possible malgré l'ouverture d'une procédure collective au profit du débiteur, parce que les biens grevés ne sont pas dans le patrimoine du débiteur[1367].

958.En somme, la différence entre l'efficacité des sûretés exclusives et celle des sûretés préférentielles en cas d'ouverture d'une procédure collective est patente, et aussi au cours de la période de garantie. La distinction est, de ce point de vue, possible, à savoir que les sûretés exclusives permettent au créancier bénéficiaire dès sa constitution un droit exclusif[1368].

[1365] Par ex. la réserve de la propriété ne sera pas annulée au motif de la nullité de la période suspecte, parce qu'il ne s'agit pas de disposition irrégulière du débiteur. Le bien n'appartient jamais au débiteur. Contra Bretwner, *Rev. Proc. coll.*, 1991, p. 377.
[1366] La fiducie-sûreté peut être annulée sur le fondement de l'article L. 632-1, 9°, Code de commerce.
[1367] V. sur une démonstration : n° 510 et s., p. 451 et s.
[1368] Il faut ajouter le droit de rétention conventionnel pour qui, son droit de refus de livraison du bien retenu existe dès la constitution de ce droit.

B – La résistance de la possible distinction en présence d'un droit de rétention particulier

959.**L'existence d'un droit de rétention particulier. –** Le droit de rétention est le droit accordé à un créancier rétenteur de bien à ne pas délivrer le bien dès qu'il n'est pas totalement désintéressé. La spécificité de ce droit a conduit l'Ordonnance n° 2014-326 du 12 mars 2014 à modifier les dispositions du Code de commerce[1369] qui déterminent le classement en cas de liquidation judiciaire, et plus précisément les créanciers bénéficiant d'un rang plus favorable que les créanciers postérieurs privilégiés. Il s'agit d'une consécration supplémentaire du fait que le créancier rétenteur est payé en dehors et indépendamment de tout classement. Corrélativement, parmi les créanciers bénéficiant d'un rang plus favorable que les créanciers privilégiés postérieurs, ont été supprimées les « sûretés mobilières spéciales assorties d'une droit de rétention ». Une telle suppression pourrait être approuvée car, effectivement, le droit de rétention n'est pas un droit de préférence, de sorte que le créancier s'en prévalant ne participe pas aux répartitions. Pour nous une telle suppression signifie, indirectement, que le droit de rétention n'est pas un élément constitutif de des « sûretés mobilières spéciales »[1370]. Autrement dit, il faut dissocier le droit de rétention auquel le créancier pourrait se prévaloir avec le droit de préférence conféré par la sûreté préférentielle.

960.**Dissociation du droit de rétention avec le gage avec dépossession.** – Nous savons bien que le gage, après la réforme de 2006, n'est plus un contrat réel.

[1369] Art. L. 641-13, II, C. com : « *Lorsqu'elles ne sont pas payées à l'échéance* (certaines créances postérieures), *ces créances sont payes par privilège avant toutes les autres créances, sans préjudice des droits de rétention opposables à la procédure collective, à l'exception de celles qui sont garanties par le privilège établi aux articles L. 143-10, L. 143-11, L. 742-6 et L. 751-15 du Code de travail, des frais de justice nés régulièrement après le jugement d'ouverture pour les besoins du déroulement de la procédure, de celles qui sont garanties par le privilège établi par l'article L. 611-11 du présent code et de celles qui sont garanties par des sûretés immobilières* ».

[1370] Contra L. Bougerol, « Sûretés préférentielles et sûretés exclusives, une autre *summa divisio* ? », *in* Colloque « Les sûreté réelles en quête de droit commun », *RD ban. et fin.*, n° 5, sept. 2014, dossier 36, n° 10. Pour qui ces sûretés mobilières conférant un droit de rétention confèrent, également, un droit de préférence dont le créancier peut choisir de se prévaloir.

Autrement dit, la dépossession n'est plus une condition *ad validitatem* du gage, mais tout simplement une faculté. Si la dépossession n'est pas imposée par la loi, sa réalisation ne peut qu'être voulue par les parties contractuelles. De ce fait, la dépossession est une option pour les parties conventionnelles. S'il y aura une dépossession du bien grevé, c'est parce que les parties conventionnelles ont expressément voulu bénéficier des effets juridiques de la dépossession : d'une part, la dépossession rendra le gage opposable aux tiers ; d'autre part, une remise matérielle permettra l'exercice d'un droit de rétention en cas de défaillance du débiteur.

961.Ainsi, la volonté de la conclusion d'un gage devrait être distinguée avec celle de la dépossession, qui devient la raison de la naissance du droit de rétention. Autrement, ce n'est pas le contrat de gage qui fait naître le droit de rétention du créancier, parce que la dépossession ne constitue pas nécessairement un effet juridique du contrat[1371]. Si un créancier gagiste bénéficie un droit de rétention et un droit de préférence sur le bien grevé, c'est parce qu'il a voulu un gage, et la disposition légale lui permet d'exercer, en outre, un droit de rétention. Il n'est pas vrai qu'un contrat de gage accorde au créancier un droit exclusif et un droit de préférence ; le contrat de gage n'accorde qu'un droit de préférence au créancier gagiste. Ainsi, dans cette hypothèse particulière[1372], la sûreté réelle préférentielle se distingue nettement avec la sûreté réelle exclusive.

§2 – Une distinction non nécessaire au regard des autres règles applicables

962.**Intérêt de la distinction.** – Si la distinction entre les sûretés exclusives et les sûretés préférentielles est possible, la question est de savoir si une telle distinction

[1371] L'exercice du droit de rétention par un créancier bénéficiaire du gage avec dépossession devrait trouver son fondement de la disposition de l'article 2286, 1°, du Code civil, mais pas celle de l'article 2286, 2°, du même Code.

[1372] **Une distinction devrait être faite du droit de rétention effectif avec le droit de rétention fictif accordé au créancier gagiste d'un gage sans dépossession par l'article 2286, 4°, du Code civil, parce que le droit de rétention fictif ne résiste pas à l'ouverture d'une procédure collective, sauf la procédure de liquidation judiciaire. Aucune analogie ne devrait être faite d'un gage sans dépossession avec le gage avec dépossession, parce que le principe de numerus clausus, nous semble-t-il, s'impose.**

permettra un regroupement des sûretés qui ont effectivement des points communs. Autrement dit, si la distinction servira à la simplification du droit des sûretés réelles.

963.Que ce soit par l'affectation d'un droit réel ou d'un droit de propriété pour la garantie de paiement, les moyens permettant constater cette affectation restent les mêmes : l'exigence d'un écrit et une publicité. Concernant la conservation du bien grevé, les règles applicables dépendent nécessairement de l'état du bien grevé à savoir s'il est entre les mains du constituant ou entre les mains d'un tiers. La conservation du bien est toujours mise à la charge de celui qui conserve l'accès direct du bien. Enfin, comme Mme Bougerol a pu, à juste titre, souligner dans sa thèse qu'un droit exclusif ne permet pas à son bénéficiaire d'éviter de tout conflit. En cas de conflit, la règle « *proir tempore, potior jure* » et la règle de l'égalité des créanciers, semble-t-il, s'imposent lorsque le conflit est soulevé entre les droits de même nature. Enfin, nous revenons toujours à la même conclusion au regard de l'autre catégorie de sûretés, ici, les sûretés préférentielles, parce qu'il n'existe pas vraiment de règles communes.

964.**Les règles applicables à la constitution. –** Prenant la fiducie-sûreté mobilière comme exemple en France, la conclusion d'un contrat de fiducie est soumise à des mentions obligatoires à peine de nullité[1373], et à l'inscription au service des impôts du siège du fiduciaire ou au service des impôts des non-résidents si le fiduciaire n'est pas domicilié en France dans un délai (très court) d'un mois à peine de nullité[1374]. Ainsi, la fiducie-sûreté est constatée par un écrit et l'inscription. Des exigences similaires se trouvent aussi dans certaines sûretés préférentielles, par exemple, le nantissement du fonds de commerce. En effet, la particularité des exigences sur la constitution d'une fiducie-sûreté est due à la particularité de la fiducie. La différence entre une fiducie-sûreté et une fiducie de droit commun consiste à la détermination de la créance garantie et aussi la valeur des biens transférés dans le patrimoine fiduciaire. Il ne s'agit pas de règles particulières parce que la détermination de la créance garantie est couramment exigée dans les sûretés préférentielles.

[1373] Art. 2018 et art. 2372-2, C. civ.
[1374] Art. 2019.

965.**Les différentes règles sur la conservation de la sûreté. –** Concernant la conservation de l'assiette de la sûreté, les règles se diffèrent selon que les biens grevés se retrouvent entre les mains du constituant, du créancier, ou d'un tiers convenu. Autrement dit, il n'existe pas de règles communes concernant la conservation de biens grevés, parce que, toujours prenant la fiducie-sûreté comme exemple, les parties peuvent librement choisir si les biens seront conservés par le constituant, ou conservés par une autre personne. Les règles applicables dépendront nécessairement de la volonté des parties contractantes. Pour nous, concernant la conservation du bien grevé, les règles applicables ne seront pas différentes selon les différents moyens d'affectation ; autrement dit, ce qui compte c'est l'état du bien et aussi la nature du bien.

966.**Le respect de la règle d'égalité des créanciers en cas conflit entre deux droits de rétention. –** Il est, d'abord, difficile à concevoir un conflit entre deux droits de rétention effectifs, parce qu'un seul bien ne peut pas être détenu, à la fois, par deux personnes[1375]. Par contre, il est possible qu'un bien particulier puisse faire l'objet de deux droits de rétention en recourant à la notion du droit de détention fictif. Par exemple, pour un véhicule automobile, un conflit entre deux droits de rétention est possible à savoir qu'il est, d'un côté, retenu matériellement par un créancier, normalement un garagiste, et de l'autre côté retenu administrativement soit par un créancier gagiste, soit par un rétenteur de son document administratif. Cela étant, cette coexistence de droits de rétention n'est pas synonyme de situation conflictuelle puisque l'exercice d'un droit par l'un n'est pas de nature à entraver l'exercice d'un droit par l'autre. En effet, le droit de rétention permet, d'abord, d'exercer une pression sur le débiteur en refusant de lui délivrer le bien afin d'obtenir un paiement, et rien n'empêche deux rétenteurs de refuser simultanément cette délivrance : les prérogatives de chacun demeurent inchangées, et il revient au débiteur de déterminer à qui il veut désintéresser en premier, étant entendu que le déblocage des utilités du bien doublement retenu suppose le désintéressement des deux créanciers rétenteurs.

[1375] V. en ce sens, L. Bougerol-Prud'homme, *Exclusivité et garanties de paiement*, préf. P. Crocq, Bibli. de dr. privé, t. 538, LDGJ, 2012, n° 540, p. 479.

La coexistence de deux droits de rétention ne vient alors, en pratique, limiter leur efficacité respective que dans la mesure où, si le débiteur n'a pas suffisamment de liquidités pour désintéresser les deux, il sera tenté de n'en payer aucun. Le droit de rétention permet ensuite de refuser la délivrance à un créancier saisissant ou à un créancier propriétaire. Là encore, l'exercice du droit de rétention s'exerçant directement sur le bien retenu n'entrave en rien la détention exercée par le biais. Enfin, si les droits de rétention en question sont reportés sur le prix de vente du bien par le liquidateur, rien n'empêche leur exercice simultané sur le prix dont la distribution suppose alors, au préalable, le désintéressement de deux créanciers rétenteurs. En cas d'insuffisance du prix de vente pour désintéresser les deux créanciers rétenteurs, et faute de moyen de hiérarchiser les droits en présence, les rétenteurs doivent être payés au marc le franc.

967.**Le respect de la règle *proir tempore potior jure* en cas de conflit entre les créanciers prévalant d'un droit de propriété. –** Il faut tout d'abord souligner que la coexistence de deux droits de propriété sur un même bien n'est pas possible.

968.Néanmoins, il sera possible que plusieurs créanciers viennent prétendre leur droit sur le bien ou la masse des biens [1376]. Dans cette hypothèse, seule la date d'opposabilité des droits de chacun importe puisque, même si le transfert a lieu entre les parties au profit d'un premier cessionnaire, ce dernier ne peut se prévaloir de son droit de propriété contre le bénéficiaire d'une seconde cession que si la première lui est opposable. Or le créancier se prévalant d'un droit concurrent sur le même bien peut nécessairement être qualifié de tiers. Doit en particulier être prise en compte, pour la fiducie-sûreté sur les meubles corporels, la date de validité du contrat[1377] ; pour la fiducie-sûreté sur créance en application des articles 2011 et suivants du Code civil, la date du contrat[1378] ; pour la cession de créance de droit commun, la date de

[1376] En ce sens, L. Bougerol-Prud'homme, *Exclusivité et garanties de paiement*, préf. P. Crocq, Bibli. de dr. privé, t. 538, LDGJ, 2012, n° 526, p. 465.
[1377] Validité qui suppose notamment un enregistrement : art. 2019, C civ.
[1378] Art. 2018-2, C. civ.

signification ou d'acceptation[1379] ; et pour la cession des créances professionnelles, la date apposée sur le bordereau[1380]. Sous cette réserve que la date à prendre en compte est bien celle de l'opposabilité du transfert, les conflits sont réglés en application de la règle de l'antériorité des dates, exprimée par l'adage *Prior tempore, potior jure*[1381]. Le premier créancier bénéficiant d'un droit de propriété opposable doit donc nécessairement l'emporter, quelle que soit l'assiette des propriétés-garanties[1382]. N'est-ce pas la même règle prévue par l'article 2425, alinéa 1er, du Code civil pour les créanciers hypothécaires. Il en va de même en cas de gage sans dépossession de droit commun. Il semble que les sûretés exclusives partagent un très grand nombre de règles avec les sûretés préférentielles.

969.Enfin, la distinction entre les sûretés exclusives et les sûretés réelles préférentielles ne permet pas de la simplification du droit parce que les sûretés préférentielles ne partagent pas de nombre suffisant de règles communes comme nous l'avons démontré dans la Section 1 de ce Chapitre.

Conclusion de la section 3

970.La distinction entre les sûretés exclusives et les sûretés préférentielles est possible malgré la présence du pacte commissoire permettant le créancier à devenir le propriétaire du bien grevé, et du droit de rétention qu'un créancier bénéficiaire d'un gage avec dépossession peut prétendre. Parce que le pacte commissoire n'est pas opposable à la procédure collective et le droit rétention est, effectivement, dissocié avec le gage avec dépossession.

[1379] Art. 1690, C. civ. Rappelons cependant que, en l'état du droit positif, la cession de créance de droit commun à titre de garantie est requalifiée en nantissement.
[1380] Art. L. 313-27, C. mon. Fin.
[1381] Sur l'évolution de cette règle d'antériorité quant à la date à prendre en compte, v. J. Boulanger, « Les conflits entre des droits qui ne sont pas soumis à publicité », *RTD civ.* 1935, 545, n° 2 : « *Il y a lieu de constater alors, qu'au contact des nécessités du commerce juridique, la règle de priorité d'après la date de naissance des droits s'est transformée. Un souci de sécurité en a fait la règle de priorité d'après la date d'accomplissement des mesures de publicité* ».
[1382] Par contre, il ne faut pas oublier les règles particulières en présence d'obligations cambiaires.

971.Néanmoins, au regard des règles applicables, les sûretés exclusives partagent beaucoup de règles avec les sûretés préférentielles. En outre, cette distinction ne permet pas une simplification du droit des sûretés réelles, notamment la simplification des sûretés réelles préférentielles. Néanmoins, cette distinction pourrait faciliter le droit chinois, sous condition que l'uniformisation des sûretés réelles mobilières conventionnelles soit réalisée comme le prétend M. DONG Xueli. Mais, la difficulté persiste quant à la possibilité d'une uniformisation des sûretés exclusives. Parce qu'il existe la réserve de propriété et la cession de propriété à titre de garantie, et les techniques employées sont fort différentes.

972.L'insuffisance de ces trois classifications devrait être constatée à cause de l'inexistence [1383] d'un droit commun des sûretés traditionnelles (préférentielles). Nous tendons ainsi de proposer une dernière classification en modifiant la *summa divisio* entre les sûretés réelles préférentielles avec et sans dépossession.

Section 4 – La distinction entre les sûretés réelles constituées avec ou sans la perte d'utilités du bien grevé

973.**Réflexion sur les échecs des classifications précédentes. –** Une reflexion sur les echecs des classifications précédentes permet de mieux comprendre les aspects à améliorer. L'insuffisance de trois premières classifications ne devait pas faire perdre l'espoir sur une classification suffisante. Il est à noter que les expériences d'échec nous montrent indirectement les critères à satisfaire dans la nouvelle classification idéale. Cette classification devrait pouvoir affranchir les différentes natures de l'assiette de sûreté, rendre compte la nécessité de la rapidité et la sécurité recherchée par le droit commercial et aussi être capable à accueillir les sûretés exclusives permettant le créancier d'une situation d'exclusivité. En outre, il faut toujours que ce critère utilisé dans la classification permette de distinguer une catégorie de sûretés avec les sûretés regroupées dans une autre catégorie.

[1383] V. not. en ce sens, O. Gout, « Quel droit commun pour sûretés réelles ? », *RTD civ.* 2013, p. 255.

974.Pour ce faire, une distinction classique attire assez notre attention ; c'est celle basée sur la présence ou non de dépossession du bien grevé. Cette classification existe tant en France qu'en Chine. Pour certains auteurs français[1384], la dichotomie opérée entre les différentes sûretés réelles au sein du Code civil de 1804 reposait sur l'existence ou l'absence d'une dépossession du débiteur constituant de la garantie. Egalement, certains auteurs chinois ont pu directement indiquer sans réserve que la distinction entre l'hypothèque chinoise et le gage chinois, portant sur les meubles corporels comme les meubles incorporels, est faite sur la présence ou l'absence de dépossession du bien grevé[1385]. L'avantage de cette distinction est indéniable, parce que toutes les sûretés réelles, tant préférentielles que exclusives, sont constituées soit avec, soit sans dépossession du bien grevé. En outre, une sûreté réelle ne pouvait être constituée à la fois avec et sans dépossession[1386]. Par contre, la dépossession n'est plus un critère suffisant à distinguer les sûretés réelles en droit français. Prenant compte de l'immatérialité du bien incorporel qui n'est pas compatible l'exigence de la dépossession, au sens stricte, du « gage des droits », l'insuffisance du critère de la présence de la dépossession devrait être constatée en droit français et en droit chinois (§1). Un nouveau critère plus adapté à la réalité et à la nécessité de la simplification du droit des sûretés réelles (mobilières) est indispensable. Il substituera celui de la dépossession (§2).

[1384] Ch. Juillet, « Les sûretés réelles traditionnelles entre passé et avenir », *in Liber amicorum Christian Larroumet*, Economica 2010, p. 241. – Y. Picod, *Droit des sûretés*, 2e éd. PUF 2011, n° 174. – N. Borga, « L'autonomie conceptuelle de l'antichrèse, source d'effets imprévus », *D.* 2006, p. 2090.

[1385] V. en ce sens, par ex. DONG Xueli, « L'uniformisation de notre droit des sûretés réelles mobilières conventionnelles », *Chinese Journal of law*, n° 6, 2014, p. 99 à 115, spéc. p. 100.

[1386] Comp. avec L. Bougerol, « Sûretés préférentielles et sûretés exclusives, une autre *summa divisio* ? », *in* Colloque « Les sûreté réelles en quête de droit commun », *RD ban. et fin.*, n° 5, sept. 2014, dossier 36, n° 2. L'auteur soumis la possibilité d'une *summa divisio* à deux conditions préalables : ce critère permet la distinction claire d'une catégorie à l'autre, et qu'une sûreté réelle nous peut être classée que dans les deux catégories résultant de la classification.

§ 1 – L'insuffisance de la *summa divisio* des sûretés réelles mobilières avec ou sans dépossession

975.**Notion de la dépossession.** – Tout devrait revenir sur la notion de la dépossession qui ne saurait être simplement expliquée par « antonyme de la possession ». La possession est définie par le Code civil, en droit français, comme « *la détention ou la jouissance d'une chose ou d'un droit que nous tenons ou que nous exerçons par nous-mêmes, ou par un autre qui la tient ou qui l'exerce en notre nom* »[1387]. Et en droit chinois, la possession est définie par la doctrine chinoise comme « un pouvoir de fait du rétenteur exercé sur la **chose** de manière dominante (*管领支配*/*Guan Ling Zhi Pei*)»[1388]. Autrement dit, en Chine, à la différence avec le droit français, la possession est une notion qui sert à protéger le possesseur (dont la possession est exercée par lui-même). Ainsi, il sera opportun de définir la dépossession, en droit chinois, comme la perte de la possession. La dépossession, selon l'association Henri Capitant[1389], est la « *perte de la possession, soit par violence ou voie de fait, soit à un titre juridique* » ; ou plus directement, la « *privation effective de la détention matérielle d'une* ***chose*** ». Ainsi, la sûreté sans dépossession peut être définie comme le « *nom donné aux sûretés constituées sans que le débiteur soit privé de la* ***détention matérielle*** (et de l'usage …) *du bien qui en est l'objet* »[1390].

976.**Champ d'application restreint.** – Par contre, il convient de constater le domaine restreint du terme, au sens strict, de « dépossession », parce qu'une possession ou une dépossession ne saurait être effective que sur une chose qui est nécessairement un corps réel. En effet, ce que le créancier voulait par la dépossession du bien grevé n'est pas l'obtention de la possession du bien, mais le dessaisissement du constituant,

[1387] Art. 2228, C. civ.
[1388] V. par ex. WU Qian (dir.), *Property Law of the People's Republic of China, Commentary & Application*, Law Press, 2011, p. 631. Comp. G. Cornu, *Vocabulaire juridique*, PUF 2011, V° « Possession » : « *Pouvoir de fait exercé sur une chose avec l'intention de s'en affirmer le maître* (*animus domini*), *même si on ne l'est pas* ».
[1389] G. Cornu, *Vocabulaire juridique*, PUF 2011, V° « Dépossession ».
[1390] G. Cornu, *Vocabulaire juridique*, PUF 2011, V° « Sûreté sans dépossession ».

généralement le débiteur de la créance garantie[1391]. Parce que, le créancier est censé obligé de conserver le bien qui lui est remis sans pouvoir s'en servir de ses utilités[1392]. Ainsi, il en est de même du rôle de la déclaration dans le gage de compte d'instruments financiers[1393] du droit français[1394].

977.**Une condition *ad validitatem* vers une condition *ad probationem*.** – Par l'essentiel, la dépossession n'est pas l'appréhension matérielle du bien par le créancier mais le dessaisissement du débiteur constituant empêchant ce dernier à bénéficier toutes les utilités du bien grevé, l'on peut se détacher de l'exigence de la remise de la chose, qui apparaît simplement comme un moyen de parvenir à la dépossession et non comme une fin en soi[1395]. En substituant la dépossession avec le « dessaisissement », nous pouvons facilement surmonter la difficulté rencontrée sur l'incompatibilité de l'immatérialité des biens incorporels avec l'exigence de la dépossession effective du bien grevé. Néanmoins, le « dessaisissement » n'est plus un moyen d'affectation, mais tout simplement une condition d'opposabilité du gage des meubles corporels.

978.Ainsi, la réforme française de 2006 n'exige plus la dépossession comme élément constitutif du gage des meubles corporels. Et en Chine, en matière de meubles corporels, la constitution d'une hypothèque, dont pas de dépossession du bien grevé, est déjà possible au regard des dispositions de la Loi de 1995. Néanmoins, cette distinction entre le gage et l'hypothèse est toujours basée sur la présence de la dépossession, qui n'arrive pas à rendre compte le gage des droits. Force est de constater l'insuffisance de la distinction entre les sûretés avec ou sans dépossession (A), malgré le rôle important de la dépossession (B).

[1391] Parce qu'une sûreté réelle a été instauré historiquement pour la garantie de la dette du constituant. V. en ce sens, J.-J. Ansault, *Le cautionnement réel*, préf. P. Crocq, Defrénois, 2009, n° 40 et s.
[1392] V. en ce sens, M. Billiau, « Réflexion sur le gage », *JCP* 1995, I, 3987, n° 13. – J. Mestre, M. Billiau et E. Putman, *Traité de droit civil, Droit spécial des sûretés réelles*, LGDJ 1996, n° 773.
[1393] Art. L. 431-1, I, C. mon.fin.
[1394] V. en ce sens : C. Lisanti-Kalczynski, *Les sûretés conventionnelles sur meubles incorporels*, préf. F. Pérochon, Litec 2001, n° 103, p. 84.
[1395] G. Delvas, *Du pignus nominis. Du gage des choses incorporelles*, th.Paris, 1892, p. 90.

A – L'insuffisance de la dépossession au regard des droits dispositifs

979.La présentation de l'insuffisance du critère en droit français (a) précédera celle en droit chinois (a).

a – Dépassement du critère ancien dans les sûretés réelles mobilières en droit français

980.**Volonté du législateur.** – L'insuffisance devrait être constatée au regard des dispositions du Code civil parce que le législateur a souhaité dépasser ce critère. Il a cherché à s'en défaire afin de prendre en compte, notamment, la multiplication, sous l'empire du droit antérieur, des nantissements spéciaux, généralement consentis sans dépossession. Il était en effet nécessaire de prendre acte de l'évolution des richesses et des patrimoines afin de faire des biens les plus valorisables des instruments de crédit pertinents. C'est dans une telle perspective que le législateur a ainsi entendu dépasser la dichotomie traditionnelle entre le meuble et l'immeuble au profit de celle qui oppose les biens corporels aux biens incorporels. Or, une telle prise en compte de l'incorporalité supposait nécessairement d'adapter les sûretés à l'immatérialité des biens incorporels. La consécration des sûretés sans dépossession s'inscrit ainsi naturellement dans cette démarche du législateur. Pourtant, alors même que cette évolution était attendue, elle ne peut manquer de décevoir. Elle déçoit nécessairement car elle a suscité de nombreuses incohérences qui peinent à trouver une raison d'être, et pour lesquelles la distinction fondée sur la dépossession s'avère incapable d'apporter le moindre fondement[1396].

981.Comme nous l'avons déjà montré, une absence totale d'un droit commun en matière de nantissement et aussi un manque de clarification du statut du gage de Code civil constituent les principaux problèmes du dépassement du critère de dépossession.

[1396] N. Martial-Braz, « Sûreté avec ou sans dépossession, une summa divisio désuète ? », *in* Colloque « Les sûreté réelles en quête de droit commun », *RD ban. et fin.*, n° 5, sept. 2014, dossier 35, n° 11.

Autrement dit, si bien la dépossession n'est plus un critère préférable pour le législateur, ce dernier n'a pas pu en proposer un meilleur.

982.**Inutilité face à la question du pacte commissoire.** – Il y a toutefois plus complexe à notre avis. Il devrait résulter des critères de qualification, un régime juridique permettant d'encadrer les effets de la sûreté. Pourtant, il n'en est rien. Par exemple, l'attribution judiciaire et conventionnelle n'est pas accordée à toutes les sûretés constituées sans « dessaisissement » du constituant. Par contre, le droit de rétention est accordé à tous les créanciers gagistes peu importe la présence ou l'absence d'un « dessaisissement » du constituant ; alors qu'en matière de nantissement, la jurisprudence refuse de reconnaître le droit de rétention [1397] au créancier nanti malgré la disposition de renvoi[1398].

983.On ne peut que constater que le critère reposant sur le dessaisissement du débiteur, qui pourrait, voire qui devrait, constituer le critère déterminant des conséquences et du régime de ces sûretés réelles n'est pas suffisant pour traduire les distorsions dans les prérogatives reconnues en faveur de ces différents créanciers[1399].

b – L'écart de la dépossession comme moyen d'affectation en gage chinois des droits

984.**Absence d'exgence de la dépossession en matière de gage des droits.** – Comme nous avons déjà montré, en Chine, il n'existe pas un droit commun du gage des droits. Par contre, un point commun peut être trouvé au regard de différentes règles portant sur leur constitution : la dépossession du bien grevé n'est pas exigée. En générale, si le bien incorporel est incorporé dans un titre, la constitution d'un gage portant sur ces biens exigera la remise matérielle de titre[1400]. Mais, il faut noter que ce n'est pas le bien grevé qui fait l'objet de la remise matérielle, mais le titre

[1397] Com. 26 nov. 2013, n° 12-27.390, *préc*.
[1398] Art. 2355, al. 5, C. civ.
[1399] N. Martial-Braz, « Sûreté avec ou sans dépossession, une summa divisio désuète ? », *in* Colloque « Les sûreté réelles en quête de droit commun », *RD ban. et fin.*, n° 5, sept. 2014, dossier 35, n° 12.
[1400] Art. 224, LDR.

représentatif. Ainsi, pour ces biens incorporels, la dépossession du bien grevé n'est pas exigée. Et pour les autres biens incorporels, tels que les parts sociales, les parts des placements collectifs et les propriétés intellectuelles, la constitution est constatée par l'inscription[1401].

985.**Article de renvoi.** – Par contre, cette absence d'exigence d'une dépossession ne fait pas attacher les règles applicables du gage des droits au régime de l'hypothèque chinoise. Par la disposition de renvoi prévu par l'article 229 de la Loi des droits réels, les règles applicables pour le gage des droits sont celles du gage des meubles corporels. Autrement dit, le créancier gagiste d'un gage de biens incorporels ne saurait bénéficier un droit de suite qui est expressément prévu pour l'hypothèque[1402] ; alors que dans les deux cas, la dépossession n'est pas exigée.

986.**Divergence entre l'hypothèque mobilière et le gage des droits.** – En outre, pour l'hypothèque des meubles corporels, tels que les outils de transports, les machines, les matériels d'équipement, les marchandises et les autres stocks, l'inscription de la sûreté envisagée n'est pas obligatoire pour constater sa validité ; mais pour le gage des droits, l'inscription est obligatoire pour constater la validité de la sûreté. Une telle différence de traitement est aussi inexplicable. Néanmoins, peut-être nous trouverons une explication dans la Loi des droits réels : la création, la modification et l'extinction d'un droit réel portant sur les outils de transports[1403], ne sont pas constatées par l'inscription qui n'est qu'une condition d'opposabilité. Pour nous, l'absence d'exigence d'inscription pour l'hypothèque portant sur les meubles corporels ne se conforme pas à l'efficacité et la sécurité que le droit des sûretés cherche. Parce que la constitution du droit réel portant sur un meuble corporel est, en principe, constatée par la remise matérielle[1404], y compris la constitution d'une sûreté réelle et la cession du bien, sauf dispositions légales contraires. Si bien le législateur a voulu distinguer les sûretés avec la dépossession avec celles constituées sans

[1401] Art. 224, 226, 227 et 228, LDR.
[1402] Art. 191, LDR.
[1403] Art. 24.
[1404] Art. 23, LDR

dépossession, il faut, tout au moins, prévoir des mêmes règles pour les sûretés regroupées dans la même catégorie.

987.L'insuffisance de la dépossession comme critère de la classification de sûretés réelles mobilières doit être constatée en droit chinois et en droit français. Par contre, la situation française n'est pas la même que celle du droit chinois ; le législateur français ne veut plus traiter la dépossession comme critère de distinction, mais le législateur chinois, aux nos yeux, a toujours voulu maintenir la distinction entre l'hypothèque et le gage en tenant compte la présence ou l'absence de dépossession. Malgré tout, la dépossession joue un rôle important tant en droit français qu'en droit chinois.

B – La résistance de l'importance de la dépossession

988.Si la dépossession ne constitue plus une technique d'affectation, en France, elle n'en demeure pas moins une situation de fait, dotée de conséquences importantes dans la perspective du droit des sûretés réelles. Le créancier titulaire d'une sûreté avec dépossession dispose en effet d'une mainmise matérielle sur le bien, et cette détention du bien grevé va avoir une incidence sur le régime de la garantie.

989.**Survie de la dépossession en droit franaçais des sûretés réelles.** – En outre, la dépossession reste assortie de conséquences pratiques importantes qui permettent de distinguer et de catégoriser les sûretés réelles entre elles. Au premier rang de ces conséquences, il est évident que la publicité de la garantie est totalement dépendante de l'existence ou de l'absence de dessaisissement. Dans le système instauré par l'ordonnance du 23 mars 2006, la dépossession constitue en effet une modalité d'opposabilité du gage de biens corporels et, par renvoi de l'article 2355 du Code civil, du nantissement de biens incorporels autres que les créances. De même, mais à l'inverse, l'absence de dessaisissement dans la fiducie avec convention de mise à disposition comme dans le gage immobilier sans dessaisissement, suppose une publicité qui est nécessaire pour informer les tiers de la nature de la détention du bien grevé par le débiteur.

990.La détention du bien, autrement dit l'existence ou l'absence de dessaisissement, a également d'autres incidences. Elle a notamment une incidence à l'égard des modalités de conservation des biens grevés et de gestion[1405] de ces derniers afin de ne pas diminuer la valeur de l'assiette de la garantie constituée[1406].

991.Mais, c'est surtout à l'égard des modes de réalisation, et singulièrement de la mise en œuvre de ces modes de réalisation dans le cadre des procédures collectives, que ce critère, dans son approche renouvelée, démontre pleinement son utilité : le dessaisissement permet, en effet, de transcender les catégories classiquement distinguées par le recours au critère de la dépossession. Il suffit pour s'en convaincre de songer au droit de rétention. Désormais, la détention du bien n'a, *a priori*, plus d'incidence, tout au moins formellement, sur la reconnaissance d'un droit de rétention. Et ce, depuis que le législateur a expressément admis un tel droit en faveur du « gage sans dépossession » à l'occasion de la LME du 4 août 2008[1407]. En dépit de cette unification, la détention du bien a pourtant une incidence sur l'efficacité du mécanisme en présence d'une procédure collective. Le droit de rétention du gage sans dépossession est, en effet, paralysé par la procédure de redressement judiciaire. Il en va de même pour la fiducie-sûreté avec convention de mise à disposition qui est également paralysée par le redressement judiciaire du débiteur. Paralysie qui ne peut se justifier que par la détention du bien par le constituant. Dans ces deux hypothèses,

---

[1405] En effet, c'est le même sens que l'idée de l'obligation de l'exploitation pour le constituant qui a grevé son bien d'exploitation. V. en ce sens, C. Lisanti-Kalczynski, *Les sûretés conventionnelles sur meubles incorporels*, préf. F. Pérochon, Litec 2001, n° 475 et s., p. 367 et s. En effet, pour cet auteur, l'obligation de l'exploitation se trouve un même fondement que l'obligation de conservation, et elle est une forme particulière d'obligation de conservation.

[1406] Dès lors que l'on admet que la dépossession n'est plus une technique d'affectation et que partant toutes les sûretés réelles reposent sur une affectation immatérielle des biens en garantie, alors on peut aisément admettre que ce n'est pas le bien qui constitue lui-même l'assiette de la garantie, mais seulement sa valeur. Ceci permet d'expliquer le caractère rechargeable de certaines sûretés, et de manière prospective d'admettre un système de subrogation pour pallier l'obsolescence ou la fongibilité de l'assiette. V. aussi, C. Lisanti-Kalczynski, *Les sûretés conventionnelles sur meubles incorporels*, préf. F. Pérochon, Litec 2001, n° 164 et s., p. 135 et s. qui démonte notamment que la conservation en matière de biens incorporels a notamment pour objet la maintenance de la valeur du bien grevé.

[1407] L. n° 2008-776 du 4 août 2008 de modernisation de l'économie. Sur les conséquences de cette loi en matière de droit de rétention, V. A. Aynès, « L'extension du droit de rétention dans le projet de réforme des procédures collectives », *JCP G* 2008, act. 300. – D. Legeais, « Droit de rétention du créancier gagiste », *RD ban. et fin.* 2008, comm. 139. – S. Piedelièvre, « Le nouvel article 2286, 4° du Code civil », *D.* 2008, p. 2950. – N. Martial-Braz, « Grandeur et décadences du droit de rétention », *RLDC* 2011, n° 81, p. 29.

le débiteur est resté en possession matérielle des biens. L'absence de dessaisissement du débiteur semble ainsi motiver la moindre efficacité du dispositif à l'épreuve des procédures collectives[1408]. Il résulte de ces éléments que le dessaisissement du débiteur reste un critère essentiel qui permet de comprendre et d'analyser la matière et, ce faisant, on le constate de distinguer les sûretés selon leur régime.

992.**Un critère de distinction chinoise de l'hypothèque et du gage des meubles corporels.** – En droit chinois, la dépossession reste encore le critère essentiel permettant la distinction entre l'hypothèque et le gage, dont l'importance devrait être constatée. En outre, la possession matérielle du bien permet au créancier à recourir au droit de rétention pour obtenir son satisfaction. Parce contre, à la différence avec le droit de rétention français, le droit de rétention chinois ne confère qu'un droit de préférence au créancier. Parce que le créancier est obligé de réaliser le droit de rétention par la vente forcée du bien si le débiteur en demande[1409] ; à défaut de la réalisation du bien par le créancier rétenteur, le débiteur a le droit de demander au tribunal populaire de réaliser le droit de rétention. Par contre, l'avantage de recourir à un droit de rétention conventionnel à la place du gage existe, parce que le droit de préférence octroyé par le droit de rétention est mieux classé que celui accordé par un gage[1410].

993.En somme, l'insuffisance de la classification des sûretés avec ou sans dépossession n'est que partielle, parce que la dépossession matérielle conserve une importance indéniable en droit des sûretés réelles mobilières. Une classification renouvelée adaptera mieux à l'objectif d'une simplification et d'une rationalisation du droit.

[1408] N. Martial-Braz, « Sûreté avec ou sans dépossession, une summa divisio désuète ? », *in* Colloque « Les sûreté réelles en quête de droit commun », *RD ban. et fin.*, n° 5, sept. 2014, dossier 35, n° 9.
[1409] Art. 237, LDR.
[1410] Ainsi, nous demanderons si l'objectif de la constitution d'un gage pour le créancier est de faire bénéficier un droit de rétention conventionnelle.

§2 – Une *summa divisio* renouvelée : les sûretés réelles mobilières avec ou sans la perte d'utilités du bien grevé[1411]

994.**La différence du nouveau critère avec la dépossession. -** La finalité de la dépossession du bien est sans nul doute la perte des utilités par le constituant sur le bien grevé. Nous nous demandons alors pourquoi ne pas s'en servir comme critère de distinction des sûretés en le substituant à la dépossession qui ne constitue qu'un moyen de parvenir à cet objectif plus concret ? Il convient de distinguer ce nouveau critère avec l'ancien : la dépossession.

995.Comme nous avons déjà démontré, l'exigence de la dépossession du constituant n'est applicable qu'en matière de meubles corporels. Mais la limitation des utilités d'un bien, applicable tant en matière de meubles corporels qu'en matière de meubles incorporels, peut être réalisée par différents moyens : comme en matière de nantissement de créance, la notification rend « *seul le créancier nanti reçoit valablement paiement de la créance donnée en nantissement tant en capital qu'en intérêt* »[1412]. Autrement dit, après la notification au débiteur de la créance nantie, le constituant perd son droit de recevoir valablement le paiement de son débiteur, qui constitue, pour nous, la seule utilité restante[1413] d'une créance. La distinction entre ces deux critères est simple, la « dépossession » constitue un moyen pour parvenir à la « perte des utilités du bien grevé ».

996.**Les avantages du nouveau critère. –** Le nouveau critère présente ainsi des avantages qu'il convient de souligner. Avec ce nouveau critère, toutes les sûretés réelles pourraient être prises en comptes, les sûretés préférentielles comme les sûretés exclusives, les sûretés mobilières portant sur les biens corporels comme celles portant

---

[1411] Comp. avec Ch. Gijsbers, *Sûretés réelles et droit des biens*, préf. M. Grimaldi, Economica 2016, p. 617 et s. qui regourpe les sûretés réelles traditionnelles en deux catégories : les sûretés hypothécaires et les sûretés non-hypothécaires.

[1412] Art. 2363, C. civ.

[1413] Parce qu'une créance peut être aussi utilisée dans l'obtention d'un crédit, mais la seule utilité d'une créance déjà grevée d'une sûreté est de recevoir le paiement. Comp. avec A. Aynès, *Le droit de rétention, Unité ou pluralité*, préf. Ch. Larroumet, Economica 2005, n° 92, p. 71 et s. Pour cet auteur, la notification au débiteur de la créance nantie ou l'acceptation par l'acte authentique de ce débiteur produira l'effet d'un droit de blocage dont la réalité, en matière de biens incorporels, est la paralysie des usages du bien.

sur les biens incorporels. Le critère va aussi permettre une différence de traitement au niveau de la constitution et de la conservation de la sûreté réelle (B). Mais avant la présentation des effets de cette nouvelle classification, il convient de regarder les deux groupes de sûretés qui se distinguent nécessairement les unes aux autres (A).

A - La présentation de la classification effectuée avec le nouveau critère

997.La distinction entre une sûreté constituée avec la perte des utilités du bien grevé avec celle qui n'exige pas la perte d'utilités du bien grevé ne peut être claire que si nous déterminons les utilités des biens. Tout devrait commencer par la distinction de différentes valeurs d'un bien. Conformément aux termes de l'article 544 du Code civil, un droit de propriété confère à son bénéficiaire, le propriétaire, trois droits réels (démembrés) : l'*usus,* le *fructus* et l'*abusus* ; autrement dit, ce qu'un bien offre à son propriétaire, sont ses usages, ses fruits et aussi sa valeur commerciale. Ce sont les deux premières utilités d'un bien que le créancier pourrait effectivement priver par la constitution d'une sûreté réelle. Parce qu'un bien est de nature à servir à la garantie de paiement de la dette de son propriétaire[1414] en offrant sa valeur commerciale. En affectant le bien pour la garantie de paiement d'une dette, le constituant se sert de l'une des utilités du bien affecté ; autrement dit, le créancier ne saurait priver des autres utilités du bien grevé s'il en voulait. Après avoir déterminéles utilités qu'un créancier pourrait priver par la constitution d'une sûreté, il convient de démontrer comment la classification sera faite au regard de ce critère.

998.**Une classification selon l'objectif de l'affectation. –** Cette classification est faite selon l'objectif de l'affectation dans la constitution d'une sûreté réelle. Si le créancier a voulu priver d'une ou plusieurs utilités du bien grevé, le moyen pour

[1414] En ce sens, P. Berlioz, *La notion de bien*, préf. L. Aynès, Bibli. de dr privé, t. 489, LGDJ 2007, n° 629 et s., p. 206, et s., spéc. n° 833 : « *Ainsi, la notion de bien ne se limite pas à fournir une protection aux intérêts pécuniaires d'un personne. Elle ne désigne pas seulement une source de profit, une valeur dont celle-ci peut disposer. La notion de bien intéresse également les tiers, et notamment certains d'entre eux, les créanciers du propriétaire du bien. Car le bien doit nécessairement pouvoir remplir une fonction de garantie* ».

réaliser cette privation d'utilités peut être choisi par le créancier, conformément à la nature du bien. En cas de meubles corporels, la privation d'utilités peut être réalisée par l'exigence d'une remise matérielle du bien, ou par la notification à un tiers convenu si le bien grevé se trouve entre les mains de ce tiers, ou bien par la remise matérielle d'un titre représentatif. En cas de biens incorporels, la remise matérielle d'un titre représentatif est aussi envisageable, pourrait-on ajouter aussi la notification au teneur de compte qui est normalement utilisée en cas de gage d'instruments financiers.

999.Les sûretés constituées en permettant soit au constituant à conserver l'usage ou la jouissance du bien grevé, soit à un tiers l'usage ou la jouissance et au constituant le droit de percevoir ainsi les fruits du bien grevé, peuvent être qualifiées de sûreté sans perte d'utilités du bien grevé.

1000.Ainsi, peuvent être qualifiées de sûretés avec la perte d'utilités du bien grevé, en droit français, le gage du droit commun avec dépossession, le nantissement de créances du droit commun, la cession et le nantissement des créances professionnelles, le nantissement de parts sociales, le gage d'espèces, le nantissement d'instruments financiers constitué en limitant la libre disposition, le warrant de marchandise[1415], la fiducie-sûreté mobilière constituée sans convention de la mise en disposition[1416]. Et les autres sûretés réelles mobilières ou les sûretés constituées sous une autre forme, précisément, en permettant le constituant de conserver l'usage ou la jouissance du bien grevé, sont qualifiées de sûretés sans la perte d'utilités de bien grevé.

1001.En droit chinois, peuvent être qualifiées de sûretés avec la perte d'utilités du bien grevé, le gage des meubles corporels, le gage des créances actives et le gage portant sur les chèques, les effets de commerce, les billets à ordre, les warrants de dépôts, les polices de chargement, les titres de créances, les parts sociales et les parts

[1415] Pour Monsieur Picod, le warrant de marchandise ne constitue qu'un aménagement du gage avec dépossession : Y. Picod, *Droit des sûretés*, 2e éd., PUF 2011, n° 225, p. 309.
[1416] Parce que la fiducie-sûreté n'est de nature à être une sûreté sans dépossession ; c'est au travers d'une convention de la mise en disposition prévue par l'article 2018-1 du Code civil que le constituant peut conserver l'usage ou la jouissance du bien transféré au patrimoine fiduciaire. A noter, ainsi qu'une fiducie-sûreté peut être constituée avec ou sans la perte d'usage du bien grevé.

de placements collectifs. Parce que le régime prévu pour ces sûretés ne permet pas l'usage de bien. Pour le gage des chèques, des effets de commerce, des billets à ordre, des titres de créances et de créances actives, si les droits gagés échoueront avec la créance garantie, les sommes payés par le débiteur des droits gagés ne sauraient être utilisées autrement que de payer le créancier par avance, ou être consignées[1417]. Et peuvent être qualifiées de sûretés sans perte d'utilités du bien grevé, les hypothèques mobilières, le gage des propriétés intellectuelles.

Constatons ainsi, notamment en droit français, que cette classification respecte la volonté des parties contractantes d'une sûreté mobilière conventionnelle.

1002.**Une classification respectant la volonté individuelle. –** Bien entendu qu'une sûreté réelle servant exclusivement à la garantie du paiement d'une dette n'est pas nécessaire si le créancier aura une complète confiance sur la solvabilité de son débiteur. C'est le manque de confiance du créancier sur le débiteur qui oblige ce dernier à fournir une sûreté, personnelle ou réelle, pour que le droit de créance de ce premier soit renforcé. C'est aussi cette fameuse méfiance qui exige la dépossession du bien en privant certaines utilités du bien pour le constituant[1418].

1003.Néanmoins, la dépossession n'est pas toujours voulue par le créancier, et imposée par le législateur. Il en est notamment en Chine, parce que la possession par le constituant pour le compte du créancier gagiste ne vaut point[1419], et la remise du bien gagé par le créancier postérieurement au constituant, privera l'opposabilité du gage[1420]. La rigidité du régime du gage chinois des meubles corporels est inexplicable. Par compte, il convient d'admettre que les meubles corporels susceptibles d'être hypothèqués peuvent aussi faire l'objet d'un gage, parce que les parties contractantes peuvent librement convenir d'une sûreté avec dépossession. En France, une telle liberté peut être constatée au regard des dispositions sur le gage de droit commun.

[1417] Art. 225, 226, al. 2, et 228, al. 2, LDR.
[1418] Comp. C. Lisanti-Kalczynski, *Les sûretés conventionnelles sur meubles incorporels*, préf. F. Pérochon, Litec 2001, n° 185 et s., p. 148 et s. pour qui la perte des utilités a aussi pour objet de la conservation de la valeur du bien grevé.
[1419] Art. 87, EJ 2000 (44).
[1420] Art. 87, EJ 2000 (44).

Parce que la dépossession n'est pas obligatoire ; mais rien n'empêche que le créancier en exige au moment de la conclusion d'un contrat de gage.

1004.Cette liberté de choix ne peut être renforcée par le législateur que par un moyen : de prévenir des règles différentes pour les différentes techniques. Parce que, si toutes les règles sont les mêmes, l'intérêt de choisir l'une au détriment de l'autre sera réduit . Il n'est, donc, pas logique d'exiger ou de ne pas exiger la perte des utilités du bien grevé à cause de la nature de l'assiette.

1005.Pour le constituant, il est toujours préférable de choisir une sûreté qui ne lui prive pas d'usage ou de jouissance du bien grevé. Aussi, il est raisonnable qu'il aille vouloir une sûreté dont la constitution lui coûtera le moins.

1006.La distinction faite selon que la constitution prive ou non les utilités du bien grevé respecte la volonté des parties, parce que cette distinction exige une différence des règles applicables selon le choix des parties.

B – La présentation des effets de la nouvelle classification

1007.La différence de l'état du bien grevé mérite un traitement différent. La présentation sur les différentes règles sur la constitution précédera celle sur les différentes règles de conservation.

1008.**Uniformisation des règles portant sur la constitution. –** En Cas de perte des utilités du bien grevé, le constituant ne bénéficie pas d'usage ou de jouissance, directe ou indirecte, du bien. Le créancier est censé protéger avec cette perte des utilités du bien grevé, parce que, par cette perte des utilités du bien grevé, il est équipé d'un droit de blocage sur le bien, théoriquement, opposable à tous[1421]. Donc, une forme

[1421] Sur l'opposabilité *« erga omnes »* du droit de rétention / droit de blogage, V. not. A. Aynès, *Le droit de rétention, Unité ou pluralité ?*, préf. Ch. Larroumet, Economica 2005, n° 348 et s., p. 273 et s. ; L. Aynès et P. Crocq, n° 447, p. 175 ; J.-F. Durant, *Le droit de rétention*, thèse Paris II, 1979, p. 876 :

particulière de publicité de ces sûretés réelles semble un peu trop redondante. Il convient, donc, de prévenir qu'une publicité n'est pas obligatoire, voire, pas nécessaire.

1009.Par contre, il faut, à l'inverse, une publicité obligatoire, à la constitution, pour les sûretés réelles mettant le bien grevé en libre disposition au constituant. La publicité se justifie d'une double nécessité : d'une part, la protection du créancier aux risques de la constitution d'une autre sûreté sur ces biens, et d'autre part, la protection du créancier en cas de cession du bien parce que son droit est reporté automatiquement aux biens qui substituent les biens cédés.

1010.En somme la différence devrait être faite, pour les sûretés avec la perte des utilités du bien, la publicité n'est pas obligatoire, et pour les sûretés sans la perte des utilités du bien, la publicité devrait être obligatoire. Par contre, il convient de soulever une exception, c'est la fiducie-sûreté française[1422], par la technique de laquelle, un certain nombre de bien sort du patrimoine du constituant. Une publicité est obligatoire car elle a notamment pour objet d'éviter que cette institution ne soit pas utilisée comme un outil de blanchissement d'argent ou un outil de donation[1423]. Nous pouvons dans ce cas recourir à l'adage « *specialia generalibus derogant* » pour justifier cette exception.

1011.En effet, l'obligation de publicité pour les sûretés réelles constituées sans perte des utilités du bien grevé peut engendrer des conséquences juridiques importantes, parce qu'elle permettra à conférer le créancier un droit de suite, qui n'est, généralement, pas accordé au créancier bénéficiaire d'une sûreté réelle mobilière, tant en droit français qu'en droit chinois. Parce qu'avec les dispositions de renvoi aux règles des gages des meubles corporels, les règles applicables aux sûretés portant sur les biens incorporels sont celles des gages des meubles corporels, donc, pas de droit

---

« *Le droit de rétention constitue bien une exception à l'opposabilité absolue, jouant à l'encontre de toute personne qui se prévaudrait d'un droit sur la chose retenue* ».

[1422] Il sera de même si le législateur chinois va reconnaître le fonctionnement de garantie de paiement d'une fiducie chinoise, parce qu'en Chine, une fiducie n'est validée qu'après l'inscription (art. 10, Loi chinoise de la fiducie du 28 avril 2001, entrée en vigueur le 1er octobre 2001).

[1423] Art. 2013, C. civ.

de suite. Pourtant, le droit de suite est nécessaire pour la protection du créancier. Rappelons que le droit de suite est notamment efficace. Il permet à un créancier bénéficiaire d'une sûreté préférentielle à faire face au droit exclusif du créancier titulaire d'une sûreté exclusive postérieurement constituée. L'équipement d'un droit de suite pour le créancier, bénéficiaire d'une sûreté préférentielle constituée sans privation des utilités du bien grevé, est notamment important en droit chinois, qui a voulu intégrer les sûretés exclusives dans son corps. Il semble, pour nous, que cette modification du droit des sûretés réelles était indispensable avant la reconnaissance, par le législateur chinois, des sûretés exclusives.

1012.**Uniformisation des règles portant sur la conservation de la valeur de l'assiette. –** La conservation de la valeur du bien grevé est normalement mise à la charge de la personne qui conserve l'accès direct du bien, autrement dit, le possesseur ou le détenteur. Il est donc normal qu'un créancier détenteur du bien grevé conserve avec sa diligence le bien qui lui est remis. En cas de bien incorporel, la logique reste la même, parce que c'est lui qui exige la perte des utilités du bien[1424]. En présence d'un entiercement, le créancier est aussi chargé de la conservation, parce que le tiers convenu agit pour le compte du créancier[1425]. Dans le cas inverse, on ne saurait exiger la conservation par le créancier. Autrement dit, pour les sûretés constituées sans la perte des utilités du bien grevé, le créancier n'est pas chargé de la conservation de la valeur du bien grevé, c'est le constituant qui est soumise d'une obligation de la conservation. Ainsi, pour les biens d'exploitation, le constituant est obligé d'exploiter le bien soit par lui-même, soit par un tiers convenu. C'est-à-dire qu'en cas où le bien n'est pas exploité par le constituant lui-même, il est censéobliger de chercher une autre personne à effectuer l'exploitation pour son compte ; au cas où le tiers convenu s'arrête l'exploitation, le constituant devrait le notifier au créancier. Et en cas de l'exploitation par lui-même, le constituant doit notifier la suspension ou l'arrêt de

[1424] Rappr. C. Lisanti-Kalczynski, *Les sûretés conventionnelles sur meubles incorporels*, préf. F. Pérochon, Litec 2001, n° 165 et s., p. 135 et s. pour qui « la conservation de la valeur par le créancier » constitue l'une des conséquence de la perte des utilités.
[1425] C. Lisanti-Kalczynski, *Les sûretés conventionnelles sur meubles incorporels*, préf. F. Pérochon, Litec 2001, n° 165, p. 136.

l'exploitation, à l'instar de la disposition prévue par l'article L. 143-2 du Code de commerce[1426] pour le nantissement du fonds de commerce ou artisanal.

1013.Par contre, au regard des dispositions des droits positif français et chinois, la conservation des biens incorporels est mise à la charge du créancier en appliquant les dispositions de renvoi. Il est regrettable que ni le législateur français ni le législateur chinois n'ont prévu de cette incohérence de l'immatérialité des biens incorporels avec l'exigence de la conservation au créancier qui n'a pas le moyen à exécuter cette obligation. Nous attendons ainsi une réforme qui va corriger cette incohérence en effectuant une rationalisation des règles applicables aux sûretés réelles portant sur les biens incorporels.

Conclusion de la section 4

1014.Force est de constater que, ni en France ni en Chine, la distinction des sûretés avec et sans dépossession ne suffit pas à constituer une *summa divisio*. Parce qu'en France, la dépossession n'est plus obligatoire pour le gage des meubles corporels, et en Chine, elle est expressément écartée en matière du gage des droits. Par contre, la dépossession joue toujours un rôle important en droit des sûretés réelles. Elle fait naître le droit de rétention effectif en France, et elle constitue la seule condition de fait de la naissance du droit de rétention chinois.

1015.Sans nier l'importance de la dépossession, il convient d'admettre que ce n'est pas la possession du bien grevé que le créancier a voulu en exigeant la dépossession. Ce qui importe, c'est la perte des utilités du bien par le constituant, qui deviendra le critère d'une classification renouvelée.

[1426] Art. L. 143-2, C. com. : « *Le propriétaire qui poursuit la résiliation du bail de l'immeuble dans lequel s'exploite un fonds de commerce grevé d'inscriptions doit notifier sa demande aux créanciers antérieurement inscrits, au domicile élu par eux dans leurs inscriptions. Le jugement ne peut intervenir qu'après un mois écoulé depuis la notification. La résiliation amiable du bail ne devient définitive qu'un mois après la notification qui en a été faite aux créanciers inscrits, aux domiciles élus* ».

1016.La classification des sûretés constituées sans ou avec la perte des utilités des biens est fort séduisante, elle permet de rendre compte toutes les sûretés réelles mobilières, préférentielles comme exclusives, et la nature corporelle ou incorporelle de l'assiette importe peu. De surcroît, elle conforte la liberté contractuelle des parties contractantes.

1017.Néanmoins, pour que cette classification soit parfaitement achevée, certaines améliorations du droit des sûretés réelles devraient être faites. Il faut d'abord reconnaître un droit de suite au créancier bénéficiaire d'une sûreté préférentielle portant sur les biens incorporels lorsque la constitution permet au constituant de conserver l'usage ou la jouissance du bien grevé. Ensuite, il faut de manière générale traiter la question de la publicité de différentes sûretés. Pour nous, en cas de perte des utilités du bien grevé, par des formes particulières de publicité nécessaire ; mais en cas où le constituant conserve la libre disposition du bien, une publicité au moyen d'inscription est nécessaire pour constater la validité de sûreté. Enfin, la conservation de la valeur du bien devrait être mise à la charge de la personne qui conserve l'accès direct du bien : une obligation particulière de la conservation, ou voire de l'exploitation, sera tenue à l'encontre du constituant que dans l'hypothèse où l'usage ou la jouissance, directe ou indirecte, lui est conservée.

1018.Il semble que cette classification renouvelée pourrait simplifier le droit des sûretés réelles, tant en Chine qu'en France.

Conclusion du Chapitre 1

1019.« Rien ne sert à courir ; il faut partir à point » ! La simplification du droit des sûretés réelles, tant en France qu'en Chine, est fort nécessaire, mais la transformation de la diversité des sûretés vers l'uniformité[1427] des sûretés réelles prendra du temps[1428] si elle est possible. Il serait trop tôt de dire que l'uniformité des sûretés réelles ne marchera pas en France et en Chine. Par contre, il est d'abord possible de simplifier le droit des sûretés mobilières en trouvant des droits communs, si bien un droit commun des sûretés réelles n'est pas trouvable.

1020.Avec l'avancée des recherches de jeunes universitaires, nous tendons à une meilleure classification qui permet de simplifier le droit des sûretés réelles en France. En même temps, des mutations sont observées en droit chinois et le cadre juridique doit se préparer à intégrer les sûretés exclusives comme le droit français. Les classifications classiques des sûretés réelles selon la nature de l'assiette et le mode d'affectation ne sont pas suffisantes, parce qu'elles ne visent principalement que les sûretés traditionnelles qui accordent un droit de préférence au créancier. Et les classifications selon la nature de la créance garantie et les effets de la sûreté ne suffisent pas non plus à cause de la diversité des sûretés réelles préférentielles. Une classification qui se base sur l'objectif de la dépossession est fort intéressante parce qu'elle permet de rendre compte toutes les sûretés réelles sans laisser se regrouper les sûretés réelles qui ne partagent pas beaucoup de points communs. Elle conforte aussi la liberté contractuelle qui joue déjà un rôle important en droit des sûretés réelles. Par contre, pour que cette classification puisse réellement simplifier le droit des sûretés

[1427] Sur la possibilité d'unification des sûretés réelles préférentielles : Ch. Juillet, « Les sûretés réelles traditionnelles entre passé et avenir », *in Liber Amicorum Christian LARROUMET*, Economica 2010, p. 241 et s. Par contre, en rendant compte les sûretés réelles exclusives, cette possibilité d'unification n'est pas toujours évidente.

[1428] Comp. avec Ch. Juillet, « Les sûretés réelles traditionnelles entre passé et avenir », *in Liber Amicorum Christian LARROUMET*, Economica 2010, p. 241 et s., spéc. n° 35, p. 262 : « *Cela étant, d'un point de vue intellectuel, cette unification pourrait se faire en deux temps. Dans un premier temps, l'unification interviendrait respectivement en matière mobilière et immobilière. Puis, dans un second temps, en tirant toutes les conséquences qui s'imposeront de cette première unification, une autre unification devrait intervenir, cette fois-ci, entre les sûretés mobilières et les sûretés immobilières* ».

réelles, certaines modifications sont indispensables. Parce que les sûretés réelles exclusives bouleversent l'ordre constitué par les sûretés réelles préférentielles.

1021.Les expériences françaises concernant la lutte contre le manquement de cohérence causé par la trahison des droits exclusifs du droit des sûretés réelles sont importantes pour le droit chinois.

Chapitre 2 – L'utilisation de l'exclusivité dans la garantie des paiements

1022.**Caractère exclusif des sûretés réelles.** – A la différence avec les auteurs chinois[1429], les auteurs français ne traitent pas les sûretés réelles traditionnelles comme des institutions accordant au créancier bénéficiaire un droit exclusif. En effet, en droit chinois, aucun texte légal a indiqué directement et clairement que le gage ou l'hypothèque permet à leur titulaire un droit exclusif sur le bien grevé. Cette exclusivité est notamment remise en cause par la présence des privilèges en cas d'ouverture d'une procédure de faillite ; il ne faut pas oublier non plus qu'en cas de sûreté réelle sans dépossession, il peut arriver que plusieurs créanciers soient titulaires en même temps d'un droit de préférence sur un même bien.

1023.En droit français, seuls le droit de propriété et le droit de rétention permettent leur titulaire une situation exclusive. En effet, l'exclusivité en maitère du droit des sûretés réelles signifie, selon Mme Bougerol[1430], que le créancier peut obtenir particulièrement la satisfaction avant même la procédure de distribution de l'actif, pendant laquelle aura lieu la concurrence.

1024.Nous allons successivement présenter les utilités des propriétés-sûretés (Section 1) et des droits de rétention (Section 2).

[1429] En droit chinois, les universitaires traitent les sûretés réelles comme des droits exclusifs (le caractère exclusifs des sûretés réelles). En effet, l'exclusivité du droit de préférence n'est jamais justifiée par ces auteurs. Pour nous, c'est une erreur conceptuelle, parce qu'en Chine, nous ne distinguons pas les droits réels principaux avec les droits réels accessoires. Ainsi, les sûretés réelles devraient avoir toutes les caractéristiques d'un droit réel principal.
[1430] L. Bougerol-Prud'homme, *op. cit.*

Section 1 – Les propriétés-sûretés

1025.Parlant de la propriété-sûreté, elle est une nouvelle sûreté réelle, portant sur les immeubles ou les meubles, qui est récemment[1431] reconnue par le Code civil, en France.

1026.Nous savons bien que la propriété n'est pas de nature à garantir le paiement d'une quelconque créance[1432]. C'est au travers de techniques contractuelles, que nous pouvons l'affecter dans la garantie de paiement. Une fois de plus, la reconnaissance par la loi d'une telle institution ne fait que confirmer l'importance du pouvoir des individus dans les sûretés réelles mobilières.

1027.Avant d'introduire les régimes des propriétés-sûretés, il convient de préciser la nature de la propriété, parce que la différence entre la propriété et le droit réel accessoire est l'essentiel et l'enjeu principal de la création d'une telle institution. Et la précision de la nature de la propriété nous permet de mieux comprendre la raison pour laquelle une telle sûreté nouvelle est bien avantageuse par rapport aux sûretés réelles mobilières traditionnelles qui s'assoient sur un droit réel accessoire.

[1431] C'est l'ordonnance du 23 mars 2006 qui a, pour la première fois, dans le Code civil (Art. 2367, C. civ), reconnu la propriété-sûreté comme une sûreté réelle.

[1432] Le terme « propriété » ne vient pas de *domonium* qui se définit comme le pouvoir exclusif que l'on a sur une chose, mais de *proprietas* (F. Zénati-Castaing, « La propriété, mécanisme fondamental du droit », *RTD civ.* 2006, p. 445.) : la qualité qu'a une chose d'être propre. La propriété est donc plutôt utilisé, avec la notion de la personnalité juridique, dans la description et la justification du lien entre la personne juridique avec le monde, surtout, avec les choses. Ici, il ne faut pas confondre la propriété avec le gage général qui octroie aux créanciers d'une personne de se faire payer sur l'ensemble de ses biens.

Paragraphe préliminaire : la nature de la propriété dans les propriétés-sûretés

1028.**Notion de la propriété en droit des biens.** – La notion de la propriété peut être analysée dans plusieurs domaines. Nous allons ainsi la déterminer en droit des biens. Depuis longtemps, la notion de la propriété fait toujours l'objet de débat doctrinal en France. Une absence totale de la définition technique de la propriété dans les textes légaux doit être constatée depuis la fameuse codification napoléonienne. Selon la théorie la plus classique, la propriété est un droit réel, ou bien une expression la plus complète du droit réel. Selon une école plus récente, la propriété est un mécanisme fondamental, qui désigne la relation très proche entre le sujet du droit et l'objet du droit[1433]. Tout en confirmant cette idée, Monsieur Berlioz est allé encore plus loin, il désigne la propriété comme une liberté totale, sous réserve des limitations légales et morales, qu'une personne exerce sur les choses qui lui appartiennent[1434]. Donc, selon ces deux derniers auteurs, la propriété n'est pas, de *stricto sensu*, un droit, qui se distingue clairement avec les droits réels, ou plus largement les droits subjectifs. Si, de manière générale, la propriété ne saurait être qualifiée d'un droit subjectif au regard des dispositions portant sur le droit de la chose, on ne saurait la qualifier autrement dans le régime des propriétés-sûretés.

1029.**La notion de la propriété en matière de propriétés-sûretés.** – En parlant de la propriété, rarement des personnes peuvent dégager sa nature. Le Petit Larousse[1435] et Le Vocabulaire Juridique[1436] se contentent de répéter ce que dise l'article 544 du Code civil : « *La propriété est le droit de jouir et disposer des choses de la manière la*

[1433] F. Zénati-Castaing, « La propriété, mécanisme fondamental du droit », *RTD civ.* 2006, p. 445.
[1434] P. Berlioz, *La notion du bien*, préf. Laurent Aynès, LGDJ 2007, Bibliothèque de droit privé Tome 489, Paris, n° 741, p. 241.
[1435] Le Petit Larousse, 2015, v° « Propriété », sens 1.
[1436] G. Cornu, *Vocabulaire Juridique*, 2011, V° « Propriété » : « *Employé seul, désigne la propriété privée – Droit individuel de propriété – et la pleine propriété, type le plus achevé de droit réel : droit d'user, jouir et disposer d'une chose d'une manière exclusive et achat absolue sous les restrictions établies par la loi* ».

plus absolue, pourvu qu'on n'en fasse pas un usage prohibé par les lois ou par les règlements ». Si la propriété est composée des droits traditionnellement qualifiés de droits réels principaux, tels l'*usus*, le *fructus* et l'*abusus*, elle ne saurait être qualifié que de droit, ou bien, au moins qu'une unité de droits. Une école courante sur la nature de la propriété pense que la propriété est l'expression la plus complète du droit réel, ainsi que la propriété est un droit réel. Mais nous pouvons aussi la distinguer avec les autres droits réels principaux, parce que la propriété constitue un ensemble de droits, et les derniers ne sont que des éléments que nous pouvons mettre dans la première. De ce point de vue, la propriété n'est pas un droit réel, mais quelque chose autre qu'un droit réel, un droit hiérarchiquement plus puissant. Une telle idée ne fait que confirmer les termes du préambule de la Constitution de la république : « *La propriété étant un droit inviolable et sacré, nul ne peut en être privé, si ce n'est lorsque la nécessité publique, légalement constatée, l'exige évidemment, et sous la condition d'une juste et préalable indemnité* »[1437]. Malgré tout, de sa puissance absolue, la propriété n'est qu'un droit, aux yeux des rédacteurs de la Déclaration de 1789.

1030.**Respect des autres.** – Sans entrer dans le détail des débats sur la nature exacte de la propriété, il convient justement de constater que la propriété est tellement puissante qu'elle fasse l'objet de la protection constitutionnelle. Une telle exigence du respect de la propriété s'oblige à tout le monde, les législateurs comme les magistrats, les administrateurs comme les administrés, les personnes morales comme les personnes privées.

1031.L'exigence du respect de la propriété d'autrui ne peut être réalisée que par la coercition. Ainsi, nous pouvons dire qu'un droit sans protection ne saurait être un droit. Dans le cadre de la propriété retenue ou cédée à titre de garantie, la propriété a donné naissance à une nouvelle utilité, c'est d'être affectée pour la garantie de paiement. Une telle technique n'est pas une création moderne, elle a été utilisée déjà

[1437] Art. XVII de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789.

dans le droit romain [1438] . Mais avec le développement des sûretés réelles traditionnelles, donc celles assises sur le droit de préférence, l'utilisation de la propriété comme garantie a une fois disparu en droit romain. La reconnaissance de l'importance de la propriété comme une garantie de paiement est un phénomène récent avec les réformes du droit de la procédure collective. L'élargissement du domaine d'application des privilèges, généraux ou spéciaux, qui porte atteinte gravement aux droits des créanciers titulaires des sûretés réelles traditionnelles, ne fait que de pousser les praticiens à chercher une sûreté plus efficace au travers des techniques contractuelles. Donc, nous cherchons logiquement à contourner le concours avec les autres créanciers privilégiés, donc, d'exclure le concours[1439]. En tant qu'un droit d'exclusivité[1440], la propriété permet à son titulaire, souvent le créancier, à se mettre dans une situation d'exclusivité, dont l'objet d'exclusion est le concours. C'est à cause de son exclusivité que la propriété a été reconnue de nouveau dans le domaine de la garantie de paiement.

1032.**Question du contenu de droit.** – Souvent, en cas de constitution d'une propriété-garantie, pour que cette technique ne soit pas considérée comme anti-économique, le créancier propriétaire ne bénéficie pas de la jouissance de l'objet dont il tient la propriété. Encore, il ne bénéficie pas une libre disposition, non plus, de cet objet. Si nous pouvons logiquement citer l'article 544 du Code civil comme le fondement légal qui détermine le contenu de la propriété, le créancier propriétaire, n'a aucun des éléments qui peuvent constituer une propriété. La question que l'on peut se poser est de savoir quels bénéfices le créancier peut-il en tirer en tant que propriétaire ? Ou bien encore, un peu en amont, qu'est-ce qui est retenue ou cédée si le propriétaire ne bénéficie d'aucun droit direct sur son bien ?

[1438] La propriété garantie est la garantie originaire du droit romain (Sur la fiducie-sûreté en droit romain, v. notamment :F. Gény, *Etude sur la fiducie*, thèse Nancy, 1885, p. 63 et s. ; M. Grimaldi, « La fiducie : réflexion sur l'institution et sur l'avant-projet de loi qui la consacre », *Rep. Def.* 1991, art. 35085, p. 897 ; Cl. Witz, *La fiducie en droit privé français*, Economica, 1981, n° 20 et s., p. 21 et s.).

[1439] Sur la définition du « Concours », V. L. Bougerol-Prud'Homme, *Exclusivité et garanties de paiement*, préf. P. Crocq, LGDJ 2012, 41 et s. p. 35 et s.

[1440] Ici, nous ne prenons pas en compte le cas de concurrence entre les créanciers copropriétaires qui est une hypothèse possible mais quand même extrêmement rare.

1033.Pour répondre à cette question, il convient d'abord de constater que le contenu d'une propriété n'est pas déterminé[1441]. Au lieu de respecter rigidement les termes des textes légaux, il vaudra mieux comprendre ces textes par le sens que voulaient exprimer les législateurs. Car aucune des langues n'est toujours si parfaite qu'elle puisse exprimer un sens sans le dénaturer. Ainsi, la propriété, avec les droits qu'elle puisse octroyer à son titulaire, est de nature à décrire un lien entre un bien[1442] et une personne, donc, elle constitue un caractère propre d'un bien (I). La raison principale qui permet d'exclure les menaces dans l'exécution d'une propriété-garantie ou propriété-sûreté est le fait que la propriété fait partie d'un certain patrimoine. C'est le patrimoine qui protège tous les éléments sous son abri (II).

I – La propriété, un caractère propre du bien.

A – La propriété, un vrai droit pour le créancier ?

1034Si la théorie moderne est d'accord sur un point que la nature juridique de la propriété est un droit[1443], le contenu de ce droit ne peut pas être déterminé.

1035.**Fondement juridique classique.** – Théoriquement, en parlant de la propriété, nous incarnons de la pleine propriété. C'est-à-dire que la propriété indiquée dans les termes de l'article 544 du Code civil. Une pleine propriété signifie que son propriété peut faire tout ce qu'il veut sur son bien, sauf les pratiques contraires aux encadrements des lois et des règlements, bien entendu. De ce point de vue, la

[1441] P. Berlioz, *La notion du bien*, préf. Laurent Aynès, LGDJ 2007, Bibliothèque de droit privé Tome 489, Paris, n° 724 et s., p. 239 et s. : selon l'auteur, la propriété donne au propriétaire une liberté d'agir sur la chose, ainsi, comme toute liberté, elle ne se définit donc pas par des prérogatives spécifiques.
[1442] Le bien ici est le bien de sens large qui comprend les biens corporels comme les biens incorporels, généralement tous ceux qui peuvent être appropriés.
[1443] W. Dross, « Une approche structurale de la propriété », *RTD Civ*. 2012, p. 419 et s., sp. n° 3 et 4 : « *La propriété est un droit qui porte sur les choses. La propriété n'est pas une chose. La propriété n'est pas un droit qui porte sur les droits. Elle se distingue des choses. Elle se cantonne aux choses* » (n° 4 *in fine*).

propriété constitue une liberté[1444] assez large pour son titulaire sur le bien[1445]. Mais dans la réalité, ce n'est toujours pas le cas, la propriété est rarement une pleine propriété[1446]. Il arrive assez souvent que le propriétaire ne bénéficie qu'une partie de prérogatives que son bien peut lui fournir.

1036.**Au moins un privilège pour le propriétaire : *abusus*.** - Il en est notamment au regard du fameux exemple de nu-propriétaire. Dans cette hypothèse, le propriétaire n'est souvent pas en possession de son bien, il ne bénéficie pas de l'*usus*. Il peut arriver qu'il ne bénéficie non plus du *fructus*. Normalement, selon une compréhension normale du statut de nu-propriétaire, ce dernier ne bénéficie qu'un seul droit de disposition. Il reste propriétaire parce qu'il bénéficie du pouvoir de disposer, considéré comme essentiel[1447]. Mais l'existence de ce pouvoir est en vérité bien plus théorique que réelle. Lorsqu'un usufruit a été accordé à un tiers, ou qu'une sûreté réelle a été créée, cette prérogative est paralysée. Le nu-propriétaire n'a pas le droit de détruire la chose[1448]. Or, puisque l'aliénation porte, selon cette même doctrine, sur le droit et non sur la chose, le pouvoir de disposition du propriétaire ne peut en réalité logiquement consister qu'en des actes matériels. Par conséquent, la création d'un usufruit prive aussi le propriétaire de son pouvoir de disposition. La propriété n'a finalement plus aucun contenu. Tout au plus impose-t-elle certaines obligations au nu-propriétaire, celles d'effectuer les grosses réparations[1449]. Une telle hypothèse n'est

---

[1444] P. Berlioz, *La notion du bien*, préf. Laurent Aynès, LGDJ 2007, Bibliothèque de droit privé Tome 489, Paris, n° 741, p. 241 : « *La propriété n'est donc rien d'autre que l'expression de la liberté d'une personne sur une chose, grâce à laquelle la première peut faire en principe tout ce qu'elle veut de la seconde, c'est-à-dire tout ce que la loi, et les caractéristiques de la chose, lui permettent de faire* ». Une telle constatation est assez séduisante, parce qu'elle nous permet facilement à affranchir les difficultés posées par la règle de *clausus numerus* dans la théorie de démembrement et celle de perpétuité des droits réels.

[1445] Sur la démonstration comment la propriété n'est qu'un liberté, V. :P. Berlioz, *La notion du bien*, préf. Laurent Aynès, LGDJ 2007, Bibliothèque de droit privé Tome 489, Paris, n° 724 et s., p. 239 et s.

[1446] P. Crocq, *Propriété et garantie*, préf. M. Gobert, LGDJ 1995, n° 84 et s, p. 69 et s. Selon l'auteur, même si parlant de la pleine propriété, le droit de propriété n'est pas un droit absolu. Par contre, le droit de propriété est un droit susceptible de limitations.

[1447] J.-L. Bergel, M. Bruschi, S. Cimamonti, *Traité de droit civil, Les biens*, LGDJ, 2000, n° 83, p. 86 ; J. Carbonnier, *Droit civil*, t. 3, *Les biens*, PUF, coll. Thémis, 19e éd., 2000, n° 68, p. 129 ; Ph. Simler, *Les biens*, PUG, 2e éd., 2001, n° 24, p. 32.

[1448] Ph. Malaurie, L. Aynès, *Droit civil, Les biens*, Defrénois, 2e éd., 2005, n° 810, p. 256.

[1449] Art. 605 C. civ.

pas purement savante, la réponse de la haute juridiction ne fait que de nous montrer l'atrocité de la réalité.

1037.**Etat de question.** – Un arrêt rendu par la chambre commerciale de la Cour de cassation, du 15 octobre 2013 nous fait réfléchir sur la notion et le contenu de la propriété. En l'espèce, le litige était relatif à une banale clause de réserve de propriété insérée dans un contrat d'approvisionnement conclu entre professionnels. Le vendeur, s'il avait omis d'exercer l'action en revendication de l'article L. 624-16 du Code de commerce dans les trois mois de la publication du jugement d'ouverture[1450], avait déclaré sa créance de prix de vente au titre de l'article L. 622-25 du même code. Mais il tentait de faire admettre sa créance à titre privilégié, ce qui lui fut refusé par le liquidateur d'abord, le juge-commissaire ensuite, et la cour d'appel de Douai enfin. L'intérêt d'une telle prétention - et de son rejet définitif par la Cour de cassation - tient à la façon dont elle était articulée. Par conséquent, la propriété dont le créancier est le titulaire n'était plus opposable à la procédure collective une fois que le délai de trois mois est expiré.

1038.Ici, ce qui nous intéresse n'est pas la qualification d'une clause de réserve de propriété comme une sûreté réelle, non plus le caractère privilégié de la créance garantie qui est légalement déclarée, mais la conséquence d'une petite oubliette d'action de revendication par le créancier dont la créance est garantie par une clause de réserve de propriété. Une des conséquences en est ainsi qu'une telle sûreté sera d'aucune utilité pour le créancier réservataire, parce que la propriété de ce dernier sera inopposable à la procédure collective[1451]. En effet, la question de la constitutionnalité d'une telle contrainte portée à la propriété a été soulevée pour la première fois devant la Haute juridiction en 2011[1452], qu'une QPC a été formulée tout en demandant si la disposition de l'article L. 624-9 du Code de commerce porte bien atteinte au droit de propriété qui est constitutionnellement protégé par l'article 17 de la Déclaration de 1789. La réponse est claire, les hauts magistrats ne pensent pas qu'il y ait une

[1450] Art. L. 624-9 C. com.
[1451] Art. L. 624-9 C. com.
[1452] Com., 15 mars 2011, n° 10-40.073 (n° 374 QPC), *D.* 2011, actu. 815.

violation de la Constitution tout en soutenant que « *les restrictions aux conditions d'exercice du droit de propriété qui peuvent résulter de ce texte répondent à un motif d'intérêt général et n'ont ni pour objet, ni pour effet d'entraîner la privation du droit de propriété ou d'en dénaturer la portée* ». Une telle confirmation de la légalité et de la constitutionnalité de la disposition de l'article L. 624-9 est quand même surprenante. Si la propriété du créancier réservataire n'est pas opposable à la procédure, l'objet de la propriété sera sous l'emprise totale de l'administrateur ou du liquidateur. Est-ce que cela veut bien dire que l'administrateur ou le liquidateur va avoir le pouvoir de faire vendre ce bien sans que le créancier réservataire puisse faire opposition ? Au moins que la créance garantie, quel que soit le titre sous lequel elle est inscrite, sera considérée comme une créance chirographaire, selon l'arrêt de 2013 susvisé. Une fois que le bien sera vendu par l'administrateur ou par le liquidateur, il convient alors de demander le sort du créancier propriétaire à l'issue de la procédure collective. Le bien, objet de la propriété, est vendu, dont le prix avait été consacré pour le remboursement des dettes du débiteur. Mais juridiquement, la propriété de ce bien n'a jamais été entrée dans le patrimoine de ce dernier. A l'issue d'une telle procédure collective, la propriété deviendra sans objet, parce que le bien est vendu. L'inopposabilité de la propriété rend réellement la nullité d'une telle propriété, parce que pour le créancier réservataire, cette propriété est devenu sans contenu, sans compter le droit de jouir ou de disposer, il ne bénéficie même pas un droit sur la valeur du bien[1453]. Si une telle solution pratique n'est pas une privation de la propriété ou une dénaturation de sa portée, il convient de demander ce que c'est une propriété dans le régime de la réserve de propriété, ou bien plus largement, dans les propriétés-sûretés.

1039.**Confusion.** – En effet, une confusion de la propriété et le droit de propriété peut être constatée. Selon, M. CROCQ, c'est le droit de propriété qui est employé dans la

[1453] Si ce qui peut rester c'est un droit de créance tenu par le créancier contre le débiteur, à l'issu d'une telle procédure, le débiteur ne sera rarement dans l'état *in bonis*. On se demande si la transformation de la propriété en une créance chirographaire n'est pas une dénaturation de la portée de la propriété. Au moins que l'objet de la propriété n'est plus le même si nous pouvons encore insister sur la théorie de la propriété sur la créance.

garantie de paiement d'une créance[1454], et une telle idée est confirmée par le Doyen PICOD[1455]. Mais selon les termes exactes du Code civil, c'est la propriété, elle-même, qui est « retenue » ou « cédée » à titre de garantie[1456]. Dans l'arrêt susvisé, si le créancier réservataire oublie d'exercer une action en revendication dans le délai prévu, il n'aura aucun droit réel sur son propre bien, parce que sa propriété n'est plus opposable à la procédure. Ainsi, ce n'est pas le droit de la propriété mais la propriété qui est affectée dans ce montage juridique.

1040.S'il faut insister encore sur le fait que la propriété est un droit parce que la propriété-sûreté est un accessoire de la créance[1457], nous ne pouvons constater que le créancier propriétaire ne bénéficie, en réalité, après l'expiration du délai de trois mois, aucun droit sur son bien. Encore, le caractère de l'accessoire est remis en question par un arrêt tout récent[1458]. Dans cet arrêt, la Cour de cassation a bien indiqué que l'extinction de la créance n'est pas un équivalent de paiement complet, qui peut faire bénéficier le débiteur le transfert de propriété. Par conséquent, cette propriété-sûreté, la clause de réserve de propriété, ne suit pas l'extinction du principal. Si le contenu de la propriété n'est pas déterminé, ce qu'un propriétaire peut « bénéficier » n'est autre chose que le statut d'être un propriétaire, parce que c'est ce statut qui lui permet de se distinguer avec ceux qui ne le sont pas.

1041.Pour être plus simple, il nous semble que la propriété, dans le régime de propriété-sûreté, n'est pas vraiment un droit pour son titulaire. Par contre, le statut de

---

[1454] P. Crocq, *Propriété et garantie*, préf. M. Bobert, LDGJ 1995, n° 4, p. 5 : « *Le créancier a recours au droit de propriété en raison de sa force, de l'importance de ses attributs mais, en même temps, il entend réduire ce droit aux dimensions de sa fonction pour en faire un droit accessoire, un droit dont l'objet essentiel est la valeur du bien, l'utilité de celui-ci étant laissé au débiteur* ».

[1455] Y. Picod, *Droit des sûretés*, 2e éd., PUF 2011.

[1456] Le titre du Chapitre IV de sous-titre II du Titre II du Livre quatrième du Code civil : « De la propriété retenue ou cédée à titre de garantie ».

[1457] Ch. Juillet, *Les accessoires de la créance*, préf. Ch. Larroumet, Collection de thèse T. 37, Defrénois, n° 379, p. 225. Selon cet auteur, tout accessoire de la créance est nécessairement un droit. Ainsi, en tant qu'un accessoire de la créance, la propriété-sûreté est un droit supplémentaire pour le créancier.

[1458] 2e Civ., 27 fév. 2014, n° 13-10.891 (n° 310 F-P+B) : « *Mais, ayant retenu à bon droit que l'extinction de la créance de la société Crédipar, du fait de l'effacement des dettes de Mme B. , consécutif à la clôture pour insuffisance d'actif de la procédure de rétablissement personnel dont elle avait bénéficié, n'équivalait pas à son paiement de sorte que le transfert de propriété ne pouvait être intervenu au profit de l'acquéreur, la cour d'appel a, par ces seuls motifs, légalement justifié sa décision* ».

propriétaire semble bien un statut très puissant après l'ouverture d'une procédure collective.

B – La propriétaire, un statut de force

1042.**Théorie d'une « liberté ».** – La métaphore qui est expliquée par M. Berlioz est assez intéressante : la propriété a donné à son titulaire une liberté d'agir sur le bien, y compris d'exercice de son droit de jouissance et de disposition. Mais, si c'est la propriété qui nous donne un fondement d'exercer le droit de jouissance et de disposition sur le bien, elle ne saurait être aussi l'objet du transfert, en même temps[1459]. Donc, selon M. Berlioz, la propriété constitue le fondement de l'aliénation de son objet.

1043.Si c'était bien le cas, comment peut-on expliquer la phrase : « *propriété retenue ou cédée à titre de garantie* » qui est expressément utilisée dans le Code civil. Très clairement, une telle explication ou une telle interprétation de la propriété ne se conforme pas à la logique des rédacteurs du Code. Si ce n'est pas la propriété qui donne le fondement du droit de jouissance et de disposition, il nous semble bien que c'est le statut du propriétaire qui en constitue le fondement.

1044.Parce qu'en parlant de la propriété, c'est une image assez floue qui va s'émerger devant nous, or le contenu n'est pas déterminé. Par contre, en parlant du propriétaire, nous allons directement penser à une personne toute puissante qui protège ce qui lui appartiennent. C'est le statut de propriétaire qui nous fait penser ou présumer qu'il a un pouvoir absolu, exclusif et perpétuel[1460] sur sa chose. Or, « *La liberté d'aliéner les choses, longtemps ignorée et contestée, paraît désormais inhérente à la propriété et en constituer le trait le plus spécifique : c'est l'expression suprême de la maîtrise des*

[1459] Même sens que : P. Berlioz, *La notion du bien*, préf. Laurent Aynès, LGDJ 2007, Bibliothèque de droit privé Tome 489, Paris, n° 777 et s., p. 253 et s.
[1460] Selon la doctrine courante, la propriété est un droit absolu, exclusif et perpétuel :V. notamment J. Ghestin, *Traité de droit civil, Les biens*, par J.-L Bergel, M. Bruschi, S. Cimamonti, 2e éd. 2010, LGDJ, n° 92 et s., p. 106 et s.

biens qui n'est véritablement reconnue qu'au propriétaire »[1461]. Ainsi, il convient de lire l'article 544 du Code civil[1462] comme : « Normalement, le propriétaire a le droit de jouir et disposer des choses de la manière la plus absolue, pourvu qu'on n'en fasse pas un usage prohibé par les lois ou pas les règlements ».

1045.**Statut de propriétaire : fondement d'action en revendication.** – Dans la réalisation d'une propriété-sûreté, le créancier va recourir à une action en revendication pour récupérer le bien qui lui appartient. C'est en tant que propriétaire qu'une action en revendication va pouvoir être déclenchée , parce que l'action en revendication [1463] est une action propre pour le propriétaire du bien [1464] en cas d'ouverture d'une procédure collective, mais une telle exigence d'être le propriétaire n'existe pas dans les autres cas[1465]. Nous voyons facilement le statut important du propriétaire sous les yeux des hauts magistrats en cas d'exercice d'une action en revendication après l'ouverture d'une procédure collective.

1046.Si c'est bel et bien le statut de propriétaire qui est tout puissant pour que ce dernier puisse agir, selon sa volonté, sur le bien, comment peut-on qualifier de la propriété qui constitue l'objet de transfert ? Il faut d'ailleurs ne pas confondre la

---

[1461] J. Ghestin, *Traité de droit civil, Les biens*, par J.-L Bergel, M. Bruschi, S. Cimamonti, 2e éd. 2010, LGDJ, n° 83, p. 96 ; J. Carbonnier, *Droit civil*, t. 3, Les biens, PUF, coll. Thémis, 19e éd. 2000, n° 68, p. 129 ; Ph. Simler, *Les biens*, PUG, 2e éd., 2001, n° 24, p. 32 ; C. Caron, H. Lécuyer, *Le droit des biens*, Dalloz, Connaissance du droit, 2002, p. 60.

[1462] De toute façon, les dispositions de cet article du Code civil ne sont pas considérées comme la définition légale de la propriété, mais une description des utilités que les choses présentent généralement pour les hommes (W. Dross, « Une approche structurale de la propriété », *RTD Civ*. 2012, p. 419 et s., sp. n° 6). Selon cet auteur, il convient de le lire aussi comme « *La propriété est un droit absolu sur les choses* ».

[1463] G. Cornu, *Vocabulaire juridique*, PUF, 2011, V° « Revendication », sens 1 : « *Action en justice par laquelle on fait établir le droit de propriété qu'on a sur un bien, en général, pour le reprendre d'entre les mains d'un tiers détenteur* ».

[1464] Com. 20 mai 1997, *Bull. civ.* IV, n° 150 ; *RTD Com.* 1998 p. 192, note B. Bouloc: Pour la Cour de cassation, l'action en revendication ne peut être exercée que par le propriétaire, mais pas le locataire principal (une revendication des mobilières entre les mains du sous-locataire) ; F. Pérochon, « L'action en revendication est réservée au propriétaire d'une chose détenue par le débiteur en redressement ou en liquidation judiciaire », *D.* 1996, p. 211 , note sous l'arrêt rendu par la Chambre commerciale de la Cour de cassation, du 13 juin 1995 (Com. 13 juin 1995, n° 93-18.375) ; D. Mainguy, « L'article 115 de la loi du 25 janvier 1985 s'applique à toutes les revendications exercées par le propriétaire d'un bien mais seulement d'un propriétaire d'un bien », *D.* 2000, p. 66.

[1465] J. Ghestin, Traité de droit civil, Les biens, par J.-L Bergel, M. Bruschi, S. Cimamonti, 2e éd. 2010, LGDJ, n° 234, p. 280 : « *La réussite de la action en revendication est subordonnée à la possession régulière antérieure à celle du défendeur et non à la preuve du titre de propriété* (en cas de revendication mobiilère) ».

notion de la propriété avec celle du bien[1466] qui constitue lui-même l'objet de la propriété[1467].

1047.En effet, nous pouvons concevoir la propriété comme une couronne de roi qui nous permet de qualifier une personne le propriétaire d'un bien, par contre, elle n'est ni le bien ni les pouvoirs que le propriétaire peut avoir sur le bien. C'est le caractère propre d'un bien, un caractère qui désigne le fait que ce dernier appartient à une personne déterminée[1468] (sous condition que nous parlons de la propriété privée individuelle). Ainsi, M. Berlioz a pu bien souligner que la propriété constitue le fondement de l'insertion d'une chose dans un patrimoine[1469].

1048.**Justification de la théorie.** – Une telle constatation est notamment utile pour justifier la situation d'exclusivité du créancier propriétaire en cas d'ouverture d'une procédure collective. La notion du patrimoine a été introduite pour limiter l'assiette qu'une procédure collective va pouvoir affecter dans le remboursement des dettes du débiteur. De surcroît, une procédure collective ne peut pas légalement dérouler sans détermination du patrimoine du débiteur.

1049.La réalité d'une propriété-sûreté est de faire sortir un bien du patrimoine du débiteur, ou de suspendre l'effet qu'un bien entre dans un patrimoine, pour que la procédure collective ne puisse pas le toucher, ainsi de mettre le créancier propriétaire ou bénéficiaire dans une situation d'exclusivité. Car, « *quiconque s'est obligé personnellement, est tenu de remplir son engagement sur tous ses biens mobiliers ou immobiliers, présents et à venir* »[1470].

[1466] Comp. W. Dross, « Une approche structurale de la propriété », *RTD Civ*. 2012, p. 419 et s., sp. n° 4, qui ne distingue de la propriété qu'avec la chose. Une telle distinction ne reconnaît qu'une portée limitée puisque la chose ne peut qu'être un objet corporel. Mais la tendance de l'évolution nous montrer bien la nécessité de prendre en compte les biens incorporels qui représentent une valeur beaucoup plus importante.

[1467] V. notamment : P. Berlioz, *La notion du bien*, préf. Laurent Aynès, LGDJ 2007, Bibliothèque de droit privé Tome 489, Paris, n° 200, p. 57.

[1468] Rappr. P. Berlioz, *La notion du bien*, préf. Laurent Aynès, LGDJ 2007, Bibliothèque de droit privé Tome 489, Paris, n° 751 et s., p. 244 et s.

[1469] P. Berlioz, *La notion du bien*, préf. Laurent Aynès, LGDJ 2007, Bibliothèque de droit privé, Tome 489, Paris, n° 751 et s., p. 244 et s., sp. n° 772, p. 252.

[1470] Art. 2284 C. civ.

II – La propriété, un élément d'un patrimoine.

1050.Les procédures collectives ou de rétablissement personnel ne sont pas de nature à porter atteinte aux droits des créanciers. C'est seulement avec les mesures d'effacement des dettes ou de clôture avec l'insuffisance d'actifs que les créanciers vont voir leurs droits « endommagés ». Le partage des actifs du débiteur ne peut qu'être des misères pour les créanciers chirographaires, quelque fois aussi pour les créanciers privilégiés dont la préférence est de faible rang.

1051.La séparation du bien, objet de la sûreté, avec le patrimoine du débiteur va permettre le créancier de se voir mieux protéger (A). Mais c'est avec la notion de la propriété qu'une technique de séparation va aboutir à sa finalité (B).

A – La technique de séparation de l'objet de la sûreté avec le patrimoine du débiteur.

1052.**Droit du gage général.** – Nous savons bien qu'une personne ne saurait utiliser que ses propres biens pour le remboursement de ses dettes. Une telle règle est applicable tant pour les personnes physiques que les personne morales. Une fois une procédure collective ou de rétablissement personnel est ouverte, ce sont les actifs du patrimoine du débiteur qui vont être employés dans le paiement de ses passifs. Mais le paiement des dettes n'est rarement un paiement complet, en cas d'absence d'actifs suffisants, les créanciers, *a priori*, seront payés au marc le franc[1471], sauf les créanciers titulaires d'un droit de préférence. Les créanciers privilégiés vont être payés avant les créanciers chirographaires.

1053.**Affaiblissement d'utilité des sûretés réelles préférentielles par la prospérité des privilèges.** – Mais ce n'est pas de dire qu'entre les créanciers privilégiés, il n'y pas de concurrence. Entre les créanciers privilégiés, ce sont les créanciers de premier rang qui vont être réglés en premier, et entre les créanciers privilégiés de même rang, c'est l'adage « *prior tempore, potior jure* » qui s'applique.

[1471] Art. 2285 C. civ.

L'évolution du droit des procédures collectives est caractérisée par l'élargissement du domaine des privilèges, qui sont souvent qualifiés de préférence plus forte que les sûretés réelles traditionnelles. Ainsi, nous avons l'impression qu'une sûreté ne garantit plus une sécurité absolue de paiement d'une créance. Une préférence ne suffit plus, il faut exclure la concurrence.

1054.**Technique de séparation.** - C'est avec la technique de séparation du bien[1472], objet de la sûreté, avec le patrimoine du débiteur, assiette du gage général, que l'exclusion de concurrence a pu être réalisée. Une fois séparée avec le patrimoine du débiteur, le bien sera censé être sécurisé de la saisie des autres créanciers. Ainsi, pour aboutir à cette fin, deux moyens ont pu être employés : d'une part, retarder ou suspendre l'effet qu'un bien entre dans un patrimoine, ce qui correspond à l'idée de la clause de réserve de propriété, de crédit-bail en matière d'immobilier et de leasing en matière mobilière ; et d'autre part, transférer la propriété d'un bien à un autre patrimoine (ou de faire sortir la propriété du patrimoine du débiteur), ce qui correspond à l'idée de toutes les transfert fiduciaire,

1055.La question se pose sur comment faire sortir un bien d'un patrimoine. Le Code civil n'a pas donné une réponse d'une façon directe, mais d'un autre angle : il a donné une réponse sur comment peut-on acquérir la propriété d'un bien[1473]. Ainsi, nous pouvons faire sortir d'un bien d'un patrimoine par le vendre, le donner, le léger, le mettre dans un autre patrimoine telle que de créer une société ou de le grever d'une sûreté avec un pacte commissoire, etc.

1056.Peu importe quel moyen de le faire sortir, il convient de constater que chaque foi, c'est la propriété qui en constitue le fondement. C'est l'exercice du droit de disposition qui permet de faire sortir un bien d'un patrimoine par son propriétaire. Et chaque fois, aussi, avec le recours de la notion du patrimoine, perpétuel ou temporaire,

---

[1472] P. Berlioz, *La notion du bien*, préf. Laurent Aynès, LGDJ 2007, Bibliothèque de droit privé, Tome 489, Paris, n° 1102. Selon cet auteur, le bien est par définition ceux qui répondent des dettes d'une personne.

[1473] Livres troisième et quatrième.

que le bien puisse sortir, parce que ce bien ne saurait aller ailleurs que d'être inséré dans un autre patrimoine[1474].

B – Le fondement de la séparation d'un patrimoine et d'insertion à un autre.

1057.Si la notion du patrimoine permet une meilleure protection, il convient de préciser ce que c'est un patrimoine.

1058.**Notion de patrimoine.** – Dans le langage juridique, le mot « patrimoine » sert en général d'équivalent à ceux, plus économiques, de « richesses » ou de « fortune ». C'est ainsi que le patrimoine est considéré en droit comme l'ensemble des biens extérieurs, des choses inanimées ou même animées (végétaux, animaux), mobilières ou immobilières, corporelles ou incorporelles qui appartiennent à une personne physique ou morale[1475]. L'expression « biens patrimoniaux » s'oppose alors à celle de « biens extrapatrimoniaux »[1476], c'est-à-dire tous les biens qui tendent à se confondre avec la personne elle-même dans sa dimension physique (vie, intégrité corporelle, santé…) ou spirituelle[1477] (honneur, réputation, tranquillité…).

1059.De point vue comptable, un peu plus technique, le patrimoine n'est que l'addition d'actifs et de passifs qu'une personne, physique ou morale, peut avoir[1478]. Une telle formule est très pratique dans la liquidation d'un patrimoine, surtout au moment de la succession et de la liquidation judiciaire. Nous ne pouvons employer que les actifs d'un patrimoine dans le paiement des dettes appartenant au même

---

[1474] A. Sériaux, « Patrimoine », *Rép. Civ.* Dalloz, 2010, n° 2

[1475] A. Sériaux, « Patrimoine », *Rép. Civ.* Dalloz, 2010, n° 2.

[1476] Comp. avec P. Berlioz, *La notion du bien*, préf. Laurent Aynès, LGDJ 2007, Bibliothèque de droit privé, Tome 489, Paris, selon lequel, le bien doit pouvoir remplir le fonctionnement de garantie. Ainsi, les biens extrapatrimoniaux ne sauraient entrer dans le domaine du bien, même si ces premiers ont une valeur économique.

[1477] V., par ex., R. NERSON, *Les droits extrapatrimoniaux*, thèse, Lyon, 1939 ; A. DECOCQ, *Essai d'une théorie générale des droits sur la personne*, préf. G. Levasseur, 1960, LGDJ.

[1478] *Contra* A. Sériaux, « Patrimoine », *Rép. Civ.* Dalloz, 2010, n° 35 : « *Formellement, le patrimoine se présente comme une totalité des biens : une universalité* ».

patrimoine. Le patrimoine ne pouvait exister qu'avec une personnalité. C'est la fameuse théorie classique soutenue par Aubry et Rau[1479]. Cette théorie était tellement invincible[1480] que la justification du patrimoine fiduciaire, en France, a pris beaucoup de retard par rapport aux autres Etats, malgré des propositions doctrinales[1481].

1060.**Protection de la propriété.** – Le patrimoine constitue une protection de la propriété parce qu'il unit les biens et les dettes sous un même chapiteau avec l'aide de la personnalité. A la différence avec la propriété qui unit un bien avec une personne, le patrimoine décrit une distinction claire d'une totalité d'actifs[1482] et de passifs avec ses voisins. Les biens dont les personnes sont propriétaires leur servent à remplir les engagements qu'elles ont contractés envers d'autres personnes, leurs créanciers. À côté des biens spécialement affectés à cette fonction, qui font l'objet de sûretés dites réelles, il est admis que l'ensemble des biens présents et à venir du débiteur, autrement dit son patrimoine, constitue le gage général de ses créanciers[1483] : ni moins[1484], mais aussi ni plus[1485].

1061.Nous avons déjà démontré que la propriété est le caractère propre du bien qui lie un bien avec une personne. Ainsi, si le bien est mis dehors du patrimoine du débiteur, il ne saurait aller ailleurs que d'être inséré dans un autre patrimoine[1486], ou de rester dans un autre patrimoine[1487], même si que temporairement. Nous ne pouvons pas

[1479] Aubry et Rau, *Cours de droit civil français*, 4e éd., 1873, t. 6, p. 229 et s. Pour une présentation de la pensée, nuancée, des deux auteurs, V. Wester-Ouisse, Aubry et Rau et la division du patrimoine, LPA 2009, n° 248, p. 4 et s.
[1480] L'admission de l'existence d'une pluralité de patrimoines sous l'empire d'une même personne ne fait que de ruiner la théorie d'Aubry et Rau.
[1481] V. notamment, Cl. Witz, *La fiducie en droit privé*, Economica, 1981.
[1482] P. Berlioz, *La notion du bien*, préf. Laurent Aynès, LGDJ 2007, Bibliothèque de droit privé, Tome 489, Paris, n° 703 et s., p. 230 et s. Selon cet ouvrage, l'actif est une notion plus large que celle de bien, et que les biens sont tous les actifs.
[1483] Art. 2284, C. civ.
[1484] A. Sériaux, « Patrimoine », *Rép. Civ.* Dalloz, 2010, n° 47 et s.
[1485] A. Sériaux, « Patrimoine », *Rép. Civ.* Dalloz, 2010, n° 54 et s.
[1486] A. SÉRIAUX, « Nulle chose sans maître ». Enquête sur un principe immanent de l'ordre juridique, Mélanges G. Goubeaux, 2009, Dalloz, p. 483.
[1487] C'est le cas de la clause de la réserve de propriété.

employer les biens d'une personne pour le remboursement des dettes d'une autre que si cette première a donné son consentement[1488].

1062.**Intérêt d'utilisation d'une propriété-sûreté.** – Cette affectation de la propriété dans la garantie de paiement d'une créance est alors signifiante pour les créanciers.

1063.En dehors du patrimoine du débiteur, le créancier propriétaire peut exercer une action en revendication sans avoir besoin de déclarer sa créance, parce que « *la déclaration de la créance n'est pas une condition de la revendication des marchandises vendues avec clause de réserve de propriété* »[1489]. Mais une action de revendication doit être exercée dans « *le délai de trois mois suivant la publication du jugement ouvrant la procédure* » [1490], et que les biens revendiqués existent en nature[1491].

1064.En dehors du patrimoine du débiteur, le créancier propriétaire peut se faire reconnaître sa pleine propriété sur le bien, objet de la sûreté. Le mode de la réalisation de sa sûreté en est plus le plus simple et rapide, c'est d'exiger la délivrance de son bien si c'est un bien corporel. Si l'objet de sûreté est un bien incorporel, le créancier n'aura rien d'acte positif à faire, il va devenir automatiquement et définitivement le propriétaire de l'objet de sûreté.

1065.La combinaison de la règle de l'accessoire avec la mesure d'effacement des dettes pourrait théoriquement mis en danger les créancier réservataire, parce que l'extinction de la dette va logiquement rend l'extinction de la sûreté-propriété. La réponse de la Cour de cassation nous montre bien qu'une telle institution est dotée d'un régime sécurisé[1492].

[1488] Par exemple, par un contrat de cautionnement ou un contrat de sûreté réelle pour autrui.
[1489] Com., 20 oct. 1992, *Rev. Proc. Coll.* 1992, 425, obs. Soinne ; *D.* 1993, Somm. 288, obs. Pérochon.
[1490] Art. L. 624-9 C. com.
[1491] Art. L. 624-12 et Art. L. 624-16 C. com.
[1492] 2e civ., 27 février 2014, 13-10.891 (n° 310 F-P+B) : *« Mais, ayant retenu à bon droit que l'extinction de la créance de la société Crédipar, du fait de l'effacement des dettes de Mme B. , consécutif à la clôture pour insuffisance d'actif de la procédure de rétablissement personnel dont elle avait bénéficié, n'équivalait pas à son paiement de sorte que le transfert de propriété ne pouvait être*

Conclusion partielle :

1066.La nature de la propriété fait, depuis longtemps, l'objet de discussion doctrinale en France. Mais elle reste dans le brouillard mythique[1493], sans que l'on puisse la saisir réellement.

1067.Malgré la difficulté rencontrée dans la qualification de la propriété de manière générale, nous pouvons semble-il sentir la tangibilité de la propriété dans les régimes de propriétés-sûreté. Certainement, ce n'est pas un droit, non plus une chose. Au travers de la constatation de la puissance du statut du propriétaire, et le service exclusif d'actifs d'un patrimoine aux passifs qui appartiennent au même patrimoine, il nous semble que la propriété n'est qu'un élément du patrimoine qui décrit la relation de soumission d'un bien à un patrimoine, qui est lui-même étroitement lié à la personnalité quel que ce soit un patrimoine personnel ou un patrimoine d'affectation. Elle permettra à une personne d'obtenir le statut de propriétaire, temporaire ou perpétuel, soit par la technique de suspension de transfert[1494], soit par le transfert de la propriété dans un autre patrimoine[1495], et permet un bien de ne servir qu'aux passifs qui appartiennent à un même patrimoine. Ainsi, le propriétaire ne perd pas sa couronne même s'il ne bénéficie de droit de jouissance et de disposition.

---

intervenu au profit de l'acquéreur, la cour d'appel a, par ces seuls motifs, légalement justifié sa décision ».

[1493] Selon l'expression de Monsieur P. Crocq : P. Crocq, *Propriété et garantie*, préf. M. Gobert, LGDJ 1995.

[1494] Ce qui correspond bien l'intention des parties contractuelles d'une clause de la réserve de propriété.

[1495] Ce qui correspond bien la fiducie-sûreté tant pour les biens mobiliers que les biens immobiliers, la cession DAILLY pour les créances, et aussi la vente à réméré (même si cette dernière n'est pas officiellement considéré comme une sûreté réelle).

1068.**Annonce.** – Une fois clarifier la nature de la propriété dans le régime des propriétés-sûretés, il convient alors de regarder les avantages qu'une telle sorte de nouvelle sûreté réelle peut avoir par rapport aux autres sûretés réelles mobilières traditionnelles.

En effet, les avantages de la propriété-sûreté sont nombreux. Comme nous l'avons déjà souligné au tout début de cette recherche qu'une bonne sûreté réelle doit être caractérisée par la simplicité, la rapidité et l'efficacité. Il convient alors de comparer les propriétés-sûretés mobilières avec les sûretés réelles mobilières traditionnelles au travers de ces trois caractères principaux.

Au moment de constitution d'une sûreté (§ 1), la simplicité ne peut être constatée que dans certaines propriétés-sûretés. Par contre, au moment de l'exécution ou de la réalisation d'une sûreté (§ 2), la rapidité et l'efficacité de propriété-sûreté sont bien patentes !

§ 1 – La simplicité dans la constitution d'une propriété-sûreté française

1069.**Annonce.** – Traditionnellement, nous distinguons la validité d'un contrat, avec son opposabilité. En effet, une telle distinction n'est pas vraiment utile en matière de sûreté réelle mobilière. Parce que si la date de la validité d'un contrat de sûreté réelle mobilière est bien beaucoup antérieure que celle à partir de laquelle un tel contrat est opposable à tous les tiers, c'est seulement la dernière date qui compte dans la concurrence entre les créanciers, surtout entre les créanciers muni d'un droit de préférence sur un même bien. Pour nous, il semble que c'est la date de l'opposabilité du contrat de sûreté réelle mobilière qui la date à retenir, parce qu'une sûreté réelle mobilière sans opposabilité n'est pas, en principe, une sûreté efficace, ce qui constitue le caractère le plus important.

1070.Pourtant, l'efficacité d'une sûreté réelle n'est pas la seule caractéristique que nous cherchons, en France comme en Chine. Nous cherchons aussi à réglementer des sûretés réelles dont la constitution est simple sans sacrifier son efficacité. Les propriétés-sûretés françaises ne sont, par contre, pas toutes simple à constituer : la réserve de la propriété est simple à constituer (A) alors qu'une cession fiduciaire ne l'est pas (B).

A – La simplicité de la constitution constatée dans la propriété retenue à titre de garantie

1071.**Définition et domaine d'application.** – La réserve de propriété à titre de garantie intitulé dans le Code civil se présente souvent comme une clause de réserve de propriété qui, au sein du contrat de vente où elle constitue une exception au principe du transfert immédiat et *solo consensu* de la propriété posé par l'article 1583 du même code (ce qui est parfaitement licite puisque ce texte n'est pas d'ordre

public)[1496]. Seul ce contrat est, d'ailleurs, visé par l'article L. 624-16 du Code de commerce. Cela ne veut pas dire, cependant, qu'une réserve de propriété stipulée dans un autre type de contrat, par exemple un contrat d'entreprise, ne serait pas valable, ainsi que cela a été expressément reconnu, d'abord par la jurisprudence[1497] puis par l'ordonnance du 23 mars 2006 réformant le droit des sûretés. En effet, le nouvel article 2367 du Code civil définit la clause de réserve de propriété comme étant la clause qui « *suspend l'effet translatif d'un contrat jusqu'au complet paiement de l'obligation qui en constitue la contrepartie* » ce qui peut concerner tous les contrats à effet translatif et non pas le seul contrat de vente. D'ailleurs, un peu discutable, la Cour de cassation, par un arrêt récent, a même reconnu implicitement la validité d'une clause de réserve de propriété dans un contrat de travail à façon[1498].

1072.Quant à la constitution d'une réserve de la propriété, elle est par principe *solo consensus* avec la nécessité d'un écrit (a). La règle particulière en matière du droit commercial simplifie effectivement la constitution de cette sûreté (b).

a – Le principe de la constitution solo consensus en droit commun, et la nécessité d'un écrit.

1073.**Principe de solo consensus avec l'exigence d'un écrit.** – Nous pouvons constater, donc, que le domaine d'application de la clause de réserve de propriété est assez large. *A priori*, une fois, les parties conventionnelles sont d'accord sur la validité de la clause de réserve de propriété[1499], une telle sûreté réelle doit être

[1496] P. Crocq, « Sûretés mobilières. – Clause de réserve de propriété », *J.-Cl.* Civil Code Art. 2367 à 2372, n° 1.
[1497] Cass. com., 29 mai 2001, n° 98-21.126: Juris-Data n° 2001-010018 ; *RTD civ.* 2001, p. 930, obs. P. Crocq ; *Contrats, conc. consom.* 2001, comm. 133, obs. L. Leveneur. - Cass. com., 5 nov. 2003, n° 00-21.357 : Juris-Data n° 2003-020806 ; *Bull. civ.* 2003, IV, n° 162 ; *D.* 2003, p. 2965 ; *RTD com*. 2004, p. 600, obs. A. Martin-Serf.
[1498] Cass. com., 11 déc. 2007, n° 06-14.486, F-D : JurisData n° 2007-041960 ; *Act. proc. coll.* 2008-2, comm. 26 : Une société livre des matières premières à une autre pour les faire transformer par cette dernière suivant ses modèles et instructions. La convention de travail à façon comportait une clause de réserve de propriété au profit du façonnier. Pour la Cour de cassation, l'action en revendication des biens dont la propriété est réservée en application d'une clause contractuelle peut être exercée quelle que soit la nature juridique du contrat dans lequel elle figure dès lors que l'opposabilité de la clause de réserve de propriété n'est pas discutée.
[1499] C. civ. Art. 2368 : « *La réserve de propriété est convenue pas écrit* ».

constituée. Mais la simplicité de la constitution d'une telle sûreté réelle ne s'arrête pas là. Des assouplissements d'exigences sur l'écrit ont été apportés par la jurisprudence.

1074.**Adoucissement de l'exigence d'écrit.** – En tant qu'une sûreté réelle conventionnelle, la réserve de propriété doit, au moins, respecter la règle du droit commun, c'est-à-dire que sa validité est subordonnée à un accord des parties conventionnelles quant au transfert différé de propriété[1500]. Malgré la disposition de l'article 2368 du Code civil qui exige que la réserve de propriété doit être convenue par un écrit, l'absence d'un écrit n'est point sanctionnée par une nullité. C'est-à-dire que l'écrit ne constitue pas une condition de validité d'une telle sûreté réelle[1501]. Le consentement des parties suffit à donner la validité de la réserve de propriété. Mais, il est logique d'exiger un écrit pour qu'une telle clause soit opposable aux autres créanciers de l'acheteur[1502]. En outre, la Directive nº 2000/35/CE du Parlement européen et du Conseil du 29 juin 2000 concernant la lutte contre le retard de paiement dans les transactions commerciales exige que le consentement doive être donné avant la livraison[1503].

[1500] Même sens que : Voinot Denis, « Réserve de propriété », *Répertoire de droit commercial*, février 2008 (dernière mise à jour juin 2014), n° 32.

[1501] Même sens que : Voinot Denis, « Réserve de propriété », *Répertoire de droit commercial*, février 2008 (dernière mise à jour juin 2014), n° 33 à 35, sp. 35 : «*L'écrit peut être un élément de fait permettant de vérifier qu'il y a eu accord des parties à propos du transfert différé de propriété, c'est-à-dire rencontre d'une offre et d'une acceptation* » ; P. Crocq, « Clause de réserve de propriété », *J.– Cl.* « Contrats – Distribution », Fasc. 2860, date de fraîcheur 25 octobre 2012, n° 59.

[1502] Il convient de rajouter que l'opposabilité de la clause de réserve de propriété n'est pas subordonnée à une obligation de publicité : v. P. Crocq, « Clause de réserve de propriété », *J.– Cl. Contrats – Distribution* Fasc. 2860, date de fraîcheur 25 octobre 2012, n° 60..

[1503] Ce texte énonce dans son article 4, paragraphe 1er, que « *les États membres prévoient, conformément aux dispositions nationales applicables en vertu du droit international privé, que le vendeur peut conserver la propriété des biens jusqu'au paiement intégral lorsqu'une clause de réserve de propriété a été explicitement conclue entre l'acheteur et le vendeur avant la livraison des biens* ».

b – L'adoucissement de l'exigence d'un écrit, en matière du droit commercial.

1075.En matière du droit commercial, L'écrit n'est normalement pas exigé pour la constitution d'une convention. L'existence de la convention peut être prouvée par tout moyen[1504].

1076.Par contre, l'opposabilité de la réserve de propriété se trouvait alors subordonnée à une condition exigée depuis 1980 et maintenue aujourd'hui dans l'article L. 624-16, alinéa 2, du Code de commerce : le fait que la clause de réserve de propriété ait été *« convenue entre les parties dans un écrit au plus tard au moment de la livraison »*[1505]. À défaut, la clause de réserve de propriété est inopposable à la procédure collective et, de ce fait, le vendeur ne peut pas exercer son action en revendication.

1077.**Stipulation dans les conditions générales de vente.** – Le premier adoucissement de l'exigence d'un écrit est le recours aux conditions générales de vente. La réforme du 10 juin 1994, qui a modifié l'article 121, aliéna 2, de la loi du 25 janvier 1985, devenu aujourd'hui l'article L. 624-16, aliéna 2, du Code de commerce, prévoit que la clause peut être convenue « *dans un écrit régissant un ensemble d'opérations commerciales convenues entre les parties* ». Il est vrai qu'à partir du moment où la clause a été stipulée dans les conditions générales de vente du vendeur, elle a été nécessairement antérieure à la vente et que le risque d'une stipulation *a posteriori* ne peut se produire. Mais, à partir de la signature des conditions générales de vente, une clause de réserve de propriété n'est pas à apparaître dans chaque convention de vente *a posteriori* entre les mêmes parties. La réforme, en modifiant le libellé de l'ancien article 121, n'a donc pas remis en cause l'objectif initialement poursuivi par l'exigence d'un écrit constatant la réserve de propriété et établi au plus tard au moment de la livraison du bien. En revanche, c'est en raison d'une autre

[1504] Par exemple, l'acceptation, par l'acheteur, de la réserve de propriété n'a pas à être écrite : Cass. Com. 19 févr. 1985, *Bull. civ. 1985, IV,* n° 68, p. 59 ; D. 1986, *inf. rap.* p. 169, 8e espèce, obs. F. Derrida.

[1505] Cette dernière exigence s'opposant bien souvent, en pratique, à ce que la clause de réserve de propriété puisse figurer au sein de factures : V. les arrêts cités par B. Soinne, *Rev. proc. coll.* 2001, p. 16.

modification, issue d'une inadvertance du législateur, qu'une telle remise en cause a temporairement eu lieu.

1078.**Présomption de l'acceptation des acheteurs de la clause de réserve propriété.** – Le principe de constitution *solo consensus* est écarté au travers de la lecture d'une disposition du Code de commerce. Selon l'article L. 624-16, alinéa 2, du Code de commerce, « *Nonobstant toute clause contraire, la clause de réserve de propriété est opposable à l'acheteur et aux autres créanciers, à moins que les parties n'aient convenu par écrit de l'écarter ou de la modifier* ». C'est-à-dire de la règle issue de la loi du 1er juillet 1996 et selon laquelle la clause de réserve de propriété pouvait être stipulée unilatéralement par le vendeur sans que l'acheteur puisse s'y opposer. Un tel aménagement a pour objet de protéger le vendeur contre les acheteurs puissants (plus précisément les grandes centrales d'achat) qui refusent systématiquement les réserves de propriété[1506]. L'accord de volontés n'était, en effet, désormais requis que pour écarter l'application de la clause lorsque celle-ci avait été stipulée par le seul vendeur[1507].

1079.En somme, la constitution de la réserve propriété en tant qu'une sûreté n'est subie à aucune formalité particulière. C'est son opposabilité, notamment face à une procédure collective, qui exige un simple écrit. Par rapport aux sûretés réelles mobilières traditionnelles qui exigent soit un écrit soit une dépossession ou une remise de titre, la simplicité de la constitution d'une réserve de propriété doit être constatée. Par contre, dans les autres propriété-sûreté, une telle simplicité est en manque.

[1506] V. le rapport présenté en deuxième lecture au Sénat au nom de la Commission des affaires économiques et du plan, *Doc. Sénat 1995-1996*, n° 408.
[1507] P. Crocq, « Clause de réserve de propriété », *J.– Cl. Contrats – Distribution* Fasc. 2860, date de fraîcheur 25 octobre 2012, n° 30.

B – Un manque de simplicité de la constitution dans la propriété transférée à titre de garantie

1080.L'utilisation du transfert de propriété, principalement temporairement, comme la garantie de paiement est caractérisée par formalité lourde. Du transfert Dailly, qui ouvre la porte du transfert fiduciaire, à la fiducie-sûreté, qui généralise la propriété transférée à titre de garantie, chaque institution juridique nécessite un écrit dont la sanction de son absence est la nullité de la sûreté[1508].

1081.Il convient, alors, de présenter les formalismes de ces deux sûretés réelles séparément en les comparant avec les sûretés réelles mobilières traditionnelles qui peuvent porter sur le même type d'objet.

1082.Le domaine d'application de la cession « Dailly » est extrêmement restreint selon les dispositions de l'article L. 313-23 du Code monétaire et financier. Elle vise, aujourd'hui, la cession de toute créance qu'un créancier peut détenir sur un tiers, alors que selon le texte original de la loi du 2 janvier 1981, elle ne pouvait s'appliquer que sur les créances commerciales. Il convient alors de la présenter en la comparant avec le nantissement qui peut porter aussi sur toutes les créances (a).

1083.La fiducie-sûreté est une sûreté qui généralise la possibilité de transfert fiduciaire à titre de garantie. Elle peut porter tant sur des meubles que sur des immeubles, mais ce qui nous intéresse c'est la sûreté réelle mobilière, donc, nous allons voir que la fiducie-sûreté qui porte sur des meubles. Nous allons la présenter en comparant avec le gage qui peut porter sur les biens mobiliers, présents ou futurs (b).

[1508] Pour la fiducie-sûreté : Art. 2012, C. civ.; et pour la cession Dailly : Art. L. 313-23 C. mon. Fin.. Il faut constater que selon le texte dernier, c'est la remise de bordereau qui est requise pour que cette sûreté réelle soit constituée, mais le bordereau est un écrit qui comporte certaines mentions obligatoires. Il convient, donc, de le considérer comme une combinaison d'exigence d'écrit et de livraison ou de dépossession.

a – Un manquement de simplicité en constitution de la cession « Dailly » par rapport au nantissement de créances

1084.**Les exigences concernant le cédant et le cessionnaire.** – La loi Dailly[1509] est une loi qui ne vise qu'à faciliter la pratique des commerçants. Ainsi, malgré des modifications, la cession « Dailly », ou bien nous pouvons l'appeler la cession des créances professionnelles à titre de garantie, reste une sûreté réelle qui va profiter, principalement, les professionnelles.

1085.Donc, la cession « Dailly » n'est pas une sûreté réelle mobilière à laquelle tout le monde peut bénéficier. L'article L. 313-23 du Code monétaire et financier indique que le cédant doit être une personne morale de droit privé ou de droit public ou une personne physique agissant dans l'exercice de son activité professionnelle. Dans ce dernier cas, le crédit devra être en lien avec son entreprise individuelle. En revanche, la nature de son activité importe peu.

1086.Les fondateurs d'une société pourront, quant à eux, céder des créances pour le compte de la société en formation, mais la société ne sera liée après son immatriculation que si les formalités prévues à l'article R. 210-5 du Code de commerce ont été respectées[1510].

1087.Jusqu'au 1er janvier 2014, le cessionnaire ne pouvait être qu'un établissement de crédit qui consentait, ou avait consenti, un crédit à l'un de ses clients. Désormais, le cessionnaire peut également être une société de financement définie par l'article L. 511-1-II du Code monétaire et financier.

1088.**Mentions obligatoires. –** En outre, il existe des mentions obligatoires qu'il convient de souligner. A part les exigences sur la qualité du cédant et du cessionnaire, la formalité exigée pour la constitution d'une cession « Dailly » est compliquée.

[1509] La loi n° 81-1 du 2 janvier 1981, dite la loi Dailly.
[1510] Cass. Com., 9 oct. 2007 : *Bull. civ. IV*, n° 215; *D. 2007*, AJ 2615; *RTD com. 2007*, p. 423, obs. D. Legeais.

Outre la signature du cédant, le bordereau doit comprendre un certain nombre de mentions.

1089.**Cas général.** – De prime abord, c'est la dénomination du titre, c'est-à-dire, la mention « acte de cession de créances professionnelles ». Il faut bien souligner qu'à défaut d'être expressément dénommés « acte de cession de créances professionnelles », des bordereaux ne valent pas comme tels[1511]. Ainsi, ne vaut pas comme acte de cession de créances professionnelles, le bordereau intitulé « bordereau de cession de créances », dans lequel l'adjectif « professionnelles » a été omis[1512].

1090.Deuxièmement, le fait que l'acte est soumis aux dispositions du code monétaire et financier, et plus précisément à ses articles L. 313-23 à L. 313-34. La volonté est ici d'attirer l'attention du cédant sur un acte, le bordereau Dailly, relativement mal connu du grand public.

1091.Troisièmement, comme nous le remarquons souvent dans une convention normale, il faut les informations détaillées des parties signataires. Ici, c'est le nom ou la dénomination sociale de l'établissement de crédit ou de la société de financement bénéficiaire. Il n'est donc pas possible d'établir un bordereau au porteur. Notons ici que, selon l'article L. 313-25, le bordereau peut être stipulé à ordre. Cependant, pour l'article L. 313-26, il n'est transmissible qu'à un autre établissement de crédit. Dans tous les cas, l'exigence légale n'est satisfaite par l'indication d'une agence bancaire[1513].

1092.Enfin, la désignation ou l'individualisation des créances cédées ou des éléments susceptibles d'effectuer cette désignation ou cette individualisation, comme l'indication du débiteur, du lieu de paiement, du montant des créances ou de leur évaluation, ou encore leur échéance, est exigée. Ainsi, selon la jurisprudence, la

[1511] Com. 8 nov. 1994, *RTD com. 1995*, p. 455, obs. Cabrillac.
[1512] CA Lyon, 7 mai 1992 : *BICC 1993*, n° 157.
[1513] Com. 23 oct. 2001, *Bull. civ. IV*, n° 172 ; *D. 2001*, AJ 3430, obs. A. Lienhard.

désignation du débiteur cédé n'est pas une mention obligatoire, mais elle constitue l'un des moyens permettant d'identifier les créances cédées[1514].

1093.Par ailleurs, si l'article L. 313-23 n'impose pas comme mention obligatoire la date lors de la création du titre, il convient de noter que l'article L. 313-25, alinéa 2, indique quant à lui que cette date doit être apposée un peu plus tard par le cessionnaire.

1094.**Cas de la transmission par informatique.** – Depuis la loi n° 84-86 du 24 janvier 1984, l'article L. 313-23 prévoit la possibilité d'une transmission des créances cédées par un procédé informatique. Dans un tel cas le bordereau doit indiquer, outre les trois premières mentions indiquées ci-dessus, le moyen par lequel les créances sont transférées, leur nombre et leur montant global.

1095.**Sanction de l'absence des mentions exigées.** – Selon le dernier alinéa de l'article L. 313-23, le titre sur lequel une des mentions obligatoires fait défaut ne vaut pas comme acte de cession des créances professionnelles[1515] face aux tiers. Par contre, une telle omission ne rend pas nulle la cession entre les parties[1516].

1096.**La nécessité d'une notification qui demeure une formalité importante.** – En plus de cette formalité, lourdement sanctionnée en cas de défaut, le cessionnaire doit notifier le débiteur de la créance cédée selon la modalité fixée par l'article R. 313-15 du Code monétaire et financier pour que une telle cession soit opposable à ce dernier. Parce que c'est à partir de cette notification que le débiteur ne se libère valablement qu'auprès de cessionnaire, donc l'établissement de crédit ou de la société de financement[1517].

1097.**Le domaine d'application du nantissement du droit commun.** – Par rapport à la cession « Dailly », qui peut prendre les créances professionnelles comme l'objet de

---

[1514] Com. 7 juin 2006, *RD Banc. fin. 2006*, n° 187, obs. Crédot et Samin ; Com. 1er fév. 2011, *Bull. civ. IV*, n° 10 ; *D. 2011*, Actu. 508, obs. Delpech ; *RTD com. 2011*, 395, obs. Legeais ; *JCP E 2011*, n° 1394, spéc. n° 2, obs. Stoufflet ; *Gaz. Pal. 2011*, 1758, obs. Houin-Bressand ; *RJDA 2011*, n° 456 ; *RD banc. fin. 2011*, n° 98, obs. Cerles.
[1515] Com. 13 nov. 2003, *RD banc. fin. 2004*, n° 165, obs. Cerles ; RJDA 2004, n° 466.
[1516] CA Rouen, 6 mars 1986, *D. 1988*, Somm. 279, obs. Vasseur.
[1517] Art. L. 313-28, C. mon. fin.

sûreté, le nantissement du droit commun a une assiette plus vaste. Le nantissement désigné par l'article 2355 du Code civil peut porter sur tous les meubles incorporels, y compris toutes les créances. Par compte, le régime de nantissement de droit commun n'est applicable qu'en cas où il n'y a pas de dispositions spéciales[1518]. C'est-à-dire que le nantissement des créances professionnelles doit respecter les mêmes dispositions que la cession des créances professionnelles, donc celles des articles L. 313-23 à L. 313-34 du Code monétaire et financier.

1098.Un nantissement du droit commun est constitué par un écrit, à peine de nullité[1519]. « *Les créances garanties et les créances nanties sont désignées dans l'acte* »[1520]. Si les créances sont des créances futures, « *l'acte doit permettre leur individualisation ou contenir des éléments permettant celle-ci tels que l'indication du débiteur, le lieu de paiement, le montant des créances ou leur évaluation et, s'il y a lieu, leur échéance* ».

1099.Comme les dispositions applicables à la cession « Dailly », les dispositions légales n'ont pas exigé une date comme la mention obligatoire de l'acte constatant la validité du nantissement. Par contre, l'article 2361 du Code civil prévoit que le nantissement d'une créance, présente ou future, prend effet entre les parties et devient opposable aux tiers à la date de l'acte. Nous ne pouvons qu'admettre que la date est une mention « obligatoire » pour que le nantissement soit opposable, donc effectif et efficace.

1100.Encore, pour que le nantissement soit opposable au débiteur de la créance nantie, le nantissement de créance doit lui être notifié ou ce dernier doit intervenir à l'acte[1521]. « *A défaut, seul le constituant reçoit valablement paiement de la créance* »[1522]. Et

[1518] Art. 2355, alinéa 4, C. civ.
[1519] Art. 2356, alinéa 1er , C. civ.
[1520] Art. 2356, alinéa 2, C. civ.
[1521] Art. 2362, alinéa 1er, C. civ.
[1522] Art. 2362,alinéa 2, C. civ.

après la notification, c'est seul le créancier nanti, qui reçoit valablement paiement de la créance donnée en nantissement tant en capital qu'en intérêts[1523].

1101.Généralement, l'exigence de la formalité dans la constitution d'un nantissement des créances du droit commun est un peu moins lourde par rapport à la cession « Dailly ». Mais l'absence d'exigence de publicité en tant qu'une condition de forme correspond à l'évolution des sûretés réelles mobilières. Par contre, ce n'est pas le cas pour la fiducie-sûreté.

b – Un manquement de simplicité en constitution de la fiducie-sûreté par rapport aux sûretés réelles mobilières traditionnelles

1102.**Critique majeure : lourde formalité.** – La fiducie-sûreté, en tant que « la reine des sûretés réelles »[1524], est basée sur le transfert de propriété. Elle fut critiquée[1525] par les praticiens et les universitaires français. L'une des particularités de la fiducie-sûreté par rapport aux sûretés réelles traditionnelles est la lourde formalité[1526]. L'exigence d'un enregistrement et d'une publicité pour la validité de la fiducie-sûreté, caractérise l'inconvénient de l'utilisation de la fiducie en tant qu'une sûreté réelle. C'est un pas régressif par rapport à l'évolution des sûretés réelles traditionnelles[1527]. Il convient de le regarder dans le détail.

1103.Comme la cession « Dailly », la fiducie n'est pas à devenir une sûreté réelle pour tout le monde, malgré son intégration dans le Code civil.

[1523] Art. 2363, C. civ.
[1524] Cerles A., « La fiducie, nouvelle reine des sûretés ? », *JCP E 2007*, n° 2054.
[1525] Sur ce, V. notamment : J. Bertran de Balanda et A. Sorensena, « La fiducie : un enfer pavé de bonnes intentions ? Essai d'analyse critique de la loi de février 2007 du point de vue des sûretés », *RLDA* , 2007/7 ; G. Blanluet et J.- P. Le Gall, « La fiducie, une œuvre inachevée. – Un appel à une réforme après la loi du 19 février 2007 », *JCP G* 4 juillet 2007, I, 169.
[1526] V. en ce sens :Ph. Dupichot, « La fiducie-sûreté en pleine lumière. – à propos de l'ordonnance du 30 janvier 2009 », *JCP G 2009*, I, 132 : L'auteur a pu bien indiquer que la fiducie est assujettie « *à un formalisme tatillon* ».
[1527] J. Bertran de Balanda et A. Sorensena, « La fiducie : un enfer pavé de bonnes intentions ? Essai d'analyse critique de la loi de février 2007 du point de vue des sûretés », Revue Lamy Droit des Affaires, 2007/7.

1104.**Législation tardive de la fiducie en France.** – La fiducie, qui, de manière synthétique, implique le transfert de droits patrimoniaux par une personne (le constituant), à une autre (le fiduciaire), à charge pour ce dernier de réaliser une affectation déterminée au profit d'un bénéficiaire, a été longtemps méconnue en France. Toutefois, à la fin des années 1980 et au début des années 1990, des avant-projets de loi relatifs à la fiducie ont été préparés, des colloques et autres travaux y ont été consacrés, et, le 20 février 1992, un projet de loi instituant la fiducie fut déposé sur le bureau de l'Assemblée nationale. Mais ce projet n'a pas eu une viabilité, et il ne fut même pas mis en discussion. La conjonction de craintes fiscales et d'absence de volonté politique suffisamment marquée l'explique sans doute[1528].

1105.Quinze ans après la tentative de 1992, la loi de 2007[1529] instituant la fiducie est aussi caractérisée par le conservatisme et un domaine d'application réservée. Malgré des aménagements portés par la loi du 4 août 2008[1530], par l'ordonnance du 18 décembre 2008[1531], par celle du 30 janvier 2009[1532] ou en dernier lieu par l'ordonnance du 19 février 2009[1533], qui ont permis de mettre le régime de la fiducie-sûreté plus cohérent avec les autres droits, la fiducie-sûreté reste une notion très

---

[1528] F. Barrière, « Fiducie », janvier 2008 (dernière mise à jour : décembre 2010), Dalloz, n° 1.
[1529] La loi n° 2007-211 du 19 février 2007.
[1530] L. n° 2008-776, 4 août 2008, JO 5 août 2008. V. notamment, P. Crocq, « La nouvelle réglementation de la fiducie », *Bulletin d'actualité Lamy Droit de l'exécution forcée*, 2008, n° 31 ; R. Dammann et G. Podeur, « Le nouveau paysage du droit des sûretés : première étape de la réforme de la fiducie et du gage sans dépossession », *D. 2008*, p. 2300.
[1531] Ord. n° 2008-1345, 18 déc. 2008, JO 19 déc. 2008, p. 19462. V. notamment J.-F. Adelle et H. LE Nabasque, « La fiducie à l'épreuve des procédures collectives : la fin de l'incertitude », *Option finance 2009*, n° 1017, p. 30 ; P. Crocq, « L'ordonnance du 18 décembre 2008 et le droit des sûretés », *JCP E 2009*, 1313, n° 34 à 39 ; M. Farge et O. Bout, « L'impact du nouveau droit des entreprises en difficulté sur le droit des sûretés », *RLDC 2009/56*, n° 26 à 29 et 32 à 35 ; F.-X. Lucas, « Fiducie vs Sauvegarde, un arbitrage équilibré », *Bull. Joly Sociétés 2009*, 105. *Adde* R. Dammann et G. Podeur, « Fiducie et sauvegarde : deux réformes complémentaires », *Bull. Joly Sociétés 2008*, p. 88 ; R. Dammann et G. Podeur, « Les sûretés-propriété face au plan de sauvegarde », *D. 2008*, p. 928. V. également Ph. Roussel-Galle, « L'avant-projet d'ordonnance portant diverses dispositions en faveur des entreprises en difficulté », *JCP G 2008*, act. 250 ; G. Teboul, « La nouvelle réforme du droit des entreprises en difficulté : le projet d'ordonnance », *Gaz. Pal. 2008*, n° 97-99, p. 2.
[1532] Ord. n° 2009-112, 30 janv. 2009, *JO* 31 janv. 2009, p. 1854. V. notamment Ph. Dupichot, « La fiducie-sûreté en pleine lumière – À propos de l'ordonnance du 30 janvier 2009 », *JCP G 2009*, I, 132 ; M. Grimaldi et R. Dammann, « La fiducie sur ordonnances », *D. 2009*, p. 670.
[1533] L. n° 2009-526, 12 mai 2009, JO 13 mai 2009, p. 7920. V. notamment sur les modifications visées, L. Aynès, « Le régime juridique de la fiducie », *RLDC 2009/60*, n° 3443 ; B. Mallet-Bricout, « Quelle efficacité pour la nouvelle fiducie-sûreté ? », *Dr. & patr. 2009*, n° 185, p. 79. *Adde* J.-J. Ansault, « La fiducie-sûreté ressuscitée ! », *Journ. sociétés*, mai 2009, p. 23 et s.

lointaine à la vie quotidienne[1534]. La raison pour laquelle la fiducie-sûreté n'est pas régulièrement utilisée par les praticiens est principalement à cause de la lourde formalité qui est très onéreuse.

1106.Il convient de comparer la formalité de la fiducie-sûreté avec celle du gage quand l'objet est un bien mobilier corporel (1), et avec celle de nantissement quand l'objet est un bien incorporel (2).

1 – Lourde formalité de la fiducie-sûreté par rapport au gage du droit commun

1107.**Sanction d'abance d'écrit pour le gage de droit commun : imparfait.** – En tant que sûreté réelle conventionnelle[1535], la fiducie-sûreté portant sur les biens mobiliers et le gage sont tous les deux constitués par écrit. Selon les termes de l'article 2336 du Code civil, « *le gage est parfait par l'établissement d'un écrit contenant la désignation de la dette garantie, la quantité des biens donnés en gage ainsi que leur espèce ou leur nature* ». C'est-à-dire que le gage est valide lorsqu'un écrit avec les mentions obligatoires est respectivement établi. Une telle disposition paraît faire dispenser l'obligation de livraison du constituant pour la constitution du gage avec dépossession. Mais rien n'empêche les parties de convenir dans le contrat constatant la constitution du gage que le gage ne prend effet à partir du dépôt du bien grevé auprès du créancier ou d'un tiers convenu, en cas de gage avec tiercement. Par contre, pour le gage sans dépossession, il convient de constater que le gage prend son effet dès la signature de la convention. Par contre, un manquement des mentions prévues par l'article 2011 n'est pas sanctionné par la nullité du gage, mais seulement, le gage n'est pas « *parfait* ». Il y a toujours la possibilité de compléter ultérieurement cette formalité.

[1534] Nous allons démontrer pourquoi la fiducie-sûreté ne sera pas une sûreté réelle mobilière courante ultérieurement. *Contra*, J.-J. Ansault, « Fiducie-sûreté et sûretés réelles traditionnelles : que choisir ? », *Dr. & Patr. 2010/192*.

[1535] V. la notion du gage prévu par l'article 2333 du Code civil, et la notion de la fiducie prévue par l'article 2012 (la fiducie peut être légale ou conventionnelle).

1108.**Sanction pour la fiducie-sûreté : nullité.** – Comme le gage, le contrat de fiducie doit comporter certaines mentions obligatoires, mais avec une sanction très lourde en cas de manquement: la nullité[1536]. Ainsi, dans un contrat de fiducie-sûreté portant sur un ou plusieurs biens mobiliers, il faut que les parties déterminent « *les biens, droits ou sûretés transférés* », ou bien au moins qu'ils soient déterminables s'ils sont futurs ; « *la durée du transfert, qui ne peut excéder quatre-vingt-dix-neuf ans à compter de la signature du contrat* » ; « *l'identité du ou des constituants* » ; « *l'identité du ou des fiduciaires* » ; « *l'identité du ou des bénéficiaires ou, à défaut, les règles permettant leur désignation* » ; « *la mission du ou des fiduciaires et l'étendue de leurs pouvoirs d'administration et de disposition* »[1537] ; et enfin, la créance garantie et « *la valeur estimée du bien ou du droit transféré dans le patrimoine fiduciaire* »[1538]. Par rapport à la fiducie-sûreté, la formalité du gage est caractérisée par une souplesse : il suffit que la « dette garantie » soit déterminée, et que les biens grevés soient déterminés, ou au moins déterminables en cas de biens fongibles. Une telle différence s'explique par la crainte des législateurs que la fiducie puisse être les outils des fraudes fiscales et du blanchissement du capital.

1109.Si la tendance d'évolution des sûretés réelles traditionnelles est de simplifier la constitution, que l'ordonnance de 2006 nous a d'ores et déjà démontrée, notamment par la suppression de l'obligation d'enregistrement[1539] comme la condition de forme pour la constitution, la loi instituant la fiducie-sûreté a fait un pas contraire à ce courant d'évolution.

1110.Sans compter l'exception en cas où les biens, les droits ou les sûretés transférés font l'objet des biens communs des époux ou de l'indivision[1540], *« le contrat de fiducie et ses avenants sont enregistrés dans le délai d'un mois à compter de leur date au service des impôts du siège du fiduciaire ou au service des impôts des non-*

[1536] Art. 2018, C. civ. et Art. 2372-2, C. civ.
[1537] Art. 2018, C. civ.
[1538] Art. 2372-2, C. civ.
[1539] Art. 2336, C. civ.
[1540] Art. 2012, alinéa 2, C. civ.: *« Si les biens, droits ou sûretés transférés dans le patrimoine fiduciaire dépendent de la communauté existant entre les époux ou d'une indivision, le contrat de fiducie est établi par acte notarié à peine de nullité* ».

résidents si le fiduciaire n'est pas domicilié en France »[1541] avec une sanction rigoureuse de nullité en cas de manquement. En cas de transmission des droits résultant du contrat de fiducie, « *si le bénéficiaire n'est pas désigné dans le contrat de fiducie, sa désignation ultérieure doit , **à peine de nullité**, donner lieu à un acte écrit enregistré dans les mêmes conditions* »[1542]. C'est-à-dire que non seulement en cas de constitution d'une telle sûreté réelle mais aussi en cas de modification, les parties conventionnelles sont soumises non seulement à une obligation à effectuer l'enregistrement du contrat de fiducie auprès d'une institution compétente, mais il faut que cela soit faite assez rapidement.

1111.**Une sûreté coûteuse.** – De surcroît, nous savons bien que la formalité n'est pas toujours gratuite, il convient de constater que la constitution d'une fiducie-sûreté est beaucoup plus onéreuse[1543] qu'un gage du droit commun. Dans l'hypothèse où le constituant voulait transférer un bien qui fait l'objet d'une indivision ou de la masse des biens communs dans le patrimoine fiduciaire, le contrat de fiducie doit être passé par la forme d'acte solennel. De surcroît, les émoluments des notaires se calculent par rapport à la valeur transférée dans le patrimoine fiduciaire.

1112.**Fiducie-sûreté, une sûreté réelle rechargeable.** – Si une telle lourdeur de formalité n'arrive pas à décourager les auteurs optimistes, c'est parce que la fiducie-sûreté est une sûreté réelle qui est rechargeable[1544] à l'instar de l'hypothèque rechargeable du droit commun[1545]. Jusqu'à maintenant, les dispositions légales n'ont pas expressément prévu que le gage puisse être rechargeable, non plus pour le nantissement du droit commun. C'est là que, la fiducie-sûreté portant sur les biens mobiliers, tant corporels qu'incorporels, paraît séduisante pour les praticiens. Une fois établie, même si la formalité est lourde, elle peut servir à garantir plusieurs dettes[1546].

[1541] Art. 2019, alinéa 1er, C. civ.
[1542] Art. 2019, alinéa 3, C. civ.
[1543] Sur le coût de la fiducie-sûreté, V. notamment : *Lamy droit des sûretés*, Etude 293, « Fiducie-sûreté : le cas de transfert fiduciaire d'un immeuble ».
[1544] En ce qui concerne la fiducie-sûreté mobilière : C. civ., art. 2372-5, alinéa 1er .
[1545] C. civ., art. 2422.
[1546] Par contre, certain auteur ne tient pas une idée favorable de cette « rechargeabilité » de la fiducie-sûreté : P. Crocq, « La nouvelle fiducie-sûreté : une porte ouverte sur une prochaine crise de *subprimes* en France ? », *D. 2009*, p. 716.

Le constituant n'a pas à refaire les mêmes formalités pour affecter cette sûreté réelle, déjà existante, dans la garantie d'une autre créance. « *Le constituant peut l'offrir en garantie, non seulement au créancier originaire, mais aussi à un nouveau créancier, encore que le premier n'ait pas été payé. Lorsque le constituant est une personne physique, le patrimoine fiduciaire ne peut alors être affecté en garantie d'une nouvelle dette que dans la limite de sa valeur estimée au jour de la recharge* »[1547].

1113.**La valeur estimée comme la seule limite.** – La valeur estimée est ainsi considérée comme la seule limite quand le constituant est une personne physique. C'est une différence importante de la fiducie-sûreté par rapport à l'hypothèque rechargeable qui rend cette première plus séduisante. L'article 2422, alinéa 2, cantonne la recharge au montant de la garantie hypothécaire : elle n'est donc possible que dans la limite de la somme mentionnée à peine de nullité dans l'acte constitutif[1548] ; en l'absence de tout plafond de la garantie fiduciaire, la recharge de la fiducie-sûreté est au contraire possible dans la limite de la valeur de la propriété cédée estimée au jour de la recharge, plus précisément de la valeur du patrimoine fiduciaire compte tenu d'un éventuel passif fiduciaire[1549]. Malgré le fait que les dispositions de l'article 2372-5 du Code civil ne sont pas applicables aux fiducies-sûretés consenties par une personne morale[1550], nous pouvons logiquement déduire qu'un créancier assez prudent ne va pas octroyer à son débiteur, tant personne physique et morale, un crédit d'une valeur plus importante que celle de garantie fournie, sans compter les risques de la dévaluation des biens affectés.

[1547] C. civ., art. 2372-5, alinéa 2.
[1548] C. civ., art. 2423.
[1549] Rappr. Rapport au président de la République relatif à l'ordonnance n° 2009-112 du 30 janvier 2009 portant diverses mesures relatives à la fiducie : *JO* du 31 Janvier 2009 ; Ph. Dupichot, « La fiducie-sûreté en pleine lumière. – à propos de l'ordonnance du 30 janvier 2009 », *JCP G 2009*, I, 132, n° 11.
[1550] C. civ., art. 2372-5, alinéa 2 ne vise que l'hypothèse d'une fiducie-sûreté consentie par une personne physique.

2 – Lourde formalité de la fiducie-sûreté par rapport au nantissement du droit commun

1114.**Exigence d'écrit et de notification au débiteur.** – A la différence avec le gage du droit commun, le nantissement du droit commun est conclu par écrit[1551], à peine de nullité. En plus d'un écrit, le créancier doit aussi notifier le débiteur de la créance nantie afin que c'est lui qui va recevoir valablement le paiement[1552]. Mais une telle formalité n'est pas exigée pour la validité du nantissement.

1115.Par rapport à la fiducie-sûreté portant sur les créances non-professionnelles, le nantissement est caractérisé par la simplicité et rapidité dans la constitution.

Conclusion partielle :

1116.La fiducie-sûreté est marquée par une exigence de formalisme tatillon. L'enregistrement est toujours requis tant pour sa constitution que pour sa modification. Comparant avec le gage ou le nantissement, cette nouvelle reine des sûretés réelles est caractérisée par un manquement de simplicité qui est très importante.

1117.Souvent allant de pair, la propriété cédée et /ou retenue à titre de garantie ne sont pas un pair de vrais jumeaux. D'un côté, la réserve de propriété est caractérisée par la simplicité de constitution, mais de l'autre côté, la cession Dailly et la cession fiduciaire sont caractérisées par un manquement de simplicité par rapport à ses concurrentes.

[1551] C. civ., art. 2356.
[1552] C. civ., art. 2362 et art. 2363.

1118.Comme nous avons déjà analysé, la propriété-sûreté est marquée par son efficacité à cause de l'effet d'exclusivité apporté par le statut de propriétaire. C'est l'efficacité qui est le cœur pour une sûreté réelle idéale[1553].

§ 2 – La rapidité et l'efficacité des propriétés-sûretés

1119.Parmi les paramètres susceptibles d'intervenir dans la décision du créancier de faire sienne telle ou telle sûreté, la sécurité qu'elle lui procurera si le débiteur principal s'avère défaillant requiert toute son attention. À ce stade, la propriété-sûreté triomphe de ses concurrents potentiels. Sa rapidité et son efficacité s'expriment autant en droit commun (A) que dans l'hypothèse où le constituant se trouve être confronté à une procédure d'insolvabilité (B).

A – La mesure de l'efficacité (et la rapidité) en droit commun

1120. Si l'on compare les modes de réalisation des sûretés réelles traditionnelles et de la propriété-sûreté lorsque le débiteur principal est défaillant dans l'exécution de l'obligation garantie, un premier mouvement consiste à louer l'efficacité de la propriété-sûreté pour le créancier. En effet, celui-ci fait l'acquisition de la « *libre disposition du bien ou du droit cédé à titre de garantie* ». Souvenons-nous que, jusqu'ici, le créancier ne jouissait que d'une propriété fiduciaire ou d'une nue-propriété (en cas de réserve de propriété), laquelle se transforme donc en raison de l'inexécution de l'obligation garantie en une propriété pleine et entière sur le bien en cause.

1121.**Fiducie-sûreté.** – Techniquement, en cas de fiducie-sûreté, le bien affecté quitte le patrimoine fiduciaire pour entrer dans le patrimoine personnel du créancier ; et en

[1553] Rappr. M. Grimaldiet R. Dammann, « La fiducie sur ordonnances », *D.* 2009, p. 670 et s., n° 1 : « *le succès d'une sûreté dépend très largement de son efficacité spécialement de sa résistance aux procédure d'insolvabilité* ».

cas de réserve propriété, la propriété n'est jamais entrée effectivement dans le patrimoine du débiteur en difficulté. Mais, ce faisant, non seulement toute hypothèse de concours avec d'autres créanciers du constituant est exclue, mais le bénéficiaire échappe aussi aux lourdeurs et à la complexité des procédures de saisie[1554].

1122.**Réserve de propriété : action en revendication.** – En tant que propriétaire réservataire, le créancier cédant n'a pas à effectuer une procédure de saisie sur le bien affecté parce qu'une telle procédure est destinée à effectuer sur les biens appartenant à son débiteur[1555]. Le vendeur va purement et simplement reprendre le bien affecté, sauf en cas d'incorporation et il existe une impossibilité de séparation sans subir de dommage[1556], pour recouvrir sa créance non payée. Ce n'est pas dire que le créancier puisse s'enrichir dans l'hypothèse où le prix de reprise est supérieur à la solde impayée. L'ordonnance de 2006 prévoit expressément que « *lorsque la valeur du bien repris excède le montant de la dette garantie encore exigible, le créancier doit au débiteur une somme égale à la différence* »[1557].

1123.**Dispositions légales.** – Dans sa version issue de l'ordonnance du 30 janvier 2009, la fiducie-sûreté ne contraint pas le bénéficiaire à devenir propriétaire du bien affecté en cas de défaillance du débiteur principal. Faisant sienne l'idée selon laquelle c'est davantage la valeur du bien qui intéresse le créancier plutôt que sa matérialité, le législateur permet aux contractants de s'affranchir des dispositions supplétives des articles 2372-3, alinéa 1er, et 2488-3, alinéa 1er, du Code civil et de prévoir la « *vente du bien ou du droit cédé* »[1558]. Mais ici les parties jouissent d'une grande liberté puisqu'il leur appartient de déterminer les conditions et les modalités d'une telle vente

[1554] Une saisie vente des meubles ou une saisie attribution peut être convoitée selon la circonstance. Sans oublier les différents délais à respecter pour que l'exécution forcée puisse être réellement acheminée, il faut encore l'intervention de l'huissier pour l'accomplissement de certaines formalités, tel que le procès-verbal de la saisie ou bien, le cas échéance, le commandement de paiement.
[1555] Saisie-vente est une « Saisie mobilière exécutoire de droit commun qui permet à tout créancier mni d'un titre exécutoire constatant une créance liquide et exigible de faire procéder, apèrs un commandement, à la saisie et à la vente des meubles corporels de son débiteur (G. Cornu, *Vocabulaire juridique*, PUF 2011, V° « Saisie-vente »).
[1556] Art. 2370, C. civ.
[1557] Art. 2371, alinéa 3, C. civ.
[1558] V. notamment Ph. Dupichot, « La fiducie-sûreté en pleine lumière – À propos de l'ordonnance du 30 janvier 2009 », *JCP G 2009*, I, 132, n° 13.

(recours à une vente de gré à gré, avec, le cas échéant, la fixation d'un prix plancher ou d'un délai pour y procéder, ou encore décision de procéder à une vente aux enchères, laquelle pourrait s'imposer immédiatement ou au terme d'un délai nécessaire pour opérer la vente amiable). C'est dire qu'il s'agit de l'éloignement avec une vente qui serait le prolongement d'une procédure de saisie diligentée par les créanciers privilégiés. Toujours en raison de l'exclusivisme dont le créancier fiduciaire bénéficie alors, il s'ensuit que le prix dégagé de la « *vente du bien ou du droit cédé* » lui sera remis en « *tout ou partie* »[1559].

1124.**Question sur la prohibition de la clause de voie parée.** – En vérité, cette première lecture conduit à s'interroger sur l'intérêt que conserverait le créancier à porter son choix sur un autre contrat de garantie réelle que la fiducie-sûreté, tant sa situation paraît avantageuse par rapport aux autres titulaires de sûretés réelles traditionnelles, lesquels affrontent les chemins tortueux des voies d'exécution avec toute leur complexité. La prohibition de la clause de voie parée[1560] qui leur interdit d'y déroger renforce cette analyse[1561]. Pourtant, à bien y réfléchir, le gage et le nantissement offrent également à leur bénéficiaire certaines prérogatives qui leur permettent de se soustraire aux inconvénients inhérents aux saisies. Plus précisément, la possibilité généralisée d'une attribution judiciaire du bien grevé ou encore la mise en œuvre d'un pacte commissoire autorisent le créancier à court-circuiter de telles procédures. Par ces modalités de réalisation, l'on passe insensiblement d'un droit sur la valeur à un droit sur la propriété de la chose. Le rapprochement avec la fiducie-

[1559] Cette précision souligne le fait que le bénéficiaire de la fiducie-sûreté n'appréhende pas nécessairement la totalité du prix. Par-là, apparaît que le constituant est susceptible de bénéficier d'un droit sur ce prix. Le législateur l'affirme expressément aux articles 2372-4 et 2488-4 du Code civil. Cette valeur, réintégrant son patrimoine, se trouve à la disposition de ses créanciers chirographaires. Ce faisant, le législateur assure au constituant, mais aussi à ses créanciers, une protection significative.

[1560] La clause de voie parée est une clause par laquelle un créancier gagiste ou hypothécaire obtient de son débiteur l'autorisation de vendre la chose gagée ou hypothéquée sans observer les formalités requises par la loi.

[1561] C. civ., art. 2346, pour le gage et le nantissement ; C. civ., art. 2458, pour l'hypothèque et le gage immobilier. V. notamment M. Cabrillac, Ch. Mouly, S. Cabrillac et Ph. Pétel, *Droit des sûretés*, *préc.*, n° 572.

sûreté n'en est que plus patent. D'ailleurs, ce n'est pas un hasard si, techniquement, les dispositions quant à la réalisation de la fiducie-sûreté puisent très largement leur inspiration dans les règles qui encadrent celles d'un pacte commissoire inséré dans une sûreté réelle traditionnelle[1562]. Dans ces deux situations, le législateur entend bien que l'on puisse compter sur une évaluation objective du bien affecté pour éviter un enrichissement injuste du créancier. Qu'il soit titulaire d'un contrat de sûreté réelle classique mobilière doté d'un pacte commissoire [1563] ou d'une fiducie-sûreté mobilière[1564], le créancier ne s'extirpera de l'exigence légale de désigner un expert à l'amiable ou judiciaire que si la valeur du bien découle « *d'une cotation officielle sur un marché organisé au sens du Code monétaire et financier* » – à l'instar d'un titre financier coté en bourse – ou si le bien est une somme d'argent, laquelle porte en elle-même sa propre valeur[1565]. En matière immobilière, la désignation de l'expert ne souffre pas d'exception et met également sur un même plan le bénéficiaire d'un gage immobilier, le créancier hypothécaire et le titulaire d'une fiducie-sûreté. Mais le caractère d'ordre public de la règle formulée dans ces hypothèses interdit aux parties d'y déroger, fussent-elles en accord sur la valeur du bien. La lettre du texte, qui ne vise pas cette occurrence à titre d'exception, conduit assurement à une prohibition absolue.

1125.**Aspect jurisprudenctiel.** – Néanmoins, il n'est pas exclu que la jurisprudence apporte un geste de souplesse à l'édifice dans la mesure où la Cour de cassation avait antérieurement admis qu'une dispense d'expertise puisse résulter d'une entente survenue entre les parties sur l'estimation de la valeur du bien[1566]. D'un autre côté, ne fait-on pas alors peu de cas du fait que, derrière l'intérêt du constituant, c'est aussi celui de ses créanciers qui doit être sauvegardé ? En toute hypothèse, si les parties au pacte commissoire accompagnant la sûreté réelle classique ou la fiducie-sûreté se

[1562] J.-J. Ansault, « Fiducie-sûreté et sûretés réelles traditionnelles : que choisir ? », *Dr. et Patr. 2010*, n° 192, p. 52 et s.
[1563] C. civ., art. 2348.
[1564] C. civ., art. 2372-1.
[1565] Au demeurant, quant à l'utilisation des sommes d'argent comme sûreté, ni la réglementation du gage sur choses fongibles, ni la fiducie-sûreté de droit commun n'apparaissent attractives, de sorte que les parties leur préféreront la technique du gage-espèces d'un formalisme bien moins lourd.
[1566] Cass. com., 15 nov. 2005, n° 03-18.437, *JCP G* 2006, I, 131, n° 14, obs. Ph. Simler; *Dr. & patr*. 2006, n° 145, p. 125, obs. Ph. Dupichot.

rangent à l'idée d'une désignation amiable, il conviendra d'encadrer conventionnellement le choix de l'expert afin d'éviter une connivence qui favoriserait l'un des intervenants. La partialité de celui-ci détruira ici le bel édifice contractuel et laissera planer des incertitudes sur le dénouement du contrat de garantie. Au demeurant, en visant un « *expert* » dans les dispositions en cause, le législateur entend peut-être limiter le choix des contractants à un homme de l'art qui, par ses compétences techniques, est susceptible de déterminer au plus juste la valeur du bien[1567]. Enfin, l'égalité entre la fiducie-sûreté et les sûretés réelles classiques se prolonge, quoique moins nettement, dans les solutions applicables à l'imputation des paiements et aux restitutions. Si la valeur du bien telle qu'elle résulte de l'expertise est supérieure à la dette garantie, il ne saurait y avoir un enrichissement du créancier. D'une manière générale, sous réserve de l'exigence spécifique de désintéresser les créanciers du patrimoine fiduciaire, cette différence de valeur sera, selon les cas, restituée au constituant ou consignée au profit des autres créanciers gagistes, hypothécaires ou nantis, s'il en existe.

1126.Surtout, le créancier malicieux conservera à l'esprit qu'en matière de fiducie-sûreté – mobilière ou immobilière – comme en matière de gage où se grefferait un pacte commissoire, le législateur ne mentionne pas, à la suite des prescriptions fixant le cadre des restitutions, qu'une clause contraire serait regardée comme « *non écrite* »[1568]. À en croire les textes, une stipulation appropriée autoriserait donc le bénéficiaire à s'approprier ici l'excédent de valeur litigieuse. Cependant, pour ne pas passer sous la table le principe cardinal du droit des sûretés qui défend à un créancier de s'enrichir par la réalisation de sa garantie, le juge pourrait donner à cette stipulation le vernis d'une clause pénale[1569]. Ce faisant, il serait susceptible de la réviser si elle lui apparaissait manifestement excessive.

[1567] V. dans ce sens en matière de pacte commissoire, L. Aynès, « Le nouveau droit du gage », *Dr. & patr.* 2007, n° 161, p. 48, où l'auteur prend soin de distinguer l'expert du « *tiers arbitre* » de l'article 1592 du Code civil.
[1568] C. civ., art. 2348, pour le gage ; C. civ., art. 2372-3, pour la fiducie-sûreté mobilière ; C. civ., art. 2488-3, pour la fiducie-sûreté immobilière.
[1569] V. notamment L. Aynès et P. Crocq, *Les sûretés, La publicité foncière, préc.*, n° 790, p. 384.

1127.**Efficacité de la propriété-sûreté et l'attribution judiciaire ou conventionnelle d'une sûreté préféretielle.** – Si l'on s'en tient à la technique de l'attribution judiciaire et à la mise en œuvre du pacte commissoire, ces développements conduisent-ils à reconnaître qu'il y a entre la fiducie-sûreté et les sûretés réelles traditionnelles moins que l'épaisseur d'une feuille de papier à cigarette ? Ce serait là une vue de l'esprit. Bien que ces modalités indirectes de réalisation des sûretés réelles traditionnelles épargnent aux créanciers les affres d'une saisie, elles ne lui permettent pas de se soustraire invariablement à tout concours. Dans ce sens, devenu propriétaire d'une part sociale nantie ou d'un immeuble hypothéqué à la suite de la mise en œuvre des prérogatives en cause, un créancier de deuxième rang n'échappera pas au droit de suite des créanciers qui jouiraient d'un meilleur classement que le sien sur le bien litigieux[1570]. Ainsi, l'exclusivisme attaché à l'attribution judiciaire ou au pacte commissoire se conçoit uniquement si aucun autre créancier privilégié sur la valeur du bien ne dispose de droit de suite ou si les titulaires d'un droit de suite ont un rang inférieur sur cette valeur à celui qui est devenu propriétaire du bien.

1128.D'ailleurs, même dans cette dernière situation, le créancier devrait se replier sur son droit de préférence si une distribution de prix consécutive à une saisie antérieure intervenait avant qu'il soit en mesure de réaliser sa sûreté selon ces modes alternatifs. L'on voit donc que la supériorité de la fiducie-sûreté s'exprime dans le fait qu'elle annihile *ab initio* toute possibilité de concours postérieur sur le bien transmis dès la conclusion du contrat, si toutefois le bien transféré dans le patrimoine fiduciaire n'est pas d'ores et déjà grevé d'une sûreté. Par leur technique de réalisation indirecte, les autres sûretés réelles ne confèrent qu'un espoir d'exclusivité. C'est tout ce qui sépare l'exclusivité d'une vocation à l'exclusivité... qui n'est qu'une « facette » du droit de préférence.

1129.Il reste à souligner que, dans les sûretés réelles classiques, l'attribution de la propriété du bien affecté par voie judiciaire ou conventionnelle n'est pas toujours

[1570] V. notamment Cass. com., 3 juin 2008, n° 07-11.785, *Bull. civ.* IV, n° 114 ; *RTD civ.* 2008, p. 701, note P. Crocq.

permise par le législateur, ce qui revalorise par contrecoup la fiducie-sûreté dont la validité dans ces situations ne fait pas de doute. Quant au pacte commissoire, il ne saurait ni accompagner un gage de droit commun garantissant le remboursement d'un crédit à la consommation[1571], ni un gage sur stocks soumis au droit commercial[1572], ni enfin appréhender la résidence principale du débiteur en matière immobilière[1573]. Celle-ci est également protégée d'une demande d'attribution judiciaire de l'hypothèque conventionnelle qui la grèverait[1574]. En vrai, seul le droit de rétention effectif dont sont dotées les sûretés réelles traditionnelles avec dépossession peut placer le créancier hors concours. Mais cela suppose qu'il accepte de rester dans une attitude purement passive. En effet, à la différence de la fiducie-sûreté, le droit de rétention disparaîtra lorsque le créancier fera le choix de mettre en œuvre sa sûreté. En revanche, à défaut de conférer un véritable pouvoir de blocage à l'instar de certains nantissements spéciaux, le droit de rétention fictif attaché au gage sans dépossession[1575] ne constitue pas une prérogative suffisamment énergique pour hisser à lui seul ce contrat au niveau de la fiducie-sûreté.

1130.En dernière analyse, c'est bien par le haut que sort la fiducie-sûreté de sa comparaison avec les sûretés réelles traditionnelles lorsque l'on envisage l'efficacité de leur mise en œuvre respective en droit commun. Obtiendra-t-elle également tous les suffrages dès lors qu'une procédure collective est ouverte à l'encontre du débiteur principal ?

B – Le résultat de l'efficacité lors de l'ouverture d'une procédure collective

1131.**Exigence de la déclaration de la créance.** – Sur le plan théorique, si l'on admet que la fiducie-sûreté fait quitter les biens objet du contrat du patrimoine du constituant

[1571] C. consom., art. L. 311-32.
[1572] C. com., art. L. 527-2.
[1573] C. civ., art. 2459.
[1574] C. civ., art. 2458.
[1575] V. notamment L. Aynès et P. Crocq, *Les sûretés, La publicité foncière*, *préc.*, spécialement n° 516. *Adde* P. Crocq, « Le gage, avec ou sans dépossession, après la loi du 4 août 2008 et l'ordonnance du 18 décembre 2008 », *Cah. dr. entr. 2009*, n° 4, p. 25 et s.

pour les projeter au sein du patrimoine fiduciaire, il faudrait en conclure que la procédure collective qui affecte le constituant, laquelle ne peut appréhender que les éléments de son patrimoine, demeure sans effet à l'égard du bénéficiaire de la fiducie. Soucieux de ne pas tuer dans l'œuf toute possibilité de redressement, le législateur de 2008 ne s'est pas rangé à cette analyse[1576]. D'une manière générale, sauf à transposer ici la jurisprudence contestable relative à la clause de réserve de propriété[1577], le bénéficiaire de la fiducie-sûreté reste un créancier comme les autres devant l'exigence de la déclaration de créance dans la procédure du constituant. À défaut de procéder à une telle déclaration, la créance garantie serait inopposable au constituant conformément à la nouvelle formulation de l'alinéa 2 de l'article L. 622-26 du Code de commerce tel qu'il est issu de l'ordonnance du 18 décembre 2008.

1132.Appartient-il au créancier de faire état dans cette même déclaration de la fiducie-sûreté ? La question pourrait être débattue, car la jurisprudence retient que seules les sûretés grevant les biens qui sont dans les actifs du débiteur faisant l'objet d'une procédure collective méritent d'être mentionnées dans celle-ci[1578]. Or les biens en cause ont été transférés dans le patrimoine fiduciaire par le contrat et ne se trouvent plus dans celui du débiteur. Faisant œuvre de prudence, les praticiens conseillent de mentionner la sûreté[1579]. Cette identité ponctuelle de traitement ne saurait masquer que, dans ce nouvel environnement juridique des procédures collectives, la fiducie-

[1576] V. notamment F.-X. Lucas, « L'efficacité des sûretés réelles et les difficultés de l'entreprise », *Rev. proc. coll. 2009*, dossier 17. *Adde*, D. Legeais, *Sûretés et garanties du crédit*, LGDJ, 9e éd. 2013, spéc. n° 787.

[1577] V. notamment Cass. com., 9 janv. 1996, n° 93-12.667, *JCP G* 1996, I, 3935, n° 19, obs. M. Cabrillac; *JCP E* 1996, I, 554; *RTD civ.* 1996, p. 436, obs. P. Crocq ; *D.* 1996, p. 184, note F. Derrida, qui souligne que la déclaration de la créance du vendeur n'est pas une condition de la revendication des marchandises vendues avec une clause de réserve de propriété.

[1578] V. notamment Cass. 3e civ., 24 juin 1998, *Bull. civ.* III, n° 137; *D. aff.* 1998, p. 1403, obs. A. L. ; *JCP G 1999*, I, 103, n° 9, obs. M. Cabrillac, qui affirme que le créancier bénéficiaire d'un cautionnement réel n'a pas à faire mention de celui-ci dans la procédure collective ouverte contre le débiteur principal.

[1579] V. notamment R. Dammann et M. Robinet, « Quel avenir pour les sûretés réelles classiques face à la fiducie-sûreté ? », *Cah. dr. ent.* n° 4, 2009, p. 35 et s. ; R. Dammann et M. Robinet, « Avantages et inconvénients de la fiducie en cas de procédure collective », *RLDC* 2009/60 ; R. Dammann et G. Podeur, « Fiducie-sûreté et droit des procédures collectives : évolution ou révolution ? », *préc*., p. 1361.

sûreté, déjà protégée du risque d'une substitution de garantie[1580], apparaît moins laminée que les autres sûretés réelles lorsqu'un espoir de sauvetage de l'entreprise se profile (a), tandis qu'elle donne son maximum d'expression lorsque le constituant subit une liquidation judiciaire (b).

a – Un redressement envisagé

1133.**Interdiction de paiement et la résistance de la fiducie-sûreté.** – En droit français, l'ouverture d'une procédure de sauvegarde ou de redressement interdit au débiteur de payer spontanément les créanciers antérieurs, et ce même s'ils sont munis de sûretés[1581]. Elle impose également à de tels créanciers prévoyants une discipline collective par la règle de la suspension des poursuites et des voies d'exécution[1582]. Pas question non plus pour eux de glisser en contrebande un pacte commissoire, car sa mise en œuvre se trouve paralysée du fait de l'ouverture de la procédure[1583]. Dans l'état du droit précédant la réforme du 18 décembre 2008, c'est donc à bras ouverts que les créanciers semblaient prêts à accueillir la fiducie-sûreté. À l'instar du droit commun, rien ne paraissait interdire ici à son bénéficiaire de mettre en œuvre la garantie dans la mesure où les biens affectés étaient déjà sortis du patrimoine du débiteur[1584]. L'ensemble des règles protectrices issues du droit des procédures collectives visait alors les seuls actifs du patrimoine du débiteur et ne pouvait s'étendre au patrimoine fiduciaire. Dans ces conditions, l'exclusivisme de la fiducie-sûreté aurait pu tout emporter sur son passage et faire le lit des créanciers échaudés. Soucieuse de l'intérêt du débiteur et de ne pas tuer dans l'œuf toute velléité de

[1580] En revanche, un tel risque pèse sur les titulaires de sûretés réelles traditionnelles : C. com., art. L. 622-8, al. 3 ; C. com., art. L. 626-22, al. 3. V. sur cette problématique, M. Cabrillac, Ch. Mouly, S. Cabrillac et Ph. Pétel, *Droit des sûretés*, *préc*., n° 575.
[1581] C. com., art. L. 622-7, I. V. notamment sur ce principe, F. Pérochon et R. Bonhomme, *Entreprises en difficulté – Instruments de crédit et de paiement*, *préc.*, n° 231-3.
[1582] C. com., art. L. 622-21.
[1583] C. com., art. L. 622-7, I, al. 3.
[1584] V. supra.

redressement[1585], l'ordonnance du 18 décembre 2008 a mis en place une mesure draconienne qui consiste à paralyser les effets de certaines fiducies-sûretés pendant la période d'observation et la durée du plan de sauvegarde ou de redressement[1586]. Ce faisant, relègue-t-elle alors définitivement ce contrat à un rang identique à celui des sûretés réelles classiques, de sorte que le créancier porterait dorénavant indifféremment son choix sur celui-ci ou sur celles-là ? Il n'en est rien si l'on considère que sont visées les seules fiducies-sûretés sans dépossession[1587] qui portent sur des biens dont le constituant conserve « *l'usage ou la jouissance* » aux termes d'une convention de mise à disposition, laquelle traduit pour le législateur l'utilité de ces actifs pour la poursuite de l'entreprise[1588]. Mais, selon certains auteurs, de telles fiducies regagnent toute leur efficacité si l'administrateur résilie la convention de mise à disposition du bien transféré à titre de garantie, laquelle, contrairement au contrat de fiducie-sûreté lui-même, doit s'analyser comme un « *contrat en cours* »[1589]. La justification trouve sa source dans l'article L. 622-23-1 du Code de commerce qui ne considère pas expressément cette éventualité postérieure à l'ouverture de la procédure collective comme un facteur de blocage de la réalisation de la sûreté. Quoi qu'il en soit, cette relative neutralisation de la fiducie-sûreté sans dépossession ne

[1585] En l'état, la fiducie-sûreté risquait de faire échapper des biens nécessaires au redressement de l'entreprise à l'emprise de la procédure. Au plus fort, le fait de priver le débiteur de l'utilisation des biens dont il avait toujours la maîtrise à un moment clef de la période d'observation ne ferait qu'accentuer ses difficultés. C'était également construire sur du sable que d'envisager d'intégrer ces biens dans un plan de sauvegarde ou de redressement.

[1586] C. com., art. L. 622-23-1. V. également M. Grimaldi et R. Dammann, « La fiducie sur ordonnances », *préc.* ; F. Pérochon, « Les interdictions de paiement et le traitement des sûretés réelles », *D. 2009*, p. 651, spécialement n° 22 à 24.

[1587] Cette situation impose au bénéficiaire d'une fiducie-sûreté de revendiquer les biens meubles en cause en suivant la procédure imposée par l'article L. 624-16 du Code de commerce. Dans cette configuration, le créancier semble moins bien traité que le réservataire puisque, à la différence de ce dernier, il ne peut espérer une restitution effective de la chose qu'à compter de la résiliation ou du terme du contrat de mise à disposition. V. notamment dans ce sens, R. Dammann et M. Robinet, « Quel avenir pour les sûretés réelles classiques face à la fiducie-sûreté ? », *préc.*

[1588] V. notamment dans ce sens, Ph. Dupichot, « La fiducie-sûreté en pleine lumière », *préc.*, n° 15. Ce critère juridique objectif de l'existence d'une convention de mise à disposition revêt une justification plus économique : si le constituant a accepté le principe d'une fiducie-sûreté avec dépossession, c'est que la confiscation du bien affecté en cause ne nuit pas à la bonne marche de l'entreprise. Partant, l'on présume qu'il n'est pas nécessaire à la poursuite de l'activité.

[1589] C. com., art. L. 622-13, VI et L. 631-14. V. dans ce sens, R. Dammann et M. Robinet, « Quel avenir pour les sûretés réelles classiques face à la fiducie-sûreté ? », *préc.* ; M. Grimaldi et R. Dammann, « La fiducie sur ordonnances », *préc.*, n° 15.

déteint absolument pas sur la fiducie-sûreté avec dépossession. Pour celle-ci, le fiduciaire a donc le champ libre indépendamment de l'ouverture de la procédure, ce qui révèle une supériorité certaine de cette propriété-sûreté sur les autres sûretés réelles ! Conscient de cet enjeu, le créancier attentif souhaitant obtenir une garantie sur des titres financiers privilégiera une fiducie-sûreté à un nantissement de compte-titres[1590].

1134.Irait-on jusqu'à voir dans la possibilité offerte au débiteur [1591] ou à l'administrateur[1592] de solliciter le juge-commissaire afin que celui-ci autorise la remise en possession du constituant pour que l'entreprise retrouve l'usage du bien entré dans le patrimoine fiduciaire « *lorsque ce retour est justifié par la poursuite de l'activité* », un élément à mettre au passif du contrat de fiducie-sûreté, de sorte que le créancier se détournerait de cette garantie au profit des sûretés réelles traditionnelles ? Il n'en est rien car cette restitution des actifs fiduciaires, qui apparaissent soudain essentiels à l'exploitation de l'entreprise, n'a lieu qu'après le paiement, éventuellement anticipé, de la créance garantie par la fiducie-sûreté. Bien qu'il soit cantonné ici dans un rôle passif qui lui interdit de mettre en œuvre sa garantie, la situation du bénéficiaire demeure exceptionnelle puisqu'il obtient un paiement malgré l'existence de créanciers super-privilégiés ou de créanciers jouissant d'un traitement préférentiel en raison de la procédure. La vigueur de cette sûreté n'est donc pas entamée. En la matière, la technique utilisée ici par le législateur n'est que le décalque des règles applicables aux sûretés réelles traditionnelles dotées d'un droit de rétention effectif, lequel leur donne une vocation à l'exclusivisme dans ces situations de retrait contre paiement. Ainsi, le fiduciaire ne se trouve pas placé dans une situation plus fragile que le titulaire d'un gage mobilier ou immobilier jouissant d'un tel droit de rétention[1593]. Échappant déjà à la suspension des poursuites, le bénéficiaire d'une

[1590] V. dans ce sens, P.-G. Marly, « Fiducie-sûreté sur titre vs nantissement de compte-titres », *RTDF 2009*, p. 72.
[1591] C. com., art. L. 622-7, II, al. 2, pour la sauvegarde.
[1592] C. com., art. L. 631-14, al. 3, pour le redressement.
[1593] V. notamment F. Pérochon et R. Bonhomme, « Entreprises en difficulté – Instruments de crédit et de paiement », *préc.*, n° 246-1 et 246-3. Quant au droit de rétention fictif issu de l'article 2286, 4°, du Code civil, il demeure inopposable de plein droit à la procédure collective durant la période d'observation (C. com., art. L. 622-7, I, al. 2). Son inefficacité se prolonge durant l'exécution du plan.

fiducie-sûreté avec dépossession sera donc susceptible de faire valoir, le cas échéant, un droit de rétention effectif sur les biens en cause[1594]. Dans ces conditions, et comme l'a souligné une éminente doctrine, « *la fiducie-sûreté avec dépossession est* (...) *la meilleure des sûretés en cas d'ouverture d'une procédure collective, ce qui laisse augurer du développement, en pratique, de la fiducie-sûreté avec entiercement* »[1595].

1135.**Résistance après la réforme.** – Dans la mesure où l'adoption d'un plan de sauvegarde ou de continuation conduit à une restructuration de la dette de l'entreprise, certaines créances garanties perdent leur caractère exigible. En la matière, l'avantage de la fiducie-sûreté sur d'autres sûretés réelles ne se fait pas sentir, car les créanciers subissent alors la discipline collective. Cela n'a rien d'illogique puisqu'une sûreté, quelle qu'elle soit, ne saurait être mise en œuvre par anticipation, avant l'échéance de la dette dont elle assure le paiement. Reste que le législateur de 2008 protège spécifiquement le titulaire de la fiducie-sûreté en amont lors de l'élaboration du plan alors qu'il laisse sur le bord de la route d'autres créanciers privilégiés. En effet, que la fiducie-sûreté soit constituée avec ou sans dépossession, le bénéficiaire peut se voir imposer des délais et des remises au sein des comités de créanciers mais exclusivement pour des créances qui ne seraient pas garanties par la fiducie-sûreté[1596]. À cet égard, le législateur a puisé son inspiration dans certains droits étrangers, tout particulièrement dans les droits américain et allemand. Remarquons toutefois que si le projet de réforme du droit des procédures collectives envisageait d'interdire purement et simplement aux titulaires de fiducies-sûretés l'accès aux comités de créanciers, de crainte de voir un plan arrêté par une décision majoritaire modifier le terme, voire le montant de leurs créances, l'ordonnance du 18 décembre 2008 prend une position beaucoup moins radicale. Mais cela n'entame pas de manière significative le traitement de faveur dont ils jouissent par rapport aux créanciers titulaires d'une simple hypothèque, d'un gage ou d'un nantissement. Dans le nouveau système, la

---

Adde, sur la question de l'effet du droit de rétention fictif particulier de certaines sûretés réelles spéciales, F. Pérochon et R. Bonhomme, « Entreprises en difficulté – Instruments de crédit et de paiement », *préc.*, n° 246-2.

[1594] C. com., art. L. 622-7, II. V. notamment L. Aynès et P. Crocq, *Les sûretés, La publicité foncière*, *préc.*, spécialement n° 791 ; F. Barrière, « La fiducie-sûreté », *JCP E 2009*, 1808, n° 39.

[1595] P. Crocq, « L'ordonnance du 18 décembre 2008 et le droit des sûretés », *préc.*, n° 37.

[1596] C. com., art. L. 626-30, al. 4.

participation du bénéficiaire de la fiducie sûreté aux comités ainsi que, le cas échéant, le calcul de ses droits de vote dépendent exclusivement des seules créances qui ne sont pas garanties par les actifs fiduciaires[1597]. De la sorte, protégé contre les décisions majoritaires des comités de créanciers pour les créances garanties par la fiducie-sûreté, il devra, en revanche, être consulté selon les modalités applicables aux créanciers qui ne font pas partie des comités[1598]. Il en résulte que le tribunal ne saurait lui imposer une remise de dette ni des délais de paiement excédant dix ans dans le cadre d'un plan[1599]. Le nouveau système révèle toute la force de la fiducie-sûreté car, sauf volonté unilatérale de sa part, le créancier ne pourra perdre ici une fraction de la créance garantie. Pour la doctrine dans son ensemble, le régime mis en place consacre le principe du « *best interest test* »[1600], selon lequel le créancier doit toujours recevoir au moins un montant équivalent à celui qu'il aurait perçu en liquidation judiciaire. Au plus fort, une maladresse rédactionnelle pourrait renforcer encore la position du fiduciaire. Comme ont pu le souligner certains auteurs, l'utilisation du pluriel dans les différents textes, lesquels visent toujours les « *créances* », laisse entendre que le législateur considère qu'il suffit qu'une partie de la créance, aussi infime soit-elle, bénéficie de la garantie pour que sa totalité échappe à l'emprise des comités[1601]. C'est dire que, en instrumentalisant cette sûreté, le créancier serait le grand artisan du siphonnage des créances susceptibles d'être appréhendées par les comités. Pour la doctrine, il était sans doute préférable de décider que la partie chirographaire de la créance garantie puisse faire l'objet d'une restructuration financière, car il est légitime d'admettre que les créanciers munis de fiducies-sûretés vivent un destin différent des créanciers privilégiés, il ne faut pas pour autant ouvrir la voie à des possibilités d'abus[1602]. En réalité, l'exclusivisme propre à cette propriété-garantie ne prendra

[1597] C. com., art. L. 626-30-2, al. 4.
[1598] C. com., L. 626-33, al. 1er.
[1599] C. com., art. L. 626-12 et L. 626-18.
[1600] V. notamment P.-M. Le Corre, « La réforme du droit des entreprises en difficulté », D. 2009, n° 271.6 ; Ph. Pétel, « Le nouveau droit des entreprises en difficulté » : acte II, *JCP E 2009*, 1049, n° 47.
[1601] V. notamment dans ce sens, M. Grimaldi et R. Dammann, « La fiducie sur ordonnances », *préc.*, spécialement n° 20, note 47.
[1602] V. not., F. Barrière, « La fiducie-sûreté », *préc.*, n° 39 ; R. Dammann, « Avantages et inconvénients de la fiducie en cas de procédure collective », *RLDC, mai 2009*, p. 60 ; *Ibid*, « Les enjeux de la réforme des comités de créanciers », *JCP E 2009*, 2094, spéc. n° 24 et 25.

vraiment tout son sens que si la situation patrimoniale du constituant abolit cette espérance de redressement.

b – Un impossible redressement

1136.**Liquidation judiciaire.** – Lorsque le débiteur n'exécute pas les engagements prescrits par le plan de sauvegarde, le droit des procédures collectives lui retire la généreuse protection qu'il lui accordait. Ainsi, la résolution du plan[1603] fait recouvrir à tous les créanciers – titulaires d'une fiducie-sûreté, bénéficiaires d'une sûreté réelle traditionnelle et même chirographaires – leur droit de poursuite individuelle. Autant dire que, dans ce cas de figure, le bénéficiaire d'une fiducie-sûreté ne sort pas du lot ! En revanche, il se rappelle au bon souvenir de ces mêmes créanciers lorsque le juge ouvre une procédure de redressement judiciaire parce qu'il constate une cessation des paiements pendant l'exécution du plan de sauvegarde[1604]. Alors que la nouvelle procédure implique une suspension des poursuites individuelles même pour les créanciers antérieurs privilégiés, le créancier jouissant d'une fiducie-sûreté a le champ libre pour réaliser sa garantie, peu importe ici que le contrat ait suscité ou non une mise à disposition du bien cédé au débiteur[1605].

1137.En vérité, la supériorité de la fiducie-sûreté sur d'autres garanties semble se manifester surtout lorsque tout espoir de restructuration s'évanouit. Ainsi, le créancier bénéficiaire d'une fiducie-sûreté ne tombe pas dans le guêpier de la liquidation judiciaire du débiteur et pourra mettre en œuvre sa sûreté sans limitation. À lui la libre disposition du bien intégré dans le patrimoine fiduciaire ou, le cas échéant, le bénéfice

[1603] C. com., art. L. 626-27, al. 2.
[1604] C. com., art. L. 626-27, al. 3. V. dans le même sens, R. Dammann et M. Robinet, « Quel avenir pour les sûretés réelles classiques face à la fiducie-sûreté ? », *préc.*
[1605] La solution résulte de l'article L. 631-14 du Code de commerce qui ne soumet pas la convention de mise à disposition du bien transféré au titre de la fiducie au régime, favorable au débiteur, prévu aux articles L. 622-13 et L. 622-23-1 du même code. V. sur la maladresse suscitée par un mauvais renvoi dans l'état du droit issu de l'ordonnance du 18 décembre 2008, laquelle a été corrigée par la loi du 12 mai 2009, M. Grimaldi et R. Dammann, « La fiducie sur ordonnances », *préc.* ; F. Pérochon, « Les interdictions de paiement et le traitement des sûretés réelles », *préc.*, n° 25.

d'un droit exclusif sur le prix de réalisation du bien[1606]. Mais dans l'un et l'autre cas, aucun créancier du débiteur ne peut, en principe, prétendre exercer des droits concurrents aux siens. Tout au plus devra-t-il prendre garde à respecter des délais qui encadrent la revendication du bien meuble cédé dès lors que celui-ci demeure dans les mains du débiteur[1607]. Au regard de ce tableau idyllique, les droits de préférence des autres créanciers titulaires de sûretés réelles conventionnelles apparaissent bien médiocres – et ce même s'ils ont été rehaussés par la loi du 10 juin 1994[1608]. Non seulement la réalisation du bien dépend, du moins dans un premier temps, du seul liquidateur, mais surtout ils sont appelés à supporter le concours sur le prix de vente du bien avec d'autres créanciers tels que les titulaires de créances salariales super-privilégiées, lesquels peuvent se prévaloir d'un meilleur rang[1609]. Quant au pacte commissoire, qui brillait de mille feux en droit commun, il perd toute sa superbe efficacité, puisque l'ouverture d'une procédure collective, quelle que soit sa nature, paralyse sa réalisation[1610] ! Reste que par la technique de l'attribution judiciaire du bien grevé, ces sujets de droit sont susceptibles de s'évader des affres de ce concours et de se placer dans une situation d'exclusivité qui se rapproche alors de celle du titulaire du bénéficiaire d'une fiducie-sûreté. De l'avis de certains auteurs, le créancier hypothécaire ne saurait faire usage de ce droit[1611]. De sorte que seul le titulaire d'un gage mobilier, d'un nantissement et sans doute le titulaire d'un « gage immobilier »

[1606] En la matière, les droits du fiduciaire sont protégés, car il échappe à la règle de continuation des contrats en cours si les biens donnés en fiducie sont restés à la disposition du débiteur (C. com., art. L. 641-11-1, VI). Face à la défaillance du constituant, le créancier pourra résilier librement le contrat de mise à disposition et, par suite, revendiquer les biens meubles visés (C. com., art. 624-16 ; v. dans ce sens, M. Grimaldi et R. Dammann, La fiducie sur ordonnances, précité, n° 22).

[1607] V. notamment dans ce sens, L. Aynès et P. Crocq, Les sûretés, La publicité foncière, précité, n° 793.

[1608] V. notamment sur les effets de cette loi sur l'amélioration de la situation des créanciers titulaires de sûretés rélles, M. Cabrillac, Ch. Mouly, S. Cabrillac et Ph. Pétel, *Droit des sûretés, préc.*, n° 8.

[1609] V. notamment F. Pérochon et R. Bonhomme, Entreprises en difficulté – Instruments de crédit et de paiement, *préc.*, n° 479 et s.

[1610] V. dans ce sens, L. Aynès et P. Crocq, *Les sûretés, La publicité foncière, préc.*, n° 515. Comparer F. Pérochon et R. Bonhomme, *Entreprises en difficulté – Instruments de crédit et de paiement*, *préc.*, n° 233. *Adde* R. Dammann et M. Robinet, Quel avenir pour les sûretés réelles classiques face à la fiducie-sûreté ?, précité ; F. Pérochon, « Les interdictions de paiement et le traitement des sûretés réelles », *préc.*, n° 7.

[1611] V. notamment Ph. Simler et Ph. Delebecque, *Les sûretés, La publicité foncière*, *préc.*, n° 491, note 5. Selon ces auteurs, cette interdiction résulterait de la combinaison des articles 2427 du Code civil et L. 642-20-1, alinéa 2, du Code de commerce. V. également dans ce sens, R. Dammann et M. Robinet, « Quel avenir pour les sûretés réelles classiques face à la fiducie-sûreté ? », *préc. Contra* P. Crocq, « L'ordonnance du 18 décembre 2008 et le droit des sûretés », *préc.*, n° 39.

pourrait y avoir recours[1612]. Si cette analyse devait finir par séduire le juge, la fiducie-sûreté immobilière gagnerait certainement en attractivité au détriment de l'hypothèque. Toujours dans le cadre de la liquidation judiciaire, l'on soulignera aussi que les sûretés réelles traditionnelles qui confèrent un droit de rétention à leur titulaire font jeu égal avec la fiducie-sûreté. L'exclusivisme se manifeste ici en raison de la subrogation réelle qui veut que le droit de rétention se reporte sur le prix de cession du bien grevé lors de sa réalisation par le liquidateur[1613]. Ceci assure une bonne protection au créancier même si l'on peut penser que le prix de la vente opérée dans ces conditions ne sera pas à la hauteur des espérances de celui-ci.

1138.Cependant, d'un point de vue économique, peut-être regrettera-t-il de ne pas avoir obtenu une fiducie-sûreté qui lui aurait permis, en qualité de propriétaire, de faire vendre ultérieurement le bien à meilleur prix.

1139.**Plan de cession.** – Remarquons enfin que la fiducie-sûreté résiste remarquablement aux vicissitudes d'un plan de cession si on la compare aux sûretés réelles traditionnelles. Sans aller jusqu'à parler de Bérézina, leurs titulaires se bornent, en principe, à faire valoir leurs droits exclusivement sur une quote-part du prix de cette cession et se trouveront alors primés sur cette valeur par d'autres créanciers d'un rang préférable[1614]. Timide consolation, la loi du 10 juin 1994 ne rogne pas trop les droits du créancier lorsque les sûretés immobilières et mobilières spéciales dont il bénéficie ont été octroyées par l'entreprise pour garantir le crédit qu'il lui a été accordé pour lui permettre le financement du bien sur lequel porte la sûreté et que, postérieurement, ce bien se trouve intégré dans le plan de cession[1615]. Mieux, l'article L. 642- 12, alinéa 4, du Code de commerce opère alors un transfert de la « *charge de la sûreté* » au repreneur[1616], lequel doit régler le créancier aux échéances convenues,

---

[1612] V. notamment F. Pérochon et R. Bonhomme, *Entreprises en difficulté – Instruments de crédit et de paiement*, *préc.*, n° 2432-11.
[1613] V. notamment P.-M. Le Corre, *Droit et pratique des procédures collectives*, Dalloz Action, 2010-2011, spécialement n° 583.71 ; Y. Picod, *Droit des sûretés*, précité, n° 384.
[1614] V. notamment M. Cabrillac, Ch. Mouly, S. Cabrillac et Ph. Pétel, *Droit des sûretés*, précité, n° 1033 ; P.-M. Le Corre, *La réforme du droit des entreprises en difficulté*, *préc.*, n° 432.3.
[1615] C. com., art. L. 642-12.
[1616] V. notamment M. Jeantin et P. Le Cannu, *Entreprises en difficulté*, Dalloz, 7e éd., 2007, n° 1076 et s.

étant entendu que, pour les créances antérieures restées impayées, le titulaire de la sûreté réelle demeure susceptible d'exercer son droit de préférence sur une quote-part du prix de cession globale. Reste que l'ordonnance du 18 décembre 2008 protège le bénéficiaire de la fiducie-sûreté bien au-delà.

1140.En effet, elle coupe court à la constante menace qui pèse sur les créanciers simplement privilégiés de ce que les biens grevés soient inclus sans son accord dans la cession de l'entreprise[1617]. De quelle manière ? D'abord, par principe, les actifs du patrimoine fiduciaire échappent à un éventuel plan de cession, lequel ne peut porter que sur des biens du patrimoine du constituant. De ce fait, la situation du titulaire d'une fiducie-sûreté sur un immeuble apparaît donc bien meilleure que celle d'un banquier hypothécaire qui voit l'immeuble grevé être cédé à un repreneur pour un prix symbolique dans le cadre d'un plan de cession. Dans cet exemple, on imagine bien que l'exercice d'un droit de préférence sur une quote-part d'un prix symbolique où il entrera en concurrence avec d'autres créanciers privilégiés risque de laisser le créancier hypothécaire sur sa faim alors que le titulaire de la fiducie-sûreté n'est même pas concerné par cette problématique. Notons cependant qu'il existait un risque que le bénéficiaire de la fiducie-sûreté soit privé indirectement de la libre disposition du bien si l'on permettait une cession forcée du contrat autorisant le constituant à jouir de l'usage des biens affectés[1618]. Dorénavant, l'impossibilité de céder la convention par laquelle le débiteur conserve la jouissance des actifs mis en fiducie sans l'accord du bénéficiaire de la fiducie-sûreté évite qu'un cessionnaire se substitue au constituant dans la convention sans avoir à assumer le remboursement de la dette garantie. Si le créancier n'a pas confiance dans le cessionnaire envisagé et craint de ne pas être désintéressé, rien ne lui interdit de refuser de consentir au transfert de la convention assurant au débiteur la jouissance ou l'usage des biens incorporés dans le patrimoine fiduciaire.

[1617] C. com., art. L. 642-7, al. 5. V. notamment P. Crocq, « L'ordonnance du 18 décembre 2008 et le droit des sûretés », *préc.*, n° 38 ; R. Dammann, « Avantages et inconvénients de la fiducie en cas de procédure collective », *préc.*.

[1618] Imaginons ainsi une fiducie-sûreté portant sur un immeuble combinée avec une convention de mise à disposition conclue à titre gratuit, laquelle aurait été cédée au repreneur. Voilà donc un cessionnaire qui aurait pu jouir gratuitement de l'usage de l'immeuble au titre du contrat cédé sans être tenu à l'éventuel paiement de la dette garantie par la fiducie-sûreté *stricto sensu*.

1141.En tout état de cause, c'est ici encore, lorsque la sûreté réelle traditionnelle choisie par le créancier lui offre un droit de rétention, réel ou fictif[1619], qu'il se trouve dans une position aussi enviable que le créancier-fiduciaire. Parce que le droit des procédures collectives subordonne l'inclusion du bien litigieux dans la cession projetée au paiement préalable de la créance garantie ou à l'accord du créancier, le titulaire d'un gage mobilier ou immobilier, ou, par exemple encore, d'un nantissement de compte-titres, ne regrettera pas sa décision d'avoir recours à cette sûreté. De ce voyage au sein du droit français des sûretés réelles, il ressort que la fiducie-sûreté dispose de puissants atouts pour attirer vers elle des créanciers attentifs aux risques inhérents au dénouement de l'opération économique projetée et soucieux de prévenir la défaillance de leur débiteur. L'efficacité de ce contrat tant en droit commun que dans le domaine sensible des procédures collectives le distingue notablement des autres sûretés réelles. Néanmoins, cette vigueur, décisive pour le créancier, est subordonnée à un pénible formalisme constitutif. En outre, pour certains biens, et tout particulièrement les meubles corporels, le régime permettant de rendre l'opposabilité du contrat effective souffre d'imperfections massives. L'ensemble de ces éléments converge pour faire de la fiducie-sûreté la garantie idéale pour des opérations d'envergure dans lesquelles les créanciers accepteront sans mal de se soumettre à une procédure constitutive pesante dans la mesure où elle leur assure en contrepartie une position d'exception en cas d'inexécution de ses obligations par le débiteur. Symétriquement, pour les opérations ponctuelles de crédit, souscrites notamment par les particuliers, la fiducie-sûreté aura sans doute plus de mal à s'imposer[1620]. C'est dire que cette garantie n'a pas vocation à occuper tout l'espace dévolu aux sûretés réelles traditionnelles en se substituant à elles mais plutôt à s'insérer harmonieusement dans le tableau du droit français des sûretés que le législateur essaie sans relâche de parfaire. Tel est l'esprit de ce droit qui refuse d'enfermer le créancier dans le carcan d'une sûreté conventionnelle unique et aime les multiplier. À chacun sa sûreté pourrait-on dire ! Reste enfin la force de l'habitude que l'on ne saurait négliger

[1619] Bien que la doctrine se prononce majoritairement dans ce sens, la question demeure controversée, v. notamment F. Pérochon et R. Bonhomme, *Entreprises en difficulté – Instruments de crédit et de paiement*, *préc.*, *spéc.* n° 470.
[1620] V. notamment dans ce sens, A. Gourio, « La fiducie-sûreté », *D.* 2009, p. 1944.

ici. Les opérateurs économiques rodés aux sûretés réelles classiques ne rechigneront-ils pas à aller vers cette nouvelle garantie réelle ? Quoi qu'il en soit, leur arbitrage fera de ce contrat de fiducie-sûreté un roi soleil ou... un roi fainéant !

Conclusion partielle :

1142.La propriété-sûreté se réalise facilement en cas de défaillance du débiteur.

1143.Dans l'hypothèse de la réserve de propriété à titre de garantie, une action en revendication en tant que le propriétaire va permettre le créancier de recouvrir la pleine propriété sur le bien affecté. Par contre, si le débiteur bénéficie une procédure collective, une telle action en revendication doit être effectuée dans les trois mois à partir du jugement d'ouverture d'une telle procédure.

1144.Dans l'hypothèse de la cession fiduciaire, le créancier peut devenir automatiquement le propriétaire du bien affecté. Mais les parties peuvent aussi convenir que dans le contrat en cas de défaillance, c'est la vente du bien affecté qui va être le moyen de la réalisation de la sûreté. Dans toutes les hypothèses, en réalisant la sûreté, les parties peuvent toujours se passer de la lourdeur de la procédure de saisie que doivent subir les créanciers munis d'une sûreté réelle mobilière traditionnelle. Une rapidité dans la réalisation de la propriété-sûreté doit être constatée.

1145.De surcroît, en tant que le propriétaire, le créancier n'a pas à craindre la concurrence avec les autres créanciers du débiteur, c'est lui qui va accaparer toute la valeur du bien affecté sauf si cette dernière est supérieure à celle de la créance impayée. C'est peut-être la raison pour laquelle, les promoteurs de la fiducie-sûreté disent que c'est cette dernière qui est la seule à pouvoir résister parfaitement à la procédure collective[1621]. La seule hypothèse dans laquelle le créancier bénéficiaire

[1621] R. Damman et G. Podeur, Fiducie-sûreté et droit des procédures collectives : évolution ou révolution ?, D. 2007. Chron. 1359. Adde, J.-E. Kuntz et V. Nurit, « La cession Dailly à titre de garantie à l'épreuve de la procédure de sauvegarde », *Bull. Joly Entreprise en difficulté*, 1 janvier 2014,

d'une fiducie-sûreté se voit contraindre c'est celle de la fiducie-sûreté sans dépossession et que le bien affecté est nécessaire pour la continuation des activités du débiteur.

Conclusion de la section 1

1146.Si généralement la propriété-sûreté n'est pas simple à constituer, la rapidité dans sa réalisation et son opposabilité presque *erga omnes* face aux procédures d'insolvabilité doivent permettre une telle sorte de sûretés réelles à séduire de plus en plus les praticiens par rapports à ses concurrents préférentiels. L'efficacité de la propriété-sûreté est patente, et elle est la conséquence directe de l'exclusivité du droit de propriété. En France, il existe un autre mécanisme permettant à son titulaire d'asseoir sur une situation de l'exclusivité en cas de défaillance du débiteur, c'est le fameux droit de rétention.

n° 1, p. 58 et s., selon les auteurs, la cession Dailly paraît aussi comme une sûreté réelle qui résiste à l'ouverture d'une procédure collective.

Section 2 – Le droit de rétention

1147.**Généralités.** – Le droit de rétention fait, depuis longtemps, l'objet d'une discussion doctrinale française. Très grande quantité d'ancre a déjà coulé sur la notion, la nature et le régime du droit de rétention[1622]. Les législateurs de 2006 ont fait beaucoup d'effort dans la rédaction des textes pour que le droit de rétention, qui a finalement pu être considéré comme une sûreté réelle[1623], puisse être un régime assez clair. En effet, si nous osons bien le dire, la doctrine a une tendance de donner une définition plus large sur le droit de rétention. Cette proposition de la pluralité du droit de la rétention[1624] est confirmée par certain nombre d'auteurs[1625]. L'ouvrage de M. Aynès est devenu l'une des références incontournables dans le domaine de la recherche du droit de la rétention.

1148.En Chine, le droit de rétention est déjà l'une des trois grandes catégories de sûretés réelles depuis la promulgation de la loi du 30 juin 1995 portant sur le droit des sûretés. A la différence avec la notion française, le droit de rétention chinois octroie, au créancier, un droit de préférence[1626] sur le prix de la vente du bien retenu. C'est-à-dire que le droit de rétention chinois est aussi une sûreté portant sur un droit de préférence. Mais par rapport au droit de préférence à l'issue d'un gage ou d'un nantissement, le titulaire d'un droit de préférence sera payé en premier[1627]. Ainsi, le droit de rétention octroie au créancier un super-privilège sur la valeur du bien retenu.

[1622] Plus de 40 thèses et articles ont été consacrés dans la discussion du fondement, de la nature et du régime du droit de rétention.
[1623] La discussion sur la nature du droit de rétention n'avait pas arrêté avant la réforme de 2006.
[1624] A. Aynès, *Le droit de retention, Unité ou pluralité*, préf. Ch. Larroumet, Economica, 2005.
[1625] V. par ex. L. Bougerol -Prud'homme, *Exclusivité et garanties de paiement*, LGDJ, 2012.
[1626] Art. 230 de la loi du 16 mars 2007 : « le créancier a, en cas de défaillance de son débiteur, le droit de retenir les biens du débiteur dont il en a légalement la possession ; le créancier a un droit de préférence sur ces biens retenus ».
[1627] Art. 239 de la loi du 16 mars 2007 : Si sur un même bien, un gage ou un nantissement est déjà constitué, le rétenteur sera payé en premier.

1149.Il convient de présenter le régime français du droit de rétention, surtout son évolution qui montre sa prospérité(§1). La ressemblance entre la réforme française de 2006 et la réforme chinoise de 2007 va bien nous montrer que la séduction forte du système français sur le droit chinois des sûretés réelles mobilières (§2).

§1 – L'élargissement de la notion du droit de rétention en France

1150.Le droit de rétention, en droit français, a une tendance de se reconnaître une importance de plus en plus accrue. N'ayant été qu'une technique employée pour la garantie de paiement par certains créanciers en retenant les choses de son débiteur, le droit de rétention a convaincu les praticiens et les universitaires que la mainmise physique n'est plus une condition *ad validatem* de constitution. Mais ce changement ne se fait pas d'un coup, l'évolution de la notion du droit de rétention est très longue. Nous pouvons diviser cette évolution en 4 étapes : la phase de l'hostilité(A) contre le droit de rétention, la phase de chaos(B), la phase de discussion(C) sur le fondement ou de nature du droit de rétention, et, enfin, une phase de fixation(D) sur la théorie de la pluralité de droit de rétention.

A – la phase de l'hostilité

1151.**En droit romain.** – Même si le droit de rétention peut trouver ses sources au début de l'époque classique à Rome, il n'est pas complètement reconnu par le droit romain. Cela s'explique par les raisons suivantes : tout d'abord, cette période a été marquée par un formalisme très pesant, qui ne permettait l'exercice que des seules actions en justice expressément prévues, et dont la nature, l'objet, et les conditions d'exercice étaient incompatibles avec la notion même du droit de rétention. Ensuite, la détention d'une chose appartenant à autrui était considérée comme un simple fait, ne pouvant servir de fondement sur le plan juridique à aucune prétention. Enfin, les auteurs ont souvent remarqué que, dans ces cas, le détenteur qui opposait l'exception

avait le droit de ne pas se dessaisir de la chose tant qu'il n'avait pas été désintéressé[1628].

1152.C'est dans l'exception du dol que trouve son origine le droit de rétention. Le Prêteur, représentant de l'équité à Rome, édicte la règle selon laquelle celui qui invoquait le droit civil, pour faire triompher une iniquité, ne devait pas être accueilli. Il créa, pour atteindre ce but, l'*exception doli mali*, qui était un remède apporté aux rigueurs du droit civil. Le défendeur pouvait utiliser l'*exception doli mali* pour repousser la prétention du demandeur, légitime dans la forme d'après le droit civil, mais injuste au fond et contraire à l'équité[1629].

1153.En utilisant la conception de dol du propriétaire, le créancier défendait son droit de créance contre son débiteur-propriétaire, mais le droit de rétention n'était pas considéré comme une institution autonome ou un droit *sui generis*[1630].

B – La phase de l'incertitude

1154.**Jusqu'à la codification Napoléonne.** – Dans la phase de l'incertitude, l'ordre juridique n'est pas forcément dans un état de chaos. En effet, sur une période assez longue, le droit de rétention est, d'une sorte, reconnu par le droit, certains conditions de constitution sont communément reconnues par les praticiens, même si ces conditions ne sont pas prévues par le droit coutumier. A l'époque, ceux qui peuvent être assurés c'est, d'abord, le droit de rétention qui doit être exercé sur un objet corporel ; et ensuite, c'est le titulaire d'une créance qui peut déclarer ce droit contre le propriétaire de la chose ; enfin, le titulaire de la créance qui doit être en possession de la chose[1631]. Cette affirmation résulte des déclarations des jurisconsultes et des auteurs

[1628] J.-F. Durant, *Le droit de rétention*, thèse Paris, 1979, p. 11 et s.
[1629] J.-F. Durant, *Le droit de rétention*, thèse Paris, 1979, p. 12.
[1630] J.-F. Durant, *Le droit de rétention*, thèse Paris, 1979, p. 13.
[1631] J.-F. Durant, *Le droit de rétention*, thèse Paris, 1979, p. 14 à 23.

coutumiers, qui enseignaient que, sur les points non réglés par les coutumes, le juge devait s'orienter vers le droit romain, considéré comme règle d'équité[1632].

1155.Cette reconnaissance n'est que partielle, parce que le droit de rétention ne put être utilisé que dans certaines hypothèses. En absence d'un régime général de droit de rétention, l'application sera aux contours d'incertitudes, surtout sur l'exigence d'un lien de connexité entre la créance garantie et la rétention du bien.

1156.Nous pouvons voir clairement qu'un manquement de textes légaux, à l'époque, constitue aussi l'une des raisons importantes de l'incertitude. Les juristes vont interpréter les coutumes selon leur connaissance qui peut se diffèrer de l'un à l'autre.

1157.Depuis le Code napoléon, les textes légaux portant sur le droit de rétention sont nombreux[1633]. Mais malgré ces dispositions fragmentées, il n'y avait pas de définition légale du droit de rétention dans le Code civil, et cela s'explique par une absence totale d'une théorie générale du droit de rétention. Les auteurs avaient commencé à s'inquiéter sur ce laconisme à la fin du XIX^{e} siècle, apparemment à cause d'un souci de la sécurité juridique[1634].

C – la phase de discussion

1158.**Discussion doctrinale.** – Un grand nombre de thèses sont consacrées au droit de rétention depuis la seconde moitié du XIX^{e} siècle[1635]. La discussion doctrinale portant

---

[1632] J.-F. Durant, *Le droit de rétention*, thèse Paris, 1979, p. 23.

[1633] La loi des 22 novembre et 1er décembre 1790 : expropriation des domaines nationaux ;la loi des 7 juin et août 1791 : domaines congéables ;la loi des 23 septembre et 6 Octobre 1791 : les biens et usages ruraux (propriété rurale) et la police rurale, etc.

[1634] J.-F. Durant, *Le droit de rétention*, thèse Paris, 1979, p. 31 et 32.

[1635] AUDIBERT, *Du droit de rétention*, thèse Aix, 1882 ; BAILLY, *Du droit de rétention à Rome et en France*, thèse Paris, 1892 ; BARRY, *Le droit de rétention en droit civil français*, thèse Paris, 1900 ; BIGARD, *Du droit de rétention à Rome et en France*, thèse Caen, 1879 ; De BOINNEAU D'EYRAGUES, *Du droit de rétention à Rome et en France*, thèse Caen, 1876 ; BOBES, *Les cas d'application du droit de rétention*, thèse Paris, 1913 ; BRACQ, *Le droit de rétention en droit allemand*

sur le fondement, sur la nature et sur un régime général du droit de rétention commence. En le comparant avec les institutions voisines, le droit de rétention se distingue avec l'exception d'inexécution[1636] malgré la ressemblance[1637]. Le droit de rétention ressemble aussi à la compensation des créances[1638]. Dans la pratique, la doctrine a pu comparer le régime du droit de rétention avec les autres institutions telles que la saisie foraine[1639], la saisie-arrêt sur soi-même[1640] et le compte[1641].

---

et en droit français, thèse Bordeaux, 1907 ; CABRILLAC, *La protection du créancier dans les sûretés mobilières conventionnelles sans dépossession*, thèse Montpellier, 1954, préf. BECQUE ; CABRYE, *Du droit de rétention*, thèse Paris, 1860 ; CASSIN, *De l'exception de l'inexécution dans les rapports synallagmatiques (exceptio non adimpleti contractus) et de ses relations avec le droit de rétention, la compensation et la résolution*, thèse Paris, 1914 ; CHARLET, *Du droit de rétention*, thèse Paris, 1862 ; CHESNEAU, *La théorie du droit de rétention*, thèse Bordeaux, 1880 ; DEMOLY, *Du droit de rétention en matière civile*, Dijon, 1849 ; DERRIDA Roger, *Recherches sur le fondement du droit de rétention*, thèse Alger, 1940 ; GAULTIER, *Du droit de rétention*, thèse Paris, 1898 ; GLASSON, *Du droit de rétention*, thèse Strasbourg, 1862 ; GOUNON-LOUBENS, *De la rétention légale en droit romain et en droit français*, thèse Toulouse, 1877 ; De HANSY, *De la revendication qui dérive du droit de rétention*, thèse Paris, 1899 ; HEDAL, *Du droit de rétention*, thèse Rennes, 1874 ; HEMAR, *Du droit de rétention en droit romain et en droit français*, thèse Paris, 1864 ; HEURTEY, *Du droit de rétention*, thèse Paris, 1859 ; HOMMEL, *Le droit de rétention, Essai d'une théorie en droit français*, thèse Strasbourg, 1928 ; JONESCO, *Du droit de rétention*, thèse Paris, 1908 ; LATOUR, *De la nature et des effets du droit de rétention*, thèse Grenoble, 1854 ; LEGRAND, *Du droit de rétention*, thèse Paris, 1906 ; LEGROS, *Du droit de rétention des pièces d'avoués*, thèse Paris, 1939 ; NAUGER, *De la nature du droit de rétention*, thèse Paris, 1900 ; NAZELLE, *Du droit de rétention, en droit romain et en droit français*, thèse Toulouse, 1868 ; NICOLAS, *Du droit de rétention légal à Rome et en France*, thèse Caen, 1971 ; OLIER, *Etude historique et juridique des cas d'application de la rétention légale*, thèse Toulouse, 1894 ; PILLORE, *Du droit de rétention en droit romain et en droit français*, thèse Toulouse, 1855 ; PINOT, *Essai d'une théorie en droit de rétention du point de vue législatif*, thèse Paris, 1908 ; POGONATO, *Du droit de rétention*, thèse Paris, 1909 ; POPESCO, *Le droit de rétention en droit anglais, avec des aperçus comparatifs sur les mêmes institutions juridiques correspondants en droit français, droit allemand et endroit suisse*, thèse Paris, 1930 ; PRET, *Du droit de rétention*, thèse Paris, 1879 ; RADHI AI CHICKN, *Le droit de rétention d'après les législations française et suisse*, thèse Lausanne, 1957 ; RONNICEANO, *Du droit de rétention en droit romain et en droit français*, thèse, Paris, 1881 ; RONY, *Du droit de rétention en droit romain et en droit français*, thèse Paris, 1867 ; SAINT-ALARY, *La détention, notion et portée d'application en droit privé français*, thèse Montpellier, 1941 ; SALVAGE, *La rétention*, thèse Grenoble, 1968 ; De SERRES DE MESPLES, *Du droit de rétention*, thèse Paris, 1863 ; VACHEZ, *Du droit de rétention*, thèse Paris, 1860 ; VARY, *Du droit de rétention*, thèse Paris, 1860 ; VERGEZ, *Du droit de rétention*, thèse Paris, 1860 ; ZARA, *Du droit de rétention*, thèse Paris, 1902 ; J.-F. Durant, *Le droit de rétention*, thèse Paris, 1979.

[1636]

[1637] N. Catala-Franjou, « De la nature juridique du droit de rétention », *RTD Civ.* 1967, p. 9 et s. notamment, p. 43, n° 30; Comp. avec Voirin, *op. cit.* , qui considère que le droit de rétention est une forme de l'exception d'inexécution.

[1638] V. notamment : J.-F. Durant, *Le droit de rétention*, thèse Paris, 1979, p 908 et s. ; H. L. et J. MAZEAUD, tome III, *Les sûretés, La publicité foncière*, 6e édition, 1er volume, par F. CHABAS 1977, p. 116, n° 111 ; Marty et Raynaud, tome III, *Les sûreté, La publicité foncière*, 1ère éd., 1ère vol. p. 14, n° 19.

[1639] J.-F. Durant, *Le droit de rétention*, thèse Paris, 1979, p. 897 et s.

[1640] J.-F. Durant, *Le droit de rétention*, thèse Paris, 1979, p. 900 et s.

1159.**Question importante : fondement juridique.** – Mais la vraie question n'est plus le rapprochement du droit de rétention avec les autres institutions voisines, parce que il est presque unanimement accordé que le droit de rétention est une institution autonome, et il est un droit *sui generis*, peu importe qu'il soit qualifié de droit réel ou de droit de sûreté. La question intéressante pour la doctrine, depuis les années soixante c'est le fondement du droit de rétention. Certains auteurs ont pensé que le fondement du droit de la rétention est la détention elle-même[1642], les autres ont pensé que le fondement exact est le lien de connexité entre la créance garantie et la détention du bien sans oublier l'importance de la détention et l'existence de la créance garantie[1643].

1160.La question sur la qualification du droit de rétention était aussi discutée dans la doctrine : si le droit de rétention est une sûreté réelle. Pour la plupart des auteurs, le droit de rétention n'est pas une sûreté réelle[1644], parce qu'il n'octroie pas au créancier rétenteur ni droit de préférence ni droit de suite[1645]. N'ayant pas été considéré comme une sûreté réelle *stricto sensu*, le droit de rétention joue bien plus efficacement le rôle d'une sûreté[1646].

1161.**Législation pendant la période de discussion.** – Avec l'évolution de la discussion doctrinale, les législateurs ne restaient pas muets pendant cette période. Plusieurs textes légaux portant sur le droit de rétention sont créés[1647]. Ainsi, en

---

[1641] J.-F. Durant, *Le droit de rétention*, thèse Paris, 1979, p. 937 et s. ; Chavanne, *Essai sur la notion de compte en droit civil*, thèse Lyon, 1947, p. 107 et s. et p. 144 et s.

[1642] V. notamment : A. Derrida, *Recherche sur le fondement du droit de rétention*, thèse Alger, 1940, p. 38 ; F. DERRIDA : « la dématérialisation du droit de rétention », *in Mélanges P. Voirin*, 1967, LGDJ, p. 178, n° 2.

[1643] V. notamment : Cornu, note sous Colmar, 30 janvier 1973, in Rev. Trim. Dr. civ. 1973, p. 789 et s.

[1644] J.-F. Durant, *Le droit de rétention*, thèse Paris, 1979, p.897 ; SALVAGE, *La rétention*, thèse Grenoble, 1968, p. 381.

[1645] N. Catala-Franjou, « De la nature juridique du droit de rétention », *RTD Civ*. 1967, p. 9 et s. notamment, p. 40, n° 25.

[1646] N. Catala-Franjou, « De la nature juridique du droit de rétention », *RTD Civ*. 1967, p. 9 et s., spéc. n° 4 ; J.-F. Durant, *Le droit de rétention*, thèse Paris, 1979, p.897.

[1647] Le législateur a accordé dans les articles 549 et 550 du Code de commerce, puis dans l'article 63 de la loi n° 67-563 du 13 juillet 1967, le droit de rétention au vendeur de marchandises non encore délivrées à l'acheteur, soumis à une procédure collective de règlement ou de liquidation des biens. L'article 20 du décret du 30 décembre 1953, que le titulaire du bail d'un local à usage commercial ou artisanal, dont le bailleur refuse le renouvellement peut retenir le bien loué, pour le paiement de l'indemnité d'éviction. L'article 830-1, dernier alinéa , du Code rural, dans sa rédaction de la loi du 15

prenant un pas de recul, nous voyons plus clairement l'évolution exacte du droit de rétention qui a connu un élargissement important malgré les remarques doctrinales le concernant. En effet, dans la pratique, le domaine d'application est beaucoup plus vaste que celui prévu par les textes divers[1648].

1162.Avec la consécration de M. Augustin AYNES [1649] et la confirmation des législateurs de 2006[1650], la discussion sur le fondement du droit de rétention a pu être abaissée. Nous pouvons dire que nous entrons dans une phase de stabilisation.

D – La phase de stabilisation

1163.**Thèse de M. AYNES.** – Depuis la réforme de 2006, la discussion sur le fondement du droit de rétention semble abaisser un peu par rapport auparavant, parce que les législateurs ont finalement, de manière générale, fixé les conditions[1651] de constitution d'un droit de rétention dans le Code civil sous le livre IV dit « des sûretés »[1652]. Les trois premières conditions se conforment bien à la théorie de M. AYNES sur la pluralité du fondement du droit de rétention, c'est-à-dire qu'il y a trois sortes de fondements différents du droit de rétention : la connexité juridique, la

juillet 1975, permet au fermier, créancier d'une indemnité de résiliation anticipée du bail par suite de l'application d'un plan d'urbanisme ou d'un plan d'occupation des sols, rendu public ou appouvé, de ne pas quitter les lieux avant l'expiration de l'année culturale en cours au moment du paiement de l'indemnité due ou de l'indemnité provisionnelle fixée, à défaut d'accord entre les parties, par le Président du Tribunal paritaire des baux ruraux, statuant en référé. L'article 851, alinéa 2, nouveau du Code rural, résultant de la même loi du 15 juillet 1975, a consacré l'existence d'un droit de rétention au profit du fermier sortant en garantie du paiement de l'indemnité qui lui est dûe en cas de départ.

[1648] La théorie dite « pas de droit de rétention sans texte » est ainsi rejetée (J.-F. Durant, *Le droit de rétention*, thèse Paris, 1979, p. 115 et s.).

[1649] A. Aynès, *Le droit de rétention, Unité ou pluralité*, préf. C. Larroumet, Economica, 2005.

[1650] La loi n° 2006-346 du 23 mars 2006.

[1651] Art. 2286 du Code civil: « Peut se prévaloir d'un droit de rétention sur la chose: 1° Celui à qui la chose a été remise jusqu'au paiement de sa créance; 2° Celui dont la créance impayée résulte du contrat qui l'oblige à la livrer; 3° Celui dont la créance impayée est née à l'occasion de la détention de la chose; « 4° Celui qui bénéficie d'un gage sans dépossession. » Le droit de rétention se perd par le dessaisissement volontaire. »

[1652] La qualification du droit de rétention ne semble plus une question, tout au moins, il est considéré comme une sûreté pour les législateur.

connexité naturelle et la connexité conventionnelle[1653] qui engendreront trois régimes différents[1654]. Dans la démonstration, cet auteur a pu bien révéler que la réalité du droit de rétention n'est pas la rétention elle-même, mais un « pouvoir de blocage »[1655] qui est utilisé par le créancier sur un ou plusieurs biens appartenant à son débiteur ou à un tiers en paralysant l'une ou plusieurs utilités de ces biens[1656]. Ainsi, le pouvoir de blocage peut s'exercer tant sur les biens corporels que sur les biens incorporels, et le pouvoir peut être exercé directement ou indirectement sur les biens objet du droit de rétention. Un élargissement du champ d'application du droit de rétention a pu être justifié par cette théorie : le droit de rétention peut être exercé indirectement par le créancier, donc, une intervention d'une tierce personne sera possible ; le champ d'application [1657] ne se limite pas sur l'ensemble des biens corporels, les biens incorporels peuvent ainsi faire l'objet d'une rétention fictive. Ainsi, une rétention fictive sur les biens corporels n'est plus surprenante[1658]. Cette théorie sur le pouvoir de blocage a été reprise par Mme Bougerol-Prud'homme dans sa thèse[1659]. Mais cette théorie du pouvoir de blocage pose un autre problème, c'est celui portant sur la cohérence de différentes institutions utilisées dans le but d'une garantie de paiement.

Généralement, le problème est causé par l'efficacité extrême (a) du droit de rétention ou plus largement du pouvoir de blocage face aux autres sûretés traditionnelles, et que cette notion élargie rend la distinction entre le droit de rétention avec les institutions voisines moins évidente (b).

[1653] A. Augustin, *Le droit de rétention, Unité ou pluralité*, préf. C. Larroumet, Economica, 2005, p. 151 et s.: en effet, l'auteur a bien justifié, dans la première partie de sa thèse, que la détention matérielle n'est pas exactement le fondement du droit de rétention, et le vrai fondement qui justifie la légitimité du droit de rétention est la connexité. Ainsi, la pluralité de connexités, donc la pluralité de fondements rend, finalement, la pluralité des régimes.

[1654] A. Aynès, « Consécration légale des droits de rétentions » , *D.* 2006, p. 1301.

[1655] A. Aynès, *Le droit de rétention, Unité ou pluralité*, préf. C. Larroumet, Economica, 2005, p. 51 et s ; L'origine de cette expression est : A. PELISSIER, *Possession et meuble incorporels*, thèse Montpellier, préf. M. Cabrillac, coll. Nouvelle bibliothèque des thèses, Dalloz, 2001, n° 170, p. 78.

[1656] V. en ce sens : L. Bougerol-Prud'homme, op. cit., n° 142, p. 111 : « *Le pouvoir de blocage peut être défini comme un pouvoir de fait sur un bien permettant d'en paralyser une ou plusieurs utilités* » - A. Aynès, thèse *op. cit.*, n° 71, parlant de « *paralysie du bien* ».

[1657] V. une démonstration complète du domaine d'application du droit de rétention : J.-M. Marmayou, *J.-Cl. C. civ.*, Art 2286, Fasc. 10 : « Privilèges – Droit de rétention, Notion et domaine d'application », 2009, n° 36 et s.

[1658] Art. 2286 4° du Code civil à l'issu de la loi n° 2008-776 du 4 août 2008.

[1659] L. Bougerol-Prud'homme, *Exclusivité et garanties de paiement*, LGDJ, 2012.

a – L'efficacité extrême du droit de rétention

1164.L'efficacité n'est pas, de nature, un critère dans la qualification juridique. Mais, elle est, pourtant, très importante pour une sûreté ou une institution qui remplit un fonctionnement de garantie de paiement[1660]. Pour le droit de rétention, en France, une efficacité extrême[1661] peut être constatée.

1165.**Efficacité et opposabilité.** – L'efficacité extrême du droit de rétention est caractérisée par son opposabilité *erga omnes*[1662], ou selon la haute juridiction, c'est une opposabilité absolue[1663]. Mais cette expression n'est pas exacte, parce que cette opposabilité n'est réellement *erga omnes* qu'en cas où le droit de rétention est fondé sur la connexité matérielle[1664]. En effet, l'article 2286 du Code civil est le seul article légal qui prévoit, de manière générale, le régime du droit de rétention. Et aucune autre disposition légale n'a prévu, de manière générale, l'opposabilité du droit de rétention. C'est au travers de la jurisprudence et la doctrine que nous pouvons constater l'opposabilité du droit de rétention en France.

[1660] V. en ce sens : L. Aynès et P. Crocq, *Les sûretés, La publicité foncière*, LGDJ, 7e éd. 2013, n° 8, p. 7 : selon les auteurs, une sûreté idéale « *devrait être :d'une constitution simple et peu onéreuse, pour ne pas augmenter le coût du crédit ; adaptée à la dette qu'elle garantit – ni trop ni pas assez – afin d'éviter l'abus de sûreté qui gaspille le crédit du débiteur ; efficace, c'est-à-dire donner au créancier la certitude d'être payé à l'échéance, si le débiteur ne s'exécute pas ; d'une réalisation simple, afin d'éviter les lenteurs et les frais inutiles* » ; S. Piedelièvre, Droit des sûretés, Cours magistral, Ellipse, 2008, n° 9 : « *Idéalement, elle (sûreté) devrait être efficace, rapide et simple* ».

[1661] Comp. avec : L. Bougerol-Prud'homme, *Exclusivité et garanties de paiement*, LGDJ, 2012,n° 108, p. 85.

[1662] V. sur l'opposabilité *erga omnes* du droit de rétention : LI Shigang, *Security law reform in France*, Law press, China, 2011, n° 208, p.178 ; Cass. 1re civ., 7 janvier 1992, Bull. civ. I, n° 4.

[1663] L. Aynès et P. Crocq, *op. cit.*, n° 447, p. 175 ; M. Cabrillac et Ch. Mouly, *op. cit.*, n° 563, p. 475 ; F. Derrida et Ch. Hannoun, *op. cit.*, n° 111 ; J.-F. DURANT, *op. cit.*, p. 876 ; J. Mestre, E. Putman et M. Billiau, *op. cit.*, n° 53, p. 51 ; Ph. Simler et Ph. Delebecque, *op. cit.*, n° 496, p. 444 ; Ph. Thery, *op. cit.*, n° 310, p. 370.

[1664] A. Aynès, *op. cit.*, n° 367, p. 292 : « *L'opposabilité erga omnes n'existe que pour le droit de rétention fondé sur la connexité matérielle, et pour les deux autres droits de rétention, l'opposabilité n'est que relative* ».

1166.En effet, le problème de l'opposabilité du droit de rétention est assurément un problème essentiel. Comme l'écrivit très bien le doyen Weill[1665] « *si le droit de rétention est opposable à d'autres que le propriétaire, par exemple à ses créanciers, il produira des effets analogues à ceux d'un privilège. En effet, en cas d'insolvabilité du propriétaire, ses créanciers, pour réaliser et se distribuer la valeur de la chose retenue par l'un d'entre eux, seront forcés de composer avec ce détenteur, qui ne consentira à se dessaisir de l'objet qu'après avoir été payé intégralement. Si, au contraire, le droit de rétention n'est opposable qu'au débiteur propriétaire, son seul avantage sera, en privant le débiteur de la possession d'une chose qui lui est utile ou qui a une valeur supérieure au montant de la dette, de l'inciter à se libérer plus vite, afin d'obtenir la délivrance de la chose* ».

1167.Or cette question de l'opposabilité du droit de rétention a soulevé en doctrine des débats passionnés et parfois assez obscurs[1666]. Par ailleurs, la réforme de 2006 n'a pas pu bien donner une solution claire et sans équivoque.

1168.Il convient de voir respectivement l'opposabilité du droit de rétention en cas où le débiteur est *in bonis* (1) et en cas d'insolvabilité du débiteur(2).

1- L'opposabilité du droit de rétention en cas où le débiteur est *in bonis*

1169.**Débiteurs.** – Il est, d'abord, une première catégorie de personnes à l'égard desquelles l'opposabilité du droit de rétention ne fait aucun doute, ce sont les débiteurs des créances qu'ils garantissent. C'est même de nature que ce mécanisme est créé, parce que l'objectif cherché par le créancier rétenteur est d'exercer une pression sur le débiteur pour qu'il exécute ses engagements.

1170.Mais ce moyen de pression est susceptible de porter préjudice à autres créanciers du débiteur parce qu'il semble que ce dernier va payer le créancier

[1665] Weill, *Droit civil, Les sûretés, la publicité foncière*, Dalloz, 1979, n° 141 (cité par : J.-M. Marmayou, *J.-Cl. C. civ.*, Art 2286, Fasc. 20 : « Privilèges – Droit de rétention, Régime », 2009, n° 96).
[1666] V. de façon générale : J.-F. Durand, thèse, *préc.*, p. 768 s.

rétenteur par priorité. Donc, la première question se constitue de savoir l'opposabilité du droit de rétention à leurs égard. En outre, il arrive que, dans la pratique, un tiers vient acquérir la propriété du bien déjà retenu. La question de l'opposabilité de la rétention à l'égard d'un propriétaire qui n'est pas tenu de la dette se pose logiquement.

1171.**Opposabilité face aux autres créanciers.** – Pour répondre à la première question, il faut bien reconnaître l'opposabilité du droit de rétention, et cela a été confirmée par la jurisprudence. Cette solution est logique parce qu'elle se déduit du caractère exclusif du droit de rétention, et la théorie du pouvoir de blocage nous montre bien que si la détention est légitime, l'effet direct est son opposabilité.

1172.**Exception.** – Mais une exception existe avec l'élargissement de la notion du droit de rétention : le droit de rétention peut ne pas être exclusif si une rétention fictive ou représentative est possible. Ainsi le fameux exemple portant sur le conflit entre le gagiste et le garagiste nous montre bien que le droit de rétention est un pouvoir qui permet de paralyser l'une des utilités du bien retenu, et que le droit de rétention, en tant qu'un droit exclusif, ne peut pas éviter tous les conflits[1667]. Par contre, si le bien est incorporel, le droit de rétention est unique, c'est le premier qui exerce le pouvoir de blocage qui obtiendra le droit exclusif. Nous pouvons dire que le droit de rétention est opposable aux créanciers du débiteur propriétaire du bien retenu, sans oublier que ce principe n'est pas sans exception.

1173.**Opposabilité au propriétaire non tenu de la dette.** – La seconde question est un peu compliquée, parce qu'il faut distinguer si ce tiers propriétaire a acquis la propriété du bien retenu avant ou après la détention du bien. Si le bien était déjà retenu au jour du transfert de propriété, le droit de rétention du créancier rétenteur est opposable à l'acquéreur, parce que nous ne pouvons pas céder plus de droits que nous n'avons pas. C'est-à-dire que si le bien est grevé d'un droit de rétention au moment du transfert de propriété, l'acquéreur ne peut obtenir un bien grevé d'un droit de rétention[1668]. Par contre, l'auteur a poursuivi qu' « *il ne s'agit pas pour autant*

[1667] V. en ce sens : L. Bougerol-Prud'homme, *op. cit*., n° 55 et s., p. 42 et s.
[1668] V. en ce sens : A. Aynès, *op. cit*., n° 359, p. 284.

d'assigner à la rétention le caractère d'un droit réel ou de prétendre que l'acquéreur succède à la dette de son auteur, mais simplement de tenir compte de ce que le bien vendu est concrètement dans une situation de paralysie qui s'impose à l'acquéreur »[1669]. S'il entend retrouver la plénitude des pouvoirs conférés par la qualité de propriétaire, l'acquéreur n'a d'autre choix que de payer le créancier rétenteur. Et c'est par ce paiement complet, que le créancier rétenteur bénéficie de l'efficacité du droit de rétention.

1174.Dans l'autre hypothèse, un propriétaire ayant acquis un bien libre, peut se trouver confronté à un droit de rétention exercé en garantie d'une créance à laquelle il est étranger. Elles sont même assez nombreuses, car il se peut tout d'abord que le bien retenu ait été par lui loué ou prêté à un tiers et qu'à l'issue du bail, ou du prêt, l'un des créanciers de l'emprunteur ou du locataire prétende poursuivre la rétention[1670]. Cette situation peut ensuite être le fruit de l'anéantissement rétroactif d'une cession portant sur le bien par la suite retenu, et résultant soit du prononcé de sa nullité ou de sa résolution d'une condition résolutoire. Dans l'ensemble de ces hypothèses, nous concevons mal que la détention soit opposable au propriétaire, parce que cela conduirait à lui imposer de désintéresser le créancier rétenteur pour obtenir la délivrance de son bien et reporterait sur lui le risque d'insolvabilité du débiteur. Si de telles conséquences sont admissibles à l'égard d'un tiers ayant acquis une chose déjà retenue, puisque la situation de blocage à laquelle conduit la rétention préexiste à la naissance de ses droits et s'impose donc à lui, elles le sont infiniment moins à l'égard de celui qui a acquis un bien libre de toute rétention. Pourtant, dans au moins deux de ces situations, la jurisprudence a décidé que le propriétaire avait à subir les effets de l'exercice d'un droit de rétention. Tel fût le cas aux termes de l'arrêt du 22 mai 1962, mais surtout, et de façon bien plus constante, lorsqu'elle a eu à connaître du conflit pouvant opposer un vendeur réservataire de propriété, aux créanciers rétenteurs de

[1669] A. Aynès, *op. cit.*, n° 360, p. 285.
[1670] Par exemple : CE. 2 juillet 2003, *AJDA*, 2003, 1780, concl. G. Bachelier ; *JCP éd. G* 2003, II, 10180, note, J. Martin et P.-Y. Nauleau ; *JCP éd. A* 2003, p. 1225, note J. Moreau ; *JCP G* 2004, I, 125, n° 1, obs, H. Perinet-Marquet; *RTD civ.* 2004, 324, obs. P. Crocq (dans cette affaire, à l'issue du bail consenti à une compagnie aérienne, le propriétaire d'un avion se trouvait confronté à la rétention exercée, par l'exploitant d'un aérodrome, en garantie du paiement de redevances aéroportuaires dues par le locataire).

l'acquéreur. Originairement cantonnée au droit de rétention exercé par un créancier gagiste[1671], cette jurisprudence, fondée sur les dispositions de l'article 2279, alinéa 1er, du Code civil (aujourd'hui, C. civ. art. 2276, alinéa 1er), s'est étendue à l'ensemble des droits de rétention[1672]. Mais cet argument n'est pas tout à fait satisfaisant, et un arrêt rendu par le Conseil d'Etat[1673] a même donné une solution inverse.

1175.**Thèse de M. A. Aynès.** – En rejetant la solution de ces deux arrêts, M. A. Aynès argumente que les droits de rétentions doivent logiquement avoir des opposabilités différentes selon qu'ils soient fondés sur une connexité juridique, matérielle ou conventionnelle. En cas de connexité juridique, le droit de rétention n'est pas opposable au propriétaire non tenu de la dette parce qu'une exception d'inexécution n'est opposable qu'entre les parties conventionnelles[1674]. La solution est identique lorsque la connexité est conventionnelle, parce que l'affectation du bien pour la garantie de paiement n'est qu'une affectation conventionnelle, c'est respectivement le résultat d'une convention[1675]. Par contre, le droit de rétention doit

---

[1671] V. par exemple : Cass. Com., 11 juin 1968, *Bull. civ.* IV, n° 189 – Cass. Com., 14 novembre 1989, *Banque* 1990, 314 – Cass. Com., 28 décembre 1989, *Bull. civ.* IV, n° 300 ; *Defrénois* 1990, 814, obs. L. Aynès.

[1672] V. en ce sens : Cass. Com., 3 octobre 1989, *Bull. civ.* IV, n° 244 ; *JCP G*, 1990, II, 21454, note M. Behar-Touchais : « *Une Cour d'appel décide à juste titre qu'un commissaire de transport est fondé à invoquer un droit de rétention de créancier gagiste à l'égard du vendeur de marchandises bénéficiaire d'une clause de réserve de propriété dès lors qu'elle retient qu'il n'est pas établi que le commissaire de transport ait eu connaissance de la clause de réserve de propriété grevant une partie des marchandise* » -V. également, bien qu'implicitement : CA Paris, 4 février 2000, *RJDA* 9 octobre 2000, n° 888.

[1673] CE, 2 juillet 2003, *AJDA*, 2003, 1780, concl. G. Bachelier ; *JCP G* 2003, II, 10180, note, J. Martin et P.-Y. Nauleau ; *JCP éd. A* 2003, p. 1225, note J. Moreau ; *JCP G* 2004, I, 125, n° 1, obs, H. Perinet-Marquet; *RTD civ.* 2004, 324, obs. P. Crocq : « *Les dispositions* [de l'article R. 224-4 du Code de l'aviation civile]*, applicables, même lorsque l'aéronef est en location, n'ont cependant pas pour objet d'instaurer une solidarité, pour le paiement des redevances aéroportuaires, entre le locataire exploitant et le propriétaire ; par suite, après la résiliation du contrat de location avec l'exploitant, l'administration ne peut plus légalement retenir un aéronef dont le propriétaire n'est pas l'exploitant et n'est pas redevable des redevances aéroportuaires en cause », en conséquence de quoi l'exercice d'un tel droit de rétention « doit être regardé comme portant au droit de propriété de la société* [propriétaire] *une atteinte grave et manifestement illégale* ».

[1674] V. en ce sens : A. Aynès, *op. cit*., n° 364, p. 288.

[1675] V. en ce sens : A. Aynès, *op. cit*., n° 365, p. 289 ; Cass. Com., 18 mars 2003, *RTD com.* 2003, 418, obs. Ph. Delebecque : ne donne pas de base légale à sa décision la Cour d'appel qui juge opposable au propriétaire, étranger au contrat, des stipulations instituant un droit de rétention au profit d'un armateur, au motif que le droit de rétention est opposable aux tiers, y compris au propriétaire de la chose, « *sans établir une connexité entre la créance invoquée et la marchandise retenue susceptible de résulter d'une créance de fret de [l'armateur] sur la société* [sous-affréteur] ».

être opposable au créancier non titulaire de la dette en cas de connexité matérielle[1676]. Cette opposabilité est née de la nature de la créance garantie, parce que cette créance ne saurait naître sans le bien ou sans la détention de ce bien. Cet auteur a poursuivi que « *seuls les droits de rétention fondés sur l'existence d'une connexité matérielle sont véritablement opposable erga omnes, puisqu'ils le sont même au tiers propriétaire étranger à la dette, dont les droits sont antérieurs à la naissance de la rétention* »[1677].

1176.Malgré l'inopposabilité dans certaines hypothèses, le droit de rétention reste une garantie de paiement efficace, surtout en cas de faillite personnelle du débiteur.

2- L'opposabilité relative du droit de rétention en cas d'insolvabilité du débiteur

1177.**Distinction entre surendettement commercial et surendettement civil.** – Si le débiteur est tombé en faillite, nous allons distinguer les hypothèses selon que cette faillite est une faillite commerciale ou une faillite civile. Malgré une ressemblance, ayant pour objet de privilégier la sauvegarde d'une entreprise, les procédures collectives sont différenciées avec la procédure d'insolvabilité qui a pour objet de sauvegarder une personne physique.

1178.**Les procédures collectives.** – En cas d'ouverture d'une procédure de redressement judiciaire ou de liquidation judiciaire, le maintien des effets de rétention est ressenti comme une faveur faite au rétenteur et il est exact qu'à la différence des créanciers munis de sûretés réelles traditionnelles, sa garantie conserve en fait une efficacité qu'ils ne connaissent pas[1678].

[1676] V. en ce sens : A. Aynès, *op. cit*., n° 366, p. 290 et s.
[1677] A. Aynès, *op. cit.*, n° 366, p. 291.
[1678] V. en ce sens : A. Aynès, op. cit., n° 369, p. 294 ; P. Le Maigat, « L'efficacité du droit de rétention du créancier gagiste dans les procédures collectives », *PA* 1999, n° 242, p. 10 : « *L'efficacité est en effet de savoir si cette faculté de rétention du créancier gagiste est véritablement justifiée dans le cadre des procédures collectives. Ne constitue-t-elle pas plutôt un privilège exorbitant, préjudiciable au*

L'ouverture d'une procédure collective ne fait pas disparaître les sûretés dont bénéficient les créanciers antérieurs, sous réserve qu'elles aient été déclarées en même temps que la créance qu'elles garantissent[1679] (C. com., art. L. 621-44, alinéa 1er). Dans cette mesure, les créanciers privilégiés conservent leurs causes de préférence. Simplement, comme tout créancier, ils ont à subir la règle de la suspension et de l'interdiction des poursuites individuelles et celle de l'arrêt et de l'interdiction des voies d'exécution (C.com., art. L. 621-40), ce qui les empêche de poursuivre la réalisation forcée du bien et d'exercer leur droit de préférence. Parallèlement, le débiteur ne peut volontairement les payer puisqu'il est soumis au principe de l'interdiction de paiement des créances antérieures (C. com., art. L. 621-24, alinéa 1er). De la conjonction de ces deux règles, il résulte, jusqu'à la clôture de la procédure, une paralysie des effets des sûretés réelles : d'une part, les créanciers ne peuvent réaliser leur sûreté ; d'autre part, le débiteur ne peut volontairement les payer. De telles règles s'imposent tout autant aux créanciers rétenteurs, mais elles ne produisent pas le même effet, en raison de la nature particulière de la garantie qu'ils invoquent.

1179.En effet, le droit de rétention est opposable sans qu'il y ait besoin de déclaration de la créance garantie. Avec la réforme du 26 juillet 2005, la sanction radicale d'absence de déclaration est abandonnée, il est à dire que, ayant été l'accessoire de la créance, le droit de rétention ne s'éteint qu'en cas de l'extinction de la créance garantie. La jurisprudence l'a même pu préférer à l'inutile déclaration pour le droit de

---

redressement de l'entreprise, et discriminatoire par rapport aux autres créanciers ? » ; E. Cadou, « Justice privée et procédures collectives (exception d'inexécution – droit de rétention – compensation) », *RTD com.* 2000, p. 817, spéc. p. 820 : « *Une étude globale du droit positif laisse* […] *apparaître que* [le droit de rétention, l'exception d'inexécution et la compensation] *bénéficient d'une faveur qui, pour être discrète n'en est pas moins certaine. Cette faveur accompagne la progression naturelle de ces mécanismes, dont la souplesse permet l'insinuation dans les domaines du droit les plus variés, y compris ceux qui, a priori, y semblent les plus réfractaires. Il est ainsi remarquable que le droit des procédures collectives constitue l'un des domaines d'épanouissement privilégié de ces trois instruments de justice privée.* […] *Ainsi, ces trois mécanismes* […] *paraissent remettre en question tous les principes qui, depuis l'interdiction de payer les créances antérieures au jugement d'ouverture, jusqu'à la règle de l'égalité des créanciers, constituent les règles les plus caractéristiques du droit des procédures collectives* ».

[1679] Si le créancier omet de déclarer la sûreté garantissant sa créance, celle-ci ne sera admise qu'à titre chirographaire (V. en ce sens : Cass. Com., 23 janvier 2001, *Bull. civ.* IV, n° 20 ; *D.* 2001, AJ. 779, obs. A. Lienhard).

rétention[1680]. N'ayant que voie de pression, sans constituer ni un moyen de paiement ni une voie d'exécution directe, l'exercice des droits de rétention ne saurait être empêché par les interdictions légales susvisées. Le droit de rétention, qualifié comme une attitude négative, n'est pas une poursuite individuelle non plus. De sorte que nous pouvons, semble-t-il, dire qu'il n'existe qu'une seule règle qui, dans un cas particulier, est susceptible de porter atteinte à ce principe du maintien de l'opposabilité des droits de rétention après l'ouverture d'une procédure collective[1681] : c'est dans le cadre de la continuation des contrats en cours au jour du jugement d'ouverture, que l'article L. 621-28, alinéa 4, du Code de commerce dispose que « *le cocontractant doit remplir ses obligations malgré le défaut d'exécution par le débiteur d'engagements antérieurs au jugement d'ouverture. Le défaut d'exécution de ces engagements n'ouvre droit au profit des créanciers qu'à déclaration au passif* ». En lisant les termes de cet article, il semble que cette restriction ne s'applique qu'aux droits de rétention qui sont fondés soit sur une connexité juridique, soit une connexité conventionnelle[1682]. Ayant été considéré comme un vrai droit de rétention, le droit de rétention fondé sur une connexité matérielle garde son efficacité dans toutes les hypothèses. Sauf cette exception, les droits de rétention restent efficaces face aux procédures collectives. Ainsi, le juge-commissaire pouvait autoriser l'administrateur à payer le rétenteur, afin de retirer le bien retenu, tout en limitant cette opposabilité aux cas où celui-ci est nécessaire à la poursuite de l'activité (C. com., art. L. 621-24, alinéa 3). Dans le cadre de la liquidation judiciaire, l'administrateur peut également être autorisé à payer le créancier rétenteur afin de retirer le bien retenu (C. com., art. L. 622-21, alinéa 1er). Ce retrait contre paiement est alors justifié par la nécessité de réaliser le bien dans les meilleures conditions[1683]. Il est vrai que la situation de blocage est débloquée, mais, en même temps, le créancier rétenteur est payé par priorité, et c'est là où on constate une efficacité extrême des droits de rétention même si c'est une situation purement

[1680] Cass. com., 20 mai 1997, n° 95-11.915.
[1681] V. en ce sens : A. Aynès, *op. cit.*, n° 370, p. 296.
[1682] Parce que dans ces deux hypothèses, une convention est intervenue qui fait naître le droit de rétention. V. en ce sens : A. Aynès, *op. cit.*, n° 371, p. 296 et s.
[1683] V. en ce sens, F. Pérochon et R. Bonhomme, *Entreprise en difficulté, Instrument de crédit et de paiement*, 6e éd., LGDJ, 2003, n° 383, p. 421 : « *le droit de rétention confère une force d'inertie très puissante même lorsque le débiteur est soumis à une procédure collective. Mais, lorsque le débiteur est en liquidation judiciaire, il emporte pour réaliser l'actif de débloquer la situation* ».

passive qui est maintenue[1684]. Il faut, ici, soulever que, si le créancier rétenteur n'est pas satisfait par le moyen du déblocage de la situation de rétention, son droit n'est opposable aux créanciers dont la sûreté est légalement publiée antérieurement[1685].

1180.**Insolvabilité personnelle.** – En cas d'insolvabilité personnelle du débiteur personne physique, une procédure de rétablissement personnel est souvent ouverte[1686]. L'objet principal d'une telle procédure est d'apurer les dettes du débiteur, et la réalisation des créances des créanciers est mise dans une place secondaire[1687]. L'exigence sur la déclaration de la créance est plus stricte, parce que l'absence de la déclaration va éteindre la créance même si elle est assortie d'une sûreté. Sans aucune précision sur la nécessité de la déclaration du droit de rétention, il convient d'appliquer la même règle qu'en cas d'ouverture d'une procédure de redressement judiciaire ou de liquidation judiciaire. Parce qu'il ne semble pas juste qu'un juge puisse imposer au créancier rétenteur à livrer le bien légalement retenu. Ainsi, pour débloquer cette situation de rétention, le débiteur ne peut que de payer le créancier rétenteur. Le créancier rétenteur bénéficie, donc, une efficacité extrême du droit de rétention sans aucun risque à subir les mesures d'effacement des dettes[1688].

1181.Au demeurant, sans que l'opposabilité des droits de rétention soit une opposabilité absolue, l'efficacité extrême de l'institution a pu est caractérisée. C'est la raison pour laquelle Mme Bougerol-Prud'homme a pu bien critiquer dans son ouvrage sur l'incohérence[1689] entre le système de droit de rétention et celui des autres sûretés réelles traditionnelles. En effet, l'incohérence du régime du droit de rétention ne

---

[1684] V. en ce sens : A. Aynès, *op. cit.*, n° 375 et s., p. 301 et s..
[1685] Art. 2340 du Code civil.
[1686] En cas d'ouverture d'une procédure de l'insolvabilité personnelle, le débiteur va plus ou moins régler la totalité de ses dettes personnelles non professionnelles, et même un créancier chirographaire sera complètement payé. C'est la raison pour laquelle, nous n'allons pas discuter ici, parce que l'efficacité du droit de rétention ne paraîtra pas patente par rapport aux autres sûretés réelles traditionnelles.
[1687] V. *infra* n° 1652 et s. (le chapitre portant sur l'influence des procédures de la faillite civile sur les sûretés réelles mobilières)
[1688] Ces mesures peuvent se voir s'imposer aux créanciers munis d'une sûreté réelle traditionnelle (C. conso., art. L. 331-7-1 et s.).
[1689] L. Bougerol-Prud'homme, *op. cit.*, p. 87 et s.

s'arrête pas là, il convient aussi de constater son rapprochement accru avec les intitutions voisines.

b – La confusion accrue du droit de rétention avec les institutions voisines

1182.**Une confusion de longue histoire.** - La confusion entre le droit de rétention et les institutions voisines existe toujours, et la discussion doctrinale ne s'arrête pas depuis la première tentative de distinction. C'est peut-être la raison pour laquelle, les auteurs chinois ont toujours mal compris le droit de rétention français[1690], la discussion doctrinale française n'est pas encore complètement éteinte.

1183.**Thèse de M. Aynès.** – Si la théorie sur le pouvoir de blocage est communément accordée par les auteurs, la nature du droit de rétention en n'est pas. Selon A. Aynès, le droit de rétention est une manifestation particulière de l'exception d'inexécution quand il est fondé sur la connexité juridique[1691], est un privilège quand il est fondé sur une connexité matérielle[1692], et constitue un gage diminutif dans l'hypothèse de la connexité conventionnelle[1693]. C'est un pas exactement au contraire par rapport aux autres auteurs qui visent à distinguer le droit de rétention avec les institutions voisines.

1184.**Intérêt de distinction.** – La distinction entre le droit de rétention et les institutions voisines n'a pas de sens si le droit de rétention n'est pas systématisé, c'est la création d'une théorie générale du droit de rétention, ou des droits de rétention selon M. A. Aynès, qui nous permet de le distinguer avec les institutions voisines. En absence d'une théorie générale, le droit de rétention se distingue difficilement avec les autres institutions. C'est la raison pour laquelle, la doctrine française a, durant ce

[1690] Ainsi, pour les auteurs chinois, le droit de rétention est une sorte d'exception d'inexécution, par exemple : CHEN Benhan, *La recherche comparative du droit des sûretés réelles*, Wuhan university academic library, 2003, p. 326 ; JIANG Xinmiao, ZHU Fangyi, CAI Chang et autres, *La recherche comparative sur le système du droit de rétention*, Intellectual proprety press, China, 2007.
[1691] A. Aynès, *op. cit.*, n° 192 et s., p. 151 et s.
[1692] A. Aynès, *op. cit.*, n° 224 et s., p. 177 et s.
[1693] A. Aynès, *op. cit.*, n° 257 et s., p. 203 et s.

dernier siècle, qualifié et requalifié le fondement et la nature du droit de rétention en le rapprochant à certaines institutions et le distinguant avec les autres.

1185.Au demeurant, il est raisonnable d'accorder une pluralité de régimes au droit de rétention[1694] selon les différents fondements : la connexité juridique, la connexité matérielle ou la connexité conventionnelle[1695]. Il n'est, donc, pas opportun de prévoir d'une manière générale que le droit de rétention n'est pas opposable au droit de préférence qui est antérieurement et régulièrement publié. En effet, l'article 2340 du Code civil ne peut constituer le fondement de l'inopposabilité du droit de rétention face au droit de préférence régulièrement publié, parce qu'il n'est, semble-t-il, une précision sur l'application du principe de « *prior tempore potior jure* » : en cas de deux sûretés portant sur un même bien, le principe de « *prior tempore potior jure* » s'impose, si les deux sont régulièrement publiées, malgré l'existence d'un droit de rétention. Manifestement, c'est seul le droit de rétention conventionnel qui est pris en compte, les droits de rétention fondés sur la connexité juridique et la connexité matérielle ne sont pas pris en compte.

1186.**Droit de rétention et exception d'inexécution.** – En rapprochant à une exception d'inexécution avec le droit de rétention fondé sur une connexité juridique, M. Aynès ne vise pas à qualifier le droit de rétention, dans cette hypothèse, à une exception d'inexécution. Il est incontestable qu'il y a une vraisemblance entre l'exception d'inexécution et un droit de rétention fondé sur la connexité juridique, mais la différence entre ces deux institutions est patente. En effet, l'objet de l'exercice de ces deux institutions n'est pas le même. L'exception d'inexécution ne vise seulement à faire pression à son cocontractant à exécuter ses engagements, mais pas à remplir la totalité de ces engagements ; mais le droit de rétention vise à faire pression au débiteur à exécuter l'ensemble de ces obligations, parce que l'on ne saurait exiger le créancier rétenteur à livrer le bien en son totalité en acceptant un paiement

[1694] A. Aynès, « Consécration légale des droits de rétention », D. 2006, p. 1031.
[1695] En effet, la condition prévue par l'article 2286, 4°, du Code civil n'est qu'une hypothèse particulière du droit de rétention conventionnelle.

partiel[1696]. Ce n'est pas d'utiliser le caractère d'indivisibilité à distinguer le droit de rétention avec l'exception d'inexécution. Par contre, en considérant qu'il est une manifestation particulière de l'exception d'inexécution, M. Aynès a argumenté le caractère relatif du droit de rétention fondé sur la connexité juridique.

1187.**Droit de rétention et provilège naturel.** – De la même façon, cet auteur a justifié le caractère absolu de l'opposabilité[1697] et l'indivisibilité[1698] du droit de rétention fondé sur une connexité matérielle en rapprochant le droit de rétention avec un privilège naturel. Par contre, il n'a même pas donné une définition au privilège naturel.

1188.**Droit de rétention et gage.** – De surcroît, un « diminutif de gage » n'est pas une institution non plus, cette expression n'est utilisée que pour justifier qu'un régime propre, à la différence avec les autres droits de rétention, doit être accordé au droit de rétention conventionnel. En rapprochant le gage avec le droit de rétention conventionnel, l'auteur n'a fait que de nous montrer l'avantage de ce dernier par rapport au premier. Il convient de rapprocher le régime du droit de rétention conventionnel à celui applicable au gage, quel que ce soit un gage avec ou sans dépossession[1699].

1188.Il convient de déduire que le rapprochement exercé par cet auteur ne vise pas à les rapprocher mais à distinguer les trois droits de rétention : la pluralité du fondement des droits de rétention.

1189.**Thèse de Bourgerol-Prud'homme.** – Par contre, en reprenant la notion du pouvoir de blocage, Mme Bougerol-Prud'homme nous montre bien la présence d'une confusion. En accordant que la réalité du droit de rétention est un pouvoir de blocage exercé en paralysant l'une ou plusieurs utilités des biens, cet auteur a pu bien justifer

---

[1696] V. en ce sens : J.-F. Durant, *op. cit.*, p. 657 : « *En recevant une partie de ce qui lui est dû, le créancier n'est pas obligé de se dessaisir d'une fraction de la chose proportionnelle à la mesure dans laquelle sa créance a été satisfaite* » .
[1697] A. Aynès, *op. cit.*, n° 366, p. 290 et s.
[1698] A. Aynès, *op. cit.*, n° 308, p. 240 et s.
[1699] La réforme de 2008 a bien accordé un droit de rétention au créancier titulaire d'un gage sans dépossession.

qu'un même pouvoir peut être constaté dans l'institution de l'action directe et la compensation des créances connexes, conventionnelle ou judiciaire. A la différence avec M. A. Aynès, qui fait une distinction entre les différents droits de rétention, Mme Bougerol-Prud'homme rapproche les institutions pour argumenter l'efficacité particulière du droit de rétention par rapport aux autres sûretés réelles traditionnelles. Sans distinguer différents droits de rétention, il semble que cet auteur exagère sur l'efficacité du droit de rétention face aux autres sûretés réelles mobilières. Et que la confusion entre le droit de rétention avec l'action directe et la compensation n'est pas nécessaire, parce le droit de rétention n'est pas un pouvoir de blocage. Le régime des droits de rétention ne regroupe que certaines hypothèses dans lesquelles un pouvoir de blocage est exercé, mais il ne faut jamais confondre les deux notions. L'utilisation de la notion du pouvoir de blocage n'a pour objet qu'un élargissement du domaine d'application, ainsi justifier la légitimité d'une rétention fictive.

1190.Il faut mentionner, ici, que l'utilisation du droit de rétention dans le domaine de la garantie de paiement n'est pas de soi. C'est ainsi un affaiblissement de l'efficacité des sûretés réelles traditionnelles [1700] face à l'ouverture d'une procédure de redressement judiciaire ou de liquidation judiciaire qui force aux créanciers à chercher une garantie plus « sûre ». Le droit de rétention, ayant été considéré comme une voie de justice privée, peut être utilisé efficacement, contre la procédure de l'insolvabilité.

1191.En conclusion, en France, la confusion entre le droit de rétention et les autres institutions voisines n'est pas saine, parce qu'après « une consécration légale », le droit de rétention va avoir son régime *sui generis*. Après avoir vu l'évolution du droit de rétention en France, il convient de voir son évolution en Chine.

[1700] Depuis la réforme de 1967, le domaine d'application des privilèges, généraux ou spéciaux, ne cesse pas à accroître, en privilégiant certains créanciers, les créanciers munis d'une sûreté réelle traditionnelle se voit priver de plus en plus leurs droits. Parce qu'ils sont toujours payés après les supers-privilèges et les privilèges.

§2 – L'évolution du droit de rétention en Chine

1192.**Avant la LS.** – Après la déclaration de l'indépendance de la RPC, le droit de rétention n'était pas reconnu par la législation chinoise[1701], mais dans la pratique, il a été déjà reconnu comme une sûreté réelle[1702]. C'est en 1986 (PGDC) que nous avons, pour la première fois, un texte légal qui, de manière générale, défini le droit de rétention et ainsi encadrer le domaine d'application[1703]. La loi PGDC[1704] a, par son article 89, énoncé que : « *Si, selon la disposition du contrat, une partie se trouve en possession de biens appartenant à l'autre partie et que celle-ci ne paye pas la somme due dans le délai fixé par le contrat, le possesseur a le droit de retenir les et, conformément aux dispositions législatives, peut se désintéresser par les biens ou se*

[1701] Par exemple, la « Réglementation portant sur la vente les produits des minéraux », dans son article 39, dispose que : *« les dédits, les dommages-intérêts, les impenses et les autres pertes économiques prévues par le contrat doivent être réglées, selon les règles prévues par les banques nationales, dans les 10 jours suivant l'imputation des responsabilités, sinon il sera considéré somme une défaillance du débiteur. Mais aucune des parties ne saurait se faire satisfaire en utilisant la rétention ou la compensation* » ; la « Réglementation précise sur l'application des conventions de transport routier », avec son article 21, dispose que : « les dédits et les dommages-intérêts doivent être payés dans les 10 jours suivant l'imputation de la responsabilité, sinon, il y a une défaillance du débiteur ; aucune des parties ne saurait se faire paiement en utilisant la rétention des marchandises ou la compensation avec les honoraires de transport ». La loi sur les contrats économiques (abrogée) du 13 décembre 1981 prévoit dans son article 19, quatrièmement, qu'en cas d'absence déconsigner les produits dans les 6 mois, le façonnier a le droit de disposer ces produits et de consigner, au nom de client, auprès une banque la somme restante en déduisant les honoraires et les impenses(*如《工矿产品购销合同条例》第 39 条规定：按合同规定应当偿付的违约金、赔偿金、保管保养费和各种经济损失，应当在明确责任后 10 天内按大陆人民银行规定的结算办法付清，否则按逾期付款处理。但任何一方不得自行用扣发货物或抵货款来冲抵。《公路货物运输合同实施细则》第 21 条规定：违约金、赔偿金应在明确责任后 10 天内偿付，否则按逾期付款处理；任何一方不得自行用扣发货物或扣付运费来冲抵。1981 年的《中华人民共和国经济合同法》第 19 条第 4 款规定：定作方超过领取期限 6 个月不领取定作物的，承揽方有权将定作物变卖，所得价款在扣除报酬、保管费用以后，用定作方的名义存入银行。*). En effet, dans ce dernier cas, ce n'est pas effectivement un droit de rétention que le créancier ou l'entrepreneur en est le titulaire. C'est plutôt comme une gestion d'affaires, mais non seulement au profit du propriétaire du bien, mais aussi pour le compte de soi-même. Il ressemble beaucoup à l'action directe, parce ce droit est exercé en cas de négligence de son débiteur, sauf que le tiers, débiteur du débiteur est le créancier lui-même.

[1702] Lin Yuanda, *La recherche sur le droit de rétention de la Chine continentale*, mémoire pour le Master II, Université de DONGWU (TAÏWAN), p. 36.

[1703] C'est la loi sur les principes généraux du droit civil (PGDC), de 1986, qui commence le premier pas de la modernisation du système juridique chinois, parce que les anciennes lois ne correspondent plus au développement économique chinois.

[1704] V. sur l'explication de cette loi : LI Shigang, *Le droit chinois des sûretés, étude comparative*, thèse Paris II, 2008, n° 1, p. 1.

faire payer en priorité sur le prix de vente de ces biens »[1705]. Nous pouvons facilement comprendre que le droit de rétention est utilisé pour la garantie du paiement de créance.

1193.**Naissance.** – La loi du 30 juin 1995, dite la loi sur le droit de sûretés (LS), a repris, presque mot par mot, les dispositions de l'article 89 de la Loi PGDC, en indiquant par son article 82 que : « *Rétention, dans la présente loi, signifie que, lorsque, par application de l'article 84 (de cette loi), selon les stipulations contractuelles, se trouve en possession d'un meuble du débiteur, si le débiteur n'exécute pas son obligation dans le délai convenu, le créancier a le droit, conformément à la présente loi, de retenir le bien et de se désintéresser de manière prioritaire en prenant ce bien ou sur le prix de vente ou d'adjudication de celui-ci* »[1706]. En effet, l'article 84 de la même loi a bien encadré le domaine d'application du droit de rétention : le droit de rétention n'est octroyé qu'au créancier dont la créance est née de quatre sortes de contrats[1707]. Mais c'est cette loi qui a, pour la première fois, en Chine, de façon très claire, indiqué que le droit de rétention est une sûreté réelle indépendante[1708]. Sans aucune précision, nous pouvons logiquement penser que le droit de rétention chinois est basé sur le fait de détention, que M. SHI a pu à juste titre qualifier comme un « *pouvoir matériel de contrôle* (Shi Shi Shang Guan Ling Zhi Li/*事实上管领之力*) »[1709]. Mais cette théorie n'a pas obtenu un

---

[1705] La version de traduction utilisée par : LI Shigang, *Le droit chinois des sûretés, étude comparative*, thèse Paris II, 2008, n° 174, p. 132.

[1706] La version de traduction utilisée par : LI Shigang, *Le droit chinois des sûretés, étude comparative*, thèse Paris II, 2008, Annexe II, p. 440.

[1707] L'alinéa 1 de l'article 84 de la LS dispose que « *le créancier, dont la créance procédée des contrats de dépôts, de transport, (ou) de façonnage, (peut) avoir le droit de rétention* », « *lorsque le débiteur n'exécute pas son obligation à l'échéance* » (La version de traduction utilisée par : LI Shigang, *Le droit chinois des sûretés, étude comparative*, thèse Paris II, 2008, n° 174, p. 132). Et L'article 422 de la loi de la RPC sur les contrats, du 15 mars 1999, dispose que dans le cas de contrat de mandat, lorsque le mandant ne paie pas les rémunérations dans le délai fixé, mandataire pourrait avoir un droit de rétention sur la chose concernée, sauf si les parties en disposent autrement » (La version de traduction utilisée par : LI Shigang, *Le droit chinois des sûretés, étude comparative*, thèse Paris II, 2008, n° 174, p. 132).

[1708] Lin Yuanda, *La recherche sur le droit de rétention de la Chine continentale*, mémoire pour le Master II, Université de DONGWU (TAÏWAN), p. 38.

[1709] SHI Shangkuan, *Du droit réel* (物权法论), China university of political science and law press, 2000, China, p. 525 ; JIANG Xinmiao et autres, *op. cit.*, p. 62 ; Comp. avec la théorie française sur le pouvoir de blocage : A. Aynès, *op. cit.*

accord unanime dans la doctrine chinoise, parce que certains ont bien pensé que la détention est un fait et ce fait n'octroie aucun pouvoir[1710] au créancier rétenteur. Néanmoins la légitimité du droit de rétention n'est pas une question parce qu'il est prévu par la loi.

1194.Ayant été considéré comme un droit réel, le principe de *clausus numerus* s'applique en matière du droit de rétention. Ainsi, nous pouvons constater l'application de la théorie dite « pas de droit de rétention sans texte », en Chine.

1195.Ayant une longue préparation, la réforme de 2007 portant sur le droit réel est une réforme très importante pour le système juridique chinois. La réforme a élargi le domaine d'application du droit de rétention (A), avec un encadrement : l'exigence du lien de connexité (B).

A – L'élargissement du domaine d'application du droit de rétention en Chine

1196.**Dispositions légales.** – L'une des plus grandes novations à l'issue de la réforme de 2007 portant sur le droit réel est l'élargissement du domaine d'application du droit de rétention. L'article 230 de la loi sur le droit réel du 16 mars 2007 prévoit que : « *Lorsque le débiteur n'exécute pas ses obligations à l'échéance, le créancier peut retenir le meuble du débiteur qu'il a légitimement possédé et il a le droit de se désintéresser par préférence sur ce meuble* »[1711]. A la différence avec l'ancienne disposition de LS, le législateur a enlevé une condition importante de la constitution du droit de rétention : la possession du bien par le créancier n'est plus besoin d'être la conséquence des dispositions contractuelles. C'est-à-dire qu'il suffit que la possession du bien retenu soit légitime.

[1710] V. notamment en ce sens : FEI Anling et autres, *Droit comparé des sûretés* (比较担保法), China university of political science and law press, 2004, China, p. 455 et 456.
[1711] La version de traduction utilisée par : LI Shigang, *Le droit chinois des sûretés, étude comparative*, thèse Paris II, 2008, Annexe II, p. 457.

1197.**Nouveauté par rapport à l'ancienne disposition.** – C'est bien un élargissement du champ d'application du droit de rétention parce qu'avant la réforme, seule une créance conventionnelle pouvait être garantie par le droit de rétention ; et à l'issue de cette réforme, une créance de toute nature peut être garantie par le droit de rétention. Il suffit que le créancier soit en possession d'un ou plusieurs biens de son débiteur, et le débiteur n'ait pas, régulièrement, rempli ses engagements vers le créancier. La possession du bien par le créancier peut être une conséquence d'une convention ou un pur fait. En donnant un exemplaire sur le droit de rétention conventionnel[1712], M. WU nous montre bien qu'à l'issue cette réforme, le droit de rétention est devenu effectivement une sûreté réelle, et que cette sûreté réelle n'est plus une sûreté réelle purement légale, elle peut être aussi une sûreté réelle conventionnelle. Cette novation correspond belle et bien à la théorie de M. A. Aynès : « *rien ne semble devoir s'opposer à ce que le créancier gagiste renonce, dès la constitution de la sûreté, à certaines des prérogatives que lui accorde la loi, pour ne conserver que celle qui est la plus efficace, c'est-à-dire le droit de rétention qui lui est reconnu […]* »[1713]. Mais il semble qu'un tel contrat n'a pas vraiment de différence par rapport à un gage, parce qu'en Chine, le droit de rétention octroie aussi un droit de préférence au créancier, et que le gage ne s'applique qu'aux meubles corporels dont la dépossession du débiteur est nécessaire pour la constitution. Nous pouvons dire que le gage et le droit de rétention conventionnel remplisse la même fonction de garantie, sauf que le droit de rétention va pouvoir donner à son titulaire une sûreté plus efficace[1714]. Le droit de rétention est opposable aux créanciers titulaires d'un droit de préférence qui est né antérieurement, peu importe si ce droit fait l'objet d'une publicité légale. Par contre, le droit de rétention n'est, semble-t-il, opposable au propriétaire non tenu de la dette. L'article 40 de la LDR dispose que « *Le propriétaire*

[1712] WU Qian, *Property law of the People's Republic of China, Commentary and Application*, Law press, 2012, China, p. 611.
[1713] A. Aynès, *op. cit.*, n° 270, p. 211.
[1714] L'article 239 de la LDR indique clairement que : « *Lorsqu'une hypothèque ou un gage est déjà constitué sur un meuble, et ce dernier fait, en même temps, l'objet d'une rétention, le rétenteur se fera payer par priorité* » (comp. avec la version de traduction de M. LI Shigang, *op. cit.*, p. 458 : « *Lorsqu'un droit d'hypothèque ou de droit de gage s'est déjà constitué sur un bien, si celui-ci est retenu, le rétenteur se fera payer pas préférence* » ; de toute façon, cet article vise à donner une priorité absolue au droit de rétention, même si les autres droits de préférence sont constitués antérieurement et légalement publiés.

peut, sur ses biens, immobiliers ou mobiliers, constituer des usufruits ou des sûretés réelles. L'exercice des usufruits ou de sûretés réelles ne saurait porter atteintes aux droits du propriétaire ». Ainsi, en affirmant que le droit de rétention est une sûreté réelle, le législateur chinois a implicitement donné une réponse : inopposabilité du droit de rétention au propriétaire non tenu de la dette. Mais dans la doctrine chinoise, il est communément admis que le droit de rétention est opposable au propriétaire non tenu de la dette si le rétenteur est de bonne foi[1715].

1198.**Efficacité inexplicable.** – La LDR donne, ainsi, une opposabilité absolue au droit de rétention, ce qui est incompréhensible. Si le droit de rétention est si fort, l'efficacité des autres sûretés réelles portant sur un meuble corporel se verra altérer. Ainsi, sur un meuble corporel, un créancier va sûrement préférer constituer un droit de rétention.

1199.Certains vont dire que le gage et le droit de rétention conventionnel n'est pas vraiment la même chose, parce que dans le gage, le bien grevé doit être un bien déterminé, et que dans le droit de rétention conventionnel, aucune clause ne précise le bien retenu[1716]. En effet, c'est encore mieux que les biens retenus ne sont pas déterminés, il suffit qu'au moment d'exercice du droit de rétention nous pouvons déterminer les biens retenus, cela permet au débiteur d'utiliser ces biens et d'en substituer par les autres, c'est ainsi l'objet recherché par le système « *floating charge* ». De surcroit, le droit de rétention conventionnel peut porter sur un bien hors commerce, ou bien, un meuble auquel le propriétaire n'a pas le droit de disposition. Il

---

[1715] Art. 108 des ELS ; WANG Liming, *La proposition sur l'avant-projet du droit réel et les explications*, Chinese Law Press, 2001, Art. 514 de la proposition (*王利明,《中国物权法草案建议稿及说明》，中国法制出版社 2001 年版，该草案第 514 条规定：债权人合法占有债务人交付的动产，不知债务人无处分该动产的权利，债权人可以依本节的规定行使留置权*) ; LIANG Huixing, La proposition sur l'avant-projet du droit réel, Social science press, 2000, art. 393 de la proposition (*梁慧星，中国物权法草案建议稿， 社会科学文献出版社 2000 年版， 该草案第 393 条规定：« 债权人占有债务人交付的动产时，不知债务人无处分该动产的权利时， 仍可以依照第 392 条规定取得留置权 »*).

[1716] En effet, dans le droit de rétention conventionnel chinois, les parties préfèrent affecter d'une façon générale que tous les biens du débiteur en détention du créancier peuvent faire l'objet d'un rétention, sauf si les biens retenus représentent une valeur trop importante par rapport à celle de la créance garantie et les biens sont matériellement divisibles (C'est le principe de la proportionnalité du droit de rétention qui est prévu par l'article 233 de la LDR).

semble bien clair que le droit de rétention conventionnel a un domaine d'application plus vaste que celui du gage. Une telle disposition ne va pas faire oublier le gage portant sur les meubles corporels en privilégiant le droit de rétention[1717] ?

1200.C'est pour cela nous pensons qu'il n'est pas opportun de disposer, de manière générale, la priorité absolue du droit de rétention par rapport au droit de préférence né par la constitution d'un gage ou d'une hypothèque[1718]. Il est sans doute que la priorité du droit de rétention par rapport à un gage ou une hypothèque est logiquement fondée sur la politique juridique, et elle occupe une place de priorité par rapport aux autres droits de préférence parce que le droit de rétention est une sûreté légale et les autres droits de préférence sont d'origine conventionnelle[1719]. De surcroit, selon les ELS (Explications de la loi sur le droit chinois des sûretés de 1995), cette priorité du droit de rétention sur les autres droits de préférences ne requiert pas une bonne foi du rétenteur, il suffit que la détention du bien retenu soit légitime[1720]. Mais ces arguments ne sont pas fondés, cela a pour au moins deux raisons : d'abord, les explications de la loi sur le droit des sûretés (ELS) sont datées de 1999, elles ont pour objet d'expliquer les dispositions de 1995, donc, ces explications ne sont plus mises à jour avec l'évolution de l'idéologie des législateurs portant sur le droit de rétention. Ainsi , le droit de rétention conventionnel n'était pas valable à l'époque[1721] ; et ensuite, dans l'hypothèse du droit de rétention conventionnel, le droit de rétention prend aussi sa

[1717] Ce n'est pas de nier complètement le gage. Il est aussi à mentionner que le droit de rétention est exercé dans une situation assez précaire, la perte de détention du bien retenu va, a priori, engendrer la perte du droit de rétention, même si en cas de droit de rétention conventionnel, parce que l'article 240 de la LDR a une portée générale pour le droit de rétention, et il est clairement prévu que « Le droit de rétention s'éteint, lorsque le créancier perd la détention du bien retenu, ou lorsque le débiteur fournit une autre sûreté et le créancier l'accepte » (La version de traduction utilisée par : LI Shigang, *Le droit chinois des sûretés, étude comparative*, thèse Paris II, 2008, Annexe II, p. 457). Cette situation est particulièrement précaire parce que, pas comme en France, selon le texte légal, la perte involontaire de la détention va aussi engendrer la perte du droit de rétention, même si la doctrine chinoise tient un point vue exactement le même que les dispositions françaises.

[1718] V. en ce sens: GAO Shengping, *Comparative secured transactions law*, China People University Press, 2008, China, p. 366 et p. 367.

[1719] GAO Shengping, *Comparative secured transactions law*, China People University Press, 2008, China, p. 366.

[1720] GAO Shengping, *Comparative secured transactions law*, China People University Press, 2008, China, p. 366.

[1721] Il est à rappeler qu'à l'époque, avant la réforme de 2007, seulement 4 sortes de contrat peut faire naître un droit de rétention, le droit de rétention chinois était purement légal, et sa naissance était strictement prévu par la loi.

source de la volonté des individuels, la raison de la priorité n'existe plus. C'est pour cela, il convient de distinguer le droit de rétention conventionnel avec les autres cas. **Il convient d'appliquer les dispositions de l'article 2340 du Code civil français, au moins en cas du droit de rétention conventionnel. Parce qu'il semble plus logique et juste d'appliquer le principe « *prior tempore potior jure* » ici, sans oublier l'importance de la publicité.**

1201.**Limites du domaine d'application.** – Néanmoins, cet élargissement n'est pas sans limite, parce que la porte n'est ouverte qu'à moitié. En accordant d'une manière générale au créancier la détention d'un bien du débiteur, **le législateur ne vise que les meubles corporels** qui sont susceptibles d'être objet du droit de rétention en utilisant « le meuble ». Cette attitude ressemble beaucoup à celle de la doctrine française il y a presque un siècle. Il est compréhensible seulement qu'un bien corporel peut faire l'objet d'une détention matérielle et réelle. Et pour la sécurité juridique, une publicité est nécessaire pour que le droit de rétention, en tant qu'une sorte de garantie de paiement, soit opposable. C'est seulement en matière du bien mobilier que la possession vaut publicité. L'idée générale est exactement la même que celle qu'il y avait plus de 50 ans en France.

Une autre limite existe qui est la volonté des individuels. En appliquant le principe de la liberté contractuelle, **les parties sont libres à prévenir les biens qui ne peuvent faire l'objet d'une rétention**. Cette liberté est même garantie par les dispositions légales[1722].

1202.A cause d'un souci de sécurité juridique, cet élargissement du domaine d'application est encadré ; et cela constitue un témoin de la prudence du législateur chinois. Une notion nouvelle pour le système juridique chinois a été adoptée par les législateurs à l'instar des systèmes continentaux : celle de lien de connexité.

[1722] L'article 232 de la LR dispose ainsi que « *Les meubles, (corporels) qui sont frappés d'interdiction d'être retenus, soit par la loi, soit par les dispositions conventionnelles, ne peuvent faire l'objet d'une rétention* » (Comp. avec la version de traduction utilisée par : LI Shigang, *Le droit chinois des sûretés, étude comparative*, thèse Paris II, 2008, Annexe II, p. 457 : « *Les biens interdits d'être retenus par la loi ou par la convention passée entre les parties ne peuvent être retenus* »).

B – L'exigence de lien de connexité en Chine

1203.**Dispositions légales.** – L'exigence d'un lien de connexité entre la détention du bien et la créance garantie est prévue clairement par la LDR. L'article 231 de la LDR a bien indiqué que : « *Le bien détenu par le créancier et la créance garantie doivent se rattacher à un même rapport juridique, sauf en cas de rétention entre les entreprises* »[1723]. En effet, cette traduction ne correspond pas exactement à la volonté des législateurs, parce que l'exception de l'exigence d'un lien de connexité s'applique dans les relations des affaires. C'est-à-dire qu'une rétention entre les commerçants pour des causes liées aux affaires suffit à justifier une absence de lien de connexité *stricto sensu*.

1204.**Même rapport juridique.** – La notion chinoise du « *même rapport juridique (同一法律关系/Tong Yi Fa Lv Guan Xi)* » est une notion assez large ; elle peut être une connexité juridique, une connexité matérielle ou une connexité conventionnelle[1724]. En effet, le terme chinois se rapproche plus à la notion « lien » en français, il signifie exactement le lien de connexité[1725]. Il est regrettable qu'en exigeant un lien de connexité entre les meubles retenus et la créance garantie, le texte légal n'a donné aucune autre précision sur la notion du lien de connexité. Il est logique que l'explication de la notion du lien de connexité soit soumise au pouvoir des juges. C'est-à-dire que c'est au juge d'apprécier au cas par cas s'il existe un lien de connexité.

1205.**Exceptions.** – Il est à soulever que l'exigence d'un lien de connexité n'est pas un principe sans exception. Cette exigence ne s'applique pas dans les relations

[1723] La version de traduction utilisée par : LI Shigang, *Le droit chinois des sûretés, étude comparative*, thèse Paris II, 2008, Annexe II, p. 457.
[1724] Mais il semble que les parties ne peuvent pas convenir un droit de rétention. Parce qu'en Chine, le droit de rétention est strictement une sûreté réelle juridique.
[1725] WU Qian, *Property law of the People's Republic of China, Commentary and Application*, Law press, 2012, China, p. 613: « *cet article vise à exiger un "lien de connexité" (牵连性/Qian Lian Xing) entre les meubles retenus et la créance garantie, donc (les deux) sont rattacher à un même rapport juridique* ».

d'affaires[1726]. En effet, une telle exception de l'exigence d'un lien de connexité en distinguant une détention civile avec une détention commerciale n'est pas une disposition propre du droit chinois. Bien entendu que le droit chinois des sûretés est beaucoup influencé par le droit japonais, le droit suisse et le droit allemand, une telle disposition en est le témoin. En droit allemand, on exige l'existence d'un lien de connexité en distinguant clairement une connexité juridique et une connexité matérielle[1727]. Une connexité est juridique lorsque « en vertu du même fait juridique d'où résulte son obligation, le débiteur a un droit de créance échue contre son créancier » (B.G.B. art. 273, alinéa 1er), et elle est matérielle dans l'hypothèse où le créancier « a une prétention à faire valoir pour des dépenses qu'il a faites sur cet objet ou un dommage que ledit objet lui aurait causé »[1728] (B.G.B., art. 273, alinéa 2). En revanche, il n'en va pas de même du Code de commerce allemand (H.G.B.). En effet, entre les commerçants, l'existence d'un lien de connexité n'est pas exigée[1729]. Dès l'instant que les parties sont en relation d'affaires, il suffit, pour que le droit de rétention puisse être exercé, que le créancier commerçant détienne un bien appartenant à son débiteur. En ce sens l'article 369 §1, du H.G.B. dispose que : « *tout commerçant a, pour les créances échues qui lui appartiennent contre un autre commerçant à raison d'affaires conclues entre eux et ayant pour tous deux le caractère commercial, un droit de rétention sur les choses mobilières et les titres qui ont été mis en sa possession par la volonté du débiteur et pour affaires commerciales […]* »[1730]. Et en suisse, une même distinction entre une détention civile et une détention commerciale est opérée par les textes légaux. En effet, l'article 895 du Code civil suisse dispose que le créancier qui se trouve en possession d'une chose mobilière appartenant à son débiteur, voire même appartenant à un tiers s'il a reçu de bonne foi, peut la retenir en garantie de sa satisfaction, pourvu que sa créance soit exigible et « *qu'il y ait un rapport naturel de connexité entre elle et l'objet retenu* ». Cette expression recouvre sans doute aussi bien l'hypothèse d'une connexité juridique que

[1726] Art. 231, LDR *in fine*.
[1727] V. en ce sens : A. Aynès, *op. cit.*, n° 111, p. 88 et 89.
[1728] Traduction N. A. ELEKES, *op. cit.* (D'après celle opérée par l'Office de Législations étrangères et de Droit International, Paris 1914).
[1729] V. en ce sens : F. Ferrand, *Droit privé allemand*, Dalloz, 1997, n° 314, p. 327, note 1.
[1730] Traduction A. Derrida, *op. cit.* p. 133.

matérielle. Le texte poursuit cependant que « *cette connexité existe pour les commerçants dès que la possession de la chose et la créance résultent de leurs rapports d'affaires* ».

1206.Il faut soulever que l'absence d'exigence d'un lien de connexité en matière de rétention commerciale est une interprétation erronée, parce que entre la détention de la chose et la créance garantie, il y existe encore un lien : puisqu'ils résultent des « rapports d'affaires » qui sont nécessairement entre les parties. Il convient d'interpréter cette disposition comme un assouplissement de la règle d'interprétation stricte du terme « lien de connexité ».

1207.Le législateur chinois n'a fait aucune précision sur cette exception d'exigence d'un lien de connexité entre la créance garantie et la détention du bien ; une lacune législative est patente. Il est nécessaire que les législateurs ou les magistrats de la haute juridiction encadrent la naissance du droit de rétention en matière commerciale pour que celui-ci ne constitue pas un outil d'abus. Nous comprendrons facilement cette nécessité parce que les créanciers cherchent toujours des moyens efficaces de garantie.

1208.**Jurisprudence favorable à la non-exigence du lien de causalité dans le domaine de relation commerciale.** – Pour faire mieux comprendre les lecteurs sur cet article de la LDR, M. Wu a cité une décision comme exemple : c'est un conflit entre le propriétaire d'un navire et un réparateur du navire[1731]. Le réparateur a exercé un droit de rétention sur le navire parce que le propriétaire n'avait pas honoré les frais de réparation. Le navire n'est pas enregistré en Chine, donc, après la réparation, il faut une déclaration auprès des services de sécurité et de douane pour que le navire puisse sortir du port, et le réparateur a bien payé les frais de déclaration et même les frais de stationnement pour le compte du propriétaire du navire en litige. La haute juridiction a accordé le droit de rétention au réparateur pour garantir le paiement des frais de réparation restant dus. Cet arrêt est significatif en domaine du droit de rétention

[1731] Référence de l'arrêt: (2009)浙海终字第 149 号 (décision finale numéro 149 de la chambre maritime de la Cour de ZHEJIANG).

chinois, parce qu'un contrat de réparation ne faisait pas partie à ceux (certaines catégories de contrats) qui pouvaient donner naissance à un droit de rétention. Cet arrêt signifie effectivement qu'un élargissement du domaine d'application du droit de rétention a eu lieu. Mais dans cet arrêt, les magistrats n'ont pas mentionné l'exigence d'un lien de connexité entre la rétention du bien retenu et la créance garantie. La haute juridiction se contente d'énoncer la légitimité du droit de rétention en confirmant que le navire est réellement sous le contrôle matériel du réparateur, donc le créancier, et que le propriétaire, donc le propriétaire, n'avait pas exécuté complètement ses obligations de paiement[1732]. La seule explication de l'attitude de la haute juridiction c'est que cette rétention est une rétention entre les entreprises, donc, il n'est pas à justifier l'existence d'un lien de connexité entre la détention du bien et la créance garantie.

1209.Ainsi, d'une manière générale, nous pouvons dire qu'en matière du droit de rétention, il y a une convergence entre la réforme française de 2006 et la réforme chinoise de 2007. En généralisant le système du droit de rétention, un élargissement du domaine d'application a pu être constaté. L'exigence d'un lien de connexité est logiquement utilisée pour encadrer l'utilisation du droit de rétention qui est, pour la Chine comme pour la France, une institution perturbatrice dans le domaine du droit des sûretés réelles mobilières. Nous le savons bien que l'exigence du lien de connexité n'est pas une influence du droit français sur le droit chinois, mais la convergence dans l'autorisation du droit rétention conventionnel n'est, semble-t-il, pas un hasard, au moins que ce n'est pas une influence d'origine ni allemande ni suisse.

1210.**Perspective.** – Il est assez clair que pour chacun de ces deux pays, le droit de rétention ne constitue pas encore une institution mature ; il existe toujours des incohérences entre le droit de rétention et les autres institutions. Malgré des différences mineures, il semble que la tendance est, sous le contexte d'une mondialisation de plus en plus approfondie, la ressemblance des différents régimes va

[1732] WU Qian, *Property law of the People's Republic of China, Commentary and Application*, Law press, 2012, China, p. 621 *in fine*.

accroître. Le régime du droit de rétention, malgré son imperfection, reste séduisant pour le droit chinois des sûretés mobilières.

Conclusion de la section 2

1211.Malgré une nature juridique complètement différente du droit de rétention français et du droit de rétention chinois, il existe une grande ressemblance entre ces deux institutions. Dans les deux pays, l'utilisation du droit de rétention comme un moyen de garantie de paiement était très restreinte, ainsi avant la généralisation du droit de rétention, en 2006 pour la France et en 2007 pour la Chine, le droit de rétention était strictement légal et revêt un champ d'application très restreint. La généralisation du droit de rétention a élargi considérablement le domaine d'application du droit de rétention. Mais, en France comme en Chine, cet élargissement est encadré par l'exigence d'un lien de connexité. La France a prévu trois sortes de lien de connexité : la connexité juridique, la connexité matérielle et la connexité conventionnelle. Alors qu'en Chine, le législateur a prévu, de manière générale, l'exigence d'un lien de connexité sans aucune précision sur la notion du lien de connexité.

1212.En dehors de la différence majeure entre ces deux institutions à savoir que le droit de rétention chinois est une véritable sûreté réelle, et le droit de rétention français n'est qu'une sûreté réelle « inachevée », il existe plusieurs différences entre eux.

1213.D'abord, selon le législateur chinois, le droit de rétention n'est pas opposable au propriétaire non tenu de la dette ; contrairement aux dispositions légales, les universitaires chinois prétendent un droit de rétention opposable au propriétaire non tenu de la dette. Et l'opposabilité des droits de rétention français face au propriétaire non tenu de la dette est largement reconnue dans le système français. Il semble que l'aménagement français sur l'opposabilité est plus équitable pour le créancier

rétenteur et pour les autres créanciers du débiteur propriétaire du bien retenu. De ce point de vue, le droit français est séduisant pour le droit chinois.

1214.Ensuite, la supériorité du droit de rétention face aux autres sûretés réelles mobilières est absolue en Chine, mais en France, ce n'est pas le cas. Pour la sécurité juridique, il semble que reconnaître au droit de rétention, d'une manière générale, une opposabilité absolue face aux autres créanciers munis d'un droit de préférence est dangereux, parce qu'un débiteur va pouvoir facilement, par une convention, frauder les droits des créanciers en favorisant un autre. Le principe d'égalité entre les créanciers va être violé.

1215.Enfin, le champ d'application des droits de rétention français s'étend aux meubles incorporels, mais en Chine, ce n'est pas le cas. Séduisant pour le droit de rétention lui-même en tant qu'une institution, il ne paraît pas opportun de faire pareillement en Chine. Cela a pour explication deux raison : la doctrine chinoise ne reconnaît pas une détention fictive sur un meuble incorporel, d'un côté, et qu'une supériorité absolue par rapport aux autres sûretés réelles mobilières du droit de rétention exige un domaine restreint d'application, parce qu'il est trop puissant.

Conclusion du chapitre 2

1216.L'utilisation des droits exclusifs dans la garantie de paiement des dettes en droit français montre encore une fois l'importance de l'efficacité des sûretés réelles. Certes, la constitution d'une sûreté réelle exclusive n'est pas toujours caractérisée par la simplicité qui est aussi cherchée par la doctrine française et chinoise, l'incomparable efficacité constitue un atout des sûretés réelles exclusives notamment en cas de l'insolvabilité ou difficulté du débiteur.

1217.Quant à la sûreté réelle assise sur un droit de propriété, le créancier peut réaliser la sûreté indépendamment de la procédure de traitement de l'insolvabilité du débiteur. La seule possibilité de lui empêcher la réalisation de sa sûreté est l'existence d'un droit de rétention effectif. Autrement dit, en cas de sûreté réelle portant sur des

meubles incorporels ou de sûreté réelle sans dépossession effective, le créancier propriétaire est bien protégé.

1218.Quant au droit de rétention, le créancier rétenteur est aussi mieux protégé qu'un créancier titulaire d'un droit de préférence. Le droit de rétention résiste bien à la procédure collective, en France, notamment en cas de liquidation judiciaire. A côté de cette efficacité extrême, le droit de rétention français revêt un domaine d'application beaucoup plus vaste que le droit de rétention chinois.

1219.D'une matière générale, si bien que dans la pratique, il existe déjà l'utilisation de droit de propriété pour la garantie de paiement des dettes en Chine, il convient tout de même d'incorporer ces institutions dans le corps de texte du droit des sûretés réelles, non seulement pour que leur régime soit prévisible, mais aussi, pour que ces nouvelles institutions puissent être rendu compte par la procédure de traitement de l'insolvabilité ou de difficulté du débiteur. La modification de la nature juridique du droit de rétention chinois est aussi envisageable au profit des créanciers. Parce qu'un droit réellement exclusif offre toujours une protection meilleure pour les créanciers. Cette idée est justifiée par la réforme française de 2006 en ce qui concerne la levée de la prohibition du pacte commissoire.

Chapitre 3 – L'étape audacieuse sur la suppression d'interdiction du pacte commissoire.

1220.**Généralité.** – L'autorisation ou bien la validité du pacte commissoire fait partie des innovations de la réforme française de 2006[1733]. Ce pacte était, depuis la codification, prohibé, par le droit français des sûretés réelles. Egalement en Chine, sous la dénomination de « *LIU ZHI QI YUE*[1734] » de manière générale, ou bien selon certains auteurs[1735] une distinction entre « *LIU ZHI* »[1736] et « *LIU YA* »[1737] s'impose, le pacte commissoire est strictement prohibé par les règles de droit[1738].

1221.Par contre, la notion chinoise du pacte commissoire se diffère avec celle du droit français. Il est opportun de préciser cette différence avant d'analyser l'opportunité d'enlever la prohibition du pacte commissoire.

1222.**La définition du pacte commissoire en droit français.** – Le pacte commissoire français peut se définir comme : « *nom traditionnel donné, en matière de sûreté, à la clause qui attache à l'inexécution de l'obligation garantie, l'effet radical de rendre le créancier propriétaire du bien engagé (sans avoir à le demander en justice)…* »[1739]. Il faut constater qu'ici, la définition donnée ne correspond pas exactement avec les termes de la législation avant la réforme de 2006. L'*ancien* article 2078[1740] prévoit que : « *Le créancier ne peut, à défaut de paiement, disposer du gage : sauf à lui à*

[1733] Ordonnance n° 2006-346 du 23 mars 2006 relative aux sûretés, JO n° 71 du 24 mars 2006, p. 4475.

[1734] En chinois c'est « 流质契约 » qui peut signifier, de manière générale, le pacte commissoire.

[1735] V. par exemple, WU Qian et les autres, Property law of the People's Republic of China, Commentary & Application, Law Press, 2012, p. 505.

[1736] « *流质* » signifie, au sens étroit, le pacte par lequel les parties contractuelles d'un gage (avec dépossession) convient (avant l'échéance de la créance garantie) qu'en cas de défaillance du débiteur, le créancier va obtenir directement la propriété du bien grevé.

[1737] « *流押* » signifie le pacte par lequel les parties contractuelles d'une hypothèque (sans dépossession) convient (avant l'échéance de la créance garantie) qu'en cas de défaillance du débiteur, le créancier va obtenir directement la propriété du bien grevé.

[1738] LI Liming (李黎明), « De la prohibition du pacte commissoire (*论流质契约之禁止*) », *Journal of Hubei University of Economics*, avr. 2010, n° 4, p. 74 s.

[1739] G. Cornu, *Vocabulaire juridique*, PUF, 2011, V° « Pacte commissoire ».

[1740] La version avant 2006.

faire ordonner en justice que ce gage lui demeurera en paiement et jusqu'à due concurrence, d'après une estimation faite par experts, ou qu'il sera vendu aux enchères. Toute clause qui autoriserait le créancier à s'approprier le gage ou à en disposer sans les formalités ci-dessus est nulle ». Une lecture attentive de ces dispositions nous fait penser qu'une telle prohibition n'est applicable qu'à la clause faite par les parties, concomitamment avec la sûreté réelle mobilière conventionnelle. Mais rien n'est interdit pour les parties d'en convenir après la constitution de la sûreté réelle mobilière.

1223.Alors, la prohibition du pacte commissoire ne s'applique qu'à la clause, qui est concomitamment convenue par les parties conventionnelles avec la convention constitutive de la sûreté réelle mobilière, autorisant le créancier à s'approprier le bien grevé en cas de non-exécution de l'obligation garantie.

1224.**La définition du pacte commissoire en droit chinois.** – A la différence du droit français, la notion du pacte commissoire est plus large. Selon les dispositions de l'article 40 de la LS, « *le créancier hypothécaire ne saurait convenir avec le débiteur, au moment de la constitution de l'hypothèque, qu'en cas de défaut de paiement au terme par le débiteur, le créancier va obtenir la propriété du bien grevé* »[1741]. L'article 66[1742] de la même loi ne fait que de répéter mot par mot la disposition de l'article 40.. Il convient de constater que la notion du pacte commissoire prévue par la LS est la même que celle du droit français avant la réforme de 2006. C'est au travers de la réforme chinoise de 2007 que la notion du pacte commissoire a été élargie.

1225.Selon les dispositions de l'article 186[1743] et de l'article 211[1744], le créancier ne saurait convenir avec le constituant, avant l'échéance de la créance garantie, que le

[1741] L'article 40 de la loi du 30 juin 1995.

[1742] Art. 66 de la loi du 30 juin 1995 : « Le créancier gagiste ne saurait convenir dans la convention constitutive de gage qu'en cas de défaillance du débiteur, le créancier a le droit de s'approprier le bien grevé » (出质人和质权人在合同中不得约定在债务履行期届满质权人未受清偿时，质物的所有权转移为质权人所有).

[1743] Art. 186 de la loi du 16 mars 2007 : « Avant l'échéance de la créance, le créancier ne saurait convenir avec le constituant qu'en cas de défaillance du débiteur, le créancier a le droit de s'approprier

premier puisse s'approprier le bien affecté en cas de défaillance du dernier. Ainsi, la notion du pacte commissoire a été élargie de manière significative. Non seulement au moment de la constitution de la sûreté réelle mobilière, mais aussi, jusqu'à l'échéance de la créance garantie, la clause ou la convention qui autorise le créancier à s'approprier le bien grevé dans la sûreté réelle est nulle.

1226.Peu importe la différence de la notion chinoise avec celle du droit français portant sur le pacte commissoire, l'idée reste le même : la protection du constituant contre le risque de spoliation.

1227.Au travers de la présentation des hostilités françaises dans la pratique de l'autorisation du pacte commissoire (section 1), et aussi des discussions doctrinales chinoises sur la levée de la prohibition du pacte commissoire (section 2), il convient de constater que l'autorisation du pacte commissoire ne sera pas un processus facile. Une autorisation partielle, pour nous, est préférable et réalisable.

Section 1 – Pacte commissoire français : de la prohibition vers une ouverture encadrée

1228.En France, l'autorisation du pacte commissoire dans le domaine de la sûreté réelle mobilière n'est pas une nouveauté selon certains auteurs[1745], parce que « *la prohibition du pacte commissoire n'a jamais été absolue* »[1746]. Or, cette prohibition (§1), qui a été voulue par le législateur, à l'époque, est adoucie au fur et à mesure par la jurisprudence. Par la suite, la réforme de 2006 ne fait que de confirmer la volonté

---

le bien grevé » (*抵押权人在债务履行期届满前，不得与抵押人约定债务人不履行到期债务时抵押财产归债权人所有*).

[1744] Art. 211 de la loi du 16 mars 2007 : « Avant l'échéance de la créance garantie, le créancier gagiste ne saurait convenir avec le constituant qu'à défaut de paiement, que le créancier a le droit de s'approprier le bien grevé » (*质权人在债务履行期届满前，不得与出质人约定债务人不履行到期债务时质押财产归债权人所有*).

[1745] V. par exemple, S. Hébert, « Le pacte commissoire après l'ordonnance du 23 juin 2006 », *D. 2007*, p. 2052.

[1746] S. Hébert, « Le pacte commissoire après l'ordonnance du 23 juin 2006 », *D. 2007*, p. 2052 s., n° 3.

des praticiens tout en mettant certaines réserves (§2), tant en droit commun qu'en droit commercial.

§1 – Une prohibition relative avant la réforme de 2006.

1229.Dès l'époque romaine, le pacte commissoire consenti à l'occasion d'un gage fut prohibé[1747]. Ce faisant, avec l'évolution économique et sociale, une telle prohibition fut critiquée de plus en plus par des universitaires et des praticiens. L'adoucissement de cette prohibition a pu être constaté avant que le législateur ait pu faire le pas audacieux en 2006. Il convient néanmoins de présenter l'historique de la prohibition avant de regarder comment cette prohibition stricte a été adoucie par la jurisprudence française (B).

A – L'interdiction par le législateur de 1804

1230.**Dispositions lors la première codification.** – Les *anciens articles 2078*[1748] et *2088*[1749] du Code civil, qui sont considérés comme le fondement légal de la prohibition du pacte commissoire, n'ont pas été modifiés jusqu'à la réforme de 2006, depuis la codification en 1804. Même les auteurs chinois ont communément référencé ces articles dans les recherches en tant qu'une législation modèle sur la prohibition absolue du pacte commissoire[1750]. La justification était la protection du constituant,

[1747] D. Bazin-Beust, « Une analyse du pacte commissoire… ou prudence est mère de sûreté chez les financeurs ? », *LPA*, 19 mai 2011, n° 99, p. 50 s., n° 1 ; note 1 de cet article.

[1748] L'ancien Art. 2078, C. civ : « *Le créancier ne peut, à défaut de paiement, disposer du gage : sauf à lui à faire ordonner en justice que ce gage lui demeurera en paiement et jusqu'à due concurrence, d'après une estimation faite par experts, ou qu'il sera vendu aux enchères. Toute clause qui autoriserait le créancier à s'approprier le gage ou à en disposer sans les formalités ci-dessus est nulle* ».

[1749] Ancien art. 2088, C. civ. : « *Le créancier ne devient point propriétaire de l'immeuble par le seul défaut de paiement au terme convenu ; toute clause contraire est nulle ; en ce cas, il peut poursuivre l'expropriation de son débiteur par les voies légales* ».

[1750] V. par exemple, LI Liming (李黎明), « De la prohibition du pacte commissoire (*论流质契约之禁止*) », *Journal of Hubei University of Economics*, avr. 2010, n° 4, p. 74 s., sp. p. 74 ; CHEN Xi (陈曦),

exposé à un risque de spoliation en cédant à son créancier la propriété d'un de ses biens pour une créance sans commune mesure avec la valeur de ce bien[1751]. Seule la vente aux enchères publiques étant censée préserver les intérêts du débiteur. Il était possible d'y voir une mesure plus générale de moralisation des relations de crédits, notamment de lutte contre les méthodes usuraires utilisées par certains créanciers. A la suite d'une telle analyse, le pacte commissoire devrait être prohibé de manière absolue.

1231.**Une prohibition non-absolue.** – Mais une telle constatation doit être relativisée. D'abord, nous savons bien, même avant la réforme de 2006, les sûretés réelles traditionnelles comportaient celles avec dépossession, et celles dont la constitution ne requierait pas de dépossession du bien affecté. Si le pacte commissoire est prohibé par le législateur du 1804, une telle prohibition n'existe que dans le domaine où une dépossession du bien affecté est requise. Parce que l'*ancien article 2078* du Code civil ne visait que le gage, et selon la définition du gage, antérieure à la réforme, une dépossession du bien affecté est requise ; le gage était un contrat réel. Et l'*ancien article 2088* n'était applicable qu'en cas d'antichrèse, dont la dépossession du bien immobilier est requise pour la constitution de la sûreté réelle. Dans les autres sûretés réelles traditionnelles, le pacte commissoire n'était pas expressément prohibé.

1232.C'est la première raison pour laquelle, nous ne pouvons pas dire qu'en France, avant la réforme de 2006, le pacte commissoire était prohibé de manière absolue.

1233.Ensuite, au travers d'une lecture attentive, il convient de constater que ce n'est pas toutes les clauses permettant le créancier à s'approprier le bien affecté en cas de défaillance de son débiteur qui font l'objet de la prohibition.

1234.Selon les termes de l'ancien article 2078 du Code civil, « *toute clause qui autoriserait le créancier à s'approprier le gage […] est nulle* ». Mais il manque de

---

De la recherche des questions sur le pacte commissoire (*流质契约问题研究*), mémoire de Western-South University of Finance and Economics, 2007, p. 7.

[1751] D. Bazin-Beust, « Une analyse du pacte commissoire… ou prudence est mère de sûreté chez les financeurs ? », *LPA*, 19 mai 2011, n° 99, p. 50 s., n° 1.

précision sur le moment de la stipulation de la clause autorisant le créancier à s'approprier le gage. Il convient de demander si une telle clause est celle qui est stipulée dans la convention constitutive du gage ou bien elle peut être toutes les clauses stipulées entre les mêmes parties. Au travers de la lecture des dispositions légales de la version avant la réforme de 2006, nous pouvons facilement constater que les anciens articles 2073 à 2079 sont des dispositions qui ne concernent que la constitution du gage. Il convient, alors de lire l'ancien article 2078 du Code civil comme : toute clause, concomitamment stipulée dans la convention constitutive du gage, qui autoriserait le créancier à s'approprier le gage […] est nulle. C'est-à-dire que les parties peuvent librement convenir, *a posteriori*, que le créancier peut s'approprier le bien grevé en cas de non-paiement de la créance garantie. Une telle lecture ne contrevient pas à l'idée de la protection du constituant. Une fois octroyé de crédit, le débiteur emprunteur est censé être dans une situation moins dépendante au créancier prêteur[1752]. Il existera moins de risque d'abus de la dépendance économique par le créancier prêteur.

1235.Concernant l'*ancien article 2088* du Code civil, il en va de même. Si, au moment de la constitution de la sûreté réelle immobilière, les parties conventionnelles ne sauraient autoriser le créancier à devenir le propriétaire du bien grevé par le seul défaut de paiement du débiteur, rien n'interdit qu'elles en conviennent postérieurement. En outre, les parties peuvent parfaitement convenir un tel transfert de propriété en cas de faute lourde (au moins une cause autre que le défaut de paiement) du débiteur, tout en contournant les dispositions de cet article qui ne prohibe que la clause autorisant le transfert de propriété par le seul défaut de paiement par le débiteur. Cette analyse n'est pas purement théorique, elle fait éprouver par les magistrats et le législateur.

[1752] D. Bazin-Beust, « Une analyse du pacte commissoire… ou prudence est mère de sûreté chez les financeurs ? », *LPA*, 19 mai 2011, n° 99, p. 50 s. Note de bas page n° 5.

B – L'adoucissement par la jurisprudence et le législateur en matière de nantissement de valeurs mobilières

1236.L'insuffisance de la justification de la prohibition absolue du pacte commissoire, en matière de droit des sûretés, doit être constatée au travers des arrêts de la Cour de cassation (a) et la modernisation des activités financières par le législateur (b).

a– Refus de l'application de la prohibition du pacte commissoire par les magistrats.

1237.**Droit commun.** – L'adoucissement de la prohibition du pacte commissoire par la jurisprudence n'est pas récent[1753]. La Haute juridiction, par un arrêt de 1959[1754], a validé un pacte commissoire tout en soutenant qu' «*il n'y a pacte commissoire prohibé par ce texte (ancien article 2078) que si c'est au moment où le nantissement est constitué pour la garantie d'un prêt, qu'une clause du contrat autorise le créancier à s'approprier le gage ou à en disposer sans les formalités légales ; que des constatations de la Cour d'appel, il appert au contraire que c'est plus d'un an après le prêt et le nantissement qu'entre Bodson et sa créancière, qui s'était montrée libérale dans l'octroi renouvelé de délais et échappe à tout reproche d'avoir imposé à son débiteur des conditions draconiennes, a été conclu « sans fraude » l'accord critiqué, lequel loin de consacrer une mainmise complète du créancier sur le gage laissait par priorité au débiteur la faculté d'en disposer à son gré* ». Il était fait observer que le créancier n'était pas en mesure d'abuser de la situation pour exercer des pressions sur le débiteur. N'étant plus en position de demandeur, le débiteur n'avait donc plus à redouter un refus de prêt. Son consentement était alors libre de toute contrainte. L'interdiction ne se justifiait pas davantage lorsqu'il n'y avait aucun risque que le créancier s'approprie un bien d'une valeur supérieure à sa créance. En

[1753] V. not. Cass. Req. 22 mai 1855, S. 56. 1. 123, D. 56, 1, 171 (arrêt cité par H. Solus, commentaire sous : Civ. 1re , 17 nov. 1959, n° 58-11.375, *RTD civ.* 1960. 138, n° 5).
[1754] Civ. 1re , 17 nov. 1959, n° 58-11.375, *Bull. civ.* I, n° 480 ; *D.* 1960. Somm. 37 ; *RTD civ.* 1960. 138, n° 5, obs. H. Solus ; *Banque* 1980. 160, obs. X. Marin.

effet, cet ensemble de circonstances justifie pleinement la non-application de l'*ancien article 2078* du Code civil.

1238.**Droit commercial.** – Plus récemment, la Cour de cassation[1755] a aussi refusé d'annuler un pacte commissoire en tenant compte que « *n'est pas prohibé par l'article 2078 C. civ. la stipulation d'attribution d'un gage constitué en espèces par le créancier, à due concurrence du défaut de paiement à l'échéance* ». C'est la première fois que les hauts magistrats ont décidé que la règle de la prohibition du pacte commissoire ne s'applique pas au gage-espèces. Peu importe la qualification de fiducie-sûreté[1756], ou de propriété-sûreté[1757], les auteurs sont communément d'accord sur le point que le transfert de propriété du bien grevé, des espèces, a été fait au moment de la constitution du gage-espèces, il n' y aura, donc, pas de transfert de propriété à faire selon la clause critiquée. Mais derrière cette confirmation de la validité du pacte commissoire, c'est l'absence de risque encouru par le débiteur qui justifie une telle prohibition. Ainsi, le Professeur Larroumet a pu bien formuler sa conclusion comme : «*l'article 2078 du Code civil ne prohibe pas la stipulation d'attribution d'un gage constitué en espèces par le créancier, à due concurrence du défaut de paiement à échéance* »[1758].

1239.Ce que nous pouvons retenir, ici, c'est que le refus par les magistrats d'application stricte de la prohibition du pacte commissoire est justifié notamment par un manquement de dangerosité pour le débiteur constituant, ainsi un manquement de la justification de prohibition. Le législateur, de son côté, ne fait que de poursuivre une telle analyse, notamment dans le domaine financier dont les activités sont strictement réglementées.

[1755] Com. 9 avr. 1996, *D.* 1996. jur. 399, note C. Larroumet, et Somm. 385, obs. S. Piedelièvre ; *RTD civ.* 1996. 669 et 954, obs. P. Crocq ; *RTD com.* 1996. 509, obs. M. Cabrillac, et 1997. 135, obs. B. Bouloc.
[1756] C. Larroumet, note sous : Com. 9 avr. 1996, *D.* 1996. jur. 399 ; P. Crocq, obs. sous : Com. 9 avr. 1996, *RTD civ.* 1996. 669 et 954.
[1757] M. Cabrillac , obs. sous: Com. 9 avr. 1996, *RTD com.* 1996. 509; S. Piedelièvre, obs. sous : Com. 9 avr. 1996, *D.* 1996. Somm. 385.
[1758] C. Larroumet, note sous : Com. 9 avr. 1996, *D.* 1996. jur. 399.

b - Généralisation du pacte commissoire dans le nantissement de compte-titres par le législateur

1240.**Loi de 1996.** – En modifiant la loi n° 87-416 du 17 juin 1987 sur l'épargne, la loi n°96-597 du 2 juillet 1996 de modernisation des activités financières a prévu que « *Les parties peuvent convenir de remises complémentaires, en pleine propriété, d'espèces ou de titres, pour tenir compte de l'évolution de la valeur des titres prêtés* »[1759]. Le nouvel article 31 c, alinéa 3, dispose que « *Nonobstant toute disposition contraire, les parties peuvent convenir qu'en cas de défaillance de l'une d'elles, l'autres parties sera définitivement propriétaire des espèces ou des titres remis* ». Une autorisation de pacte commissoire a pu être constatée malgré sa rédaction défectueuse[1760].

1241.Par contre, la réforme du 2 juillet 1996 rend une telle clause perdre de son intérêt à l'égard des titres financiers, en raison de la simplification de leur mode de réalisation, lorsqu'ils sont cotés ou facilement évalués, et surtout de la reconnaissance au profit du créancier nanti d'un droit de rétention[1761].

1242.Pour certains, un tel droit de rétention est inutile pour la protection du créancier parce qu'il est fictif[1762]. Une telle idée n'est pas exacte, parce que ce qui importe sur le créancier est de rendre le compte titre indisponible par l'exercice d'un droit de rétention[1763].

1243.L'existence de ce droit de rétention conduit certains auteurs à affirmer qu'il serait impossible de donner en nantissement les mêmes titres à plusieurs créanciers successivement. Le droit de rétention étant indivisible, le premier aurait le droit de s'opposer à l'affectation des biens et à leur réalisation tant qu'il n'est pas entièrement désintéressé. Une telle conclusion est inopportune : comme les titres financiers

[1759] Art. 31 de la loi n° 87-416 du 17 juin 1987, version après la loi du 2 juillet 1996.
[1760] Ph. Simler et Ph. Delebecque, *Les sûretés, La publicité foncière*, 2e éd. Dalloz 1995, n° 553, p. 457, note 5 : ces auteurs voient dans ce texte, dans son ancienne rédaction, une opération de fiducie.
[1761] L. Aynès et P. Crocq, *Les sûretés, La publicité foncière*, 7e éd., LGDJ 2013, n° 515, p. 245.
[1762] J. Mestre, E. Putman et M. Billiau, *Droit spécial des sûretés réelles*, LGDJ 1996, n° 951, p. 391 à 392.
[1763] Sur l'applicabilité du droit de rétention sur les biens incorporels, v. *supra* n° 1163 et s.

peuvent s'apprécier au cours du nantissement, et que leur valeur peut excéder largement le montant de la créance garantie. Une fois affranchi de la longue procédure de réalisation, il convient voir comment un nantissement de compte titres financiers se réalise. Selon les dispositions de l'article D. 211-12 du CMF, pour les sommes en toute monnaie figurant sur le compte, le créancier peut se les approprier en les virant ou en les faisant virer sur un compte qui lui appartient ; ces sommes lui sont alors acquises en pleine propriété.

1245.Pour les titres financiers, français ou étrangers, admis aux négociations d'un marché réglementé, que le titulaire du compte nanti, ou à défaut le créancier nanti, a désignés, ce dernier peut, à son choix, les faire vendre sur le marché et s'approprier le produit de la vente, ou de les attribuer en pleine propriété à concurrence d'une quantité déterminée par le créancier nanti, sur la base des derniers cours de clôture disponibles sur un marché réglementé.

1246.Pour les parts ou actions d'organisme de placement collectif, que le titulaire du compte nanti, ou à défaut le créancier nanti, a désignées, le créancier peut réaliser le nantissement par présentation au rachat d'une quantité de titres qu'il détermine, et attribution du produit correspondant, ou par attribution en propriété, sur la base de leur dernière valorisation disponible.

1247.Il convient de constater que c'est exactement le même effet juridique produit par le pacte commissoire[1764], parce que ce dernier n'a intérêt pour le créancier gagiste que pour, d'une part, éviter la longue procédure de saisie, et, d'autre part, le concours avec les autres créanciers. La simplification de la réalisation du nantissement des titres financiers autorise déjà le créancier à réaliser la sûreté après la mise en demeure de son créancier.

[1764] V. en ce sens : S. Hébert, « Le pacte commissoire après l'ordonnance de 2006 », *D. 2007*, p. 2052, n° 24.

§ 2 – Une autorisation timide après la réforme de 2006

1248.L'autorisation du pacte commissoire par la réforme de 2006 est considérée comme une évolution importante du droit des sûretés réelles. Cependant, cette autorisation, tout en étant encadrée (A) est loin d'être généralisée (B).

A – Une ouverture encadrée en droit commun.

1249.**Dispositions légales.** – Si une autorisation du pacte commissoire a pu être constatée à l'issue de l'ordonnance du 23 mars 2006, une telle autorisation n'est pas sans limite. A la première lecture de l'article 2348 du Code civil, nous pouvons facilement constater que le pacte commissoire est autorisé mais sous une condition d'évaluation par un expert, soit désigné à l'amiable soit désigné judiciairement, du bien gagé[1765]. En plus, le créancier est soumis à une obligation de rembourser le débiteur en cas où la valeur du bien gagé excède le montant de la dette garantie, ou, « *s'il existe d'autres créanciers gagistes* », de consigner la somme correspondant à cette différence[1766]. Ses limites consistent à protéger le débiteur constituant pour qu'un tel moyen de réalisation de la sûreté réelle ne constitue une spoliation de ce dernier.

1250.Et les limites ne s'arrêtent point, il convient de regarder si une telle autorisation est applicable à toute les sûretés réelles. A défaut de disposition validant *generaliter* le pacte commissoire, la réponse à cette question suppose de vérifier pour chaque sûreté réelle préférentielle la présence d'un texte autorisant le créancier à s'approprier le bien objet de la sûreté. Il ressort de l'analyse de la réforme que le gage (a), le nantissement (b), l'hypothèque et l'antichrèse (c) ont tous vocation à contenir un pacte commissoire.

[1765] Art. 2348, al. 2, C. civ.
[1766] Art. 2348, al. 3, C. civ.

a - Le gage de meubles corporels

1251.**Art.2348 du Code civil.** – « *Il peut être convenu, lors de la constitution du gage ou postérieurement, qu'à défaut d'exécution de l'obligation garantie, le créancier deviendra propriétaire du bien gagé* ». Par cet article 2348 du code civil, les rédacteurs ont entériné les dérogations prétoriennes portées à la traditionnelle prohibition du pacte commissoire[1767]. Aussi, l'innovation la plus emblématique consiste-t-elle dans la validité du pacte conclu concomitamment à la constitution du gage. Faut-il pour autant en conclure que tous les gages portant sur des meubles corporels peuvent être assortis d'un pacte commissoire ?

1252.**Supression de distinction de traitement entre les sûretés avec ou sans dépossession.** – La question s'impose car l'article 2333 définit désormais le gage comme la « *convention par laquelle le constituant accorde à un créancier le droit de se faire payer par préférence à ses autres créanciers sur un bien mobilier ou un ensemble de biens mobiliers corporels, présents ou futurs* ». La distinction entre le gage sans dépossession et le gage avec dépossession n'est pas nettement formalisée dans le code civil[1768]. Le gage sans dépossession obéit-il alors au même régime que le gage avec dépossession ? Plus précisément, un gage sans dépossession peut-il abriter un pacte commissoire ? Le laconisme de l'article 2348 s'incline en faveur d'une réponse affirmative. *Ubi lex non distinguit, nec nos distinguere debemus*. En conséquence, il n'y a pas lieu de distinguer selon que le gage est conclu avec ou sans dépossession. Au demeurant, une telle solution s'inscrirait dans l'esprit de l'ordonnance. Les rédacteurs ont montré leur faveur pour le gage sans dépossession. Or, un tel gage serait très certainement mal développé si les créanciers étaient privés de la possibilité de l'assortir d'un pacte commissoire. Du reste, lorsque les rédacteurs ont entendu revenir sur la validité du pacte, ils se sont efforcés de l'énoncer expressément[1769].

[1767] V. *supra* n° 1326 et s.
[1768] D. Legeais, « Le gage de meubles corporels », *Contrats, conc., consom.*, n° 6, juin 2006. p. 13.
[1769] V. art. L. 527-2 c. com. relatif au gage sur stock ; art. 2458 c. civ. relatif à l'hypothèque ; art. L. 311-32, al. 3, c. consom. ; art. 622-7 c. com.

1253.Finalement, tous les gages de meubles corporels peuvent être assortis d'un pacte commissoire. Il en est ainsi des gages avec dépossession de droit commun, des gages avec dépossession spéciaux - gage commercial[1770] et gage portant sur un véhicule automobile[1771] – et des gages sans dépossession[1772]. Cette volonté de généraliser la validité du pacte commissoire se vérifie également lorsqu'il est adjoint à un nantissement de meubles incorporels.

b - Le nantissement de meubles incorporels

1254.**Les nantissements à distnguer.** – Le code civil renferme deux catégories de nantissements de biens incorporels. La première embrasse les nantissements de créances régis par les articles 2355 et suivants du code civil. La deuxième est relative aux nantissements des autres meubles incorporels soumis aux règles prévues pour le gage de meubles corporels. Le nantissement portant sur une créance peut dorénavant être renforcé par un pacte commissoire[1773]. Une telle nouveauté répond assurément aux incessantes critiques de la doctrine. Les auteurs ne manquaient pas de souligner que la nature incorporelle de l'assiette de la sûreté inclinait à davantage de souplesse dans le mode de réalisation[1774]. En conséquence, en offrant la possibilité au créancier nanti de prévoir aux termes de la convention la faculté d'agir directement contre le débiteur de la créance nantie sans intervention judiciaire, les rédacteurs se sont ainsi fort opportunément pliés aux exigences de la pratique.

1255.**Ambiguïté constatée.** – C'est ce même pragmatisme qui les a conduits à reconnaître indirectement la validité du pacte commissoire adjoint à un nantissement

[1770] Le nouvel art. L. 521-3 C. com. énonce que le créancier peut convenir de son appropriation conformément aux art. 2347 et 2348 C. civ.
[1771] L'art. 2353 C. civ. précise que la réalisation du gage automobile est soumise, quelle que soit la qualité du débiteur, aux règles prévues aux arts. 2346 à 2348.
[1772] Un sort différent est toutefois réservé au gage sur stock introduit dans le code de commerce.
[1773] Art. 2365, C. civ.
[1774] En ce sens, D. Legeais, *Les garanties conventionnelles sur créance*, Economica, 1986, n° 119 ; P. Crocq, *Rép. civ.* Dalloz, v° Gage-nantissement, 2000, n° 25 ; J. Mestre, M. Billiau et E. Putman, *Traité de droit civil, Droit spécial des sûretés réelles*, sous la dir. de J. Ghestin, LGDJ, 1996, n° 861 ; C. Lisanti-Kalczynski, *Les sûretés conventionnelles sur meubles incorporelles*, Litec, 2001, n° 305 s.

de bien incorporel autre qu'une créance. En effet, pour ce type de bien, l'article 2355 du code civil renvoie aux règles prévues pour le gage de meubles corporels, et donc notamment à l'article 2348 du code civil. Mais, que recouvre précisément cette catégorie de biens incorporels autre que les créances ? Sont assurément visées les parts d'une société commerciale. Par suite, il est aujourd'hui loisible à un créancier s'étant fait consentir un nantissement sur des parts d'une SARL, d'une SNC ou d'une SAS, de prévoir dans la convention que, en cas de défaillance du débiteur, il en deviendra propriétaire sans avoir à recourir préalablement à l'autorité judiciaire[1775]. Sont également compris dans cette catégorie de biens la monnaie scripturale et les contrats d'assurance vie[1776].

1256.**Manque de clarification.** – Toutefois, il faut admettre que l'effort de clarification entrepris est nettement nuancé par la réserve qu'ont introduite les rédacteurs. Les nouvelles dispositions du code civil s'appliquent « *à défaut de dispositions spéciales* »[1777]. Partant, les régimes spéciaux de nantissement introduits avant la réforme subsistent. De manière corrélative, le pacte commissoire subit un sort différent selon le bien incorporel qui constitue l'assiette du nantissement. Ainsi, le nantissement d'instruments financiers peut être renforcé par un pacte commissoire[1778] alors qu'une appropriation conventionnelle est expressément exclue lorsqu'elle est assortie d'un nantissement de fonds de commerce[1779]. Enfin, le doute est permis pour le nantissement de films cinématographiques[1780], de droits d'exploitation des logiciels[1781], de brevets[1782], de marques[1783], de dessins et modèles[1784], de certificats

[1775] Toutefois, l'attribution conventionnelle des parts nanties entraînant l'entrée d'un nouvel associé dans la société, la mise en œuvre du nantissement obéit à des règles particulières. V. l'art. L. 223-15, C. com. sur l'agrément du cessionnaire de parts d'une SARL.
[1776] V. art. L.132-10, C. assur.
[1777] V. art. 2355, al. 4 et 5, C. civ.
[1778] L'ordonnance a modifié les modes de réalisation du nantissement de compte d'instruments financiers. L'art. L. 431-4, C. mon. fin. renvoie à l'art. L. 521-3 C. com. aux termes duquel il est précisé que le créancier peut convenir de l'appropriation du bien conformément à l'art. 2348 C. civ.
[1779] V. art. L. 142-1, al. 2 C. com.
[1780] V. art. 31 et s. c. ind. cin.
[1781] V. loi n° 94-361 du 10 mai 1994 complétée par le décret n° 96-103 du 2 févr. 1996.
[1782] Art. R. 613-55, al. 1er, CPI.
[1783] Art. L. 714-1, al. 2, CPI.
[1784] Art. R. 512-15 et R. 513-2 CPI.

d'obtentions végétales[1785] ou enfin de topographies de produits semi-conducteurs[1786]. Le législateur a simplement évoqué au détour de règles gouvernant les biens en cause la possibilité de les constituer en nantissement. Dans le silence du texte, faut-il alors appliquer le régime de droit commun et reconnaître la validité du pacte commissoire ? Si l'on se réfère à la lettre de l'article 2355 du code civil, deux solutions sont envisageables. Soit il faut comprendre que le nantissement de biens incorporels autres que les créances peut abriter un pacte commissoire sauf si une disposition spécifique l'interdit. Soit on considère que le nantissement de biens incorporels autres que les créances peut abriter un pacte commissoire sauf si la sûreté obéit à un régime spécifique. Dans cette seconde hypothèse, le créancier nanti ne pourrait alors s'attribuer le bien incorporel sans recourir au juge que si un texte du régime spécifique le prévoit expressément. L'esprit de la réforme des sûretés invite, semble-t-il, à privilégier la première branche de l'option. A défaut, les nantissements spéciaux se révéleraient moins attractifs que le nantissement général alors même qu'ils ont été introduits afin précisément de pallier les insuffisances du droit commun.

1257.En tout état de cause, la faculté d'attribution conventionnelle du bien mobilier en pleine propriété ne peut être qu'approuvée en ce qu'elle permet une réalisation rapide de la sûreté tout en préservant le débiteur de toute pratique usuraire. En revanche, ce mode alternatif de réalisation se comprend plus difficilement lorsqu'il porte sur un bien immobilier.

c - L'hypothèque et l'antichrèse[1787]

1258.**Art. 2459 du Code civil.** – Selon le nouvel article 2459 du code civil : « *il peut être convenu dans la convention d'hypothèque que le créancier deviendra propriétaire de l'immeuble hypothéqué* ». Le créancier hypothécaire impayé n'est

[1785] Art. R. 623-36, al. 2, CPI.
[1786] Art. L. 622-7 CPI.
[1787] Ici, la présentation de l'autorisation du pacte commissoire en matière de sûretés réelles immobilières n'a pour objet que de montrer la levée de cette prohibition est généralisés.

donc plus tenu de s'engager dans une procédure de saisie immobilière longue et coûteuse s'il souhaite réaliser ses droits. Il peut désormais convenir que le bien lui demeurera en paiement. De manière moins ostensible, cette faculté est également ouverte au créancier antichrésiste. Les modes de réalisation de l'antichrèse ont été calqués sur ceux de l'hypothèque[1788]. L'immeuble devient ainsi un actif patrimonial comme les autres ne justifiant plus un traitement de faveur[1789]. Pour cette raison, la levée de l'interdiction du pacte commissoire en la matière n'a pas emporté l'adhésion de tous. Il a été avancé que non seulement elle était difficile à admettre en raison des aspects socio-psychologiques attachés à l'immeuble, mais encore qu'elle pouvait être facteur de nouveaux abus[1790]. A notre sens, la faculté laissée aux créanciers hypothécaire et antichrésiste de s'attribuer le bien immobilier au cas de défaillance du débiteur ne doit pas être réprouvée car elle recèle de nombreux avantages. En premier lieu, on ne contestera pas qu'il n'y a pas de crédit sans sûreté. L'hypothèque permet à un grand nombre de particuliers d'emprunter pour se loger. Or, elle avait ces derniers temps perdu de sa superbe efficacité. L'admission du pacte commissoire rétablit ainsi l'hypothèque dans sa place d'instrument privilégié du crédit. En second lieu, le formalisme de la saisie immobilière se retournait finalement contre celui que le législateur avait entendu protéger. Le prix obtenu ne correspondait pas toujours à la valeur du bien. En outre, pour certains débiteurs, la procédure était considérée comme infamante en raison de la publicitéà laquelle elle était assortie. En conséquence, ce qui importe aujourd'hui est d'entourer de garde-fous la conclusion du pacte commissoire. Sur ce point, il faut bien convenir que les conditions de formation du pacte commissoire ne sont pas suffisamment protectrices des intérêts du débiteur. La spécificité du bien exige un formalisme qui fait en l'occurrence défaut. L'ordonnance ne fait nullement obligation au créancier hypothécaire de stipuler la clause en termes apparents. Dans ces conditions, l'absence de formalisme peut se révéler source de dangers pour le débiteur qui risque de ne pas saisir toute la portée de son engagement.

[1788] Art. 2388, al. 2, C. civ.
[1789] P. Dupichot, « La réforme du régime hypothécaire », *in* La réforme du droit des sûretés, *D. 2006.* Dossier. 1291, spéc. 1293.
[1790] En ce sens, P. Delebecque, « Le régime des hypothèques », *JCP* 2006. I. 8.

1259.Finalement, seul le privilège ne peut abriter un pacte commissoire. S'agit-il d'une erreur de plume ? La démarche est, semble-t-il, réfléchie. Elle pourrait s'expliquer par l'origine légale de la sûreté. Elle n'en est pas moins inopportune. La source légale du privilège ne devrait pas avoir d'incidence sur sa réalisation. Par suite, le prêteur de deniers privilégié devrait pouvoir être autorisé à conclure un pacte commissoire. En dépit de cette réserve, il est permis de constater que la liberté contractuelle a gagné toutes les sûretés réelles. Cette généralisation est corroborée par l'extension de l'assiette de la sûreté.

B – Une prohibition résiduelle en droit commercial, droit de la consommation et droit commun

1260.Malgré une constatation de la généralisation d'autorisation du pacte commissoire qui s'impose, certaines résistances d'une telle autorisation existent tant dans les droits spéciaux (a) que dans le commun (b).

a - La prohibition du pacte commissoire en droit de la consommation et en droit commercial

1261.Dans ces droits spéciaux, la prohibition du pacte commissoire n'est pas levée à cause de particularité de la relation entre les parties conventionnelles de la créance garantie.

1262.**En droit de la consommation.** - La première exception de l'autorisation du pacte commissoire doit être constatée dans le droit de la consommation qui offre au débiteur personne physique une meilleure protection. L'article L. 311-23[1791], alinéa 3 (ancien L. 311-32, alinéa 2, à l'issue de l'ordonnance du 23 mars 2006), du Code de la consommation prévoit que « *en cas de défaillance de l'emprunteur, seuls les modes*

[1791] Depuis la loi n° 2010-737 du 1er juillet 2010.

de réalisation du gage autorisés par les articles 2346 et 2347 du code civil sont ouverts aux créanciers gagistes, à l'exclusion du pacte commissoire prévu à l'article 2348 qui est réputé non écrit ».

1263.**En droit commercial.** – Egalement, la prohibition du pacte commissoire en matière du nantissement de fonds de commerce [1792] n'a pas été modifiée par l'ordonnance de 2006. C'est-à-dire qu'en matière de nantissement du fonds de commerce, le pacte commissoire est encore prohibé.

1264.En effet, une réforme récente portant sur le gage des stocks a confirmé l'idée selon laquelle, c'est la particularité du bien grevé qui justifie le maintien de la prohibition du pacte commissoire. Or, dès sa naissance, le pacte commissoire est strictement prohibé en matière du gage des stocks. L'article L. 527-2[1793] du Code de commerce, en prévoyant qu' « *Est réputée non écrite toute clause prévoyant que le créancier deviendra propriétaire des stocks en cas de non-paiement de la dette exigible par le débiteur* », et combiné avec l'article L. 527-10[1794] du même code qui excluait expressément l'application des dispositions de l'article 2348 du code civil. Mais il est facile de constater que cette prohibition n'est pas justifiée, or les stocks ne constituent pas une catégorie particulière de bien pour le constituant. En effet, la loi n° 2015-990 du 6 août 2015 (Loi Hamon) pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques a habilité le gouvernement à prendre par voie d'ordonnance les mesures nécessaires pour rapprocher le régime applicable au gage de stocks défini par le Code de commerce du régime de droit commun du gage des meubles corporels défini dans le Code civil. Cette ordonnance a vu le jour le 29 janvier 2016[1795]. L'ordonnance n° 2016-56 du 29 janvier 2016 relative au gage des stocks a donc voulu aligner le gage sur stock du Code de commerce avec le droit commun. Plus

[1792] Art. L. 142-1, C. com. Cet article ne fait pas l'objet de modification depuis la loi du 17 mars 1909.
[1793] Cette disposition a été récemment supprimée par la Loi Macron du 6 août 2015 (L. n° 2015-990 pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques).
[1794] Art. L. 527-10, C. com. : « *En cas de non-paiement de la créance exigible, le créancier peut poursuivre la réalisation de son gage dans les conditions prévues aux articles 2346 et 2347 du code civil* ».
[1795] Ord. n°2016-56, du 29 janv. 2016, *JO* 30 janv. 2016.

particulièrement, l'article L. 527-8 du Code de commerce autorise désormais la stipulation du pacte commissoire, qui permet au créancier de devenir propriétaire des stocks gagés en cas d'inexécution des obligations garanties par le gage.

b - La prohibition du pacte commissoire dans l'hypothèque portant sur la résidence principale

1265.**Résidence principale.** – En droit commun, ce n'est plus la qualité de créance garantie qui est l'enjeu pour le refus d'autorisation du pacte commissoire, mais la particularité du bien grevé. L'article 2459 du Code civil prévoit expressément qu' « *il peut être convenu dans la convention d'hypothèque que le créancier deviendra propriétaire de l'immeuble hypothéqué* », mais à l'exception de l'hypothèse dans laquelle « *l'immeuble constitue la résidence principale du débiteur* ». Deux précisions s'imposent. Premièrement, pour savoir si le pacte commissoire peut être ou non effectif, et à défaut d'indication des textes, le bon sens implique de se placer à la date de sa mise en œuvre et non au jour de sa conclusion[1796]. À défaut, l'objectif de protection recherché ne serait pas atteint. Ainsi prenons le cas d'un salarié bénéficiant d'un logement de fonction et consentant une hypothèque sur sa résidence secondaire. Si une fois en retraite cet immeuble est devenu sa résidence principale, le pacte commissoire sera paralysé. Le constat inverse peut être établi. Au jour de la constitution du pacte, l'immeuble constitue bien le logement d'habitation du débiteur alors qu'il ne l'est plus lors de sa mise en œuvre par le créancier. La résidence initialement principale est devenue secondaire ; le débiteur étant hébergé dans une structure d'accueil type maison de retraite. Le créancier pourra donc invoquer le pacte. Deuxièmement, la formulation légale revient à admettre que la sanction retenue par le Code civil n'est pas l'annulation du pacte commissoire ; laquelle supposerait un défaut dans sa formation. On peut y voir un cas de déchéance, c'est-à-dire la privation pour le créancier de l'exercice d'un droit : en l'occurrence, celui de se faire attribuer l'immeuble qui a toujours été ou qui serait devenu la résidence principale du débiteur.

[1796] D. Bazin-Beust, « Une analyse du pacte commissoire… ou prudence est mère de sûreté chez les financiers ? », *LPA*, 11 mai 2011, n° 99, p. 50, n° 28.

La déchéance est une sanction bien connue du droit des assurances[1797]. Elle est aussi utilisée par le législateur en droit de la consommation[1798] comme en droit des affaires[1799]. Le créancier ne pourra donc pas se prévaloir d'un pacte ayant pour objet la résidence principale de son débiteur ; un tel pacte est inefficace.

1266.**Une prohibition raisonnable.** – Une telle disposition est, d'un côté, raisonnable, et de l'autre, surprenante. Raisonnable, parce qu'une protection de la famille est nécessaire même en cas de défaillance du débiteur. La politique de protection se trouve aussi dans la réforme de 1991 des procédures civiles d'exécution[1800]. Par son article 14[1801], la loi prévoit expressément que les « *biens mobiliers nécessaires à la vie et au travail du saisi et de sa famille* » sont insaisissables. Ils ne devraient pas être soustraits par l'attribution conventionnelle de propriété, c'est-à-dire le pacte commissoire. Surprenante, parce que selon une telle analyse, la validité du pacte commissoire dépend d'un fait aléatoire qui va entamer la sécurité juridique ?

[1797] Note 72 du : D. Bazin-Beust, Une analyse du pacte commissoire… ou prudence est mère de sûreté chez les financiers ?, *LPA*, 11 mai 2011, n° 99, p. 50

[1798] Note 73 du : D. Bazin-Beust, Une analyse du pacte commissoire… ou prudence est mère de sûreté chez les financiers ?, *LPA*, 11 mai 2011, n° 99, p. 50

[1799] Note 74 du : D. Bazin-Beust, Une analyse du pacte commissoire… ou prudence est mère de sûreté chez les financiers ?, *LPA*, 11 mai 2011, n° 99, p. 50

[1800] La loi n° 91-650 du 9 juillet 1991.

[1801] Art. 14 de la loi du 9 juillet 1991 : « *Ne peuvent être saisis :*
1° Les biens que la loi déclare insaisissables ;
2° Les provisions, sommes et pensions à caractère alimentaire, sauf pour le paiement des aliments déjà fournis par le saisissant à la partie saisie ;
3° Les biens disponibles déclarés insaisissables par le testateur ou le donateur, si ce n'est, avec la permission du juge et pour la portion qu'il détermine, par les créanciers postérieurs à l'acte de donation ou à l'ouverture du legs ;
4° Les biens mobiliers nécessaires à la vie et au travail du saisi et de sa famille, si ce n'est pour paiement de leur prix, dans les limites fixées par décret en Conseil d'Etat et sous réserve des dispositions du septième alinéa du présent article ; ils demeurent cependant saisissables s'ils se trouvent dans un lieu autre que celui où le saisi demeure ou travaille habituellement, s'ils sont des biens de valeur, en raison notamment de leur importance, de leur matière, de leur rareté, de leur ancienneté ou de leur caractère luxueux, s'ils perdent leur caractère de nécessité en raison de leur quantité ou s'ils constituent des éléments corporels d'un fonds de commerce ;
5° Les objets indispensables aux personnes handicapées ou destinés aux soins des personnes malades.
Les biens visés au 4° ne peuvent être saisis, même pour paiement de leur prix, lorsqu'ils sont la propriété des bénéficiaires de l'aide sociale à l'enfance prévue aux articles 150 à 155 du code de la famille et de l'aide sociale.
Les immeubles par destination ne peuvent être saisis indépendamment de l'immeuble, sauf pour paiement de leur prix. ».

1267.En plus de ces limites, il convient de constater, une fois de plus, que le pacte commissoire, loin d'être une voie d'exécution automatique, n'est, malheureusement, pas opposable à l'ouverture d'une procédure de surendettement. L'alinéa 1er de l'article L. 622-7 du Code de commerce a été complété par l'article 47 de l'ordonnance du 23 mars 2006 pour édicter une interdiction à la fois de conclure et de réaliser un pacte commissoire après le jugement d'ouverture de la procédure de sauvegarde. Cette disposition était applicable par renvoi tant dans la procédure de sauvegarde que dans la procédure de liquidation judiciaire. La réécriture de l'article L. 622-7 par l'ordonnance du 18 décembre 2008 a conduit à déplacer quelque peu cette double prohibition relative au pacte commissoire au sein du nouvel article L. 622-7. Elle est désormais énoncée par le dernier alinéa du I de l'article L. 622-7, mais dans les mêmes termes que précédemment : « *Il* [le jugement ouvrant la procédure] *fait enfin obstacle à la conclusion et à la réalisation d'un pacte commissoire* ». L'article L. 622-7 est applicable dans son entier à la procédure de redressement judiciaire par renvoi de l'article L. 631-14, alinéa 1er, du Code de commerce.

Conclusion de la section 1

1268.La levée de manière générale de la prohibition du pacte commissoire est sans doute une nouveauté importante du droit français après la réforme de 2006, mais cette ouverture n'est pas sans réserve. A part des dispositions qui autorisent cette convention attributive, et des limites résistantes dans les matières particulières, l'ordonnance du 23 mars 2006 n'a pas donné assez d'informations sur sa mise en œuvre. Malgré des modifications successives, nous ne pouvons que regretter les manquements de cohérence du régime de pacte commissoire. Certaines critiques ont pu être adressées au pacte commissoire [1802] . Nous allons voir les difficultés

[1802] V. avant la réforme de 2006 : J.-M. Hocquard, « Le pacte commissoire en matière immobilière : une fausse bonne idée ? », *Dr. et patr.* 2005, 142, p. 80 : pour l'auteur, levée la prohibition du pacte commissoire ne va pas modifier le régime de l'hypothèque ; V. après la réforme de 2006 : S. Hébert, « Le pacte commissoire après l'ordonnance de 2006 », *D. 2007*, p. 2052 ; A. Gogos-Gintrand, « Le pacte commissoire : une institution dangereuse par nature », *Revue de la recherche juridique, Droit*

rencontrées, en France, dans la mise en œuvre du pacte commissoire, qui sont nécessairement utiles pour la levée de la prohibition chinoise du pacte commissoire. Mais avant étudier les exprériences françaises dans l'exercice du pacte commissoire, il est opportun de présenter la prohibition de plus en plus stricte du pacte commissoire en Chine.

prospectif, 1er sept. 2011, p. 401 s. - *Contra*, Ch. Jacomin, et B. Lacourte, « De l'intérêt du pacte commissoire dans les sûretés réelles », *RLDC 2012*, n° 99, p. 25.

Section 2 – Pacte commissoire chinois : tendance de la prohibition générale vers une autorisation

1269.Le pacte commissoire est, depuis la mise en œuvre de la LS, prohibé par la loi. Le législateur chinois a choisi une voie complètement inverse que celle du législateur français qui a levé la prohibition du pacte commissoire. Le législateur a renforcé la prohibition, *de lege lata*, tout en élargissant la notion du pacte commissoire (§ 1). Par contre, dans la doctrine, les auteurs demandent la levée de cette prohibition. Il convient de présenter leurs arguments, ici, et regarder les difficultés rencontrées dans la mise en œuvre du pacte commissoire, ce qui nous aiderait à entrevoir, *de lege ferenda*, un modèle de régime de pacte commissoire en Chine (§ 2).

§1 – La prohibition chinoise stricte du pacte commissoire

1270.D'un point de vue historique, la prohibition du pacte commissoire en droit réel chinois est de plus en plus stricte. Une brève comparaison des dispositions de la loi de 1995 (A) avec celles de la réforme de 2007 (B) nous permet de constater cette évolution.

A – La prohibition relative par la loi de 1995

1271.**Les textes légaux de la LS.** – Une influence du droit français sur le droit chinois des sûretés a pu être constatée, puisque la notion du pacte commissoire est presque la même. Ainsi, l'article 40 de la loi du 30 juin 1995 prévoit que « *le créancier hypothécaire ne saurait convenir avec le débiteur, au moment de la constitution de l'hypothèque, qu'en cas de défaut de paiement au terme par le débiteur, le créancier va obtenir la propriété du bien grevé* ». Comparée avec la disposition de l'ancien article 2088, qui atténue la validité de la clause par laquelle le

créancier devient la propriété du bien par « *par le seul défaut de paiement au terme convenu* », une ressemblance entre ces deux dispositions est indéniable.

1272.Il semble que la notion du pacte commissoire prévue par la loi chinoise est plus étroite. Parce que seule la clause stipulée concomitamment avec le contrat constitutif de la sûreté était frappée de nullité. C'est la raison pour laquelle, les explications judiciaires données par la haute juridiction chinoise ont modifié le contenu de cette clause. Par son article 57, Les EJ sur l'application de la LS a élargi le domaine d'application de l'article 40 de la LS. Désormais, on ne saurait se passer une telle clause jusqu'à l'échéance de la créance garantie. C'est-à-dire qu'avant l'exécution de la dette garantie, la clause passée, entre le créancier et le débiteur, qui autorise que le premier s'approprierait le bien hypothéqué, en cas du défaut de paiement au terme, est réputé non écrite[1803].

1273.**La justification de prohibition.** – Les raisons pour lesquelles la prohibition a été retenue par le législateur chinois ont pu être synthétisées comme dessous.

1274.D'abord, la prohibition du pacte commissoire a pour objet de protéger le droit du constituant et les autres créanciers du débiteur. Quand la valeur du bien grevé n'est pas simplement supérieure au montant de la créance garantie, mais manifestement supérieure, si on admettait la validité du pacte commissoire, il aura un « *déséquilibre manifeste*» des intérêts entre le créancier bénéficiaire de la sûreté et le constituant. En droit chinois, nous l'appelons un « *manquement d'équité manifeste* » ou bien « *clearly unconscionable* » en anglais (*显失公平/Xian Shi Gong Ping*[1804]), qui est sanctionné par la loi chinoise. Dans l'hypothèse où le débiteur était lui-même le constituant, et qu'il n'avait pas assez d'actifs pour satisfaire tous ses autres

[1803] Art. 57 et Art 96 de l'Explication judiciaire portant sur l'application de la LS (EJ n° 2000-44).

[1804] En Chinois, « *显失公平* (*Xian Shi Gong Ping*) ». C'est une cause légale de l'annulation ou de modification d'un contrat. Mais une telle nullité n'est qu'une nullité relative. V. notamment, l'article 54 de la loi chinoise du 15 mars 1999 portant sur le droit des contrats et l'article 59 de la loi chinoise du 12 avril 1986 portant sur le droit civil.

créanciers, il aura un déséquilibre des intérêts entre le créancier bénéficiaire du pacte commissoire et les autres créanciers du constituant[1805].

1275.Ensuite, la prohibition du pacte commissoire va éviter la collusion, entre le créancier et le débiteur, qui va porter atteintes aux intérêts des autres créanciers de ce dernier[1806].

1276.Enfin, cette prohibition va aussi permettre une protection du constituant[1807] en cas de « sûreté réelle pour autrui »[1808].

1277.Malgré ces raisonnements favorables à la prohibition, certains auteurs ne pensent pas qu'ils soient convainquants [1809] . Mais, le législateur de 2007, contrairement à la proposition doctrinale, ne fait que de poursuivre le chemin de la Cour suprême chinoise.

B – La prohibition stricte par la loi de 2007

1278.**La législation chinoise après la réforme de 2007.** – Le législateur chinois n'a pas modifié l'objectif de la prohibition du pacte commissoire tout en suivant la proposition de certains universitaires[1810] et de la haute juridiction chinoise[1811]. Ainsi,

---

[1805] JI Xiuping, « De la levée de la prohibition du pacte commissoire », *HEBEI Science of Law*, 2005, n° 4, p. 23 s.
[1806] JI Xiuping, « De la levée de la prohibition du pacte commissoire », *HEBEI Science of Law*, 2005, n° 4, p. 23 s.
[1807] JI Xiuping, « De la levée de la prohibition du pacte commissoire », *HEBEI Science of Law*, 2005, n° 4, p. 23 s.
[1808] Ici, l'hypothèse retenue par l'auteur est celle où le constituant est une personne physique qui s'engage à affecter son propre bien à garantir le paiement de la créance d'une entreprise dont il est gérant.
[1809] JI Xiuping, « De la levée de la prohibition du pacte commissoire », *HEBEI Science of Law*, 2005, n° 4, p. 23 s.
[1810] LIANG Huixing (梁慧星), L'avant-projet du droit réel chinois – les articles, les explications, les raisonnements et les législations de référence (中国物权法草案建议稿---条纹、说明、理由及参考立法例), Social Sciences Academic Press (China), 2000, p. 269 ; contra, WANG Liming (王利明), L'avant-projet sur le Code civil chinois(中国民法典学者建议稿), LAW PRESS, 2005, p. 357 et 458.
[1811] V. L'Explication judiciaire portant sur l'application de la LS, 29 septembre 2000 (EJ 2000-44).

le pacte commissoire est prohibé par la loi de 2007 de manière stricte[1812]. C'est-à-dire que le pacte commissoire ne peut être passé, entre les parties, non seulement concomitamment avec le contrat constitutif de la sûreté réelle, mais non plus après la formation de la sûreté réelle, jusqu'à l'échéance de la créance garantie.

1279.**Remarques.** – Au travers de la lecture de ces articles et de la loi de 2007, certaines remarques ont pu être faites.

1280.D'abord, un pacte commissoire ne peut point être passé entre le constituant et le créancier avant l'échéance de la créance garantie. Ainsi, deux hypothèses doivent être distinguées, d'un côté, la créance garantie va être payée en totalité à l'échéance prévue ; de l'autre côté, la créance garantie va être payée successivement par le débiteur, donc plusieurs termes sont convenus par les parties conventionnelles. Dans la première hypothèse, le débiteur va exécuter son obligation vers le créancier en une seule fois. Le défaut de paiement sera simple à constater, parce que le créancier n'est pas obligé d'accepter un paiement partiel[1813] : soit le débiteur va effectuer un paiement entier, soit un défaut de paiement va être constaté. Donc, selon la disposition légale, le pacte commissoire ne peut pas être passé entre le constituant et le créancier jusqu'au défaut de paiement a pu être constaté, c'est-à-dire qu'au moins jusqu'au terme prévu d'exécution. Dans la seconde hypothèse, où il existe plusieurs échéances, tout n'est pas évident. Parce que le défaut de paiement peut arriver à n'importe quelle échéance. Dans ce cas-là, il convient de se demander, si un contrat, autorisant le créancier à devenir le propriétaire du bien grevé à défaut de paiement au terme par le débiteur, peut être conclu à partir de la première échéance de la créance garantie. Selon les termes de l'article 186 de la loi de 2007, cette possibilité existe.

1281.Ainsi une deuxième remarque a pu être poursuivie. Si un tel pacte ne peut être passé entre le créancier et le constituant avant le terme prévu d'exécution, rien n'interdit qu'il soit passé entre ces mêmes protagonistes après que le défaut de paiement soit constaté. Par contre, ce n'est ni dans la loi de 1995, ni dans la loi de

[1812] Art. 186 de la loi du 16 mars 2007 pour l'hypothèse et Art. 211 de la même loi pour le gage.
[1813] V. sur l'indivisibilité du paiement, J. Flour, J.-L. Aubert et E. Savaux, *Droit civil, Les Obligations, 3. Le rapport d'obligation*, 8e éd., Siery 2013, n° 109, p. 100.

2007, que le législateur a prévu une telle voie d'exécution de la sûreté réelle soit interdite. En plus, une telle voie d'exécution correspond exactement à celle de « *ZHE JIA* (*折价*) »[1814] qui est expressément prévue par la loi pour toutes les catégories de sûretés réelles.

1283.Enfin, la prohibition du pacte commissoire est expressément prévue par la loi de 2007 en matière de l'hypothèque et de gage, mais une telle prohibition n'est pas prévue aux matières du gage des droits[1815] (*权利质权/ Quan Li Zhi Quan*) et du droit de rétention qui constitue la troisième grande catégorie de sûreté réelle, en Chine. Si la légalité de la source du droit de rétention s'impose, rien n'interdit que le créancier et le débiteur ne puissent pas choisir, avec un commun accord, la voie d'exécution de cette sûreté réelle. De surcroît, le législateur a expressément prévue une telle possibilité dans l'article 236 de la LDR qui dispose que :« *Le créancier rétenteur et le débiteur peuvent convenir un délai d'exécution de la créance après la détention des biens* […]».

1284.Au travers de ces remarques, il convient de constater que la prohibition chinoise du pacte commissoire n'est pas absolue. La prohibition absolue du pacte commissoire n'est qu'une bonne volonté doctrinale[1816]. Un autre courant doctrinal propose, au contraire, une levée de la prohibition du pacte commissoire.

[1814] Nous pouvons le traduire en « Dation en paiement ».

[1815] Le gage des droits est prévu par les articles 223 à 229 de la LDR. Aucune prohibition de pacte commissoire n'est prévue, au moins expressément, dans cette matière. Mais une telle voie de la réalisation de sûreté réelle n'est non plus expressément prévue par cette loi.

[1816] Sur la prohibition absolue du pacte commissoire, V. LIANG Huixing (梁慧星), L'avant-projet du droit réel chinois – les articles, les explications, les raisonnements et les législations de référence (*中国物权法草案建议稿---条纹、说明、理由及参考立法例*), Social Sciences Academic Press (China), 2000, p. 269.

§ 2 – Une levée de la prohibition recommandée par la doctrine et la pratique chinoise

1285.La levée de la prohibition du pacte commissoire est vainement plaidée par des auteurs avant la réforme de 2007[1817]. Après la réforme de 2007, de plus en plus de chercheurs[1818] ont vu la nécessité de la levée de cette prohibition (A).

1286.Si la levée de la prohibition du pacte commissoire, en Chine, va surement être réalisée dans les réformes prochaines, il convient d'emprunter les expériences françaises pour qu'un tel changement ne bouleverse pas trop le système juridique chinois existant(B).

A – L'analyse théorique sur la nécessité d'autorisation

1287.Pour une levée de la prohibition du pacte commissoire, il faut au moins une justification de la nécessité, parce que la modification de la loi va nécessairement changer la pratique des sûretés réelles chinoises. Il convient de regarder pour quoi il faut lever cette prohibition en comparant les arguments favorables et les arguments défavorables.

1288.**Les arguments favorables à la prohibition.** – Les arguments favorables à la prohibition du pacte commissoire sont nombreux.

1289.D'abord, la prohibition du pacte commissoire n'est pas compatible avec la théorie selon laquelle la sûreté réelle est un droit portant sur la valeur du bien grevé. Certains auteurs chinois soutiennent que la prohibition du pacte commissoire a pour

[1817] V. par exemple, JI Xiuping, « De la levée de la prohibition du pacte commissoire », *HEBEI Science of Law*, 2005, n° 4, p. 23 s.
[1818] V. par exemple : JI Xiuping, De la levée de la prohibition du pacte commissoire, *HEBEI Science of Law*, 2005, n° 4, p. 23 s. ; CHEN Xi, *De la recherche sur les questions du pacte commissoire, mémoire du droit*, Western South University of Finance and Economics, 2007, p.33 ; WANG Ye (王晔), « De la nécessité de la levée de la prohibition du pacte commissoire (论我国解禁流质契约的必要性) », *JOURNAL OF CENTRAL SOUTH UNIVERSITY OF FORESTRY & TECHNOLOGY* (Social Sciences), déc. 2013, p. 102 s.

objet de renforcer l'idée selon laquelle la sûreté réelle est un droit sur la valeur du bien[1819]. C'est au travers de la vente, soit amiable soit publique, que le créancier peut réaliser son droit portant sur la valeur du bien, mais pas la propriété du bien. Si nous autorisons un transfert de propriété, en cas de défaut de paiement du débiteur, en tant qu'un moyen de paiement, c'est de nier que la sûreté réelle est un droit portant sur la valeur d'un bien[1820].

1290.Deuxièmement, la prohibition du pacte commissoire peut protéger les intérêts des établissements de crédit. Parce que, souvent, pour les créanciers établissements de crédits, le bien grevé ne leur est pas utile, et le prix de vente par eux-même sera toujours inférieur au montant de la créance garantie[1821].

1291.Troisièmement, la prohibition du pacte commissoire se justifie par la protection des intérêts du constituant et de ses créanciers que nous avons déjà mentionnée[1822].

1292.**Les arguments favorables à la levée de la prohibition du pacte commissoire.** – Les arguments favorables à l'autorisation du pacte commissoire sont aussi nombreux.

1293.Premièrement, l'autorisation du pacte commissoire est commandée par le respect de « l'autonomie de volonté »[1823]. En cas de dommages causés pour les tiers du contrat, nous pouvons prétendre la modification ou l'annulation du contrat en utilisant le « manquement d'équité manifeste » en matière du droit civil chinois.

[1819] V. sur cette notion, CHENG Xiao (程啸), préf. WANG Liming, *Droit réel, Les sûretés réelles*, LAW PRESS, Chine, 2005， p. 1 : selon cet auteur, la sûreté réelle est un droit portant sur la valeur d'échange d'un bien déterminé.

[1820] YANG Hong(杨红), « De l'autorisation du pacte commissoire par le droit réel chinois (论我国物权法应承认流质契约) », http://www.privatelaw.com.cn/Web_P/N_Show/?PID=3565.

[1821] V. sur ce point, CHEN Xi, *De la recherche sur les questions du pacte commissoire*, mémoire du droit, Western South University of Finance and Economics, 2007, p. 16.

[1822] V. *supra* n° 1274 et s.

[1823] V. par exemple, JI Xiuping, « De la levée de la prohibition du pacte commissoire », *HEBEI Science of Law*, 2005, n° 4, p. 23 s. ; CHEN Xi, De la recherche sur les questions du pacte commissoire, mémoire du droit, Western South University of Finance and Economics, 2007, p. 20 ; WANG Ye (王晔), « De la nécessité de la levée de la prohibition du pacte commissoire (论我国解禁流质契约的必要性) », JOURNAL OF CENTRAL SOUTH UNIVERSITY OF FORESTRY & TECHNOLOGY (Social Sciences), déc. 2013, p. 102 s.

1294.Deuxièmement, l'autorisation du pacte commissoire est commandée par l'objectif du droit des sûretés réelles[1824]. L'objectif de la constitution d'une sûreté réelle est de permettre au créancier d'être satisfait en cas de défaut de paiement par le débiteur à l'échéance. En tant qu'une voie d'exécution de la sûreté réelle, le pacte commissoire va permettre le créancier à accaparer, non seulement la valeur du bien grevé, mais, encore bien au-delà de celle-ci, la propriété du bien grevé. De surcroît, l'efficacité d'une sûreté réelle a pu être réalisée au travers de la mise en œuvre d'un pacte commissoire. Parce qu'en Chine, parmi les voies d'exécution à savoir la vente amiable, la vente aux enchères et la dation en paiement, c'est la dernière qui va causer au débiteur le moins de coût[1825]. Le pacte commissoire qui est conclu en amont par rapport à la dation en paiement est une voie d'exécution plus efficace que cette dernière. Parce que même si une dation en paiement nécessite un accord entre les parties, et pour arriver à un accord, il existe un coût[1826].

1295.Troisièmement, l'autorisation du pacte commissoire va permettre l'affranchissement des difficultés théoriques rencontrées dans l'autorisation de la cession à titre de garantie en Chine[1827]. L'un des caractères les plus importants de la cession à titre de garantie est le transfert de la propriété, au créancier, au moment de la constitution de la sûreté. La technique employée est, presque, la même que celui du pacte commissoire[1828]. Si la tendance est d'admettre la cession à titre de garantie dans le domaine des sûretés réelles[1829], il faut lever la prohibition du pacte commissoire.

[1824] V. par exemple, JI Xiuping, De la levée de la prohibition du pacte commissoire, *HEBEI Science of Law*, 2005, n° 4, p. 23 s. ; CHEN Xi, *De la recherche sur les questions du pacte commissoire*, mémoire du droit, Western South University of Finance and Economics, 2007, p.33 ; WANG Ye (王晔), « De la nécessité de la levée de la prohibition du pacte commissoire (论我国解禁流质契约的必要性) », JOURNAL OF CENTRAL SOUTH UNIVERSITY OF FORESTRY & TECHNOLOGY (Social Sciences), déc. 2013, p. 102 s.

[1825] CHEN Xi, *De la recherche sur les questions du pacte commissoire*, mémoire du droit, Western South University of Finance and Economics, 2007, p.38 et 39.

[1826] Sans compter les honoraires d'avocat, il faut aussi rajouter un coût d'opportunité pour une entreprise. Si les parties n'arrivaient pas à un accord sur la dation en paiement, il faut recourir à la juridiction étatique pour la réalisation d'une sûreté réelle.

[1827] V. sur ce point, CHEN Xi, *De la recherche sur les questions du pacte commissoire*, mémoire du droit, Western South University of Finance and Economics, 2007, p. 24 et s.

[1828] CHEN Xi, *De la recherche sur les questions du pacte commissoire*, mémoire du droit, Western South University of Finance and Economics, 2007, p. 24.

[1829] V. sur ce point, *supra* n° 875 et s.

1295.Sinon, c'est d'autoriser le pacte commissoire en cas de cession à titre de garantie et de le prohiber dans les autres sûretés réelles traditionnelles. Également, l'admission de la cession à titre de garantie va priver le fondement de la prohibition du pacte commissoire.

1296.Quatrièmement, la levée de la prohibition du pacte commissoire va permettre la légalisation des pratiques qui existe déjà depuis plus de mille ans. C'est la fameuse règle de *JUEMAI*[1830] dans l'opération de *DIAN QUAN*[1831], et la pratique de *DIAN DANG*[1832]. L'abrogation du système de *DIAN QUAN* fait l'objet d'une discussion doctrinale depuis longtemps, et certains auteurs résistent toujours à son abrogation tout en soutenant qu'une telle pratique est un système particulier de notre culture juridique. Et concernant la pratique de *DIAN DANG*, elle est encadrée par un règlement qui n'a pas de valeur juridique. Le développement de ces deux pratiques[1833] constitue un élément qui pousse la levée de la prohibition du pacte commissoire.

1297.En comparant ces arguments, il convient de constater que l'autorisation du pacte commissoire ne va pas rencontrer trop de difficulté au niveau théorique.

B – L'analyse comparative selon l'expérience de la pratique chinoise et française

1298.Si les arguments soulevés par les chercheurs sur la levée de la prohibition du pacte commissoire ne suffisent à convaincre le législateur chinois, il convient de

[1830] En Chinois, c'est « *绝卖* » qui signifie la règle par laquelle, dans une vente chinoise à rémérée (DIAN DANG), à l'échéance d'un terme prévu, le cédant perd son droit de rachat.
[1831] En Chinois, c'est « *典权* », qui est un droit réel chinois qui autorise son bénéficiaire la possession, l'utilisation, et le droit de percevoir les fruits d'un bien immobilier qui lui est remis temporairement. Ce droit réel ne peut porter que sur un bien immobilier. Il convient de constater que ce droit ressemble beaucoup à la propriété d'affection en cas de fiducie-sûreté française.
[1832] En chinois, c'est « *典当* », qui peut se définir comme la convention par laquelle, l'emprunteur s'engage à vendre un bien qui lui appartient au prêteur ; le prêteur va lui conférer une somme qui correspond à la valeur d'estimée du bien cédé ; l'emprunteur s'engage à racheter le bien cédé en rembourser le prêteur dans un délai convenu avec une majoration convenue qui correspond à l'intérêt de nos jours.
[1833] Nous allons regarder dans les détails sur le développement de ces deux pratiques dans l'analyse suivante.

rappeler qu'une telle réforme est aussi recommandée par les praticiens chinois (a). 1299.Pourtant, nous ne plaidons pas pour une autorisation générale du pacte commissoire. Seulement une autorisation encadrée est envisageable, l'expérience française nous aidera à clarifier la nécessité de l'encadrement du pacte commissoire (b).

a – L'autorisation du pacte commissoire dans la pratique chinoise

1300.Il convient de regarder séparément les deux pratiques traditionnelles chinoises qui autorisent le pacte commissoire.

1301.***DIAN QUAN*, définition.** – Ce droit réel, étant défini comme un droit confié à son bénéficiaire la possession, l'utilisation et un droit de percevoir les fruits d'un bien immobilier appartenant à un autrui, existe depuis longtemps. En effet, il s'agit bien un acte de prêt. Le constituant va confier *DIAN QUAN* à une certaine personne, *DIAN QUAN REN* (*典权人*) ou bien nous pouvons dire que c'est le bénéficiaire du DIAN QUAN tout en percevant une somme d'argent (*DIAN JIA*) ou bien nous pouvons dire la contrepartie du *DIANQUAN*) qui est calculée selon la valeur vénale (souvent elle représente 50% à 80% de la valeur vénale) du bien affecté. Nous pouvons aussi considérer que cette somme est un prêt octroyé par le bénéficiaire au constituant, et que ce dernier transfère, souvent temporairement toutes les utilités de ce bien à l'emprunteur, ici bénéficiaire du *DIANQUAN*, pour la garantie de paiement. Ce droit réel s'éteint par le rachat du *DIANQUAN* (en chinois, nous disons *HUISHU*, *回赎*[1834]), *ZHAO TIE*[1835], ou bien la *JUE MAI*. C'est la *JUE MAI* qui est l'équivalente du pacte

[1834] À la différence avec la vente à réméré française, ce n'est pas la propriété qui fait l'objet de rachat mais un droit réel. Ce n'est pas difficile à comprendre, parce que son bénéficiaire ne peut pas libre disposer le bien tout en bénéficiant toutes les autres priorités que le bien peut lui offrir. En effet, le terme rachat n'est pas exacte, ici, parce que l'objet de transfert n'est pas la propriété du bien, mais un droit réel.

[1835] ZHAOTIE, ou bien 找贴, est une convention par laquelle, au cours de l'existence de DIANQUAN, le constituant et le bénéficiaire du DIANQUAN se mettent d'accord sur la vente du bien affecté, ainsi, le bénéfiaire du DIANQUAN va devenir le vrai propriétaire du bien affecté tout en payant la différence

commissoire parce qu'elle autorise le bénéficiaire du *DIAN QUAN*, un droit réel, à devenir, directement, le propriétaire du bien appartenant au constituant au défaut de rachat effectué par le constituant à l'échéance d'un certain terme (soit 10 ans soit 30 ans).

1302.**Développement de sa pratique en Chine.** – Cette pratique a été expressément prévue par la loi avant 1949, la déclaration de l'indépendance de la République Populaire de Chine. Avec l'abrogation de toutes les lois vieilles de Chine, une telle pratique n'existe que dans la coutume. Par contre, la juridiction chinoise admet la validité de ces contrats[1836]. Si cette pratique existe toujours et qu'elle est autorisée par les juridictions, une absence de fondement légal est dangereuse pour les praticiens, notamment en cas de conflit.

1303.**Appel de la légalisation de l'institution.** – Parmis les praticiens, il existe toujours une partie qui appelle à la légalisation du *DIAN QUAN*. Les raisonnements qui justifie cette recommandation de réforme sont nombreuses. D'abord, la pratique de *DIAN QUAN* est une institution particulière du droit chinois en matière immobilière. La légalisation de cette institution va nous permettre une meilleure protection de la culture traditionnelle chinoise[1837]. Ensuite, la raison pour laquelle une telle institution a pu se développer en Chine est qu'elle est profitable pour toutes les parties conventionnelles. A la différence avec l'antichrèse française, dont la dépossession est aussi requise, le bénéficiaire du *DIAN QUAN* peut utiliser le bien affecté et percevoir les fruits, et, le constituant ne perd pas son statut de propriétaire. Troisièmement, étant affecté dans la garantie de paiement, le bien, l'objet de *DIAN QUAN*, ne perd pas ses utilités : le constituant bénéficie sa valeur d'échange et le

---

entre la valeur vénale du bien affecté et le DIANJIA (contrepartie du DIANQUAN). V. l'explication en chinois : http://wiki.mbalib.com/wiki/%E6%89%BE%E8%B4%B4.

[1836] V. notamment, http://baike.baidu.com/view/105506.htm.

[1837] V. par ex. YANG Yuling(杨与龄), *De la préservation de l'institution de DIANQUAN*(论典权制度之存废)，*in* LIANG Huixing, *Les théories du droit civil et commercial* (民商法论丛)，T. 12，LAW PRESS，1999 ; CUI Jianyuan (崔建远) et ZHONGWeixing(中卫星), *La recherche sur les difficultés rencontrées dans la législation portant sur le droit réel* (我国物权立法难点问题研究)，Press of Universty of Qinghua，juin 2005.

bénéficiaire du *DIAN QUAN* bénéficie la valeur d'usage du bien[1838]. Quatrièmement, l'institution de *DIAN QUAN* ne saurait pas être remplacée par celle de gage immobilier. Parce que, dans un gage immobilier, en cas d'insuffisance du prix de vente, le débiteur s'engage personnellement à l'encontre du créancier ; mais en cas de *DIANQUAN*, le débiteur s'engage, logiquement, qu'avec le bien immobilier affecté[1839]. Enfin, à cause de l'absence de fondement légal, Le *DIAN QUAN* est relativement rare dans la pratique[1840], notamment un manquement d'inscription de ce droit réel non prévu par la loi rend une telle pratique inopposable aux tiers. Ainsi, c'est peut-être la raison pour laquelle tous les avant-projets préparés pour la réforme du droit réel[1841] ont intégré cette institution dans le corps du droit des sûretés réelles. Et, dans tous les ouvrages principaux du droit des sûretés réelles chinoises, la règle de *JUEMAI* (c'est-à-dire d'autoriser le bénéficiaire de ce droit à devenir directement le propriétaire du bien affecté en cas de non levée d'option de rachat au terme) est toujours valable.

1304.De surcroît, l'autorisation de *JUE MAI* dans l'institution de *DIAN QUAN* ne contredit pas au principe d'équité. D'ailleurs, un tel aménagement est le résultat de la volonté individuelle[1842]. Il convient de préciser que la règle de *JUE MAI* doit être expressément prévue par la convention entre les parties, sinon, le bénéficiaire ne saurait devenir directement le propriétaire du bien affecté.

1305.Également en matière mobilière, la pratique traditionnelle chinoise autorise aussi le pacte commissoire.

[1838] Sur ce point, V. QU Maohui (屈茂辉), *De la recherche des usufruits* (用益物权制度研究), PRESS Of FANGZHENG(中国方正出版社), 2005, p. 278 à 279.
[1839] CHEN Xi, *De la recherche sur les questions du pacte commissoire*, mémoire du droit, Western South University of Finance and Economics, 2007, p. 21.
[1840] CUI Jianyuan (崔建远) et ZHONGWeixing(中卫星), *La recherche sur les difficultés rencontrées dans la législation portant sur le droit réel* (*我国物权立法难点问题研究*)，Press of Universty of Qinghua，juin 2005, p. 143 à 147.
[1841] V. LIANG Huixing, avant-projet de la Loi des droits réels, 2000 ; WANG Liming, Avant-projet de la Loi des droits réels, 2001. Une remarque à faire ici, parce qu'en insistant sur la prohibition du pacte commissoire, M. LIANG a quand même proposé la légalisation de l'institution de DIANQUAN avec la règle de *JUEMAI* qui est, pour nous, la mise en œuvre du pacte commissoire.
[1842] CHEN Xi, *De la recherche sur les questions du pacte commissoire*, mémoire du droit, Western South University of Finance and Economics, 2007, p. 22.

1306.***DIAN DANG,* définition.** – *DIAN DANG*, qui est un ancien métier en Chine, est daté de la période de *CHUN QIU* ou la période des Printemps et d'Automnes, qui désigne la première partie de la dynastie des *Zhou Orientaux* (*Dong Zhou 东周*, 771-256 av. J.-C.), c'est-à-dire une période allant d'environ 771 à 481/453 avant JC. Ce métier était devenu très courant dans la période de dynasties du Nord et du Sud (c'est-à-dire qu'entre 420 et 589 après J.-C.). Le magasin qui pratique le *DIAN DANG* s'appelle *DANG PU*[1843] (*当铺*). Elle désigne une convention par laquelle, une personne, le constituant, affecte un bien ou un droit au *DANG PU*, en payant des frais, et obtenir une somme de prêt (nous disons ici aussi *DIAN JIA*[1844]) qui correspond à la valeur du bien ou du droit affecté ; au terme de prêt, cette personne s'engage à rembourser le prêt et payer les intérêts tout en rachetant le bien ou le droit affecté ; le *DANG PU* n'a pas le droit d'utiliser le bien qui lui est conféré. Au terme prévu entre les parties, si le constituant n'arrive pas à faire le rachat, le *DANG PU* va devenir le propriétaire du bien ou du droit ; ce dernier va, ensuite, vendre ce bien par lui-même pour obtenir une somme plus importante que le prêt accordé au constituant.

1307.À la différence avec *DIAN QUAN*, *DIAN DANG* ne peut être utilisé qu'en matière mobilière. De surcroît, *DIAN QUAN* est considéré comme une sorte d'usufruit, et *DIAN DANG* est considéré comme une pratique de sûreté réelle. Pour pratiquer *DIAN DANG*,le prêteur créancier doit obtenir un certificat de métier. Par contre, *DIAN QUAN* peut être pratiqué par n'importe quelle personne avec une capacité civique complète. Enfin, une différence entre les deux institutions existe dans les droits octroyés au possesseur du bien affecté. Le bénéficiaire de *DIAN QUAN* a tous les droits d'utiliser le bien que lui est confié, mais le *DANG PU* n'a aucun droit d'utilisation.

[1843] Le terme DANGPU peut signifier tantôt le local où on pratique DIANDANG, tantôt la personne juridique qui utilise ce local.
[1844] V. sur la notion de DIAN JIA, *supra* n° 1301.

1308.**Développement de la pratique de *DIAN DANG* en Chine depuis 1949**. – En effet, depuis la déclaration de l'indépendance de la République Populaire de Chine en 1949, cette institution de garantie de paiement était complètement interdite[1845]. C'est à partir des années 90 que nous pouvons constater, au fur et à mesure, une levée de la prohibition. La pratique de *DIAN DANG* est devenue un moyen important d'obtention de crédit pour certaines entreprises chinoises. Selon le département des affaires du gouvernement chinois, il existait, en 2007, 2342 établissements de *DANG PU* en Chine qui détenaient, en tout, 86, 2 milliard de RMB[1846]. Ils ont octroyé, dans les premiers 6 mois de 2007, des crédits d'une totalité de 44,1 milliard RMB, qui est de 31 % de plus par rapport à la même période de l'année précédente. Par contre, la solde d'impayé ne se lève qu'à 25,4 milliard, donc 7,7% de moins par rapport à la même période de l'année précédente. Il convient de constater que, en Chine, la pratique de DIAN DANG est en prospérité[1847].

1309.Théoriquement, *DIANDANG* est une pratique de crédit assortie d'une sûreté réelle mobilière. La spécialité de cette pratique est l'autorisation du pacte commissoire. Au terme prévu, le constituant n'exerçait pas son droit de « *HUI SHU*», le *DIAN DANG* allait devenir « *JUE DANG* »[1848] ou bien « *SI DANG* »[1849], c'est-à-dire que le *DANG PU* va avoir le droit de devenir le propriétaire du bien affecté.

1310.***DIAN DANG* de nos jours.** – Aujourd'hui, la pratique de *DIANDANG* est strictement encadrée par un Règlement de 2005[1850]. Il convient de constater que la pratique de *DIANDANG* est applicable à un grand nombre de variétés de biens : les biens mobiliers corporels, les biens incorporels, les biens immobiliers, etc. C'est par

---

[1845] Parce qu'il s'agit de l'héritage de vieille tradition chinoise, et le Président Mao voulait constituer une nouvelle Chine, ainsi ce régime a été abandonné par le système juridique chinois malgré ses rôles importants.
[1846] La monnaie chinoise : 1 euro = 7 RMB (au moment de la rédaction de la thèse).
[1847] CHEN Xi, *De la recherche sur les questions du pacte commissoire*, mémoire du droit, Western South University of Finance and Economics, 2007, p. 22.
[1848] Littérairement, JUEDANG, « *绝当* », signifie la fin de cette pratique de DIANDANG. il est synonyme de SIDANG (*死当*).
[1849] Littérairement, SIDANG, « 死当 », signifie que la pratique de DIANDANG est morte, c'est-à-dire que le constituant n'a plus le droit de « rachat » ou bien le droit de « HUISHU », qui permet aux partie à retrouver au *statu quo ante*.
[1850] Règlement n° 8 du 25 février 2005 portant sur les activités de DIANDANG.

son article 43, alinéa 2, de ce décret que le pacte commissoire est autorisé[1851]. Mais il n'est autorisé que sur les biens dont la valeur estimée ne dépasse pas 30 000 RMB[1852], donc, environ 4300 euros. Sinon, l'établissement de *DIAN DANG* doit réaliser cette garantie de paiement tout en respectant les règles prévues par la loi portant sur le droit réel[1853]. Pourquoi la réalisation des biens dont la valeur estimée est au-delà de 30 000 RMB ne peut pas bénéficier du pacte commissoire ? Le décret n'a pas expliqué la légalité de ce critère de distinction. Nous comprenons mal la raison pour la raison un décret va pouvoir autoriser ce qui est interdit par la loi. Si *DIAN DANG* reste comme une pratique coutumière, il convient d'appliquer la coutume pour réglementer ces activités, mais pas un décret.

1311.Revenons sur la question du pacte commissoire, sa validité n'était pas remise en cause par le *DIAN DANG* traditionnel. Aux termes du Règlement, il est encore autorisé si la valeur estimée du bien ne dépasse pas 30 000 RMB. Autrement dit, si un jour il faut résoudre le conflit entre ce décret et la loi de 2007, soit nous allons continuer à prohiber le pacte commissoire, soit, cette prohibition critiquable va être, finalement, levée.

1312.Il convient de voir les expériences françaises sur la levée de la prohibition du pacte commissoire. C'est au travers de ces expériences que nous pouvons entrevoir une voie plus claire de la réforme prochaine.

[1851] De plus, selon les termes de cet article, en cas de non-respect des règles prévues par la loi de 2007, c'est à l'établissement de DIANDANG à subir les conséquences indésirables.
[1852] Il convient de demander comment estimé ? Par qui ? et à quel moment ?
[1853] Art. 43, alinéa 1er, du décret de 2005.

b – Les problèmes rencontrés dans la mise en œuvre du pacte commissoire français.

1313.L'autorisation du pacte commissoire est bienvenue, en France. Mais la législation ne fait pas moins de l'objet de critiques tant par les universitaires[1854] que par les praticiens[1855].

1314.Aujourd'hui, plus de 10 ans après la levée de la prohibition du pacte commissoire en France, il convient de faire un petit résumé sur la mise en place du régime de pacte commissoire (1). Aussi, pour répondre aux soucis des auteurs chinois, l'expérience française pourrait être utile (2).

1 – Les questions soulevées dans la mise en place du pacte commissoire en droit français.

1315.**Questions sur la rédaction du pacte commissoire.** – La première question que nous pouvons poser sur la constitution du pacte commissoire en matière du droit des sûretés réelles est la rédaction du pacte commissoire.

1316.**Moment de rédaction.** – Ainsi se pose la question du moment de la création du pacte. Si l'article 2348 du Code civil prévoit en matière de gage de meubles corporels que le pacte commissoire peut être convenu lors de la constitution du gage ou postérieurement, la lettre de l'article 2459 du Code civil qui traite de l'hypothèque conventionnelle réserve la possibilité de constituer un pacte commissoire dans la convention d'hypothèque exclusivement, sans par ailleurs préciser ce que recouvre cette notion. Faut-il en déduire qu'il n'est pas possible pour un créancier hypothécaire de se faire consentir un pacte commissoire aux termes d'un avenant établi par acte

[1854] D. Bazin-Beust, « Une analyse du pacte commissoire… ou prudence est mère de sûreté chez les financiers ? », *LPA 2011*, n° 99, p. 50 et s. ; Ch. Carbonnel, « Le pacte commissoire en matière immobilière ou la réforme inachevée », *JCP N* 2007, n° 51-52, p. 1335 s. ; A. Gogos-Gintrand, « Le pacte commissoire : une institution dangereuse par nature », *RRJ* 2011, n° 1, p. 401 s. ; F. Macorig-Venier, « Le pacte commissoire (et les sûretés réelles mobilières) », *RLDA* 2007/14.

[1855] S. Perus, « Des aspects pratiques du pacte commissoire », *RLDC* 2008, n° 50, p. 29 s. ; F. Martin et B. Gérard-Godard, « Le pacte commissoire », *JCP N* 2011, p. 1183 s. ; J.-M. Hocquard, « Le pacte commissoire en matière immobilière : une fausse bonne volonté ? », *Dr. et Patr.* 2005, n° 142, p. 80 s.

authentique postérieur à l'acte d'affectation hypothécaire ? Nous ne le pensons pas dans la mesure où antérieurement à l'entrée en vigueur de l'ordonnance du 23 mars 2006, la prohibition du pacte commissoire ne s'appliquait qu'à l'acte de constitution de la sûreté, les parties étant libres de convenir d'un pacte commissoire postérieurement. Dès lors que La validité du pacte commissoire se trouve admis, rien ne s'oppose à ce qu'une telle disposition puisse être adoptée aux termes d'une seconde convention postérieurement à la constitution des sûretés[1856].

1317.**Contenu.** – En outre, on peut aussi s'intérroger sur le contenu du pacte. Dans la logique des civilistes, il convient de se demander s'il existe des mentions obligatoires pour qu'un tel pacte soit valable. En l'absence de mentions légales spécifiques, même pas une intitulation « pacte commissoire », ou de conditions particulières de fond ou de forme, il convient de revenir aux conditions ordinaires du droit des contrats[1857]. Il s'agit, dans un premier temps, de préciser les modalités de constatation de la défaillance du constituant, le cas échéant après la mise en demeure. C'est, en effet, la défaillance du constituant qui devra permettre la mise en œuvre du pacte commissoire. Il est admis que le créancier doit pouvoir justifier une créance liquide et exigible. Par contre, une telle solution n'est toujours pas envisagée par le créancier selon les différentes circonstances, il convient de préciser si la mise en œuvre du pacte commissoire est automatique une fois la défaillance du débiteur est constatée. Encore une fois, c'est la liberté contractuelle qui va jouer son rôle ici.

Concernant le recours à l'expert chargé de l'estimation des biens gagés ou nantis, il conviendra là encore de préciser les conditions de désignation, de rémunération de l'expert, ainsi que l'étendue de sa mission. Néanmoins, un tel recours est inutile dans le cadre d'un nantissement de créances ou lorsque les biens sont cotés sur un marché réglementé. On retrouve ici le principe évoqué à l'article L. 431-4-V du Code monétaire et financier en matière de nantissement de compte d'instruments financiers ou encore les solutions jurisprudentielles antérieures en matière d'attribution

[1856] En ce sens, L. Aynès, P. Crocq, *Les sûretés. La publicité foncière* : Defrénois, 7e éd., LGDJ 2013, n° 687, p. 334 s.
[1857] S. Perus, « Des aspects pratiques du pacte commissoire », *RLDC* 2008, n° 50, p. 29 s.

judiciaire pour laquelle il était considéré, en dépit des dispositions de l'*ancien article 2078* du Code civil qui imposaient une estimation par expert, qu'une telle estimation était inutile si les intéressés s'étaient entendus sur la valeur du bien. On regrettera simplement que les textes n'aient pas précisé le cas particulier des sûretés sur sommes d'argent[1858].

De toute façon, les praticiens recommandent un maximum de précisions concernant la mise en œuvre du pacte commissoire dans la rédaction du pacte commissoire[1859], parce que la mise en œuvre du pacte commissoire ne soulève pas moins de problème que nous pouvons imaginer au moment de la lecture des textes légaux.

1318.**Support. –** Par ailleurs, le point relatif au support que peut revêtir le pacte ne doit pas être négligé. En matière immobilière, l'exigence d'écrit et de publicité n'est pas contestable. Parce que le pacte commissoire, une auxiliaire de la sûreté réelle, est nécessairement une partie de la convention.

S'il s'agit d'un pacte commissoire relatif à une sûreté réelle mobilière pour laquelle la forme notariée n'est pas obligatoire, une question supplémentaire vient se poser. Nous savons bien que l'article 1108-2 du Code civil consécutif à la loi n° 2004-575 du 21 juin 2004 pour la confiance en l'économie numérique prohibe l'acte sous seing privé électronique relatif à des sûretés consenties par des non-professionnels. Par souci de protection des consommateurs, le législateur a maintenu l'ancestral support papier pour ces opérations juridiques. Si le pacte commissoire est inclus dans un contrat de gage ou dans un contrat de nantissement conclu avec un constituant non-professionnel (lesquels sont désormais des contrats solennels par application des articles 2336 et 2356 du Code civil), la disposition précitée s'appliquera sans contestation. Mais que décider si le pacte est conclu postérieurement ? A lire l'article 1108-2 du Code civil, on pourrait penser que la prohibition est maintenue puisqu'est visé l'acte « relatif » à une sûreté et pas seulement l'acte constitutif d'une sûreté. Le pacte commissoire étant nécessairement l'auxiliaire d'une sûreté réelle, il lui est bien relatif. A cet argument de

[1858] V. en ce sens, S. Perus, « Des aspects pratiques du pacte commissoire », *RLDC* 2008, n° 50, p. 29 s.
[1859] Sur ce point, V. notamment, Ch. Jacomin et B. Lacourte, « De l'intérêt du pacte commissoire dans les sûretés réelles », *RDLC* 2012, 4894.

texte, vient s'ajouter l'objectif de protection des débiteurs non professionnels. Leurs intérêts devraient être préservés non seulement lorsqu'ils concluent le contrat de garantie mais également quand ils consentent à leur créancier le droit de s'approprier le bien qui en constitue l'assiette. Dès lors, le support électronique devrait être banni pour la constitution, par un acte sous seing privé, d'un pacte commissoire se rapportant à une sûreté non consentie pour des besoins professionnels et donc par des consommateurs.

Une fois rédigé et validé par les parties conventionnelles, le pacte commissoire sera opposable entre les signataires. Il convient, alors, de demander sa modalité de publicité, parce que c'est l'opposabilité aux tiers de cette convention attributive qui rend ce mode d'exécution efficace.

1319.**Publicité du pacte commissoire[1860]. –** Le pacte commissoire se matérialise soit par une clause du contrat constitutif de la sûreté soit par un avenant. Aucun formalisme n'a été spécifiquement prévu pour la rédaction du pacte ni pour sa publicité.

En tant qu'une mode d'exécution d'une sûreté réelle, le pacte commissoire est nécessairement un accessoire de la convention constitutive de la sûreté réelle. En appliquant la règle de l'accessoire, *accessorium sequitur principale*, son opposabilité sera soumise aux mêmes conditions que celle de la sûreté réelle conventionnelle. Pour le pacte commissoire qui est convenu concomitamment avec la convention constitutive de la sûreté réelle, la question de publicité ne se pose pas, parce qu'il sera publié[1861] en même temps que la sûreté réelle. Par contre, si un pacte commissoire est inséré dans la convention constitutive, qui est déjà publiée, par un avenant, il semble

[1860] Ici, nous n'allons que traiter la question de publicité du pacte commissoire inséré dans une sûreté réelle mobilière.

[1861] En cas de gage sans dépossession, c'est l'article 2337 du Code civil qui prévoit que « le gage est opposable aux tiers par la publicité qui en est faite » ; et en cas de nantissement du droit commun, la sûreté réelle n'est soumise à aucun formalisme de publicité pour qu'il soit opposable aux tiers (pour qu'un nantissement soit bien efficace pour le créancier, une notification suffit à obliger le débiteur de la créance nantie à lui effectuer le paiement).

qu'une publicité supplémentaire s'impose pour que cette convention attributive de propriété soit opposable aux tiers, notamment les autres créanciers du débiteur.

Concernant le gage sans dépossession, une publicité est requise pour que le gage soit opposable aux tiers[1862]. Il convient alors d'appliquer une même exigence au pacte commissoire, dont ce dernier doit faire l'objet d'une publicité supplémentaire si le contrat constitutif est déjà publié.

Concernant le gage avec dépossession, dont la publicité se réalise par la remise matérielle du bien gagé, la question de publicité du pacte commissoire se pose. Malgrél'exigence d'écrit, les tiers ne peuvent pas connaître le contenu du contrat constitutif si ce dernier ne fait pas, lui-même, l'objet d'une publicité. Encore que « *le pacte commissoire ne se présume pas* ». Il convient alors de publier le contrat constitutif avec le pacte commissoire, peu importe que le pacte commissoire soit matérialisé par une clause dans le contrat constitutif ou un avenant, pour qu'il soit opposable aux tiers. Il faut observer que le bénéfice du pacte commissoire est constitué sur une formalité lourde.

Il convient ici de rajouter que la publicité de gage se fait au moyen d'enregistrement auprès du Tribunal de commerce dans le ressort duquel se situe le bien ou l'établissement du débiteur.

1320.**Date de transfert de propriété. –** Au surplus, peut être aussi soulevée, la question sur la date de transfert de propriété. Une telle question ne se pose pas dans la recherche purement théorique, mais dans la pratique. L'arrêt de la Chambre commerciale du 16 décembre 2008 invite à quelques réflexions sur la détermination de la date du transfert de propriété en exécution du pacte commissoire. La Cour de cassation reconnaît implicitement que l'exécution du pacte commissoire a lieu de plein droit en cas de défaillance du débiteur, sauf stipulation contraire [1863] .

[1862] Art. 2337, C. civ.
[1863] Cass. com., 16 déc. 2008, n° 08-13014 : « (...) *Il ne résulte ni de l'arrêt ni des conclusions que la société Lyon Mag ait soutenu que le contrat de nantissement n'ouvrait à la société Atar, postérieurement à l'expiration du délai (conventionnel) de huit jours ouvrés, qu'une simple faculté de*

L'énonciation d'une règle déterminant la date du transfert de propriété en exécution d'un pacte commissoire était attendue par la doctrine qui proposait déjà des solutions contradictoires.

Le pacte commissoire est stipulé dans l'intérêt du créancier. Certains auteurs en ont déduit qu'il devait être un mode de réalisation facultatif de la sûreté laissé à l'arbitraire du créancier auquel on ne peut imposer la propriété d'un bien qu'il ne souhaite pas[1864]. Le transfert de propriété est donc subordonné à une manifestation de volonté du créancier, ce qui exclut qu'il ait lieu de plein droit[1865], contrairement à ce qui est soutenu par les professeurs Aynès et Crocq[1866].

Si un transfert automatique est contestable[1867], une telle proposition de solution n'est pas sans intérêts pratiques. Un transfert automatique de la propriété au créancier va permettre à ce dernier de bénéficier un paiement immédiat tout en évidant l'intervention d'un juge qui autorisera un délai de grâce, et, aussi, éviter l'ouverture

---

demander la réalisation du gage ; que le moyen est nouveau et mélangé de fait et de droit [...] que le délai était expiré le 22 novembre 2007 à 24 heures et qu'à cette date précise, le nantissement était réalisé [...] ».

[1864] M. Cabrillac, Ch. Mouly, S. Cabrillac et Ph. Pétel, *Droit des sûretés*, Litec, 9e éd., 2007, n° 1087. Les parties restent libres de stipuler que l'attribution sera obligatoire pour le créancier. Analysant le pacte commissoire en matière immobilière comme une promesse unilatérale de vente accordant au créancier le droit de lever l'option en cas de défaillance du débiteur, V. Ph. Delebecque, « Le régime des hypothèques », *JCP E* 2006, suppl. au n° 20, Études n° 8, p. 30, n° 9 ; M. Mignot, *Droit des sûretés*, Montchrestien, 2008, n° 1267.

[1865] Il a même été avancé qu'on devrait distinguer selon que la sûreté consentie emporte dessaisissement ou non du débiteur. Si le créancier est en possession, il acquiert la propriété dès la déclaration d'appropriation adressée au débiteur selon les modalités convenues. Au contraire, si le débiteur est en possession, le transfert s'opère *solo consensu*, sauf clause contraire, V. S. Hébert, « Le pacte commissoire après l'ordonnance du 23 mars 2006 », *D. 2007*, p. 2052, n° 29 ; S. Perus, « Des aspects pratiques du pacte commissoire », *RLDC 2008/50*, p. 30. Le bien-fondé de la distinction n'est pas évident. On ne voit pas pourquoi le transfert du bien en possession du débiteur doit être subordonné à son consentement, alors que ce dernier a déjà été donné au moment de la formation du pacte commissoire.

[1866] L. Aynès et P. Crocq, *Les sûretés, La publicité foncière*, 7e éd. LGDJ 2013, n° 515 (gage) et n° 687 (hypothèque conventionnelle). Selon ces auteurs, « *le pacte commissoire permet au créancier de devenir automatiquement propriétaire du gage, du seul fait de la défaillance du débiteur* », et que « *le pacte commissoire ne donne pas au créancier une simple option, à moins que les parties n'en disposent autrement* », ainsi, ils peuvent obtenir un tel résultat : « *dès sa conclusion, le transfert de propriété est décidé, même s'il est éventuel* » (p. 245 à 246).

[1867] À moins que le transfert soit, sûrement, tardé par l'évaluation du bien grevé par un expert qui peut être désigné soit par le pacte commissoire soit par une décision judiciaire.

d'une procédure collective[1868], qui porte atteinte à la mise en œuvre du pacte commissoire. C'est-à-dire que la mise en œuvre du pacte commissoire doit être vite, « *maintenant ou jamais* ».

Le transfert automatique, bien entendu après l'évaluation du bien grevé, de la propriété par le constat de la défaillance du débiteur est quand même dangereux pour les créanciers. En effet, le transfert automatique présente des inconvénients en obligeant le gagiste à devenir propriétaire d'un bien susceptible de ne pas l'intéresser et dont la revente risque d'être ni aisée, ni fructueuse[1869]. De surcroît, en absence de texte légal, une application du droit commun s'impose : le transfert de propriété est accompagné avec le transfert de risques[1870]. C'est peut-être la raison pour laquelle, dans certaines matières, la mise en œuvre du pacte commissoire est soumise à des conditions prévues par les lois[1871].

Ainsi, il convient de laisser les parties choisir la date de transfert de propriété en cas de défaillance du débiteur. Par contre, des soucis de sécurité et d'équité recommandent un encadrement dans les matières particulières. C'est-à-dire que « *la liberté contractuelle qui préside au pacte commissoire reste encadrée par la loi* »[1872].

1321.**Question sur le droit du créancier bénéficiaire de pacte commissoire en cas de concurrence avec un tiers bénéficiaire d'un droit de préemption portant sur un même bien. –** Les créanciers du constituant ne sont toutefois pas les seuls tiers intéressés de l'existence d'un pacte commissoire. Les titulaires d'un droit de préemption n'y sont pas également indifférents. Le pacte commissoire leur est-il opposable ? Le transfert de propriété est-il dépendant de la purge du droit de

[1868] Sur ce point, V. A. Dadoun, « La date du transfert de propriété en exécution du pacte commissoire », *Dr. et Patr.* 2009, 187, p. 42 s.
[1869] A. Dadoun, « La date du transfert de propriété en exécution du pacte commissoire », *Dr. et patr.* 2009, 187, p. 42 s. ; L. Aynès et P. Crocq, *Les sûretés, La publicité foncière*, 7e éd., LGDJ 2013, n° 515.
[1870] Art. 1138, C. civ. (Depuis l'ordonnance du 10 février 2016, c'est le nouvel article 1196 du Code civil qui prévoit le transfert de risque avec le transfert de la propriété.)
[1871] Pour donner un exemple, malgré des critiques, la réalisation du pacte commissoire est-elle soumise à la signification préalable et au délai de huit jours prévus pour la réalisation extrajudiciaire du gage commercial avec dépossession (C. com., art. L. 521-3) et du nantissement de compte d'instruments financiers (C. mon. fin., art. L. 432-4, V).
[1872] A. Dadoun, « La date du transfert de propriété en exécution du pacte commissoire », *Dr. et Patr.* 2009, 187, p. 42 s. *in fine*.

préemption ? Encore une fois, la réponse à la question est étroitement liée à la nature juridique du pacte commissoire. Les précédents développements ont mis l'accent sur le fait que le pacte commissoire réalisait une dation en paiement. En conséquence, la question qui se pose est de savoir si le titulaire d'un droit de préemption est fondé à s'en prévaloir lorsqu'il est remis au créancier autre chose que l'objet même de la dette. Sur ce point, la jurisprudence est claire. Elle retient dans un arrêt que la dation en paiement étant assimilable à une aliénation à titre onéreux, le preneur de terres données en paiement est alors en droit d'exercer son droit de préemption[1873]. Ainsi, dès l'instant que l'on assimile le pacte commissoire à une dation en paiement, le transfert de propriété ne se réalise qu'une fois les droits de préemption soient purgés.

1322.**Question particulère soulevée par l'arrêt Cœur défense.** - Le droit des procédures collectives, on le sait, paralyse le jeu du pacte commissoire[1874]. Le risque n'existe-t-il pas alors qu'un débiteur cherche à provoquer l'ouverture d'une telle procédure afin d'entraver l'attribution conventionnellement et préalablement consentie à son créancier ? Dans son arrêt *Cœur Défense* très remarqué et largement commenté par les spécialistes des procédures collectives[1875] , la chambre commerciale de la Cour de cassation rappelle que ce risque d'instrumentalisation des procédures collectives est réel. Cependant, le juge conserve le pouvoir de refuser l'ouverture d'une procédure de sauvegarde afin de faire échec à l'intention frauduleuse du débiteur constituant.

Dans l'affaire en question, une société a sollicité l'ouverture d'une procédure de sauvegarde. L'un de ses créanciers bénéficiaire d'un nantissement d'actions assorti d'un pacte commissoire a ensuite demandé en justice la rétractation du jugement d'ouverture sur le fondement de l'article L. 661-2 du Code de commerce. Invoquant la

---

[1873] Civ. 3e, 4 avr. 1968, *Bull. civ.* III, n° 148.
[1874] Art. L. 622-7, I, al. 3, C. com.
[1875] Com. 8 mars 2011, FS-P+B+R+I, n° 10-13.988, *D.* 2011. 743, obs. A. Lienhard, 919, note P.-M. Le Corre, 1441, chron. L. Arcelin Lécuyer, et 2069, obs. F.-X. Lucas; *Rev. sociétés 2011*. 404, étude B. Grelon; *RTD civ.* 2011. 351, obs. B. Fages ; *RTD com.* 2011. 420, obs. J.-L. Vallens. Se posait la question de savoir si une procédure de sauvegarde (qui a pour objectif, entre autres, le maintien de l'emploi) pouvait être ouverte au bénéfice d'un SPV (sur ce sujet, V. R. Dammann et M. Boché-Robinet, « La sauvegarde, un outil pour protéger les intérêts des actionnaires ? », *Bull. Joly 2009*. 1116). Le principal créancier, un fonds commun de titrisation (FCT), faisait notamment valoir que les sociétés débitrices tentaient uniquement, par le recours à la procédure de sauvegarde, d'échapper la mise en œuvre du pacte commissoire.

fraude à ses droits de créancier conformément à l'article 583 du Code de procédure civile, il forme tierce-opposition. Selon lui, l'ouverture de la procédure de sauvegarde n'aurait eu pour objectif que de bloquer les effets du pacte commissoire et de l'empêcher d'acquérir les titres nantis en application de l'article L. 622-7 du Code de commerce. La cour d'appel de Paris avait fait droit à sa demande en relevant que « *la procédure de sauvegarde a eu pour but exclusif de permettre à cette société d'échapper, au moins temporairement, à ses obligations contractuelles et notamment de la faire échapper à l'exécution du pacte commissoire* »[1876]. La Cour de cassation censure partiellement son arrêt. Elle lui reproche la violation de l'article L. 620-1 du Code de commerce et déclare que « *Hors le cas de fraude, l'ouverture de la procédure de sauvegarde ne peut être refusée au débiteur, au motif qu'il chercherait ainsi à échapper à ses obligations contractuelles, dès lors qu'il justifie, par ailleurs, de difficultés qu'il n'est pas en mesure de surmonter et qui sont de nature à le conduire à la cessation des paiements* ». Pour accueillir la demande du créancier bénéficiaire du pacte commissoire et refuser corrélativement la demande d'ouverture de procédure du débiteur, la cour d'appel de Paris aurait dû vérifier s'il en était ainsi.

1323.Nous le voyons, et là réside le cœur de l'arrêt pour la question nous concernant, la Cour suprême réserve bien le cas de la fraude du demandeur. Il appartiendra donc à la Cour de renvoi d'apprécier si tel est le cas en l'espèce. Toutefois, il ne faudrait pas que ce « garde-fou » de la fraude soit difficile à mettre en œuvre compte tenu des termes utilisés par l'arrêt. Classiquement, la fraude peut se définir comme étant un agissement illicite par l'emploi de moyens réguliers[1877] . Pour la Cour de cassation, la fraude ne serait pas ici constituée du seul fait que le débiteur veut échapper à ses obligations contractuelles. Nous pouvons parfaitement comprendre que la Cour suprême veille à ce que les recours des créanciers ne remettent pas fondamentalement

[1876] Paris, 25 févr. 2010, n° 09/22756, *D. 2010*. AJ. 579, obs. R. Dammann ; *Rev. proc. coll.* 2010, comm. n° 152, note B. Saintourens ; *JCP E* 2010. 1475, note B. Saintourens ; *LPA* 9 mars 2010, p. 12, note G. Teboul. V. également M. Menjucq, Affaire Heart of La Défense : incertitudes sur le critère d'ouverture de la procédure de sauvegarde, *Rev. proc. coll.* 2010, étude n° 11 ; O. Puech et G. Saint Marc, « L'affaire Coeur Défense, quelles leçons pour la finance structurée en France ? », *Rev. Banque*, n° 723, avr. 2010, p. 4 ; H. Kensicher, « Avant et après la sauvegarde Coeur Défense », *Décideurs : stratégie finance droit avr.* 2010, p. 70.
[1877] G. Cornu, *Vocabulaire juridique*, PUF 2011, V° « Fraude », sens 2.

en cause le droit des débiteurs à solliciter l'ouverture d'une procédure de sauvegarde. Néanmoins lorsqu'un débiteur cherche à échapper à ses engagements – en l'occurrence un pacte commissoire valablement conclu –, la sauvegarde n'est-elle pas détournée de sa finalité ? N'est-elle pas instrumentalisée et donc invoquée de manière frauduleuse ? La Cour de cassation ne semble pas se contenter de cette équation. Resterait alors au créancier à prouver des agissements de son débiteur pour faire croire à des difficultés de nature à invoquer l'ouverture d'une procédure. En définitive, indépendamment de la discussion sur les contours de la fraude, la réponse devrait être la suivante. Ou bien le débiteur rencontre dans son activité des difficultés conformes aux critères de l'article L. 620-1 du Code de commerce et le pacte commissoire conclu antérieurement sera automatiquement paralysé par l'application de l'article L. 622-7 du dit code. Ou alors elles ne correspondent pas au critère légal et la procédure de sauvegarde ne sera pas ouverte : le pacte pourra alors déployer ses effets.

Au juge de contrôler les conditions d'ouverture et d'éviter un usage frauduleux des procédures collectives par le constituant. Il en va de la force obligatoire du pacte commissoire et de son intérêt en pratique.

1324.Malgré toutes ces questions soulevées dans la mise en place du pacte commissoire, et une réforme du régime de pacte commissoire qui est rappelée dès son installation en droit français, il paraît que ces expériences sont précieuses pour inspirer les réformateurs chinois.

2 – Les réponses proposées par l'expérience française sur les questions posées par les auteurs chinois.

1325.En proposant la levée de la prohibition du pacte commissoire, les auteurs chinois n'ont pas manqué de soulever des questions dans la législation future sur l'autorisation de la convention attributive de propriété. Nous allons comparer les réponses données par ces auteurs et les solutions françaises qui ne sont pas forcément les mêmes.

1326.**Question sur l'autorisation générale du pacte commissoire.** – La première question a pu être posé c'est la nécessité d'une ouverture générale de la validité du pacte commissoire. En France, le pacte commissoire n'est autorisé que pour certaines sûretés réelles. Parce qu'en matière de crédit à la consommation[1878], de nantissement du fonds de commerce[1879], et d'hypothèque portant sur la résidence principale[1880], le pacte commissoire est encore prohibé. La persistance de la prohibition est justifiée par la nécessité de la protection du constituant et la particularité du bien grevé.

En Chine, la nécessité de prohibition du pacte commissoire est aussi recommandée par la spécificité du bien affecté dans la sûreté réelle. Par exemple, en cas d'affectation d'un « droit d'exploitation d'un terrain vague »[1881] dans la garantie de paiement[1882], le transfert du bien grevé est strictement réglementé[1883]. La mise en œuvre du pacte commissoire dans cette hypothèse va certainement violer les règles obligatoires qui réglementent le transfert du « droit d'exploitation d'un terrain vague ». Ainsi, il convient de ne pas lever la prohibition du pacte commissoire dans les sûretés réelles dont le transfert de l'objet fait l'objet des réglementations particulières.

1327.**Obstacle soulevé en cas de manquement d'équité manifeste.** – La première question qui est soulevée par les auteurs chinois est celle portant sur l'équité[1884] qui constitue l'un des principes fondateurs du droit civil chinois. L'autorisation du pacte commissoire ne veut absolument pas dire de laisser guider la volonté individuelle

---

[1878] Art. L. 311-32, al. 3, C. consom.
[1879] Art. L. 142-1, al. 2, C. com.
[1880] Art. 2459, C. civ.
[1881] Le droit chinois ne reconnaît la propriété sur le terrain quelconque parce que l'article 41 de la LDR prévoit expressément que personne ne saurait s'approprier la propriété immobilière appartenant à l'Etat. C'est l'article 2 du règlement du 24 décembre 1998 sur l'application de la loi sur la gestion des terrains qui prévoit que tous les terrains appartiennent à l'Etat.
[1882] Art. 180 de la LDR prévoit que : « *Les biens suivants dont le débiteur ou le tiers a le droit de disposition peuvent faire l'objet d'une hypothèque : Les bâtiments et les autres immeubles par destinations ; L'usufruit des partiels constructibles ; Le droit d'exploitation d'un terrain vague obtenu par voie d'adjudication, par vente aux enchères ou par négociation ; Les outils de production, les matières premières, les produits intermédiaires et les produits ; Les bâtiments, les navires ou les aéronefs qui sont en train d'être construits ; Les moyens de transport ; Les autres biens qui ne sont pas frappés d'interdiction d'être hypothéqués par les lois et les règlements* ».
[1883] V. notamment le règlement du 31 mai 1990 sur la cession de l'usufruit du terrain appartenant à l'Etat (《国有土地使用权出让和转让暂行条例》).
[1884] GONG PING YUAN ZE, *公平原则*, est prévu par l'article 4 de la loi du 12 avril 1986 portant sur le droit civil.

dans la rédaction du pacte commissoire[1885]. Un pacte commissoire ne saurait être conclu dans les conditions de « *CHENG REN ZHI WEI*[1886] » non plus de « *XIAN SHI GONG PING* (un manquement manifeste d'équité) ». Nous pouvons, ainsi, dans cette hypothèse, modifier ou plus radicalement annuler un tel pacte en soulevant le vice de consentement[1887]. Par contre, la qualification d'existence de situations susvisées dépend complètement à l'appréciation du juge. Et à part les outils qui résultent du droit commun des contrats, les victimes ne sont pas équipés d'autres arguments pour contester la validité du pacte commissoire.

En France, la protection du consentement des parties conventionnelles par le droit commun est résalisée par la sanction du dol, de l'erreur ou de la violence. De surcroît, une obligation d'évaluation du bien grevé et une obligation de remboursement, pour le créancier, en cas de supériorité de la valeur du bien par rapport au montant de la créance garantie est expressément prévue par la loi[1888] à la charge du créancier. Ainsi, le créancier ne pourra pas spolier le débiteur au travers de la mise en œuvre du pacte commissoire. C'est une bonne idée pour la réforme future chinoise d'exiger aussi l'évaluation, par un tiers, du bien grevé avant d'effectuer le transfert de la propriété, parce que cette évaluation par un tiers du bien affecté et une obligation de remboursement en cas différence vont résoudre la question du manquement d'équité. Le pacte commissoire va devenir un pur moyen d'exécution d'une sûreté réelle.

Le seul souci se trouve dans la désignation de l'expert. En France, la désignation peut être faite par la convention, si les parties arrivent à se mettre d'accord, ou bien par la voie judiciaire. Dans cette dernière hypothèse, la célérité du pacte commissoire va être

---

[1885] CHEN Xi, *op. cit.* p. 46.

[1886] « *乘人之危* », signifie littérairement de profiter illégalement la malheur de quelqu'un selon l'article 70 de « Conseils sur l'application de la loi du 12 avril 1986 portant sur le droit civil». En effet, l'idée reste le même que celle de l'interdiction de l'abus de force économique du droit français. (*所谓乘人之危的合同依《民通意见》 第 70 条规定，是指：“一方当事人乘对方处于危难之机，为牟取不正当利益。 迫使对方作出不真实的意思表示，严重损害对方利益的，可以认定为乘人之危。”*)

[1887] CHEN Xi, *op. cit.* p. 46.

[1888] Art. 2460, C. civ. (pour l'hypothèse) et Art. 2348, C. civ. (pour le gage).

sacrifiée. Cette disposition légale fait l'objet de nombreuses critiques[1889]. Pour éviter un tel inconvénient, il convient de recourir systématiquement aux établissements de DIAN DANG[1890], un tiers non-intéressé, qui offrent souvent les services d'évaluation des biens.

1328.**Réflexion sur la publicité du pacte commissoire. –** En tant qu'un mode d'exécution d'une sûreté réelle, aussi une voie de justice privée, le pacte commissoire est de nature à être caractérisé par la confidentialité. Et, un tel caractère va éventuellement porter atteinte aux intérêts des autres créanciers de bonne foi[1891]. Cette préoccupation a été soulevée par CHEN Xi dans ses analyses qui ne sont pas sans intérêts.

Pour cet auteur, lors que le débiteur n'a plus d'autres biens saisissables, et que le bien grevé ait une valeur beaucoup plus importante que le montant de la créance garantie, la mise en œuvre du pacte commissoire va porter atteinte aux intérêts des créanciers chirographaires[1892]. Une telle question ne se pose pas en France, parce que le créancier bénéficiaire du pacte commissoire est obligé de rembourser ou de consigner la somme qui correspond à la différence de la valeur du bien et le montant de la créance garantie si la première est supérieure au dernier.

En outre, selon cet même auteur, la nécessité de la publicité d'une telle convention attributive s'explique par la nécessité de la protection des autres créanciers du débiteur. Parce que la publicité du pacte commissoire va aussi empêcher le débiteur à affecter le même bien à garantir les autres créances[1893]. Or, ils ne vont pas accepter

---

[1889] D. Bazin-Beust, « Une analyse du pacte commissoire… ou prudence est mère de sûreté chez les financiers ? », *LPA 2011*, n° 99, p. 50 et s. ; Ch. Carbonnel, « Le pacte commissoire en matière immobilière ou la réforme inachevée », *JCP N* 2007, n° 51-52, p. 1335 s. ; A. Gogos-Gintrand, « Le pacte commissoire : une institution dangereuse par nature », *RRJ* 2011, n° 1, p. 401 s. ; F. Macorig-Venier, « Le pacte commissoire (et les sûretés réelles mobilières) », *RLDA* 2007/14 ; S. Perus, « Des aspects pratiques du pacte commissoire », *RLDC* 2008, n° 50, p. 29 s. ; F. Martin et B. Gérard-Godard, « Le pacte commissoire », *JCP N* 2011, p. 1183 s. ; J.-M. Hocquard, « Le pacte commissoire en matière immobilière : une fausse bonne volonté ? », *Dr. et Patr.* 2005, n° 142, p. 80 s.

[1890] Il est aussi possible de choisir certains établissements de *DIANDANG* qui seront nommé par la loi pour remplir ces fonctionnements.

[1891] Sur ce point, v. CHEN Xi, *op. cit.* p. 47.

[1892] CHEN Xi, *op. cit.* p. 47.

[1893] CHEN Xi, *op. cit.* p. 47.

une sûreté réelle portant sur le même bien qui est non seulement grevé d'une sûreté réelle mais aussi d'un pacte commissoire. Un tel argument, pour nous, n'est pas convaincant. Etant le titulaire d'une sûreté réelle, et aussi le bénéficiaire d'un pacte commissoire, le créancier n'est censé qu'être le propriétaire éventuel du bien. Le pacte commissoire n'est pas une convention par laquelle le créancier interdit au débiteur d'affecter le même bien à la garantie du paiement d'autres créances. Si le bien est d'une valeur suffisante à couvrir toutes ces créances, l'interdiction de grever le même bien pour la garantie d'autres dettes ne pourrait pas être justifiée. De surcroît, le pacte commissoire est un mode de réalisation d'une sûreté réelle avec le moins de coût. Une fois que le pacte commissoire ait été mis en œuvre au lieu des autres voies de réalisation de sûreté réelle, les créanciers de rangs inférieurs auront, théoriquement, plus d'actifs restant à partager.

Si ce souci persiste, une autre solution française peut être utile. C'est la non-opposabilité du pacte commissoire face à la procédure collective[1894]. C'est-à-dire qu'en cas d'intervention d'une procédure collective, le pacte commissoire ne peut plus être mise en œuvre. Ainsi, les intérêts des créanciers vont être préservés au moyen d'exigence du respect du principe d'égalité des créanciers.

Pour nous, la publicité du pacte commissoire est le seul moyen qui rend le pacte commissoire opposable aux tiers du contrat constitutif de la sûreté réelle. Elle est particulièrement utile en cas de défaillance du débiteur *in boni*. Notamment quand le créancier bénéficiaire n'est pas le créancier préférentiel de premier rang[1895].

Si la nécessité de la publicité du pacte commissoire n'est pas contestable, il convient de poser la question à savoir s'il convient de prévoir la publicité comme une condition *ad validatem* ou une condition *ad probationem*. En Chine, une unification de publicité du pacte commissoire est difficile à réaliser à cause de la diversité des biens grevés[1896]. Selon l'expérience du droit français, la validité et l'opposabilité du pacte commissoire

[1894] Art. L. 622-7, al. 3, C. com.
[1895] V. sur la question de la mise en œuvre du pacte commissoire en cas de concours entre les créanciers préférentiels, *infra* n° 1329 et s.
[1896] CHEN Xi, *op. cit.* p. 48.

doit, *a priori*, respecter les mêmes exigences que celles de la sûreté réelle. En matière immobilière, le pacte commissoire ne peut être convenu par les parties qu'au moment de la constitution de l'hypothèque[1897]. Donc, sa validité est soumise à l'enregistrement et la publicité du contrat. En matière mobilière, la publicité n'est qu'une condition *ad probationem*. Pourtant, lorsqu'une sûreté réelle est opposable par effet de la remise matérielle du bien grevé, une publicité suppémentaire du pacte commissoire est, semble-t-il, nécessaire pour que ce dernier soit opposable aux tiers. De surcroît, le pacte commissoire consiste à une voie d'exécution librement choisie par les constituants et ses créanciers, et il peut être convenu à tout moment avant le terme prévu d'exécution de l'obligation garantie, il convient donc de ne pas obliger une publicité en tant que la condition *ad validatem*. C'est la raison pour laquelle, pour nous, il convient de prendre la même solution dans la future réforme chinoise portant sur l'autorisation du pacte commissoire.

1329.**Question sur la mise en œuvre du pacte commissoire en cas de concours entre les créanciers.** – Si le pacte commissoire ne sera pas non plus opposable à la procédure de faillite en Chine, la question ne se posera pas en cas d'intervention d'une procédure de faillite.Donc, nous allons traiter cette question en supposant que le débiteur est *in boni*.

Les conditions de concours entre les créanciers préférentiels sont relativement simples par rapport à celles du droit français à cause de la simplicité de la structure chinoise des sûretés réelles[1898]. En Chine, la LDR ne reconnaît que trois grandes catégories de sûretés réelles préférentielles, l'hypothèse, le gage et le droit de rétention, tout en niant toutes les sûretés portant sur la propriété. Le droit de rétention[1899] chinois, malgré son caractère préférentiel, prime sur les autres sûretés réelles traditionnelles[1900]. En permettant au rétenteur une place de quasi exclusivité, le créancier n'a pas d'intérêt à mettre en œuvre un pacte commissoire qui va lui conférer un autre droit exclusif. Donc, la question ne se pose que dans les hypothèses

[1897] Art. 2459, C. civ.
[1898] Nous n'allons que traiter les conditions de sûretés réelles.
[1899] V. sur le droit de rétention chinois, *supra* n° 1192 et s.
[1900] Art. 239, LDR.

suivantes : D'un côté, le concours entre le créancier bénéficiaire du pacte commissoire avec un créancier rétenteur, et de l'autre, le concours entre le créancier bénéficiaire du pacte commissoire et un créancier titulaire d'une sûreté réelle traditionnelle sans pacte commissoire (une fois publié, il sera difficile pour le débiteur d'affecter un même bien dans plusieurs créances tout en convenant avec chaque créancier un pacte commissoire).

1330.Dans la première hypothèse, peu importe la date de constitution, le droit de rétention prime sur la sûreté réelle préférentielle. L'exercice du droit rétention va empêcher la mise en œuvre du pacte commissoire, parce que le transfert de propriété va engendrer une obligation de délivrance du bien. Si l'exercice du droit de rétention est antérieur à celui du pacte commissoire, le rétenteur doit notifier le créancier bénéficiaire du pacte commissoire avant la vente[1901] du bien retenu. Il convient, ici d'analyser le pacte commissoire comme une promesse unilatérale de vente qui octroie à son bénéficiaire un droit de préemption. Si ce créancier veut mettre en œuvre le pacte commissoire et devenir le propriétaire du bien grevé, il devrait, selon la solution française en matière d'hypothèque, payer le créancier rétenteur tout en exerçant une procédure de purge. Ou bien encore, ce créancier peut abandonner son droit d'exercice du pacte commissoire, il gardera quand même son droit préférentiel portant sur le bien, donc, il va participer à l'attribution du prix de vente du bien grevé.

1331.Dans la seconde hypothèse, un concours aura lieu entre deux créanciers préférentiels dont l'un est bénéficiaire de pacte commissoire. Il convient d'analyser selon que le bénéficiaire de pacte commissoire est titulaire de rang inférieur, supérieur ou du même rang que son concurrent. Avant tout, il faut souligner que le pacte commissoire, étant seulement une voie d'exécution, ne saurait jamais être un outil de modification des rangs préférentiels. Si le créancier bénéficiaire de pacte commissoire est titulaire d'une sûreté réelle de rang supérieur par rapport à son concurrent, aucun problème ne se pose, la mise en œuvre du pacte commissoire se termine par la consignation de la somme correspondant à la différence entre la valeur estimée du

[1901] En Chine, le droit de rétention est aussi un droit portant sur la valeur du bien. Donc, l'exercice du droit de rétention est souvent fini par la vente du bien.

bien et le montant de la créance garantie si cette première est supérieure. Si les deux sûretés réelles sont de même rang[1902], la mise en œuvre du pacte commissoire va permettre son bénéficiaire à devenir le propriétaire et consigner la somme qui correspond soit à la différence entre la valeur du bien et sa créance si la valeur du bien suffit à couvrir les deux créances garanties, soit une somme correspond à la proportion méritée par son concurrent[1903] doit être consignée. Les deux créanciers peuvent poursuivre le paiement des sommes encore dues auprès du débiteur mais en tant que créanciers chirographaires. Si le créancier non bénéficiaire de pacte commissoire bénéficie une sûreté réelle de rang supérieur, la mise en œuvre du pacte commissoire ne doit pas porter atteinte à son droit. C'est-à-dire que le créancier bénéficiaire doit satisfaire son concurrent pour pouvoir devenir le propriétaire du bien grevé. Cependant, le créancier bénéficiaire peut ne pas lever l'option de la mise en œuvre du pacte commissoire.

1332*De lege lata*, la LDR n'a pas prévu un système très clair pour déterminer les rangs de préférence entre les différents créanciers bénéficaires d'un droit de préférence. *De lege ferenda*, il convient d'en installer un pour que les juges puissent traiter plus facilement les difficultés rencontrées dans la pratique.

[1902] Pour simplifier notre analyse, nous ne traitons que la situation dans laquelle, il n'y a que deux créanciers préférentiels dont l'un est bénéficiaire d'un pacte commissoire, et que la valeur du bien est supérieure au montant de la créance garantie.

[1903] Pour être plus clair, il convient de prendre un exemple : Le créancier A est bénéficiaire du pacte commissoire, et le montant de sa créance est 6000 euros ; le montant de la créance du créancier B est de 4000 euros ; par contre, la valeur estimée du bien grevé est de 8000 euros. La mise en œuvre du pacte commissoire va permettre le créancier A à devenir le propriétaire du bien, mais il doit verser créancier B une somme de 8000*(4000/ (4000+6000)=3200 euros.

Conclusion de la section 2

1333.A la différence avec le droit français, la réforme chinoise de 2007 portant sur le droit des sûretés réelles, malgré des recommandations doctrinales, n'a pas levé la prohibition du pacte commissoire, à l'inverse, elle a renforcé une telle prohibition enélargissant la notion du pacte commissoire.

1334.La doctrine chinoise a continué à appeler une telle réforme tout en soulevant le manquement de justification de la prohibition, la nécessité d'une exécution rapide et efficace des sûretés réelles et aussi la légalisation de certaines pratiques traditionnelles de crédit.

1335.Les expériences françaises nous permettent d'entrevoir la future autorisation du pacte commissoire en droit chinois :

1336.Premièrement, une généralisation d'autorisation n'est pas envisageable à cause de la particularité des biens et la nécessité de la protection du constituant. Pour ce faire, il convient donc d'autoriser le pacte commissoire de manière générale en droit commun, et de le prohiber dans les domaines particuliers, notamment pour les biens dont le transfert est spécialement réglementé. A l'instar du droit français il convient de reconnaître la validité du pacte commissoire avec les obligations d'évaluation du bien au moment de sa mise œuvre et de liquidation[1904].

1337.Deuxièmement, tout en respectant la volonté individuelle, il convient de prévoir la publicité comme une condition *ad probationem*, avec une sanction d'inopposabilité en cas de défaut. Par contre, le pacte commissoire est nécessairement convenu par écrit simple, pour la protection du consentement du constituant, d'une part, et la simplicité de la constitution.

[1904] C'est-à-dire de rembourser la différence entre la valeur estimée du bien et le montant de la créance garantie si la première est supérieure au dernier.

1338.Troisièmement, pour régler les conflits éventuellement rencontrés, il suffit de préciser dans la loi que le pacte commissoire ne modifie pas les rangs préférentiels respectifs des créanciers. Mais avant tout, il faut installer un régime clair permettant d'assurer la détermination des rangs de préférence.

1339.Enfin, si l'ouverture d'une procédure chinoise de surendettement va aussi[1905] rendre le pacte commissoire inopposable, il convient de préciser qu'une telle procédure ne doit pas devenir un outil de fraude aux droits des créanciers.

Conclusion de la section 2 et du Chapitre 3

1340.La reconnaissance générale de la validité du pacte commissoire en droit français par le législateur de 2006 ne constitue pas une nouveauté. Parce qu'une lecture attentive de la notion légale du pacte commissoire permet déjà l'exclusion d'application de cette prohibition. Il faut quand même noter que cette reconnaissance générale n'est pas faite sans réserve. La réalisation du pacte commissoire est soumise à une double condition : l'évaluation du bien grevé et une obligation de rembourser en cas où la valeur estimée du bien grevé est supérieure au montant de la créance garantie.

1341.A la différence avec la solution française, le législateur chinois de 2007 a élargi la notion du pacte commissoire pour effet d'une prohibition plus stricte. Plus précisément, les parties conventionnelles ne peuvent pas convenir avant l'échéance de la créance garantie que le créancier deviendra le propriétaire du bien grevé en cas de défaillance du débiteur. La raison qui justifie cette prohibition stricte est la crainte de la spoliation du débiteur.

[1905] *De lege lata*, en Chine, il existe aussi la règle d'interdiction de paiement en cas d'ouverture d'une procédure de surendettement (Art. 16 de la loi chinoise du 27 août 2006 portant sur le droit des entreprises en difficulté). Etant un mode d'exécution de la sûreté réelle, ou bien plus largement, un moyen de paiement, la mise en œuvre du pacte commissoire doit se voir perturbée..

1342.Pourtant, à nos yeux, cet argument n'est pas convainquant. Il faut notamment noter que dans la pratique chinoise de crédit, cette voie de réalisation d'une garantie de paiement existe. Il sera étrange de concevoir que le pacte commissoire soit prohibé pour les sûretés réelles, alors que dans le domaine d'usage il ne l'est pas. Force est de constater que la reconnaissance de la validité du pacte commissoire est non seulement possible mais aussi nécessaire.

1343.Les expériences françaises nous montrent qu'une reconnaissance simple de la validité du pacte commissoire ne suffit pas. Il faut encadrer l'utilisation du pacte commissoire par un régime complet. Il est ainsi préférable de mettre à la charge des parties conventionnelles une obligation d'évaluation du bien grevé et au créancier une obligation de rembourser la différence si le bien est d'une valeur supérieure. En outre, il ne faut pas oublier la clarification du moyen de publicité pour le pacte commissoire, parce que c'est l'opposabilité qui permet au créancier bénéficiaire d'opter l'attribution conventionnelle en cas de concours. Enfin, certaines dispositions doivent être établies pour lutter contre toutes les sortes d'abus et de fraude.

Chapitre 4 – Sûretés réelles pour autrui : régime hybride dans les sûretés réelles.

1342.**Notion de la sûreté réelle pour autrui.** – Nous pouvons souligner que le « cautionnement réel », autrement appelé « sûreté réelle pour autrui », existant en droit français[1906] et en droit chinois[1907], désigne une convention par laquelle une personne intervient pour garantir la dette d'autrui, non avec la totalité de ses biens, mais avec certain (s) de ces biens. Ainsi, en France, il a été défini comme gage, nantissement ou hypothèque selon la nature du bien et le moyen d'affectation. Cette figure est très pratiquée, en France, dans la mesure où elle présente l'avantage pour la caution de pouvoir limiter la portée de son engagement et pour le créancier de ne pas subir le concours des autres créanciers chirographaires[1908] (du débiteur).

1343.**Distinction avec d'autres montages juridiques voisins.** – Avant de présenter l'intérêt qu'il ya de déterminer la nature de ce type contrat, il convient de le distinguer avec les montages juridiques voisins permettant aussi un cumul des avantages d'une sûreté réelle et d'un cautionnement personnel[1909]. En réalité, deux combinaisons sont possibles.

1344.Tout d'abord, la caution personnelle peut constituer une sûreté réelle pour la garantie de la dette du débiteur principal[1910]. Le créancier dispose alors à la fois d'une sûreté réelle et d'un engagement personnel. Le créancier aura un droit de préférence

[1906] A l'issu de la réforme française de 2006, le cautionnement réel est nouvellement dénommé « sûreté réelle pour autrui ». Mais nous préférons l'appellation originale qui correspondra mieux à la conclusion de cette recherche.
[1907] Il existe une notion équivalente du cautionnement réel en Chine : *物上保证* (*Wu Shang Bao Zheng*) qui signifie, par une traduction mot par mot, cautionnement portant sur les biens. Il s'agit effectivement la même chose que le cautionnement réel français : une hypothèque ou un gage donné par une tierce personne que le débiteur.
[1908] V. par ex., Y. Picod, *Droit des sûretés*, 2e éd., PUF 2011, n° 44, p. 60.
[1909] Com. 21 mars 2006, *Dr. et proc.* 2006, p. 293, note Y. Picod ; 4 mars 2008, *RLDC*, avril 2008, p. 38, obs. G. Marraud des Grottes.
[1910] Par ex. Com. 13 sept. 2011, n° 10-17.569, *RLDC* 2011, p. 87, note J.-J. Ansault (Combinaison hasardeuse d'une sûreté réelle pour autrui et d'un cautionnement personnel).

ou un droit de propriété temporaire[1911] sur le bien grevé et un droit de gage général sur le patrimoine de la caution en qualité de créancier chirographaire. Il s'agit alors d'un cumul de sûretés, la caution consentant à la fois sa garantie personnelle et une sûreté sur un bien, meuble ou immeuble, ce qui présente pour le créancier dans la mesure où il pourra poursuivre, la caution sur ses autres biens.

1345.Ensuite, la sûreté réelle peut être fournie par la caution pour contre-garantir son engagement personnel. Dans ce cas, le créancier dispose, en dehors de son droit de gage général contre la caution, d'un droit de préférence sur le bien grevé. La sûreté réelle est ici l'accessoire de l'engagement de la caution, dont elle garantit l'exécution. La sûreté réelle est alors tributaire de la validité, de l'efficacité et surtout de l'étendue du cautionnement personnel, alors que dans la première hypothèse, les deux sûretés sont indépendantes l'une de l'autre.

1346.Il faut, donc souligner, dans la première hypothèse, qu'il existe un cautionnement réel et un cautionnement personnel, et dans la seconde, qu'il n'existe pas de cautionnement réel, mais un cautionnement personnel et une sûreté purement réelle qui garantit l'exécution d'un engagement de la caution personnelle.

1347.**L'intérêt de la discussion sur le régime de sûreté réelle pour autrui.** – Les intérêts de la détermination de la qualification de ce contrat se diffèrent en droit français qu'en droit chinois. L'enjeu de la recherche sur la nature du contrat de cautionnement réel, en France, est soulevé dans le domaine de la protection des biens matrimoniaux en commun. Mais en droit chinois, le principe de la priorité d'engagement réel sur l'engagement personnel fixé par la Loi des sûretés de 1995 constituait l'enjeu principal de la qualification que nous allons entrer dans le détail dans la présentation. Malgré l'existence de différents buts, il convient de constater une convergence de l'objet de la discussion : s'il faut appliquer les règles du cautionnement au contrat de cautionnement réel. En effet, un intérêt commun pourrait survenir au regard de l'évolution future du droit des sûretés : la simplification du droit.

[1911] En cas de fiducie-sûreté, parce que la réserve de propriété est de nature à être utilisé pour la garantie de paiement de la créance du prix de vente donc le cessionnaire est le débiteur mais pas un tiers.

1348.Il convient alors de préciser toutes les règles applicables du cautionnement réel pour que l'on puisse l'intégrer complètement dans le corps du droit des sûretés réelles, parce que l'objet de la simplification est de permettre l'application d'un corps de textes à toutes les institutions différentes qui comportent ou intègrent la notion générale de sûretés réelles mobilières.

1349.Il est à constater que, *de le lata*, en France comme en Chine, la notion de cautionnement réel est incorporée dans la notion de sûreté réelle, que l'application des règles de sûretés réelles ne fait pas de doute (Section 1). Néanmoins, une analyse profonde sur les volontés des parties contractuelles nous permet de constater que les règles de sûretés réelles ne suffisent pas à satisfaire l'objectif recherché. L'application de certaines règles du cautionnement de droit commun, *de lege ferenda*, s'impose (Section 2).

Section 1 : *De lege lata* : une notion incorporée dans celle de la sûreté réelle

1350.Nous savons bien qu'après l'ordonnance du 23 mars 2006, en France, la notion de cautionnement a été substituée par celle de la « sûreté réelle pour autrui ». Mais cette notion a subi une évolution, plus ou moins, importante tant en France qu'en Chine. Une présentation de l'évolution de la notion du cautionnement réel, en France (§1) et en Chine (§2), nous permet de mieux comprendre la nécessité d'une clarification de son régime dans les deux pays.

§1 – Le cautionnement réel en droit français : d'une sûreté de nature hybride vers une sûreté réelle

1351.Le cautionnement réel n'est pas, à l'origine, une notion juridique reconnue par le législateur français, la combinaison d'une sûreté réelle avec une sûreté personnelle est l'œuvre de la volonté individuelle. C'est la raison pour laquelle la notion a connu une évolution importante, or il n'existe pas de textes légaux qui lui sont particulièrement érigés (A). Ainsi, c'est au travers du traitement des conflits par les magistrats dans la pratique que nous constatons l'évolution de cette notion (B). Le puissant pouvoir des volontés individuelles dans le domaine des sûretés devrait être constaté[1912].

A – L'absence de régime concrétisé par les textes légaux du cautionnement réel

1352.**Absence de dispositions directement concernées à la première codification.** – Sans qu'un régime d'ensemble du cautionnement réel puisse être dégagé du Code

[1912] V. la formule fameuse : Ph. Dupichot, *Le pouvoir des volontés individuelles en droit des sûretés*, préf. M. Grimaldi, éd. Panthéon-Assas, 2005.

civil, sa réalité y est néanmoins cernée dès l'origine par quelques dispositions éparses et ultérieurement par diverses lois spéciales de sorte que depuis l'époque napoléonienne jusqu'à nos jours, le principe de validité de ce contrat a toujours persisté et ne saurait être mis en doute en droit français. C'est ainsi que l'ancien article 2077 du Code civil relatif au gage, dans sa version originale de 1804, en énonçant que « *Le gage peut être donné par un tiers pour le débiteur* » constituait une référence explicite au cautionnement réel. Plus indirectement, l'ancien article 2090 du Code civil relatif à l'antichrèse renvoyait à ce même article 2077. Il était rédigé de la façon suivante : « *Les dispositions des articles 2077 et 2083 s'appliquent à l'antichrèse comme au gage* ». Ce renvoi signifiait que l'antichrèse pouvait, elle aussi, être associée à la garantie de la dette d'autrui. Par ailleurs, le cautionnement réel réalisé par affectation hypothécaire est évoqué incidemment par le législateur dans un texte, toujours en vigueur, propre au droit des successions. L'article 1020 du Code civil dispose : « *Si avant le testament ou depuis, la chose léguée a été hypothéquée pour la dette de la succession ou pour la dette d'un tiers, ou si elle est grevée d'un usufruit, celui qui doit acquitter le legs n'est point tenu de la dégager, à moins qu'il n'ait été chargé de le faire par une disposition expresse du testateur* ». On observe à ce propos que si l'ensemble de ces dispositions décrit bien la réalité de l'opération qui consiste à garantir la dette d'autrui au moyen d'une sûreté réelle, aucune d'entre elles n'emploie l'expression de « cautionnement réel ». Tel n'est pas le cas de certaines lois spéciales qui, sans périphraser, visent directement le « cautionnement hypothécaire ». C'est dans ce sens que l'article L. 322-20 du Code rural et de la pêche maritime[1913] et les articles L. 213-9 et L. 212-7 du Code de la construction et de l'habitation[1914] font

[1913] Selon l'article L. 322-20 du Code rural e de la pêche maritime : « *Les parts de groupements fonciers agricoles peuvent faire l'objet d'un nantissement pour l'obtention de prêts à toutes fins professionnelles ou familiales. Le groupement peut accorder sa caution hypothécaire à ces opérations* ». Dans la mesure où un agriculteur s'affilie à un groupement foncier agricole, il perd la propriété des terres dont il fait l'apport à ce groupement. Il ne peut donc plus les utiliser pour se procurer du crédit en cas de besoin. Dans cette situation et pour assurer sa garantie encers un créancier, c'est le groupement qui constituera une sûreté réelle sur le bien apporté. V. dans ce sens F. Grua, « Le cautionnement réel », *JCP* 1984, I, 3167, n° 2 ; C. Dupeyron, *J.-Cl. Rural, V° Sociétés*, Fasc. 18, n° 58 ; C. Pitaud, *J.-Cl. Rural, V° Sociétés*, Facs. 18, n° 20.

[1914] L'article L. 212-7 du Code de la construction et de l'habitation nous renseigne sur l'utilisation que les sociétés d'attribution peuvent faire d'un cautionnement hypothécaire : « *La société peut donner caution hypothécaire pour la garantie des emprunts contractés : Par les associés, pour leur permettre*

état du cautionnement réel. En outre, l'article 37 du décret du 14 octobre 1955 vise directement la « caution réelle » à l'occasion de la saisie de l'immeuble affecté. La réforme de la saisie immobilière, opérée par l'ordonnance du 21 avril 2006 a conservé cette expression.

1353.**Après la réforme de 2006.** – Même si après la réforme de 2006, par laquelle, la nature de sûreté réelle du cautionnement réel est déterminée clairement par le Code civil, rarement des textes en concernent directement. L'ordonnance du 18 décembre 2008 use de la même technique lorsqu'elle entend protéger les « *personnes* (…) *ayant affecté ou cédé un bien en garantie* » de l'obligation d'un débiteur soumis à une procédure collective. Au-delà de ces textes spécifiques, la validité de cette convention est établie de façon beaucoup plus générale dans la mesure où elle résulte du principe de la liberté contractuelle énoncé à l'article 1134 du Code civil (nouvel article 1102 du Code civil à partir du 1er octobre 2016).

1354.**Projet de loi.** – Un projet de réforme du droit des sûretés proposait d'introduire ce contrat nominalement dans le Code civil dans un chapitre réservé au cautionnement : « le cautionnement réel est une sûreté réelle constituée pour garantir la dette d'autrui », précisant en outre les droits du bénéficiaire, « le créancier n'a

---

de satisfaire aux appels de fonds de la société nécessaires à la réalisation de l'objet social ; Par les cessionnaires des parts sociales, pour leur permettre de payer leur prix de cession, mais seulement à concurrence des appels de fonds déjà réglés à la société et, s'il y a lieu, de payer les appels de fonds qui restent encore à régler. La caution hypothécaire doit être autorisée par les statuts, avec stipulation que l'engagement de la société est strictement limité aux parties divises et indivises de l'immeuble social auxquelles le bénéficiaire du crédit aura vocation en propriété. La saisie du gage vaut retrait de l'associé titulaire des droits sociaux correspondant aux biens saisis et ne peut être effectuée que lorsque sont réunies les conditions auxquelles un tel retrait est subordonné. ». Quant aux sociétés coopératives de construction, l'article L. 213-9 du Code de la construction et de l'habitation nous apprend : « *La société peut donner caution hypothécaire pour la garantie des emprunts contractés par les associés pour leur permettre de satisfaire aux appels de fonds de la société nécessaires à la réalisation de l'objet social. La caution hypothécaire dont être autorisée par les statuts, avec stipulation que l'engagement de la société est strictement limité aux parties divises et indivises de l'immeuble social auxquelles le bénéficiaire du crédit aura vocation en propriété* ». Dans ces deux types de sociétés, les associés ont souvent besoin d'emprunter pour répondre aux appels de fonds lancés pour réaliser l'objet social. Or, le professionnel du crédit exigera des sûretés pour leur accorder un tel prêt. Aux droits sociaux qu'ils pourront proposer en nantissement, la banque préféra demander à la société une hypothèque sur le lot de copropriété auquel les droits sociaux de l'emprunteur lui donne vocation. V. en ce sens : M. Dagot, « La novation par changement de débiteur et le crédit hypothécaire », *JCP* 1975, I, 2693, n° 15 et s. ; F. Grua, « Le cautionnement réel », *JCP* 1984, I, 3167, n° 2.

d'action que sur le bien qui en forme l'objet ». En écho à cette disposition, le projet énonçait en tête du Titre réservé aux sûretés réelles le principe général selon lequel « les sûretés réelles conventionnelles peuvent être consenties par le débiteur ou par un tiers ». En outre, dans le paragraphe relatif aux « Effets du cautionnement entre le créancier et la caution », la commission Grimaldi avait expressément prévu que la « caution réelle » ne pourrait se prévaloir des bénéfices de discussion et de division. Même s'il n'est pas exclu que cette présentation soit le fruit d'un compromis entre les analyses différentes du cautionnement réel développées par les auteurs du projet, on peut légitimement penser qu'en laissant apparaître son double enracinement dans le droit du cautionnement mais aussi dans le droit des sûretés réelles, ils permettaient à sa nature hybride de se faire jour, ou à tout le moins ils ne la récusaient pas. Quoi qu'il en soit, l'ordonnance du 23 mars 2006 portant réforme du droit des sûretés et créant un Livre IV nouveau du Code civil, n'a pas permis au cautionnement réel de faire son entrée par la grande porte dans le Code civil. Esquivant toute définition d'ordre général du contrat, le législateur précise cependant quelques éléments concernant son régime. En effet, dans l'hypothèse où le constituant d'un gage de biens corporels avec dépossession garantit la dette d'un tiers, le nouvel article 2334 affirme que: « *le créancier n'a d'action que sur le bien donné en garantie* ». Quant au contenu de l'article 1422, il se trouve augmenté d'un alinéa aux termes duquel les « *époux ne peuvent non plus, l'un sans l'autre, affecter l'un de ces biens* (c'est-à-dire un bien commun) *à la garantie de la dette d'un tiers* ».

1355.Les essais prospectifs sur le cautionnement réel et ce qu'en a retenu le droit positif montrent l'assise légale de ce contrat mais ne lui accordent pas un régime détaillé. En effet, ni le projet de réforme du droit des sûretés, ni le Code civil, ni les lois spéciales n'ont circonscrit le cautionnement réel dans les règles précises alors qu'ils établissent toute sa validité. Par contre, il semble que son régime est déterminé en jurisprudence[1915], qui a subi une évolution importante.

[1915] Cass., ch. mixte, 2 déc. 2005, *D.* 2006. AJ. 61, obs. V. Avena-Robardet, Jur. 729, concl. J. Sainte-Rose et note L. Aynès, Pan. 1414, obs. J.-J. Lemouland et D. Vigneau, et Pan. 2855, obs. P. Crocq ; *RTD civ*. 2006. 357, obs. B. Vareille, et 594, obs. P. Crocq ; *RTD com.* 2006. 465, obs. D. Legeais ;

B – L'évolution de la notion de cautionnement réel en droit français

1356.En France, la conception juridique de l'affectation d'un bien par un constituant non débiteur de la créance garantie a profondément évolué au cours des quinze dernières années. La Cour de cassation, finalement confortée par le législateur, est passée du « cautionnement réel » à la « sûreté réelle pour autrui ».

1357.**L'enjeu de la qualification du contrat.** - Cette évolution s'est construite, pour l'essentiel, autour de la question de l'application ou non de l'article 1415 du Code civil à l'affectation d'un meuble dépendant de la communauté par un époux commun en biens en garantie de la dette d'un tiers.

1358.**Position du problème.** – Le régime légal de communauté, soucieux de protéger les intérêts du conjoint de l'époux garant, réglemente les engagements de garantie de la dette d'un tiers souscrits par un époux seul. Avant la réforme de 2006, aux dispositions qui encadraient ce type d'engagement ; l'ordonnance du 23 mars 2006 est venue en ajouter une troisième.

1359.D'une part, l'article 1422 du Code civil soumet à la cogestion des époux la constitution de droits réels sur les immeubles ainsi que sur certains meubles dépendant de la communauté. D'autre part, l'article 1415 du même code limite le gage général offert par l'époux consentant un cautionnement à ses biens personnels et à ses revenus, excluant ainsi les biens communs du gage général du créancier bénéficiaire. L'affectation d'un meuble commun non visé par l'article 1424 du Code

---

JCP 2005. II. 10183, note P. Simler ; *JCP E* 2006. 1056, note S. Piedelièvre ; *Banque et Droit* 2006. 55, obs. Jacob ; *Defrénois* 2006. 1600, obs. G. Champenois ; *RDC* 2006. 454, obs. M. Grimaldi, 458, obs. D. Houtcieff ; *adde*, B. Beignier, « Bicentenaire d'Austerlitz : le Trafalgar du cautionnement réel », *Dr. fam*. 2006. 10 ; V., égal., Civ. 3e, 15 févr. 2006, *Bull. civ.* III, n° 35 ; *D.* 2006. AJ. 716, obs. V. Avena-Robardet ; *RTD com.* 2006. 465, obs. D. Legeais ; *JCP* 2006. I. 195, obs. P. Simler ; *RD banc. fin.* 2006. 63, obs. D. Legeais ; Com. 21 févr. 2006, *Bull. civ.* IV, n° 42 ; *D.* 2006. Jur. 1543, note V. Bonnet ; *RTD com.* 2006. 465, obs. D. Legeais ; 7 mars 2006, *Bull. civ.* IV, n° 59 ; *D.* 2006. AJ. 782, obs. A. Lienhard ; *RTD com.* 2006. 465, obs. D. Legeais, et 660, obs. A. Martin-Serf ; *RD banc. fin.* 2006. 101, obs. D. Legeais ; Civ. 1re, 20 févr. 2007, *D.* 2007. AJ. 937, obs. V. Avean-Robardet et Pan. 2126, obs. J. Revel ; AJ Famille 2007. 229. obs. P. Hilt ; *JCP* 2007. IV. 1632.

civil en garantie de la dette d'un tiers, par un époux seul, échappait, *a priori*, tant à l'article 1415 du Code civil, dont l'esprit et la lettre montraient qu'il avait été conçu pour le seul cautionnement personnel, qu'à l'article 1424 du Code civil, dont les termes restrictifs interdisaient l'application à une situation qu'il ne visait pas.

1360.Face à ce qui pouvait être ressenti comme une incohérence et une injustice, en l'occurrence le fait que l'hypothèque sur un immeuble en garantie de la dette de l'un des époux soit soumise à la cogestion pendant que, dans le même temps, le nantissement portant sur des titres communs consenti en garantie de la dette d'un tiers pouvait être valablement souscrit par un seul époux, la jurisprudence a tenté de mettre au jour une parade. Ne pouvant trouver aucun salut du côté de l'article 1424 du Code civil, les juges se sont naturellement tournés vers l'article 1415 du Code civil, dont les termes plus lâches offraient quelques perspectives, en dépit de la technique de protection (réduction du gage offert par le garant) retenue par ce texte, peu apte à s'appliquer aux sûretés réelles. La « parenthèse réelle » de l'article 1415 du Code civil s'est ouverte puis refermée en trois temps.

1361.**L'arrêt du 11 avril 1995[1916].** – Par cette importante décision, la Cour de cassation a, pour la première fois, appliqué l'article 1415 du Code civil « à la caution réelle », c'est-à-dire à l'époux ayant constitué, seul, une sûreté réelle mobilière en garantie de la dette d'un tiers, en déclarant cette sûreté inefficace en raison de la nature commune du bien grevé. Cette solution contraignait la Cour de cassation à modifier la portée de la règle posée par l'article 1415 du Code civil en faisant une règle de pouvoirs alors qu'elle n'est, à l'origine, qu'une règle de passif, limitant le gage offert au créancier par l'époux qui représente la caution. Ce faisant, elle était conduite à rendre de passif, limitant le gage offert au créancier par l'époux caution.

[1916] Civ. 1re, 11 avr. 1995, *Bull. civ*. I, n° 165; JCP 1995, I, 3889, obs. Ph. Simler; *Cah. gest. patrimoine* 1995, 9, obs. F. Lucet, ; *D.* 1995, Somm. 327, obs. M. Grimaldi ; *D.* 1996, Somm. 204, obs. S. Piedelièvre ; *Defrénois* 1995, 1484, obs. G. Champenois ; *RTD civ.* 1997, 726, obs. B. Vareille (Cautionnement réel portant sur des valeurs mobilières) ; Civ. 1re, 26 mai 1999, *JCP* 1999, I, 156, obs. Ph. Simler ; *RTD civ*. 1999, 366, obs. P. Crocq ; *Defrénois* 2000, 439, obs. G. Champenois ; *D.* 2000, 703, note V. Brémond ; *Dr. fam.* Juillet-août 1999, comm. N° 84, obs. B. Beigner ; *RJPF* 1999, n° 6/35, p. 18, obs. F. Vauvillé ; *Banque et droit*, sept.-oct. 2000, p. 43, obs. F. Jacob (cautionnement hypothécaire).

Ce faisant, elle était conduite à rendre la sûreté réelle totalement inefficace, - inopposable à la communauté –, alors même que la règle de l'article 1415 du Code civil faisait œuvre de compromis en ne réduisant que partiellement, par limitation du gage offert au créancier, la portée d'un cautionnement personnel souscrit par un époux commun en biens.

1362.**Les trois arrêts du 15 mai 2002[1917].** – Poursuivant son entreprise d'adaptation du carcan de l'article 1415 du Code civil à la figure juridique du « cautionnement réel », la première chambre civile de la Cour de cassation a développé, en contradiction avec sa jurisprudence précédente, une conception double du « cautionnement réel », composée à la fois d'une sûreté réelle et d'un engagement personnel. Elle a décidé, ainsi, que l'époux ayant constitué, seul, un nantissement sur un meuble commun en garantie de la dette d'un tiers était une caution, qui, en application de l'article 1415 du Code civil, demeurait « *seulement tenu, en cette qualité, du paiement de la dette sur ses biens propres et ses revenus dans la double limite du montant de la somme garantie et de la valeur des biens engagés* ». La plus haute juridiction permettait ainsi de transposer le compromis inhérent à l'article 1415 du Code civil en protégeant le conjoint du garant au moyen de l'inopposabilité du droit réel constitué sur un meuble commun, tout en offrant au créancier la possibilité de saisir les revenus et les biens propres de l'époux garant à concurrence de la valeur du bien grevé. L'habileté de cette solution était au prix d'une conception nouvelle du « cautionnement réel » qui faisait fi de la volonté profonde du constituant et de l'exigence du caractère exprès du cautionnement[1918]. Du reste, cette conception, loin de convaincre la doctrine, a suscité rapidement la résistance de la chambre

[1917] Civ. 1re, 15 mai 2002, *Bull. civ.* 1, n° 127, 128 et 129 ; *JCP* 2002, I 162, n° 3, obs. Ph. Simler, et *JCP* 2002, II, 10109, concl. C. Petit, et note S. Piedelièvre ; *D.* 2002, 1780, note C. Barberot, et Somm. 333, obs. L. Aynès ; *Defrénois* 2002, 1208, obs. J. François, et *Defrénois* 2003, art. 37691, obs. Ph. Théry ; *RTD civ.* 2002, 546, obs. P. Crocq ; V. Brémond, « Le cautionnement réel est aussi…un cautionnement », *JCP N* 2002, I, 1640.
[1918] Art. 2292, C. civ.

commerciale de la Cour de cassation, fidèle à l'analyse classique du « cautionnement réel »[1919].

1363.**Le revirement du 2 décembre 2005.** – Dénouant l'opposition des chambres civile et commerciale, une chambre mixte de la Cour de cassation a écarté, dans un arrêt du 2 décembre 2005, tant la solution inaugurée en 1995, que celle issue des arrêts de 2002. Elle a décidé, en effet, qu' « *une sûreté réelle consentie pour garantir la dette d'un tiers n'implique aucun engagement personnel à satisfaire à l'obligation d'autrui* » (rejet de la solution issue des arrêts de 2002) ; elle n'est « *pas dès lors un cautionnement* » de sorte que l'article 1415 du Code civil lui est inapplicable (rejet de la solution inaugurée en 1995). En bannissant le terme de « cautionnement », la Cour de cassation a retenu une analyse purement et strictement réelle de l'affectation d'un bien en garantie de la dette d'un tiers, niant ainsi la dimension hybride de cette sûreté. L'affectation d'un meuble commun en garantie de la dette d'autrui redevenait un acte qu'un époux seul pouvait valablement effectuer, laissant la communauté sans protection.

1364.**Consécration légale.** – L'ordonnance du 23 mars 2006 est venue confirmer l'analyse issue de l'arrêt du 2 décembre 2005. D'une part, en précisant, dans l'article 2334 du Code civil, que le gage constitué par un tiers non débiteur de la créance garantie n'offre « d'action que sur le bien affecté en garantie »[1920]. D'autre part, en créant un alinéa de l'article 1422 du Code civil qui soumet à la cogestion des époux

---

[1919] Com. 24 sept. 2003, *JCP* 2004, I, 141, n° 5, obs. Ph. Simler (l'application de l'article 1415 du Code civil n'était pas en cause). Toutefois, celle-ci a pu, semble-t-il, adopter, un temps, cette conception double du « cautionnement réelle ». Ainsi, dans son arrêt rendu le 27 octobre 1998 (*Bull. civ.* IV, n° 260 ; *JCP* 1999, I, n° 116, obs. Ph. Simler ; *RTD civ.* 1999, 153, obs. P. Crocq), elle affirmait que « *le créancier, bénéficiaire d'un cautionnement réel ou personnel, dispose à l'égard de la caution d'un droit de créance, en cas de défaillance du débiteur principal, ce droit étant limité aux biens affectés à la garantie de l'engagement, s'agissant d'un cautionnement réel* » (l'application de l'article 1415 du Code civil n'était pas davantage en cause).

[1920] En effet, dans la pratique, les juges chinois ont utilisé cette même règle pour trancher un conflit : le créancier ne saurait exiger la caution réelle à s'engager personnellement. *最高人民法院(2007)民二终字第25号民事判决书*:Arrêt n° 25 de la Deuxième chambre civile de la Haute Juridiction populaire (2007). Arrêt commenté par B.-X. JIANG et D.-N. HE, *La compréhension et l'application des règles utilisées dans les arrêts indicatifs de la Haute juridiction populaire* (*最高人民法院指导性案例裁判规则理解与适用，担保卷*), China Legal Publishing House (*中国法制出版社*), 2011, p. 424 et s. Pourtant, il faut tout de même souligner que le législateur chinois n'a jamais prévu expressément que le créancier n'a de droit que sur le bien grevé appartenant à la caution réelle.

l'affectation d'un bien commun « à la garantie de la dette d'un tiers »[1921], l'article 1415 du Code civil étant, désormais, réservé exclusivement aux garanties personnelles. C'est donc, semble-t-il, une analyse strictement réelle de l'affectation d'un bien en garantie de la dette d'un tiers qui ressort consacré par la réforme du droit des sûretés réelles[1922].

1365.**Critiques diverses.** – Il convient de constater qu'une telle conclusion ne devrait pas être faite sans aucune réserve. D'abord, la création de l'alinéa 2 de l'article 1422 du Code civil n'a d'autre but que de remplir une lacune juridique à savoir la dangerositéqui découlerait de la constitution d'un cautionnement réel par un seul époux en affectant l'un ou plusieurs biens communs à la communauté matrimoniale. Ensuite, la disposition de l'article 2334 du Code civil, en soulignant qu'en cas de gage consenti par un tiers, « le créancier n'a d'action que sur le bien affecté en garantie », le législateur, semble-t-il, a effectivement voulu qualifier l'engagement de la caution réelle à un engagement réel qui se distingue nécessairement avec un engagement personnel. Mais une telle clarification de la nature de l'engagement de la caution réelle n'est qu'une répétition des arguments des hauts magistrats dans leur arrêt du 2 décembre 2005. Enfin, la détermination du caractère réel de l'engagement de la caution réelle, semble-t-il, ne suffit pas à attirer le cautionnement réel aux sûretés réelles. Or, le régime d'une sûreté réelle doit comporter des règles portant sur la constitution, la publicité, l'extinction et la réalisation de cette sûreté ; il faut rajouter aussi les règles portant sur la conservation de l'assiette de la sûreté, le rang de préférence si c'était une sûreté réelle préférentielle. Encore, comme M. Ansault a pu bien, dans sa thèse, souligner que le contrat mixte pourrait avoir différentes natures selon la phase d'exécution[1923].

1366.**Conclusion.** – En somme, la conception du cautionnement réel a beaucoup évolué dans la doctrine française, à cause de l'absence de textes légaux qui en fixent

[1921] Sur cette disposition, v. not. V. Brémond, « L'affectation d'un bien commun en garantie de la dette d'un tiers», *JCP N*, 2006, I, 1255 ; J. Revel, « La garantie de la dette d'autrui et le droit du régime matrimonial », *D.* 2006, 1309.
[1922] V. not. D. Houtcieff, *J.-Cl. Civ.*, art. 2284 à 2488, fasc. 10, n° 17.
[1923] J.-J. Ansault, *Le Cautionnement réel*, préf. P. Crocq, Defrénois 2009, Collection de thèse, t. 40, p. 280.

un régime détaillé. Cette évolution a poursuivi une piste comme la suivante : assimilation à une caution personnelle, découverte de la double nature, et enfin, revirement radical vers une sûreté réelle.

1367.En Chine, la conception du cautionnement réel a subi aussi une évolution, mais minime. Elle a été d'abord incorporée dans la catégorie de sûretés réelles, mais certaines règles, postérieurement entrées en vigueur, l'assimilent à un cautionnement personnel.

§2 – Le cautionnement réel en droit chinois : d'une sûreté réelle vers une sûreté hybride ?

1368.**La notion de cautionnement réel en droit chinois.** – En effet, il n'existe pas la notion du cautionnement réel dans les textes légaux du droit chinois. Elle est incorporée dans les notions de l'hypothèque et du gage. Au moment de la première législation en 1995 du droit des sûretés, le législateur chinois avait déjà prévu la possibilité de constituer une hypothèque[1924] ou un gage[1925] pour la garantie du paiement de la dette d'un tiers. En effet, le texte légal a utilisé l'expression suivante pour décrire la caution réelle : « le tiers qui a garanti par hypothèque pour le compte du débiteur »[1926] ou « le tiers qui a garanti par gage pour le compte du débiteur »[1927]. Par contre, cette notion existe dans la doctrine chinoise, elle est appelée « cautionnement sur bien (*物上保证/Wu Shang Bao Zheng*) »[1928]. Ainsi le constituant

[1924] Art. 33, LS : l'hypothèque, pour cette loi, est une garantie d'une dette constituée par le débiteur ou par un tiers sans dépossession sur un bien prévu dans la liste énumérée dans l'article 34 de cette loi.
[1925] Art. 63, LS : Le gage, pour cette loi, est une garantie d'une dette constituée par le débiteur ou par un tiers avec dépossession sur un bien mobilier (动产).
[1926] Art. 57, LS : « 为债务人抵押担保的第三人 ».
[1927] Art. 72, LS : « 为债务人质押担保的第三人 ».
[1928] Nous allons utiliser l'expression « cautionnement réelle » dans l'analyse suivante pour qu'une uniformité de l'appellation qui favorise à la compréhension du régime chinois.

d'une telle sûreté est appelé « caution sur bien (*物上保证人/Wu Shang Bao Zheng Ren*) »[1929].

1369.De ce fait, il semble que l'application des règles de sûretés réelles au cautionnement est inéluctable, avant la réforme de 2007 (A). En effet, après l'entrée en vigueur de la Loi des sûretés de 1995, des questions ont déjà été soulevées à cause de la différence entre les sûretés personnelles et les sûretés réelles, mais rarement des auteurs ont souligné la question particulière du cautionnement réel qui était de nature hybride.

1370.Sans reconnaître expressément le statut particulier de la caution réelle, qui est à la fois une constituant d'une sûreté réelle et un tiers garant, le législateur de 2007 a effectué une transposition de certaines règles du cautionnement de droit commun au cautionnement réel, ce qui fait déduire la reconnaissance indirecte de la nature hybride de ce montage juridique (B).

A – Une quasi sûreté réelle avant la réforme du 16 mars 2007

1371.**Disposition légale avant la réforme de 2007.** – Sauf l'existence d'une disposition qui souligne que le constituant d'une sûreté réelle pour autrui dispose un recours contre le débiteur après la réalisation de la sûreté constituée au profit du créancier[1930], la LS n'a pas prévu de dispositions particulières pour le cautionnement réel. Etant incorporée dans le corps des textes du droit des sûretés réelles, l'application des règles du droit des sûretés réelles au cautionnement réel ne fait pas de doute. Pourrait-on ainsi conclure, au regard uniquement des dispositions de la LS, le cautionnement réel chinois est une sûreté réelle.

[1929] Nous allons utiliser l'expression « caution réelle » dans l'analyse suivante pour qu'une uniformité de l'appellation qui favorise à la compréhension du régime chinois.
[1930] En effet, nous pouvons trouver le fondement de ce recours dans la Loi chinoise du droit civil de 1986 dite « *Min Fa Tong Ze* » (art. 89).

1372.L'assimilation par le législateur chinois du cautionnement réel à une sûreté réelle doit être constatée, parce que le premier ne constitue pas une forme particulière de sûreté réelle : constitution par un tiers non tenu de la dette. Par contre, l'approchement de cautionnement réel et de cautionnement personnel ne doit pas être négligé, parce que nous pouvons aussi le qualifier à un mode particulière de garantie personnelle qui n'engage qu'avec une somme limitée, spécialement, à la valeur du bien grevé. En incorporant la notion de cautionnement réel dans les sûretés réelles sans aucunes autres précisions qu'un recours contre le débiteur après le paiement[1931] sur le bénéfice d'avantages du régime de cautionnement de droit commun, une telle organisation ne pouvait adapter à la réalité. Il en est notamment au regard des règles érigéees par la LS (a). Sans remonter en amont pour une modification de la qualification du cautionnement réel, les hauts magistrats ont intervenu en faisant l'assimilation que nous avons faite en second lieu (b).

a – Les questions soulevées par l'assimilation du cautionnement réel à la sûreté réelle par la LS

1373.**Absence de question soulevée en matière du régime matrimonial.** – A la différence avec le droit français, la discussion sur la distinction entre le cautionnement réel et la sûreté réelle ne se trouve pas dans le droit des régimes matrimoniaux. Parce que le législateur chinois préfère une interdiction généralisée[1932] de tout acte de disposition particulière par l'un des époux en dehors des activités de la vie quotidienne[1933], ainsi la question sur la distinction entre une sûreté personnelle, une sûreté réelle ou un cautionnement réel ne se pose pas : l'époux ne saurait conclure des actes en affectant les biens communs sans le consentement exprès de l'autre.

[1931] Art. 57 et 72, LS.
[1932] Art. 17, EJ 2001(30) portant sur la mise en œuvre de la Loi chinoise de mariage.
[1933] Loi chinoise de mariage du 10 septembre 1980, dernière modification par l'Avenant du 28 avril 2001. L'article 17, al. 2, de cette loi dispose que les époux bénéficient un droit égal sur la disposition des biens communs.

1374.**Le principe de la priorité de l'engagement réel sur l'engagement personnel.** – La distinction entre une sûreté réelle et une sûreté personnelle, en Chine, ne se limite à la seule nature différente de l'engagement du constituant. Il existe aussi une autre règle particulière. Conformément aux termes de l'article 28 de la LS[1934], en cas de la défaillance du débiteur , le créancier doit réaliser d'abord les sûretés réelles, et ensuite les sûretés personnelles. En effet, l'article 28 de la LS dispose que la caution ne s'engage qu'en cas de l'insuffisance de la sûreté réelle, bien entendu en cas de coexistence de sûreté réelle et de sûreté personnelle. Une telle disposition suppose nécessairement que le créancier réalise d'abord toutes les sûretés réelles qui garantissent la même dette du débiteur principal et ensuite les sûretés personnelles. Parce qu'en absence de la réalisation de toutes les sûretés réelles, nous ne pouvons pas savoir si ces sûretés réelles suffisent ou pas à satisfaire le créancier ; si bien que les sûretés réelles sont manifestement insuffisantes, nous ne pouvons non plus savoir combien il restera pour le garant.

1375.En effet, la doctrine chinoise s'intéresse plutôt à critiquer[1935] la légitimité de cette distinction entre les sûretés réelles et les sûretés personnelles, et s'intéresse moins à la nature juridique du cautionnement réel. En critiquant ce principe de la priorité de l'engagement réel sur l'engagement personnel, les auteurs ont pu souligner qu'il n'est pas opportun d'exiger la réalisation des sûretés réelles avant de recourir contre les garants sans distinguer qu'une sûreté réelle soit constituée sur les biens

[1934] Art. 28, al. 1er, LS.

[1935] V. en ce sens, par ex. ZOU Hailin (邹海林) et CHANG Min (常敏), *Les modes et l'application des garanties des créances* (债权担保的方式与应用), Law Press(法律出版社)，1998，p.81 et s. ; FEI Anling (费安玲), « Du droit de défense de la caution » (论保证人抗辩权), *Political and Legal Forum* (政法论坛), n° 1, 2000 . *Contra* LI Chuhua (李储华), « Comment traiter les questions sur la coexistence d'hypothèque et de cautionnement pour la garantie d'une même créance » (同一债权上同时设立抵押与保证如何处理)，*Journal of people's court* (人民法院报)，5 mai 2002 ; GUO Ruiming (郭瑞明), *Droit des sûretés* (担保法), Law Press(法律出版社), 2004, p. 59 et s. ; LU Yongdi (陆永棣)，*Les commentaires et les analyses des pratiques du crédit de financement* (金融贷款担保案例评析)，Law Press (法律出版社),2000, p. 103 à 104.

appartenant au débiteur ou à un tiers[1936]. N'est -t-il pas de suggérer que la nature du cautionnement réel n'est pas purement réelle ?

1376.**Intérêt de la qualification.** – La distinction du cautionnement réel avec la sûreté réelle *stricto sensu*, face à cette règle particulière, n'est pas sans intérêt. En cas d'absence de distinction, le créancier peut choisir n'importe quelle sûreté réelle à réaliser, s'il en existe plusieurs. Autrement dit, le créancier pourrait, selon cette analyse, parfaitement réaliser, d'abord, la sûreté réelle constituée par un tiers et puis celle constituée sur un ou plusieurs biens du débiteur. Une telle solution ne s econforme pas à l'idée[1937] selon laquelle, en cas de défaillance du débiteur, le créancier doit d'abord réaliser les biens appartenant au débiteur[1938]. En outre, en choisissant cette solution, c'est de nier complètement le statut particulier de la caution réelle qui est un tiers garant. Une différence de situation justifiera, nécessairement, une traitement différent.

1377.En distinguant le cautionnement réel avec la sûreté réelle *stricto sensu*, deux analyses sont possibles. D'abord, une telle distinction n'entraîne pas nécessairement une assimilation du cautionnement réel à un cautionnement personnel. Ainsi, en cas d'existence d'un cautionnement réel et un cautionnement personnel qui garantissent une même dette du débiteur principal, l'application de la disposition de l'article 28, alinéa 1, de la Loi des sûretés va permettre le créancier à solliciter, d'abord, la réalisation du cautionnement réel, et de laisser bénéficier la caution personnelle, toute seule, la protection érigée par cette règle[1939]. Ensuite, si une distinction du cautionnement réel avec la sûreté réelle *stricto sensu* est faite avec l'assimilation de ce premier au cautionnement personnel, il n'y aura pas lieu de réaliser le cautionnement

---

[1936] ZOU Hailin (邹海林) et CHANG Min (常敏), *Les modes et l'application des garanties des créances* (债权担保的方式与应用), Law Press(法律出版社), 1998, p.81 et s.
[1937] Art. 24, EJ du 29 septembre 2000.
[1938] En ce sens aussi, ZOU Hailin (邹海林) et CHANG Min (常敏), *Les modes et l'application des garanties des créances* (债权担保的方式与应用), Law Press(法律出版社), 1998, p.81 et s. Pour ces auteurs, le législateur chinois a, par l'article 28, al. 1er, de la Loi des sûretés, voulu distinguer les sûretés portant sur les biens appartenant au débiteur avec celles portant sur les biens en dehors du patrimoine du débiteur.
[1939] Sur cette analyse, V. par ex. CHEN Xiao (程啸), « On the concurrence of warrants and Real Rignts with Warrants » (保证与担保物权并存之研究), *Jurists Review*(法学家), 2005 (6), p. 65 et s.

réel avant le cautionnement personnel. Autrement dit, si une créance est garantie par un cautionnement réel et un cautionnement personnel, le créancier disposera un libre choix entre la réalisation du cautionnement réel et du cautionnement personnel. En tout état de cause, la distinction du cautionnement réel avec la sûreté réelle permettra à ce permier de bénéficier de la disposition du premier alinéa de l'article 28 de la Loi des sûretés.

1378.En constatant cet illogisme, les plus hauts magistrats chinois sont appelés à expliquer la Loi des sûretés, parce qu'ils n'ont pas de pouvoir législatif, donc pas de possibilité d'effectuer une modification de la loi.

b – L'assimilation du cautionnement réel au cautionnement personnel par l'Explication judiciaire de 2000

1379.**Etat de question.** – En effet, l'application de l'article 28, alinéa 1er, de la LS ne posera pas de problème lorsqu'il n'existe qu'une sûreté purement personnelle et une sûreté purement réelle qui garantissent la même créance. La question qui doit être traitée est la coexistence d'un cautionnement avec soit une sûreté purement réelle, soit un cautionnement personnel.

1380.**Réponse des magistrats.** – Sur ce, la Cour suprême chinoise a répondu que « lorsqu' il existe, pour la garantie d'une même créance, un cautionnement et une garantie réelle fournie par un tiers, le créancier peut demander à la caution ou le garant réel (*物上担保人/ Wu Shang Dan Bao Ren*) à engager la responsabilité »[1940]. Autrement dit, elle a choisie d'assimiler la caution réelle à une caution personnelle. La disposition suivante de cet article a confirmé cette conclusion : « après avoir engagé sa responsabilité, le garant (réel) a le recours contre le débiteur, et aussi le recours contre les autres garants (réel ou personnel) ». Notons bien que cette disposition ne fait que de faire bénéficier tous les recours de la caution personnelle au

[1940] Art. 38, al. 1er, E J du 29 septembre 2000.

constituant d'une sûreté réelle pour autrui, parce qu'elle a repris la même formule de l'article 12[1941] de la Loi des sûretés.

1381.En effet, la transposition des dispositions protectrices de la caution personnelle au cautionnement réel peut être constatée dans cette Explication judiciaire portant sur l'hypothèque. Ainsi, l'article 75 de cette Explication judiciaire dispose qu' « en cas d'existence de plusieurs constituants hypothécaires », donc il existe au moins un tiers constituant, « les autres constituants hypothécaires peuvent demander au tribunal populaire de décharger partiellement ou totalement sa responsabilité de garantie, si le créancier a abandonné son droit hypothécaire accordé par le débiteur principal ». A la fin de cet article, la haute juridiction chinoise a poursuivi que « le garant hypothécaire, après avoir engagé sa responsabilité de garantie, a le recours contre le débiteur et aussi contre les autres constituant hypothécaires ». Ainsi, par cet article, les magistrats ont fait bénéficier toutes règles protectrices de la caution personnelle au constituant du « cautionnement hypothécaire ». Par contre, conformément aux termes de ces dispositions, il convient, quand même, de souligner que la caution hypothécaire, après avoir engagé sa responsabilité de garantie, n'a le recours que contre les autres cautions hypothécaires. Il semble qu'elle ne bénéficie pas de recours contre les cautions personnelles. De ce point de vue, l'assimilation du cautionnement réel au cautionnement personnel n'est pas faite de manière complète.

1382.Néanmoins, nous ne trouvons pas de dispositions similaires dans la partie portant sur le gage. Il est encore plus étrange que les auteurs chinois n'ont même pas posé la question sur le traitement différent de l'hypothèque avec le gage.

1983.**Etrange assimilation de la caution réelle à un constituant hypothécaire.** – Si l'assimilation du cautionnement réel au cautionnement personnel devrait être constatée au regard des dispositions susvisées, c'est n'est pas la seule assimilation qui a été effectuée par la haute juridiction chinoise. Toujours par l'article 75, les magistrats ont, par un deuxième alinéa, assimilé, il nous semble un peu étrange, le cautionnement réel à l'hypothèque. Cet alinéa dispose qu' « en cas d'existence de

[1941] Art. 12, in fine. LS.

plusieurs constituants hypothécaires, (…), le créancier hypothécaire peut librement demander l'un (n'importe lequel) des constituants hypothécaires, ou à tous les constituants hypothécaires à engager leur responsabilité de garantie ». Autrement dit, le cautionnement réel ne saurait bénéficier de la disposition de l'article 28, 1er, de la Loi des sûretés face au constituant débiteur. La confusion persistera toujours en présence de trois catégories de sûretés à savoir, le cautionnement personnel, le cautionnement réel et la sûreté purement réelle[1942]. Il conviendra d'interpréter cette disposition en considérant que les « constituants hypothécaires » comme les « tiers constituants hypothécaires ». Ainsi, cette disposition n'est qu'une transposition de la disposition de la dernière phrase de l'article 12 (première phrase) de la LS qui dispose que « la caution qui a engagé la responsabilité de garantie a le recours contre le débiteur, elle a aussi le recours contre les autres cautions pour la part qu'elles devraient engager ».

1384.Au demeurant, pour traiter cette question particulière portant sur l'ordre de la réalisation des sûretés de différentes natures, l'assimilation du cautionnement réel au cautionnement personnel s'impose. En constatant cette nécessité, le législateur chinois de 2007 a effectué des modifications au corps des textes portant sur le droit des sûretés réelles.

B – Une sûreté hybride après la réforme du 16 mars 2007

1385.Si l'assimilation du cautionnement réel au cautionnement personnel au niveau de la protection de son constituant doit être faite de manière complète, il faut transposer toutes les règles du cautionnement de droit commun. Mais le législateur chinois de 2007 n'a fait qu'une partie de leur travail (a). En outre, le statut spécial du tiers garant du constituant d'une sûreté réelle pour autrui doit pourvoir justifier une protection particulièrement organisée pour son propre compte, et aussi une protection

[1942] Nous pouvons aussi demander : N'est ce-t-il de maintenir le *statu quo* ?

pour le créancier, notamment en cas d'ouverture d'une procédure d'insolvabilité au profit du débiteur (b).

a – L'application partielle des règles du cautionnement personnel au cautionnement réel

1386.**Les nouvelles règles.** – En créant l'article 176 de la Loi des droits réels, le législateur chinois a, de manière générale, transposé les règles notamment propres au cautionnement personnel au cautionnement réel chinois. Aux termes de la disposition de cet article, la réalisation des sûretés qui garantissent la même dette du débiteur principal doit être conforme à la volonté des parties ; sauf stipulations particulières, en cas d'existence de sûretés réelles constituée sur un ou plusieurs biens appartenant au débiteur et d'autres sûretés, le créancier doit réaliser d'abord les premières. Par contre, il n'y pas d'ordre à respecter, si aucune sûreté réelle n'est constituée sur les biens appartenant au débiteur. Enfin, après avoir engagé sa responsabilité de garantie, la caution réelle a le droit contre le débiteur[1943].

1387.Sur cette disposition, certaines remarques peuvent être faites. D'une part, le législateur chinois n'a fait que de modifier la disposition fâcheuse de l'article 28, alinéa premier, de la Loi des sûretés de 1995, en reprenant l'idée de la haute juridiction chinoise ; et d'autre part, ils ont tout simplement déplacé les dispositions des articles 57 et 72 de la Loi des sûretés au début du corps de textes pour qu'une telle disposition puisse être appliquée à toutes les sûretés réelles, pour soi-même ou pour un tiers ; enfin, aucune nouveauté n'est instaurée par rapport à la protection de la caution réelle.

[1943] Sur une critique de cette disposition en soutenant notamment une absence de nécessité de distinguer les trois catégories de sûreté et en accordant au créancier un libre choix entre les trois : XU Lei (徐磊), « Legal analysis on the coexistence of guarantee and sponsion in the same creditor's rignt » (同一债权上保证与物的担保并存之法律分析—兼评«担保法»第 28 条与«担保法解释»第 38 条及«物权法»第 176 条), *Law science magazine* (法学杂志), n° 3, 2008, p. 125 et s.

1388.**Modification significative.** – Néanmoins, une petite modification de termes a été faite concernant le recours contre le débiteur principal : selon la LS , la caution réelle bénéficie un recours après la « réalisation de l'hypothèque » ou la « réalisation du gage », mais ici, la caution réelle bénéficie ce recours après « (avoir) engagé sa responsabilité de garantie ». Ainsi, le cautionnement réel est nécessairement une sûreté réelle, parce que le moyen d'engager la responsabilité de la caution réelle est la réalisation de la sûreté constituée. Pourrait-on ainsi conclure indirectement que le législateur chinois de 1995 avait voulu que le créancier ne bénéficie qu'un droit réel sur le bien affecté, avec ou sans dépossession, par le tiers constituant ? Une convergence entre le droit chinois sous l'emprise de la Loi des sûretés avec le droit français à l'issue de la réforme du 23 mars 2006 devrait être constatée.

1389.En employant l'expression « (avoir) engagé sa responsabilité de garantie », le législateur chinois de 2007 a, indirectement, accordé à la caution réelle une multitude d'options servant à aboutir au même objectif. A côté de la réalisation de la sûreté réelle qui pourrait prendre une multitude de voies, elle pourrait aussi payer (une somme équivalente à la valeur du bien grevé) le créancier à la place du débiteur principal[1944] s'il considère que la conservation de la propriété du bien affecté serait plus importante. Autrement dit, la caution réelle pourrait engager personnellement ou réellement au profit du créancier, tout dépend de sa volonté. Par contre, il ne semble pas que le créancier pouvait exiger la caution réelle à lui payer à la place du débiteur principal. C'est une liberté pour la caution réelle.

1390.Ainsi, à la différence avec le droit français positif et la jurisprudence française qui limite l'engagement de la caution réelle à un seul engagement réel, le législateur chinois a indirectement reconnu la nature hybride de l'engagement de la caution réelle. *Mutatis Mutandis* !

[1944] Sur cette possibilité, v. par ex. CHEN Xiao (程啸), « On the concurrence of warrants and Real Rignts with Warrants » (保证与担保物权并存之研究), *Jurists Review*(法学家), 2005 (6), p. 65 et s. En accordant sur cette possibilité que la caution réelle paie la dette à la place du débiteur principal, l'auteur souligne notamment qu'un recours subrogatoire sera accordé à la caution réelle.

1391.**Portée de la réforme.** – Une telle modification importante n'a pas assez attiré l'attention des auteurs chinois. La question est de savoir si la caution réelle pourrait bénéficier toutes les règles protectrices du cautionnement personnel après avoir engagé personnellement sa responsabilité auprés du créancier. Aux termes de la LDR, la réponse sera, malheureusement, négative. Par contre, dans cette hypothèse, la caution réelle sera dans la même situation qu'une caution personnelle. Un recours subrogatoire devrait, tout au moins, lui être accordé. Il n'est pas logique de laisser la caution réelle sans protection. Nous attendons alors l'intervention des magistrats à trouver et régler cette incohérence.

1392.Admettons que toutes les règles protectrices de la caution personnelle seraient appliquées au cautionnement réel, il est encore loin d'achever un régime complet du cautionnement réel. Or, une sûreté, tant personnelle que réelle devrait faire preuve de son efficacité devant la procédure de surendettement[1945] qui met l'accent sur le principe d'égalité des créanciers.

b – L'absence de règles particulières portant sur le sort du constituant du cautionnement réel en cas de l'insolvabilité du débiteur principal

1393.**Les effets d'ouverture d'une procédure de surendettement.** – En cas d'ouverture d'une procédure chinoise de surendettement (ou bien une procédure de faillite) à l'encontre du débiteur principal, le paiement par ce dernier à ces créanciers n'est pas possible. L'article 16 de la nouvelle Loi chinoise du droit de la faillite (LDF) du 27 août 2006, entrée en vigueur le 1er juin 2007, prévoit clairement que, dès l'acceptation par le tribunal populaire de la demande de faillite au profit du débiteur principal, le paiement par ce débiteur de manière individuelle à ces créanciers est nul. Ainsi, les créanciers bénéficiaires de sûreté réelle portant sur les biens appartenant au débiteur principal ne peuvent plus prévaloir à la réalisation de ces sûretés réelles avant

[1945] V. en ce sens, not. Ph. Simler et Ph. Delebecque, « Chronique droit des sûretés », *JCP G* 2005, p. 185 ; Y. Picod, *Droit des sûretés*, 2e éd. PUF 2011, n° 50, p. 75.

l'attribution d'actif du débiteur, sauf en cas d'exceptions. Aussi, comme en droit français des entreprises en difficulté, les créanciers sont tenus d'obligation de déclaration de leurs créances, dans un délai utile[1946], à la procédure de surendettement, à défaut, leurs droits de créance seront inopposables à la procédure, sauf si le tribunal aura accepté exceptionnellement leurs déclarations tardives[1947].

1394.**L'absence de certaines règles applicables au cautionnement réel.** – Néanmoins, le créancier peut toujours demander à la caution personnelle à engager la responsabilité de garantie. La caution personnelle ne saurait, dans cette situation, refuser à engager sa responsabilité de garantie en soulevant le défaut de la réalisation des biens du débiteur principal[1948]. Etant une sûreté constituée sur les biens en dehors du patrimoine du débiteur principale, le cautionnement réel devrait respecter la même règle. C'est-à-dire, malgré l'ouverture d'une procédure de surendettement au profit du débiteur, le créancier devrait pouvoir demander à la caution réelle à engager sa responsabilité de garantie. Par contre, ni la Loi des sûretés de 1995, ni la Loi des droits réels de 2007 n'a prévu cette même règle au cautionnement réel chinois.

1395.Si la caution personnelle ne saurait refuser à engager sa responsabilité de garantie au profit du créancier, le paiement qu'elle va effectuer va faire naître un droit de recours à l'encontre du débiteur. Mais sa créance contre le débiteur principal n'est que éventuelle au moment de l'ouverture de la procédure de surendettement. La question est de savoir s'il est possible pour elle de déclarer sa créance éventuelle à la procédure. La LDF a donné une réponse positive par son article 51, alinéa 2 en prévoyant que la caution ou les autres codébiteurs peuvent déclarer les créances futures avant d'engager leur responsabilité de garantie. En outre, la déclaration du créancier de la créance garantie par la caution personnelle peut faire dispenser l'obligation de la déclaration de créance de cette dernière. De surcroît, en cas d'absence de déclaration du créancier, la caution personnelle peut, néanmoins,

[1946] Aux termes de l'article 45 de la Loi chinoise de faillite, la durée de ce délai est fixée au minimum de 45 jours et au maximum à 90 jours dès la publication de l'ouverture de la procédure de surendettement.
[1947] Art. 56, LF.
[1948] Art. 17, LS.

participer à la distribution d'actif du débiteur principal[1949]. Par contre, toutes ces règles ne sont pas expressément prévues dans le corps de textes du droit des sûretés réelles, donc pas applicables au cautionnement réel.

1396.Ainsi, malgré une reconnaissance indirecte sur la nature hybride du cautionnement réel par la Loi chinoise des droits réels, le régime du cautionnement réel n'est pas complet. A ce regard, une intervention par le législateur chinois pour compléter ces lacunes est indispensable.

Conclusion partielle :

1397.Etant incorporée par le législateur chinois de 1995 dans les sûretés réelles, le statut particulier de la caution réelle a suscité pas moins de problèmes. Il est clair que les législateurs n'ont pas pris assez de considération sur « cette catégorie particulière de sûretés réelles » au moment de la première législation. Parce qu'une telle qualification n'arrive pas à décrire toutes les caractéristiques du cautionnement réel.

1398.La pratique et la recherche théorique poussent les magistrats à faire des explications sur l'application des règles diverses qui, apparemment, ne sont pas capables à rendre contre les questions soulevées par la nature hybride de cette institution.

1399.Enfin, le législateur chinois a fait un grand progrès avec une petite modification : il s'agit de la reconnaissance indirecte de la nature hybride du contrat de cautionnement réel. Néanmoins, les travaux ne sont pas achevés, parce qu''il est nécessaire d'assimiler le cautionnement réel au cautionnement personnel en cas de procédure de faillite ouverte au profit au débiteur.

[1949] Art. 32, LS.

Conclusion de la section 1

1400.En comparant l'évolution de la notion du cautionnement en droit français et en droit chinois, il est aisé de constater que les sûretés réelles sont, originellement, semble-t-il, prévues par les législateurs des deux pays pour la garantie des dettes propres du constituant. Ainsi, le Code napoléon de 1804 et la LS n'ont, malgré la reconnaissance expresse par les corps de textes des sûretés réelles sur la possibilité de constituer une sûreté réelle pour la garantie de la dette d'un tiers, rien prévu pour rendre compte la particularité du statut particulier de tiers garant de la caution réelle. De surcroît, dans des règles diverses[1950], il semble que les législateurs des deux pays ont complètement oublié l'existence de cette institution particulière.

1401.Après les réformes importantes des deux pays portant sur les sûretés réelles, la détermination officielle de la nature du contrat de cautionnement aux yeux des législateurs est faite : en France, il est qualifié de sûreté réelle, alors qu'en Chine, il est indirectement reconnu comme une sûreté de double nature.

1402.Par contre, une simple qualification ne suffira pas. Au regard du droit français, il semble que la nature purement réelle du cautionnement réel va dispenser le législateur à créer d'autres règles qui lui sont applicables, parce qu'il suffira d'appliquer les règles des sûretés réelles. Par contre, dans la pratique, des questions se posent toujours malgré cette qualification absolue [1951] . En Chine, les règles applicables au cautionnement réel ne se conforment pas absolument pas à sa nature. Il en est notamment en cas d'ouverture d'une procédure de surendettement chinois, une assimilation du cautionnement réel au cautionnement personnel s'impose, mais la nouvelle Loi de faillite chinoise a mis cette catégorie de sûreté dans l'oubliette.

1403.Pour une clarification de la nature hybride du cautionnement réel et les règles applicables, notamment celles qui ne sont pas expressément prévues dans le droit des

[1950] Pour la France, ce sont des règles portant sur le régime matrimonial ; et pour la Chine, c'est la règle portant sur la protection de la caution personnelle.
[1951] V. *infra* n° 1419 et s.

sûretés réelles, il convient d'analyser la volonté des parties, parce qu'il ne faut pas oublier que le cautionnement réel est avant tout une convention.

Section 2 : *De lege ferenda* : un régime complété par certaines règles du cautionnemnet du droit commun

1404.Une analyse profonde de la nature du cautionnement réel au travers de la volonté des parties contractantes nous permettrait de constater le caractère hybride de cette institution (§1). L'insuffisance des règles des sûretés réelles nous force à appliquer certaines règles du cautionnement de droit commun. La question est de savoir quelles sont les règles de cautionnement de droit commun qui doivent être appliquées au cautionnement réel (§2).

§1 – Une sûreté de nature hybride au regarde de la volonté des parties conventionnelles

1405.L'examen des volontés des parties contractantes d'un cautionnement réel (A) nous permet de bien constater l'insuffisance des règles des sûretés réelles à rendre compte tous les objectifs voulus (B).

A – Les volontés des parties conventionnelles du cautionnement réel

1406.Étant assise sur la technique de l'affectation d'un ou plusieurs biens pour la garantie de paiement d'une dette, la qualification du contrat de cautionnement réel à une sûreté réelle n'est pas tout à fait fautive. Par contre, la qualification de ce contrat ne sera pas correcte que si les volontés individuelles des parties contractuelles seront tout à fait satisfaites par un régime juridique que l'on a voulue adhérée.

1407.Pour ce faire, une analyse des volontés des parties contractuelles du cautionnement réel est inéluctable (a). En comparant les volontés individuelles et le régime concrétisé par les règles de sûreté réelle, une réponse négative devrait,

malheureusement, être donnée sur la qualification moniste du cautionnement réel à une sûreté réelle (b).

a – Une sûreté réelle voulue par les parties

1408.**Principe de liberté contractuelle.** – Si une sûreté conventionnelle est constituée dans l'objectif de la garantie de paiement de la créance garantie, cette institution n'est pas forcément constituée en faveur du créancier. Il faut bien comprendre, conformément au principe de la liberté contractuelle, une convention ne sera pas validée qu'avec le consentement de toutes les parties. En butant vers un même objectif, les parties peuvent effectivement avoir de volontés différentes qui ne contredisent pas forcément l'objectif du contrat envisagé. Une analyse profonde des volontés des parties nous permettra clarifier la nature hybride du contrat de cautionnement réel, parce que les volontés se scindent en deux parties : une partie favorable à la qualification de sûreté réelle, et l'autre partie favorable à la qualification de cautionnement.

1409.Les volontés favorables à la qualification de sûreté réelle. - Prétendant à un cautionnement réel, le créancier cherche une sûreté stable et efficace. Il souhaite donc obtenir un droit préférentiel ou exclusif sur la valeur d'un bien du patrimoine d'un tiers qui correspond au montant de sa créance à l'encontre du débiteur principal. Or, ce droit préférentiel ou exclusif constitue le socle commun au droit des sûretés réelles[1952]. C'est donc tout naturellement qu'il exigera du tiers garant la constitution d'une sûreté réelle qui le fera bénéficier de tous les avantages attachés à cette institution, c'est-à-dire la possibilité de s'émanciper du principe d'égalité de ses créanciers, en s'attribuant une priorité sur un ou plusieurs biens du patrimoine de la caution réelle. Comme nous l'avons vu, cette priorité lui permettra d'appréhender la valeur de ce ou ces biens à titre préférentiel ou exclusif au moment de la réalisation.

[1952] En ce sens, J. Mestre, E. Putman et M. Billiau, *Traité de droit civil, Droit commun des sûretés réelles*, LGDJ 1996, n° 140.

Toujours dans sa volonté de recherche d'efficacité et de sécurité, le créancier souhaite éviter l'écueil que constituent pour lui les risques de fluctuations du patrimoine du tiers garant. Là encore, plusieurs éléments inhérents aux sûretés réelles conventionnelles se proposent à lui pour réaliser cette sécurité. Par la constitution d'un droit réel de garantie, elles lui permettront d'isoler dans le patrimoine du tiers garant un bien particulier, dont la valeur résiste aux fluctuations à la baisse, ce qui n'exclut pas, dans les motivations du créancier, une possible spéculation à la hausse dans le choix du bien affecté. Il s'assure ainsi une réserve de valeur stable et suffisante pour garantir sa créance[1953]. Le créancier entend être protégé contre les opérations dont le bien affecté pourrait être l'objet pendant la période de garantie. C'est ici que la technique des sûretés réelles conventionnelles, par la dépossession ou l'existence d'un droit de suite, lui permettra d'être désintéressé malgré la migration du bien à travers plusieurs patrimoines. Il en résulte que le régime des sûretés réelles conventionnelles apporte au créancier toutes les satisfactions qu'il espérait obtenir de la garantie offerte par le tiers garant.

1410.Par ailleurs, dans le domaine économique, l'efficacité d'une garantie dépend pour une large part du sort que lui réservent les procédures collectives et se mesure à la résistance dont fera preuve la garantie octroyée lorsqu'elle sera happée dans cette tourmente[1954]. Ce paramètre qui sera déterminant pour engager ou freiner la volonté du créancier, qui s'interrogera à juste titre sur l'efficacité du cautionnement réel dans une procédure collective ouverte contre le chirographaires, n'est pas systématiquement défavorable aux bénéficiaires de sûretés réelles[1955]. Or ce sera pour

[1953] Ce caractère ne doit pas être exagéré. En effet, si la valeur de certains biens tels les immeubles n'est pas sujette à des variations brutales, il n'en va pas de même pour les valeurs mobilières ou certains produits financiers.

[1954] V. not. M. et S. Cabrillac, Ch. Mouly et Ph. Pétel, *Droit des sûretés*, 9e éd., Litec 2010, n° 8.

[1955] M. Cabrillac et Ph. Pétel, « Juin 1994, le printemps des sûretés réelles ? », *D.* 1994, Chron. p. 243 ; J.-M. Calendini, « La situation des créanciers titulaires des sûretés réelles spéciales après la loi du 10 juin 1994 », *Rev. proc. coll*. 1994, p. 497. Bien entendu, le traitement qui leur est réservé aujourd'hui n'est pas aussi avantageux que sous l'empire de la loi du 13 juillet 1967. En revanche, la loi du 10 juin 1994 a réalisé une amélioration sensible de leur condition par rapport à la loi du 25 janvier 1985. D'une façon générale, il n'entre pas dans les objectifs prioritaires de la loi du 26 juillet 2005 d'améliorer de manière significative la situation des créanciers antérieurs titulaires de sûretés réelles. Néanmoins, dans l'hypothèse où le constituant serait soumis à une procédure de sauvegarde ou de redressement judiciaire, la situation de ceux-ci se trouve améliorée par contre coup dans la mesure où certains

lui une raison de plus de choisir une sûreté réelle conventionnelle pour en tirer ainsi le cautionnement réel à une sûreté réelle classique, il espère se trouver dans la même position que le bénéficiaire d'une telle sûreté à l'égard des risques d'une procédure collective appliquée au constituant.

1411.On constate que les exigences du créancier sont animées par la volonté sous-jacente d'identifier le cautionnement réel aux sûretés réelles conventionnelles. Le tiers garant est-il susceptible d'adhérer à cette analyse ?

1412.**Volonté de limiter l'engagement.** – Malgré sa volonté de garantir la dette d'autrui, l'objectif du tiers garant est de limiter son engagement à un ou plusieurs biens particuliers de façon à préserver l'ensemble de son patrimoine. Dès lors, la possibilité que lui offrent les sûretés réelles conventionnelles d'affecter certains biens particuliers à la garantie d'une dette satisfait entièrement sa volonté car cette technique lui permet de n'engager que ceux-ci en protégeant d'autres éléments plus importants à ses yeux. Le droit consenti est alors un droit réel de garantie ou un droit de propriété sur un ou plusieurs biens, qui pourra se révéler inférieur à leur valeur,

---

créanciers dits postérieurs, avec qui ils sont susceptibles d'entrer en concours sur l'actif du débiteur, sont traités avec moins de clémence qu'auparavant par le législateur. Désormais, conformément à l'article L. 622-17 du Code de commerce, les conditions de régularité et de postériorité ne sont plus suffisantes pour bénéficier de l'ancienne « priorité de paiement » de l' « article 40 » (sur cette qualification v. Com., 5 février 2002, Bull. civ. IV, n° 27), transformée dorénavant par le texte en véritable « privilège », le législateur ayant introduit un critère téléologique pour en limiter l'extension. En revanche, les créanciers antérieurs bénéficiant de sûretés réelles seront primés par les créanciers de l'accord amiable homologué (art. L. 611-11, C. com). Dans l'hypothèse d'une liquidation judiciaire, la principale nouveauté de cette phase concerne l'intégration d'un article L. 641-13 qui prévoit un paiement à l'échéance ou privilégié des créanciers postérieurs. En présence d'une liquidation, bénéficient du privilège, si elles répondent aux conditions communes, toutes les créances nées depuis l'ouverture de la liquidation immédiate ou depuis l'ouverture de la procédure de sauvegarde ou de redressement. Le classement retenu est celui autrefois mentionné dans le II de l'article L. 621-32 du Code de commerce, favorable aux créanciers antérieurs titulaires de sûretés réelles conventionnelles. D'un autre côté, l'ajout du privilège dit de « new money » marque une régression par rapport à l'avancée effectuée en 1994 (V. dans ce sens, P. Crocq, « Le projet de loi sur la sauvegarde des entreprises et le respect des concepts de droit des sûretés », *Dr. et patr*. Janvier 2005, p. 43 et s., spéc. p. 45). Le choix du législateur de faire basculer la réalisation de la cession d'entreprise (art. L. 642-1 à L. 642-25, C. com.) dans la liquidation n'est pas sans conséquence. Lorsqu'un plan de cession est adopté dans cette phase, les titulaires de sûretés réelles bénéficieront de la rétrogradation des créanciers, quant à la distribution de l'actif, propre à la liquidation judiciaire. En revanche, ceux-ci conservent leur rang et leur paiement s'opère dans les conditions de l'article L. 622-17 du Code de commerce, si un tel plan est adopté, à titre subsidiaire, au cours du redressement judiciaire. L'ensemble de ce dispositif n'a pas été remise en cause de manière sensible par l'ordonnance du 18 décembre 2008 (V. dans ce sens, P. Crocq, « L'ordonnance du 18 décembre 2008 et le droit des sûretés », *JCP E* 2009, 1313).

mais dont il est assuré qu'il ne la dépassera jamais. De sorte que, si perte il y a, celle-ci va se circonscrire à l'objet affecté au créancier sans pouvoir dépasser sa valeur. Le garant ne renonce pas à une emprise partielle mais il marque une limite supérieure à son engagement. En outre, il lui importe peu qu'une telle affectation soit réalisée à titre préférentiel, cet élément ne concerne que les rapports du bénéficiaire avec d'éventuels créanciers en concours. L'existence d'un droit préférentiel ou le droit de propriété en faveur du créancier ne peut en aucun cas le dissuader de consentir une sûreté réelle.

1413.Nous avons constaté que la volonté individuelle de chacune des parties les conduisaient à choisir la constitution d'une sûreté réelle et par suite à concevoir le cautionnement réel comme une sûreté réelle conventionnelle. Pour le créancier, il est évident que sa volonté de sécurité et d'efficacité se trouvera totalement satisfaite par l'intégration du cautionnement réel dans les sûretés réelles et l'application de leur régime à ce contrat. Le choix de la caution réelle s'accorde également les volontés individuelles et les feront figurer dans l'acte commun constitutif du cautionnement réel.

b – Une sûreté personnelle voulue par les parties

1414.**Les volontés favorables à la qualification de cautionnement de droit commun.** – Le créancier qui envisage un cautionnement réel cherche principalement la possibilité d'appréhender une valeur équivalente au montant de sa créance dans un autre patrimoine que celui du débiteur principal si celui-ci se révèle défaillant. Or, le contrat de cautionnement lui offre précisément un droit sur le patrimoine d'un tiers qui s'engage « à satisfaire à cette obligation, si le débiteur n'y satisfait pas lui-même ». Il sera tout naturellement conduit à conclure une telle convention avec le tiers garant afin de pouvoir prélever dans le patrimoine de celui-ci l'équivalent de sa créance à l'égard du débiteur principal. Les droits que le régime du contrat de cautionnement consent au garant, tels que le bénéfice de discussion et le bénéfice de division, peuvent constituer pour le créancier un frein à l'intégration du cautionnement réel

dans ce contrat nommé. C'est oublier que ces dispositions protectrices ne sont pas d'ordre public et qu'il pourra en négocier la renonciation. Pour les avantages non négociables du régime de ce contrat, le créancier procédera à un arbitrage entre son désir de conserver le garant à ce prix ou la perspective de renoncer à conclure le contrat principal. Or, en occurrence, le cautionnement de droit commun lui conserve ses moyens d'action sur le patrimoine du garant[1956]. Dans ces conditions il sera favorable à l'intégration du cautionnement réel dans ce régime.

1415.Le tiers garant recherche les effets juridiques produits par le contrat de cautionnement parce que ce contrat lui permet de mettre son crédit au service d'autrui dans des conditions satisfaisantes pour lui. Tout d'abord, il entend que son engagement soit subordonné à la défaillance hypothétique du débiteur principal, exigence inhérente au fondement même du cautionnement. Il entend également ne pas supporter le poids définitif de la dette et à ce titre, il adhère naturellement aux recours qu'offre le contrat de cautionnement, tant à l'encontre du débiteur principal, qu'à l'égard des cofidéjusseurs. Enfin, si le garant s'engage à garantir la dette d'autrui, c'est en ayant à l'esprit qu'il ne se trouve pas dans la même position que le débiteur principal. C'est pourquoi, il entend que soit pris en compte le fait qu'il n'est pas un débiteur de premier rang et qu'il puisse bénéficier de la modération juridique attachée à un tel statut. Or, le droit français[1957] du cautionnement qui accorde à la caution de droit commun, avec les bénéfices de discussion et de division, l'exception de subrogation, ainsi que de multiples droits à l'information, assure ce faisant la protection du tiers garant dès l'origine du contrat jusqu'à sa mise en œuvre. Il est par là de nature à satisfaire parfaitement ses vœux et à susciter son adhésion.

[1956] V. Dans le sens : L. Aynès et P. Crocq, *Droit des sûretés*, 9e éd. LGDJ 2015, n° 12 ; M. et S. Cabrillac, Ch. Mouly et Ph. Pétel, *Droit des sûretés*, 9e éd., Litec 2010, n° 8 ; D. Legais, *Sûretés et garanties du crédit*, 9e éd., LGDJ 2013, n° 39 ; H. et L., J. Mazeaud, F. Chabas et Y. Picod, *Sûreté, Publicité foncière*, 7e éd. Montchrestien 1999, n° 6-1 ; Ph. Simler et Ph. Delebecque, *Droit civil, Les sûretés, la publicité foncière*, 5e éd. Dalloz 2009, n° 4.

[1957] En droit chinois du cautionnement, certaines protections ont été expressément accordées à la caution : le bénéfice de discussion (art. 17, LS), le recours contre le débiteur (art. 12, LS), le recours contre les autres cofidéjusseurs solidaires (art. 12, LS), l'exception de subrogation (art. 28, LS).

1416.Quant au débiteur, même s'il n'est pas partie au contrat de cautionnement réel, il est naturellement favorable à ce que sa dette soit garantie par un tiers et à l'intégration de cette garantie dans le droit du cautionnement. En effet, cela lui évite d'affecter son crédit en fournissant lui-même des garanties réelles telles que le gage avec dépossession, lequel du fait de la dépossession est susceptible de nuire à son crédit apparent, en faisant disparaître le bien gagé de son emprise matérielle. De plus, ce même bien ne peut servir de gage à d'autres créanciers et sa valeur résiduelle, parfois significative, est donc inutilisable par le débiteur pour une autre opération de crédit. Encore, il peut arriver que le débiteur n'ait pas assez de bien à fournir au créancier pour la somme de crédit envisagé. Pour ces multiples raisons, le débiteur est intéressé au premier chef par ce contrat, c'est d'ailleurs lui qui prendra le plus souvent l'initiative de trouver un tiers garant qui acceptera de s'engager dans les conditions du cautionnement de droit commun.

1417.En somme, les volontés favorables à la qualification de sûretés réelles visent notamment à faire bénéficier le créancier une priorité sur un ou plusieurs biens par rapport aux créanciers chirographaires du débiteur et du constituant ; et les volontés favorables à la qualification de cautionnement visent notamment une protection du constituant en tant qu'un tiers garant qui se distingue nécessairement avec le débiteur.

1418.Après avoir analysé les volontés individuelles des parties contractuelles du cautionnement réel, il convient de regarder le régime concrétisé par les règles de sûretés réelles pour qu'une comparaison puisse être faite.

B - L'insuffisance des règles de sûretés réelles à rendre compte complètement le cautionnement réel

1419.Si tous les effets juridiques voulus par les parties contractuelles du cautionnement réel peuvent être obtenus par l'application des règles de sûretés réelles, une réponse positive sur la qualification de sûreté réelle du cautionnement réel doit

être donnée. Sinon, la réponse sera négative. Il conviendra de regarder les règles générales des sûretés réelles (a), avant d'obtenir la conclusion (b).

a – Les principales règles de sûretés réelles

1420.**Les règles communes des sûretés réelles.** – Concernant la constitution d'une sûreté réelle, un écrit est une condition généralement requise tant pour le gage (sur les meubles corporels) que pour le nantissement (sur les meubles incorporels), sans compter l'hypothèque qui est soumise à une formalité très lourde. La démission de la dépossession de son fonctionnement de condition *ad validitatem* en matière de gage décharge le constituant de l'obligation de la remise matérielle du bien grevé. Néanmoins, une publicité reste toujours une condition *ad probationem*, pour que le créancier puisse faire opposer son droit sur le bien grevé aux tiers.

1421.Concernant la période de garantie, dans laquelle la défaillance du débiteur de la créance garantie n'est pas signalée, une série de règles portant sur la conservation de l'assiette de sûreté réelle est organisée. L'objectif est simple, renforcer le droit du créancier au moment de la réalisation de la sûreté.

1422.Enfin, concernant la réalisation et l'extinction de la sûreté réelle, des règles diverses permettent le créancier d'être clair sur son rang de priorité de son droit et bien sûr les procédures à respecter. Sinon, la sûreté réelle s'éteindra dans les conditions où elle n'aura plus de raison à survivre.

1423.**Une absence de règles prévues pour le tiers garant.** – Force est de constater que dans le corps de textes portant sur les sûretés réelles, préférentielles ou exclusives, sauf dans les définitions, aucune règle particulière n'est pas érigée pour rendre compte le statut particulier des tiers garants. Le tiers garant est généralement absent de la technique des sûretés réelles conventionnelles. Nous observons aussi que la plupart des auteurs envisage la création de sûretés réelles conventionnelles comme un

territoire réservé au débiteur principal lui-même[1958]. La rédaction des ouvrages de doctrine est révélatrice sur ce point. Ceux-ci sont traditionnellement divisés en deux parties, l'une relative aux sûretés personnelles, l'autre aux sûretés réelles. Ils reprennent tous cette idée selon laquelle il existe deux institutions distinctes affectées spécifiquement à la garantie d'une dette selon la qualité juridique du constituant : celle des sûretés personnelles, qui a pour fonction de garantir la dette d'un tiers et celle des sûretés réelles, qui concerne la dette propre de son constituant. Dans cet ordre, l'idée c'est très explicitement ce que M. Théry opère, d'abord l'étude des « Garantie personnelles » puis des « Garanties réelles » dans lesquelles une sous partie s'intitule « Droit préférentiel sur les biens du débiteur ». Ainsi, M. Ansault a pu bien souligner dans sa thèse que les sûretés réelles sont historiquement façonnées pour garantir sa propre dette[1959].

1424.Poursuivant une telle analyse, les règles de sûretés réelles n'arriveront pas à rendre compte la protection des tiers garants parce que législateur ne l'avait pas prévue ainsi.

b – L'insuffisance en matière de protection de la caution réelle

1425.L'analyse des volontés de différentes parties conventionnelles du cautionnement réel nous montre déjà que la qualification de sûretés réelles satisfait l'objectif principal des parties : d'une part, accorder une priorité au créancier portant sur un ou plusieurs biens déterminés ; d'autre part, limiter la priorité du créancier sur les biens choisis, ainsi de protéger le constituant instaurant une limite de son engagement.

[1958] M. et S. Cabrillac, Ch. Mouly et Ph. Pétel, *Droit des sûretés*, 9e éd., Litec 2010, n° 1 ; Planiol, *Traité élémentaire de droit civil*, t.2, 3e éd., LGDJ 1905, n° 2313 qui examinent l'utilité des sûretés réelles uniquement quand le débiteur les fournit lui-même. D'auteurs auteurs, tout en se prononçant dans le même sens, font référence à la qualité éventuelle de tiers du constituant mais en soulignant immédiatement le caractère exceptionnel, P. Ancel, Droit des sûretés, 5e éd., Litec 2008, n° 19 ; L. Aynès et P. Crocq, *Droit des sûretés*, 9e éd. LGDJ 2015, n° 6 ; H. et L., J. Mazeaud, F. Chabas et Y. Picod, *Sûreté, Publicité foncière*, 7e éd. Montchrestien 1999, n° 54.

[1959] J.-J. Ansault, *Le cautionnement réel*, préf. P. Crocq, Defrénois 2009, Collection de thèses, t. 40, n° 40 et s., p. 37.

1426.**Une vraie volonté croisée.** – Ainsi, la volonté des parties s'accordant pour soumettre le cautionnement réel au régime des sûretés réelles. Mais cet accord n'est qu'apparent et repose sur un malentendu profond[1960]. En effet, le créancier poursuit son intérêt qui consiste à attirer le cautionnement réel dans le domaine des sûretés réelles, ceci pour bénéficier de l'avantage préférentiel ou exclusif de cette institution mais aussi peut-être avec la pensée prospective d'assimiler la caution réelle au débiteur principal et de la priver par là, des protections et des recours que lui aurait offert le cautionnement de droit commun en cas de défaillance du débiteur principal. Guidé par sa volonté d'efficacité, le créancier cherchera une garantie dont la mise en œuvre attribuera au constituant un minimum de moyens de défense. Pour le créancier, la garantie idéale consistera en un paiement automatique à l'échéance, indépendant des vicissitudes du contrat principal[1961]. A ces prétentions, on objectera que les sûretés réelles conventionnelles classiques elles-mêmes sont soumises au principe de l'accessoire et que leur sort demeure dans l'étroite dépendance de celui de la créance garantie. Mais, en tout état de cause, le créancier ne veut pas qu'à ce caractère accessoire viennent se superposer des moyens de défense spécifiques dont dispose la caution. On comprend alors la volonté du créancier d'attirer le cautionnement réel dans l'orbite des sûretés réelles, et sa tentative d'effacer la personnalité juridique des deux intervenants à l'opération, le débiteur principal et la caution. Il ne veut considérer que son droit préférentiel ou exclusif sur la valeur de quelques biens particuliers.

1427.La caution réelle, pour sa part, n'était pas opposée à se soumettre au régime des sûretés réelles, qu'elle considérait comme une technique juridique destinée à affecter un de ses biens à la garantie de la dette du débiteur principal, en protégeant le reste de son patrimoine. Encore, dans son esprit, cette opération consistait-elle moins à constituer en réserve de valeur un bien de son patrimoine pour l'affecter en garantie,

---

[1960] V. en ce sens, J.-J. Ansault, *Le cautionnement réel*, préf. P. Crocq, Defrénois 2009, Collection de thèses, t. 40, n° 37, p. 35.

[1961] Le créancier fait valoir son expérience qui lui apprend que les mauvais payeurs tentent de dissimuler leurs défaillances par des actions visant une prétendue inexécution du contrat. *Adde*, B. Roman, « Les moyens de défense de la caution : l'importance accrue des aspects procéduraux », *Dr. et patr.* 2004, p. 50 et s.

par la procédure spécifique des sûretés réelles, qu'à limiter, en cas de défaillance du débiteur principal, la saisie du créancier à ce seul bien en lui interdisant toute autre action sur le reste de son patrimoine. Une telle volonté serait de nature à orienter préférentiellement vers un cautionnement réel de droit commun dont l'assiette, ainsi l'assimiler au débiteur principal. On rencontre là une spécificité rarement soulignée mais essentielle au contrat de cautionnement réel, selon laquelle l'accord des parties est assis sur une charge de malentendus latents qui pourront fort bien ne jamais se manifester si le contrat évolue favorablement mais qui se révéleront sous la forme de conflits explosifs aussitôt que la caution réelle réclamera l'application des dispositions protectrices du cautionnement de droit commun. En effet, la rédaction du contrat de cautionnement réel au format des sûretés réelles fait perdre au tiers constituant l'ensemble du système protecteur offert à celui qui garantit la dette d'autrui, protection à laquelle un contrat de cautionnement de droit commun, limité dans son assiette, lui permettrait légitimement de prétendre. En effet, le souscripteur d'une sûreté réelle ne bénéficie pas de déchéance des droits du créancier en raison de son comportement déloyal, déchéance expressément prévue par le contrat de cautionnement de droit commun mais inexistante dans les sûretés réelles. De sorte que, dans ce domaine, le tiers constituant n'est pas plus protégé que s'il avait constitué la garantie pour une dette propre. Le droit des sûretés réelles, qui n'est pas en mesure de lui assurer cette protection, trahit donc sa volonté sur ce point et n'est pas de nature à produire les effets juridiques qu'il attend du cautionnement réel.

1428.**Un manque de fondement dans le droit des sûretés réelles des recours de la caution réelle.** – La volonté du tiers garant est tout aussi frustrée dans l'un des domaines essentiels de la garantie de la dette d'autrui : les recours en remboursement de celui qui a payé contre le débiteur principal. En effet, par définition, l'opération de garantie doit être absolument neutre à l'égard du garant. Cette finalité du contrat de garantie doit être considérée comme un élément déterminant de son consentement dont on ne saurait le priver sous peine de dénaturer le contrat. Or, ce sont précisément les dispositions relatives au recours de la caution qui ont pour fonction d'assurer cette neutralité. Mais il s'avère que de telles dispositions, détaillées précisément par les règles du cautionnement, sont totalement inexistantes dans les textes du Code civil

relatifs aux différentes sûretés réelles conventionnelles. De sorte que le tiers garant qui voudrait exercer un tel droit ne trouverait aucun fondement à son action dans ces textes[1962]. Sur ce point significatif, le droit des sûretés ne saurait satisfaire la volonté de la caution réelle. Il en irait de même pour les recours en contribution que le tiers garant souhaiterait exercer contre d'autres cofidéjusseurs. Il scrutera en vain les dispositions relatives aux sûretés réelles pour y trouver un fondement à son action. En revanche, il ne manquera pas d'observer que tous les effets juridiques qu'il souhaite faire produire au cautionnement réel sont rendus possibles par les textes propres au cautionnement de droit commun.

1429.Il n'y a pas ici incompatibilité des sûretés réelles avec les effets juridiques souhaités par les parties au contrat de cautionnement réel, mais une étroitesse relative des règles qui ne leur permet pas d'intégrer l'ensemble de ce contrat. La volonté des parties se rencontre sur le principe de l'application du régime de sûretés réelles, mais se sépare devant l'impossibilité de ce régime à rendre compte de l'ensemble d'un contrat qui le déborde sensiblement. Les sûretés réelles conventionnelles ne recouvrent pas toute l'étendue du contrat. Ce constat était prévisible dans la mesure où elles ont été conçues par le législateur comme un instrument juridique permettant au constituant de garantir sa propre dette.

1430.Il semble que l'application des règles du cautionnement de droit commun au cautionnement réel est inéluctable pour rendre compte le statut particulier de la caution réelle : tiers garant.

[1962] Il n'est pas exclu que le tiers garant *solvens* soit susceptible d'exercer un recours en remboursement contre le débiteur principal ou un recours en contribution à l'encontre d'autres cofidéjusseurs sur d'autres fondements juridiques. De tels recours se justifieraient alors par l'application de l'article 1251, 3° du Code civil, par des stipulations adéquates dans le contrat de cautionnement réel ou par les règles jurisprudentielles dégagées en matière de paiement de la dette d'autrui (V. not. Civ. 1re, 17 nov. 1993, *Bull. civ.* I, n° 322 ; Civ. 1re, 6 juin 1997, *JCP G* 1997, IV, 1330). V. égal. J.-J. Ansault, *Le cautionnement réel*, préf. P. Crocq, Defrénois 2009, Collection de thèses, t. 40, n° 130 et 167.

§2 – Un constituant méritant la protection des règles du cautionnement de droit commun

1431.Comme nous avons déjà analysé, les règles du cautionnement de droit commun permettent à la caution réelle de trouver un fondement juridique de ses recours et des protections propres au tiers garant. Il est à noter ici que ni les règles de sûretés réelles ni les règles du cautionnement de droit commun n'arrive à rendre compte seules tous les effets juridiques voulus par les parties contractuelles du cautionnement réel. Il est à admettre la nature hybride du cautionnement réel qui nous amène une question pratique que nous avons soulevé au début de ce chapitre : quelles règles à appliquer[1963]. Si l'application des règles de sûreté réelles et celles du cautionnement de droit commun est nécessaire, une collaboration entre ces deux séries de règles s'impose pour maintenir la cohésion interne de la structure juridique du cautionnement réel. Permettant un fondement de l'efficacité de la garantie envisagée, le droit des sûretés réelles constitue le socle du régime du cautionnement réel. Or, les règles du cautionnement de droit commun au cautionnement sont nécessairement celles qui sont compatibles avec le but cherché par les sûretés réelles. Ainsi, l'exclusion de certaines règles du cautionnement de droit commun sera justifiée en faveur du corps de règles le plus apte à servir la finalité du contrat (A). Les autres règles du cautionnement de droit commun compatibles, à savoir celles affectées aux recours de la caution réelle, avec la structure constituée par le droit des sûretés réelles seront applicables(B). La question sera notamment compliquée en cas de l'insolvabilité du débiteur principal, le sort de la caution réelle dans cette hypothèse mérite une discussion particulière (C).

[1963] La recherche sur la méthode selon laquelle se détermine les règles applicables à un contrat mixte ne fait pas l'objet de notre recherche. Il ne faut pas manquer de souligner que la doctrine a maintes fois souligné la difficulté de fonder le régime juridique d'un contrat mixte. Il est justement à noter, ici, d'une façon générale, la distributivité des règles s'effectuera de façon séquentielle dans le déroulement de contrat ; en cas de blocage, le contrat sera alors soumis à l'interaction des attributs de ses règles constitutives, ce qui justifiera soit la conjonction de celles-ci en vue de la finalité du contrat, notamment en permettant à la caution d'invoquer les moyens de défense du cautionnement pour faire échec à la mise en œuvre de la sûreté réelle par le créancier, soit l'anéantissement pur et simple de l'une de ses composantes constitutives en raison de la disparition de l'autre, notamment à l'occasion de la disparition fortuite du bien (V. sur les méthodes pour déterminer le régime d'un contrat mixte, J.-J. Ansault, *Le cautionnement réel*, préf. P. Crocq, Defrénois 2009, Collection de thèses, t. 40, p. 277 à 330.

A – L'exclusion des règles du cautionnement de droit commun incompatible avec les sûretés réelles

a – Les raisons d'exclusion de certaines règles du cautionnement de droit commun

1432.**Les critiques de la doctrine moniste.** - La doctrine moniste a pu susciter des critiques[1964] dans la mesure où elle considérait que la sûreté réelle englobait la totalité du cautionnement réel[1965]. Par contre, les critiques ne conduisent en aucun cas à méconnaître l'importance capitale de cette composante réelle du contrat, ni à minorer son rôle. Bien au contraire, c'est en étant exactement ciblée, que cette composante réelle prendra toute son ampleur. Elle se présente comme le « fer de lance » du pouvoir du créancier avec des deux fonctions essentielles qui consistent à assurer au bénéficiaire du cautionnement réel une réserve de valeur dans le temps mais aussi à organiser juridiquement, d'une façon préventive, l'exécution forcée du contrat[1966]. Pour la part du constituant, en ayant préalablement sélectionné lui-même les éléments susceptibles d'être appréhendés par le créancier, il peut logiquement espérer que le reste de son patrimoine demeurera à l'abri de ses poursuites[1967]. C'est tout naturellement que cette double intention des parties sera mise en œuvre. Dans la mesure où l'un des piliers du cautionnement réel consiste dans la création et le maintien du droit de préférence ou du droit de propriété, les parties conventionnelles du cautionnement réel se réfèreront exclusivement au seul corps de règles capable de les assurer : le droit des sûretés réelles. Parce que rappelons que les causes de

[1964] V. sur la critique de la doctrine moniste, not. J.-J. Ansault, *Le cautionnement réel*, préf. P. Crocq, Defrénois 2009, Collection de thèses, t. 40, p. 110 et s.
[1965] V. les représentants de la doctrine moniste : Duranton, *Cours de droit civil suivant le Code civil*, t. XVIII, éd. 1848, n° 296 : « *Comme le cautionnement est l'engagement d'acquitter l'obligation d'un autre pour le cas où celui-ci ne l'acquitterait pas, il est clair que, si un tiers se borne à donner un gage ou une hypothèque sur ses biens pour sûreté de mon obligation, il n'est point pour cela ma caution* ». V. également en ce sens : M. Dagot, *Les sûretés*, PUF, collection Thémis 1981, p. 67 : « (…) Le cautionnement réel n'est pas un cautionnement ; il n'est qu'une modalité d'une sûreté réelle » ; Ph. Malaurie et L. Aynès, *Droit civil, Les sûretés, La publicité foncière*, n° 150.
[1966] J.-J. Ansault, *Le cautionnement réel*, préf. P. Crocq, Defrénois 2009, Collection de thèses, t. 40, n° 368, p. 339.
[1967] En France, il en est notamment en matière de gage, que cette protection est assurée par l'article 2334 du Code civil.

préférence doivent être strictement prévues par la loi[1968]. Autrement dit, les parties ne sauraient créer de droit de préférence, nécessairement un droit réel accessoire, en dehors de dispositions légales. Toutes les causes de préférence sont englobées dans le corps du droit des sûretés réelles. Mais, en pratique, le rédacteur de l'acte doit avoir présent à l'esprit le fait que l'efficacité de la composante réelle ne préjuge en rien de la validité de l'élément personnel tout aussi indispensable. Faute de validité de l'une ou de l'autre des composantes, leur interaction destructrice anéantirait le contrat hybride tout entier. Il faut, au demeurant, constater que l'idée de sûreté réelle est de créer un lien entre un ou plusieurs biens avec la créance garantie, comme nous en avons déjà parlé dans la partie portant sur le principe de spécialité, et que la qualité du constituant ne crée pas d'obstacle. L'application des règles propres aux sûretés réelles en matière de constitution et de conservation du cautionnement réel n'empêchera pas le constituant de mettre en avant son statut particulier du tiers garant. Parce que d'une part, dans l'acte constitutif de sûreté réelle, il est censé obligé de déterminer, le constituant, le débiteur et le créancier ; et d'autre part, les dispositions portant sur la conservation de l'assiette de la sûreté font défaut en droit du cautionnement. Ainsi, aucune règle du cautionnement ne peut intervenir pour assurer la constitution et la conservation du cautionnement réel[1969].

b – Les effets d'exclusion des règles du cautionnement de droit commun

1433.**L'application des règles de sûretés réelles et le domaine.** – L'effet direct de l'exclusion des règles du cautionnement de droit commun dans la constitution et la conservation du cautionnement réel est le respect strict des règles des sûretés réelles par les parties du cautionnement réel[1970]. Si aux termes des dispositions du Code civil

[1968] En France : Art. 2323, C. civ.; en Chine : art. 5, LDR.
[1969] En ce sens aussi, J.-J. Ansault, *Le cautionnement réel*, préf. P. Crocq, Defrénois 2009, Collection de thèses, t. 40, n° 368, p. 339.
[1970] En ce sens, M. Bourrassin, V. Brémond et M.-N. Jobard-Bachellier, *Droit des sûretés*, 4e éd. Sirey 2014, n° 2353, p. 677 : « *Les règles de constitution de la sûreté réelle pour autrui ainsi que les prérogatives juridiques conférées au créancier relèvent sans doute quasi exclusivement des dispositions propres aux sûretés réelles, car ce sont précisément ces règles qui reflètent la nature*

portant sur le gage des meubles corporels[1971], le nantissement des meubles incorporels[1972] et la fiducie-sûreté mobilière[1973], ces sûretés réelles peuvent être constituées par le débiteur ou un tiers, toutes les sûretés réelles mobilières ne sont pas créées pour le cautionnement réel. Par exemple, la réserve de propriété, définie comme « *une clause de réserve de propriété qui suspend l'effet translatif d'un contrat jusqu'au complet paiement de l'obligation qui en constitue la contrepartie* »[1974], serait nécessairement une sûreté réelle constituée entre les parties d'un contrat d'effet translatif de la propriété d'une chose. Cette sûreté réelle est par sa nature incompatible avec « l'affectation d'un bien pour la garantie du paiement d'une dette d'autrui », parce que la propriété du bien « affecté » n'est pas encore entrée dans le patrimoine du « constituant ». Egalement, le législateur réserve certains gages spéciaux sans dépossession au débiteur qui garantit sa propre dette, notamment en visant le constituant en sa qualité d'emprunteur. C'est ainsi par exemple que la caution réelle ne pourra utiliser ni le nantissement de l'outillage du matériel professionnel prévu aux articles L. 525-1 et suivants du Code de commerce, ni les warrants hôtelier[1975] et pétrolier[1976], ni le gage des stocks des articles L. 527-1 et suivants du Code de commerce pour garantir la dette d'un tiers[1977]. Par contre, il semble que toutes les sûretés réelles portant sur les biens incorporels sont susceptibles d'être constituées pour la garantie de la dette d'autrui[1978]. En droit chinois, les hypothèques et les gages sont tous susceptibles à être affectés pour la garantie des dettes d'un tiers.

---

profonde du mécanisme réglementé ». Toutefois, les articles L. 223-21 et L. 225-43 du Code de commerce interdisant à une société anonyme ou à responsabilité limitée de « cautionner ou avaliser » les engagements de leurs gérants ou associés ont toutes les raisons de s'appliquer à la constitution d'une sûreté réelle pour autrui, la finalité de protection de l'intérêt social étant identique, que le cautionnement soit personnel ou réel : en ce sens, P. Crocq, observation à la *RTD civ.* 2000, p. 369 ; pour une application, v. Paris, 7 sept. 1995, *Dr. sociétés* 1996, n° 65, obs. D. Vidal.

[1971] Art. 2333, C. civ.

[1972] Art. 2355, al. 1er, C. civ.

[1973] Art. 2372-1, C. civ.

[1974] Art. 2367, C. civ.

[1975] Art. Art. 523-1 et s., C. com.

[1976] Art. L. 524-1 et s., C. com.

[1977] V. aussi en ce sens, J.-J. Ansault, *Le cautionnement réel*, préf. P. Crocq, Defrénois 2009, Collection de thèses, t. 40, n° 382, p. 356.

[1978] Parce qu'aux termes de l'article 2355, « *le nantissement est l'affectation, en garantie d'une obligation, d'un bien meuble incorporel ou d'un ensemble de biens meubles incorporels, présents ou futurs* ». Ainsi, la qualité du créancier est indifférente, il peut être le créancier du constituant ou un tiers.

1434.**Les effets du respect du droit des sûretés réelles dans la constitution et la conservation de la sûreté par les parties au cautionnement réel.** – Concernant la constitution d'une sûreté réelle conventionnelle, les conditions de fonds sont toujours les mêmes à savoir, la nécessité d'une créance à garantie, la capacité du constituant et du créancier (qui est requise pour certaines sûretés réelles [1979]), et enfin, le consentement. Concernant les conditions de formes[1980], les exigences se diffèrent d'une sûreté à l'autre, tout dépend de la nature du bien. Ainsi sera exclue[1981] d'application de l'exigence de la mention manuscrite de l'article 1326 du Code civil. Comme nous l'avons déjà proposé, il convient de distinguer les sûretés réelles mobilières avec un nouveau critère : la perte d'utilités de bien affecté. Pour les sûretés réelles portant sur les meubles corporels, une absence de perte d'utilités justifiera un alourdissement de la formalité à savoir en mettant la publicité comme une condition *ad validitatem* ; et la perte d'utilités, en revanche, permettra au constituant à ne pas subir la lourde formalité, par exemple, une remise matérielle suffira largement. Pour les sûretés réelles portant sur les biens incorporels, la perte d'utilités est souvent concrétisée pas une signification permettant l'exercice du créancier de son pouvoir de blocage sur le bien grevé ; dans l'hypothèse contraire, elles doivent être constatées par un enregistrement. Au demeurant, un écrit qui constate le consentement est toujours requis tant en matière de biens corporels qu'en matière de biens incorporels.

1435.Néanmoins, une question particulière concernant le principe de proportionnalité dans la situation française mérite toujours une attention spéciale. Comme nous l'avons

---

[1979] En France, les activités de tenir une maison de prêts sur gage ou nantissement sont réservés aux Caisses de crédit municipal (Issu de la réforme du 1er juillet 2010, l'article L. 333-1-2 du Code de la consommation prévoit que les dettes issues de prêts sur gage souscrits auprès des casses de crédit municipal ne peuvent faire l'objet d'effacement, total ou partiel, même dans le cadre d'un rétablissement personnel. Le texte prévoit aussi que la réalisation des gages par les caisses de crédit municipal ne peut être empêchée ou différée au-delà du terme prévu par le contrat de prêt. Par ailleurs, un décret du 29 avril 2011, pris en application de la loi précitée, régit l'information précontractuelle et les conditions contractuelles en matière de prêts sur gage corporel octroyés par les caisses de crédit municipal). L'article L. 571-12 du Code monétaire et financier punit de six mois d'emprisonnement et de 9000 euros d'amende le fait, pour toute personne, d'ouvrir ou de tenir une maison de prêts sur gage ou nantissement sans autorisation légale.

[1980] La Cour de cassation a énoncé qu'il y a lieu de respecter les règles de forme propres à la sûreté consentie : Civ. 3e, 15 fév. 2006, n° 04-19.847, *Bull. civ.* III, n° 35.

[1981] Civ. 1re, 13 mai 1998, *Bull. civ.* I, n° 172; *JCP N* 1998, 1667, note S. Piedelièvre ; *JCP* 1999, I, 116, obs. Ph. Simler; *RTD civ.* 1999, 152, obs. P. Crocq.

déjà montré, le principe de proportionnalité existe dans le monde des sûretés réelles, par contre, la proportion retenue n'est pas celle retenue dans le cautionnement personnel et traitée soigneusement par la Cour de cassation au travers de l'arrêt Macron[1982] et l'arrêt Nahoum[1983]. En effet, si l'arrêt rendu par la chambre mixte de la Cour de cassation du 2 décembre 2005 a déjà clairement souligné qu' « *une sûreté réelle consentie pour garantir la dette d'un tiers n'impliquant aucun engagement personnel à satisfaire l'obligation d'autrui et n'étant pas dès lors un cautionnement, lequel ne se présume pas* », il n'a rien concrétisé concernant le régime du cautionnement réel, parce que sa détermination n'est pas facile[1984]. En outre, les législateurs n'ont pas, non plus de leur part, rempli cette mission malgré une multitude de réformes. Il revient aux magistrats à affiner les solutions concrètes du régime du cautionnement réel, comme M. Mignot[1985] a pu, à juste titre, indiquer que la jurisprudence entre dans la troisième phase de « l'affinement des solutions » après une première phase de confusion et une deuxième de clarification.

1436.**Jurisprudence.** – Ainsi, par un arrêt du 7 mai 2008[1986], rendu par sa première chambre civile, la Cour de cassation a énoncé que « *cette sûreté réelle consentie pour garantir la dette d'un tiers n'impliquant aucun engagement personnel à satisfaire l'obligation d'autrui n'est pas un cautionnement et que, limitée au bien hypothéqué, elle est nécessairement proportionnée aux facultés contributives de son*

[1982] Arrêt Macron, Com. 17 juin 1997, n° 95-14.105, *préc.*
[1983] Arrêt Nahoum, Com. 8 oct. 2002, n° 99-18.619, *préc.*
[1984] Rapport Cour de cassation 2005, *La documentation française 2006*, p. 214 et s. v. spéc. p. 215 : « *Quoique le droit soit en perpétuelle évolution, il paraîtra moins aisé de rechercher la solution des questions posées lors de la réalisation de la sûreté pour autrui – par exemple, celle des recours contre le débiteur ou des obligés à la même dette – par rapport à la simple analogie des règles du cautionnement* ».
[1985] M. Mignot, « Le devenir de la sûreté réelle pour autrui dans la jurisprudence récente », *JCP N*, n° 40, 5 oct. 2012, 1340, n° 1.
[1986] Civ. 1re, 7 mai 2008, n° 07-11. 692, *D.* 2008, 2036, note S. Piedelièvre ; *Dr. et patr.* oct. 2008, 95, obs. L. Aynès, et Ph. Dupichot; *Banque et Droit*, n° 120, juill.-août 2008, 41, obs. F. Jacob; *RD banc. fin.*, sept.-oct. 2008, obs. D. Legeais; *adde*: M.-E. Mathieu, « Brefs propos sur la disparition du cautionnement hypothécaire », *RD banc. fin*. Juill.-août 2008, 31 ; P. Crocq, « La sûreté réelle pour autrui est nécessairement proportionnée aux facultés de celui qui la consent », *RTD civ.* 2008, p. 700. V. également en ce sens : Civ. 1re, 5 nov. 2009, n° 08-14.425, *RLDC*, 2010, p. 67, obs. J.-J. Ansault (« La sûreté réelle pour autrui réfractaire à la disproportion ! ») : la particularité de cet arrêt consiste à savoir qu'une mère a consenti un cautionnement réel portant sur son usufruit d'un immeuble qu'elle a donné, préalablement, la nue-propriété à son fils, le débiteur de la créance garantie.

souscripteur »[1987]. En effet, avant cet arrêt, la Cour de cassation a, dans la phase de confusion, déjà affirmé que le préjudice subi par une caution réelle à raison de la disproportion de son engagement par rapport à ses biens et revenus « ne pouvait être équivalent à la dette toute entière mais seulement à la mesure excédant les biens que la caution pouvait proposer en garantie »[1988], la fraction de la dette correspondant à la valeur des biens affectés à sa garantie étant, par définition, proportionnée aux biens et revenus de la caution. Il est, ainsi, clair que M. Crocq a pu, à juste titre, conclure que « *la sûreté réelle pour autrui est nécessairement proportionnée aux facultés de celui qui la consent* »[1989].

1437.Concernant la conservation de l'assiette de la sûreté, l'application des règles du droit des sûretés réelles est, semble-t-il, inéluctable, parce que l'organisation de la conservation de l'assiette de la sûreté est propre aux sûretés réelles. Ainsi, le conflit entre les règles de deux corps n'aura pas lieu.

1438.En somme, il convient d'affirmer l'application stricte du droit des sûretés réelles, en excluant les règles du cautionnement de droit commun, en matière de constitution et de conservation du cautionnement réel. Une telle solution correspond à la volonté particulière des parties contractuelles et aussi à la qualification voulue par le législateur français. Par contre, l'application ponctuelle des règles du cautionnement de droit commun est toujours souhaitable, parce que le droit des sûretés réelles n'arrive pas à rendre compte le cautionnement réel.

[1987] Néanmoins, il convient d'accorder sur l'analyse de M. Crocq selon lequel, la constitution d'un cautionnement hypothécaire est nécessairement notariée et la jurisprudence a précisément énoncé, à propos d'une telle sûreté réelle garantissant la dette d'autrui, que les notaires sont tenus d'appeler l'attention des cautions « sur l'importance et les risques des engagements même proportionnés à leurs facultés auxquels il se proposaient de souscrire » (Civ. 1re, 7 nov. 2000, *Bull. civ.* I, n° 282 ; *Defrénois*, 2001, art. 37309, n° 16, p. 261, obs. J.-L. Aubert ; *JCP G* 2001, I, 315, n° 6, obs. Ph. Simler) ; mais une telle protection n'existera pas pour les autres formes de sûreté réelle pour autrui, le créancier n'étant pas tenu, même dans un cautionnement personnel, de mettre en garde le garant lorsque l'engagement de ce dernier est proportionné à ses biens et revenus. P. Crocq, « La sûreté réelle pour autrui est nécessairement proportionnée aux facultés de celui qui la consent », *RTD civ.* 2008, p. 700.

[1988] Civ. 1re, 9 juill. 2003, n° 01-14.082, *Bull. civ*. I, n° 167.

[1989] P. Crocq, « La sûreté réelle pour autrui est nécessairement proportionnée aux facultés de celui qui la consent », *RTD civ.* 2008, p. 700.

B – L'application des règles du cautionnement de droit commun compatible avec les sûretés réelles

1439.L'application des règles protectrices du cautionnement de droit commun est nécessaire au regard du statut particulier de tiers garant de la caution réelle[1990]. Certes, en France, la conception exclusivement réelle de la sûreté réelle pour autrui qui, semble-t-il, ressort de la réforme du 23 mars 2006 pourrait conduire à l'éviction totale des règles empruntées au droit du cautionnement[1991]. Une telle exclusion ne nous apparaît pas inéluctable dès lors que les règles ne sont pas en contradiction avec le régime réel de la sûreté[1992]. Le législateur chinois de 2007 a fait bénéficier la caution réelle de certaines règles protectrices du cautionnement personnel, mais l'exclusion des autres règles protectrices ne nous paraît pas justifiée. Examinerions-nous ainsi les règles protectrices du cautionnement en deux parties à savoir les les bénéfices (a) et les recours (b).

a – Les bénéfices de la caution réelle

1440.La caution personnelle bénéficie, même avant le paiement la dette du débiteur principal, des protections. Il en est notamment les obligations d'informations, les bénéfices de discussion et de division, et le bénéfice d'exception de subrogation.

1441.**Les obligations d'informations.** – En France, le créancier établissement de crédit est tenu à une obligation d'information au profit de la caution sur l'état de la créance garantie. Aux termes de l'article L. 313-22 du Code monétaire et financier, l'établissement de crédit ayant accordé un concours financier à une entreprise doit, au plus tard avant le 31 mars de chaque année, faire connaître à la caution le montant du principal et des intérêts, commissions, frais et accessoires restant à courir au 31

[1990]Dans le même sens, M. Bourrassin, V. Brémond et M.-N. Jobard-Bachellier, *Droit des sûretés*, 4e éd. Sirey 2014, n° 2354, p. 678.
[1991] En ce sens, Ph. Simler, *J.-Cl. Civ.* art. 2288 à 2320, fasc. 10, n° 28.
[1992] V. en ces sens, M. Bourrassin, V. Brémond et M.-N. Jobard-Bachellier, *Droit des sûretés*, 4e éd. Sirey 2014, n° 2354, p. 678.

décembre de l'année précédente. Néanmoins, la jurisprudence française, dans un arrêt rendu, considère qu'aucune information n'est due sur le fondement de cet article au constituant d'une sûreté réelle pour autrui[1993]. Mais cette information est due au constituant de la sûreté réelle s'il est également caution personnelle[1994]. La Chambre commerciale précise que « *l'arrêt relève que M. X s'est rendu caution solidaire du prêt et que lui-même et son épouse ont affecté hypothécairement en remboursement du prêt, une propriété …, ce dont il résulte que Mme X n'avant souscrit qu'une sûreté réelle ; qu'en l'état de ses constations la cour d'appel a, sans dénaturation, légalement justifié sa décision* (d'avoir rejeté la demande de Mme X sur le manquement d'obligation annuelle d'information fondant sur la disposition de l'article L. 313-22 du Code monétaire et financier) ». Par contre, la situation de Monsieur X se diffère nécessairement avec celle de son épouse, parce qu'il est en même temps la caution personnelle solidaire et la caution réelle. La Chambre commerciale a ainsi affirmé qu' « *attendu qu'en statuant ainsi, alors que l'acte du 28 juin 1990 contenait, outre la constitution d'une sûreté réelle, un engagement personnel de M. X, lequel se constituait caution solidaire de la société envers la banque, la cour d'appel a dénaturé la convention des parties et violé le texte susvisé* ». Pour conclure, la Cour de cassation a écarté l'obligation d'information en retenant seul le contrat de cautionnement hypothécaire souscrit par les deux époux, et a accordé à l'époux le bénéfice des devoirs d'informations de la banque en retenant sa qualité de la caution personnelle. Rien ne peut être plus clair : en cas de double casquette, seul le statut de caution personnelle permet une personne à pouvoir bénéficier de la disposition de l'article L. 311-22 du Code monétaire et financier.

[1993] Civ. 1re, 7 févr. 2006, n° 02-16.010, *Bull. civ.* 2006, I, n° 53, p. 55; *D*. 2006, p. 1543, 1re esp., note V. Bonnet; Com., 7 mars 2006, n° 04-13.762, *Bull. Civ*. IV, n° 59, p. 59; Com., 13 sept. 2011, n° 10-17.569.

[1994] Com. 13 sept. 2011, n° 10-17.569, *RLDC* 2011, p. 87, note J.-J. Ansault (Combinaison hasardeuse d'une sûreté réelle pour autrui et d'un cautionnement personnel) : en effet, l'époux, dirigeant d'une société, se porte caution solidaire pour un prêt de son entreprise, et les deux époux se sont consentis un cautionnement hypothécaire pour la garantie du même prêt ; V. égal. Com. 21 mars 2006, n° 05-12.864, *Bull. civ.* IV, n° 72, p. 71.

1442.En outre, selon la jurisprudence française, la caution ne peut bénéficier non plus une obligation particulière d'information à savoir l'obligation de la mise en garde[1995].

1443.Par contre, une critique d'une telle solution peut être logiquement faite. Nous pouvons considérer que l'information est due à la caution parce qu'elle n'est pas nécessairement informée autrement de l'évolution de la dette garantie, donc parce qu'elle est un tiers à la dette principale. Le constituant d'une sûreté réelle est alors dans la même position que la caution personnelle[1996]. Et quant au devoir de mise en garde, la jurisprudence ne devrait pas être de nature à empêcher le constituant d'une sûreté réelle d'engager la responsabilité de la banque pour violation de son devoir de mise en garde *stricto sensu* de débiteur et lui-même ou pour violation de son devoir de minimiser la dette principale. La solution est fondée sur le droit commun de la responsabilité contractuelle de sorte qu'aucune raison ne s'oppose à son application au constituant d'une sûreté réelle pour autrui.[1997]

1444.**Bénéfice de division et de discussion**. – Enfin, il est aussi question de savoir si la caution réelle pourrait bénéficier le bénéfice de division et de discussion comme la caution personnelle. Selon la jurisprudence classique, le bénéfice de division ne peut pas être invoqué par le garant, la caution réelle, au nom du principe de l'indivisibilité de la sûreté réelle[1998]. En effet, cela montre bien l'existence de l'incompatibilité entre le droit des sûretés réelles avec certaines règles du cautionnement de droit commun. Il semble que cette jurisprudence tiendra toujours sa logique après la réforme de 2006. Concernant le bénéfice de discussion, qui accorde, en principe, un droit à la caution simple (c'est-à-dire qu'il n'est pas tenu solidairement) d'exiger au créancier qu'il poursuive d'abord les biens du débiteur principal, son exclusion à la caution réelle

---

[1995] Com. 24 mars 2009, n° 08-13.034, *Bull. civ*. IV, n° 43; D. 2009, AJ. 943, obs. V. Avena-Robardet ; *RTD Com*. 2009, p. 425, note D. Legeais (Cautionnement. Absence de devoir de mise en garde en présence d'une sûreté réelle consentie pour autrui).

[1996] En ces sens : M. Mignot, « Le devenir de la sûreté réelle pour autrui dans la jurisprudence », *JCP N* 2012, 1340, n° 2 ; M. Bourrassin, V. Brémond et M.-N. Jobard-Bachellier, *Droit des sûretés*, 4e éd. Sirey 2014, n° 2358, p. 680 ; Ph. Simler, *J.-Cl. Civ.* Art. 2288 à 2320, fasc. n° 55, n° 10.

[1997] En ce sens, M. Mignot, « Le devenir de la sûreté réelle pour autrui dans la jurisprudence », *JCP N* 2012, 1340, n° 3.

[1998] Civ.1re, 21 juin 1978, n° 76-14.524, *Bull. civ.* I, n° 236; Civ. 1re, 6 mars 1979, n° 77-11. 840, *Bull. civ*. I, n° 78; *JCP* 1979, II, 19140, concl. P. Gulphe ; *Defrénois* 1980, art. 32267, p. 590, obs. J.-L. Aubert.

n'est pas évidente. Parce qu'aux termes de l'article 2298 du Code civil, une caution personnelle bénéficie ce droit sauf s'il l'a expressément renoncé, ou bien qu'il est solidairement retenu. Il est clairement prévu par l'article 2466 du Code civil qu'en matière d'immeuble, « *l'exception de discussion ne peut être opposée au créancier privilégié ou ayant hypothèque spéciale sur l'immeuble* ». Par contre, en matière des sûretés réelles portant sur les biens mobiliers, il n'existe pas une telle disposition excluant le bénéfice de discussion au tiers constituant. Il semble que la caution réelle, dans cette hypothèse, puisse bénéficier ce droit avec son statut de tiers garant non solidaire[1999]. Une analyse par analogie peut être faite au regard de l'arrêt rendu par la Cour d'appel de Pau du 7 avril 2011[2000] qui a accordé le bénéfice de subrogation pour assimiler les situations de la caution réelle à une caution personnelle, bien entendu sous réserve que la règle appliquée n'est pas incompatible avec le droit des sûretés réelles.

1445.**Bénéfice d'exception de subrogation.** – En France, l'article 2314 du Code civil prévoit expressément que « *La caution est déchargée, lorsque la subrogation aux droits, hypothèques et privilèges du créancier, ne peut pas, par le fait de ce créancier, s'opérer en faveur de la caution* ». Une disposition équivalente se trouve aussi en droit chinois de cautionnement[2001]. En effet, malgré les différences au niveau du langage, l'idée reste la même. Les magistrats chinois sont, en effet, allés encore plus loin : par l'article 24 de l'Explication judiciaire de 2000, la plus haute juridiction chinoise prévoit que la caution peut demander le déchargement de sa responsabilité de garantie au tribunal du peuple, si le créancier a renoncé ou a négligé son droit de réalisation portant sur les biens du débiteur, sous condition qu'elle fournise à ce dernier une liste de biens appartenant au débiteur réalisables ; bien sûr elle ne peut se voir décharger sa responsabilité de garantie qu'en concurrence avec la valeur des

[1999] *Contra* Civ. 2e, 4 sept. 2014, n° 13-11.887 P, *D.* 2014, 1824 : Le garant qui a donné une sûreté réelle pour garantir la dette d'un tiers sans avoir pris aucun engagement personnel n'est pas fondé à opposer au créancier le bénéfice de discussion.
[2000] CA Pau, 7 avr. 2011, n° 10/00430, *Gaz. Pal.* 16 juin 2011, n° 167, p. 9, obs. Ch. Albiges.
[2001] Art. 28, LS : « En cas de coexistence de sûreté réelle avec cautionnement personnel, la caution ne s'engage sa responsabilité qu'en dehors de la partie couverte par la sûreté réelle. En cas de l'abandon de la sûreté réelle, la caution se décharge de la responsabilité en concurrence avec la partie couverte par la sûreté réelle abandonnée ».

biens réalisables. Autrement dit, le bénéficie d'exception de subrogation peut porter aussi sur le gage général, mais pas nécessairement un droit de préférence dont bénéficie le créancier. La question est de savoir si la caution réelle peut aussi bénéficier ce déchargement de responsabilité de garantie.

1446.En France, si la décision de la Cour de cassation exclut quasi systématiquement l'application des règles du cautionnement de droit , aucune de ses décisions n'énonce directement sur l'exclusion du bénéfice d'exception de subrogation au tiers constituant. Mais les décisions des juridictions de fonds sont divisées sur l'application de la disposition du 2314 du Code civil au cautionnement réel. La Cour d'appel de Versailles[2002] a poursuivi la ligne de la Cour de cassation en refusant ce bénéfice à la caution réelle, alors que la Cour d'appel de Pau[2003] a, au contraire, par un argument assez intéressant, accordé un tel bénéfice. La Cour d'appel de Pau a retenu notamment que « *l'équivalence des situations entre un cautionnement personnel et une sûreté réelle constituée en garantie de la dette d'un tiers, légitime que puisse être appliqué le bénéfice de subrogation, prévu à l'article 2314 du Code civil* ». Une telle solution est conforme tout à fait à notre logique[2004]. Parce que la détermination d'un régime devrait être faite au regard des effets juridiques souhaités par les parties conventionnelles et aussi l'économie générale de l'opération, comme Monsieur A. Aynès a aussi souligné dans sa thèse [2005] , mais pas d'une voie traditionnelle l'application des règles en respectant la qualification pré-donnée. Dans le cas d'espèce, ce qui justifie une équivalente de situations est le caractère fautif du fait du créancier

---

[2002] Versailles, 2 déc. 2010, *Gaz. Pal.* 30 et 31 mars 2011, p. 21, obs. Ch. Albiges. La Cour d'appel de Versailles a repris la formule de la Cour de cassation en retenant qu'une sûreté réelle convenue pour garantir la dette d'un tiers n' « *implique aucun engagement personnel du garant à satisfaire l'obligation du débiteur de l'obligation principale* », et en déduit que « *la sûreté réelle constituée en garantie de la dette d'un tiers n'étant pas un cautionnement, l'article 2314 du Code civil n'est pas applicable à l'espèce* ».

[2003] Pau, 7 avr. 2011, n° 10/00430, *Gaz. Pal.* 16 juin 2011, p. 9, obs. Ch. Albiges (Application ponctuelle du droit du cautionnement à une sûreté réelle souscrite pour garantir la dette d'autrui).

[2004] *Contra* A. Aynès, « Quelques aspects du régime juridique des sûretés réelles pour autrui », *in Liber Amicorum Ch. Larroumet*, Economica 2010, p. 1 et s. spéc. n° 10 et 18 : « *D'une façon générale, toute règle du cautionnement ayant pour finalité d'empêcher le surendettement du garant n'a pas de raison de s'appliquer lorsqu'il s'est contenté d'affecter l'un de ses biens à la garantie de la dette d'autrui. Si, par ailleurs, un besoin particulier de protection apparaît, c'est au législateur qu'il appartiendra d'intervenir, comme lorsque fût ajouté un second alinéa à l'article 1422 du Code civil soumettant à cogestion la constitution d'une sûreté réelle pour autrui portant sur un bien commun* ».

[2005] A. Aynès, *Le droit de rétention, unité ou pluralité*, préf. Ch. Larroumet, Economica 2005.

qui peut être constaté en dehors de sa qualité du constituant, et bien sûr, fallait-il ajouter l'injustice de la conséquence causée par le refus d'application de l'article 2314. C'est peut-être la raison pour laquelle M. Albiges a pu bien employer le terme « ponctuel »[2006] pour cette application des règles du cautionnement de droit commun. Or, si elle n'est pas prévue directement dans le corps de texte du droit des sûretés réelles, une application des règles du cautionnement de droit commun doit toujours être justifiée. Pour nous, un élargissement de la portée de cet arrêt est nécessaire. L'application de la disposition de l'article 2314 au cautionnement réel est dans la logique.

1447.C'est peut-être la raison pour laquelle le législateur chinois a transposé cette disposition, propre au cautionnement personnel, au cautionnement réel dans la LDR[2007]. À la différence avec le droit français, un tel bénéfice peut être renoncé par la caution réelle. Or, en France, un tel bénéfice ne peut être modifié par les stipulations conventionnelles[2008]. Pour nous, une telle disposition ne se conforme pas au principe de la liberté contractuelle. Il convient d'accorder la possibilité pour la caution, personnelle comme réelle, de renoncer une protection que la loi lui est offerte, sous condition, bien entendu, que son consentement soit libre.

b – Les recours après le paiement de la caution réelle

1448.Généralement la caution personnelle, après le paiement de la dette du débiteur principal, bénéficie un recours à l'encontre de ce dernier, et aussi un recours à l'encontre des autres cofidéjusseurs, s'il existe d'autres garants.

[2006] Ch. Albiges, « Application ponctuelle du droit du cautionnement à une sûreté réelle souscrite pour garantir la dette d'autrui », *Gaz. Pal.* 16 juin 2011, p. 9, obs. sous Pau, 7 avr. 2011, n° 10/00430.
[2007] Art. 194, al. 2, et art. 218, LDR.
[2008] Art. 2134 *in fine*, C. civ.

1449.**Recours contre le débiteur principal[2009].** – Le recours contre le débiteur par la caution personnelle trouve son fondement aux dispositions de l'article 2305 et l'article 2306 du Code civil français. L'application de ce recours est dans la logique conforme à la neutralité du contrat de cautionnement[2010]. En Chine, ce recours est la première règle expresse[2011], qui existe déjà depuis 1995, que le législateur chinois a prévue dans le texte légal pour le cautionnement réel.Une même disposition se trouve aussi dans la Loi des droits réels[2012]. Selon certains auteurs français, dans la plupart des cas, une convention liera le débiteur et le constituant de la sûreté, de sorte que le recours personnel du constituant ayant subi la perte de son bien trouvera un fondement dans cette convention[2013]. Certes, un recours subrogatoire peut être fondé sur la disposition de l'article 1251, 3°, du Code civil au motif qu'en supposant la perte de son propre bien, le constituant a libéré le débiteur[2014]. Cette règle protectrice n'est pas imcompatible avec les règles des sûretés réelles, donc elle devrait être applicable au cautionnement réel.

1450.Quant au recours avant paiement contre le débiteur, pour prémunir le risque d'absence de remboursement du débiteur principal[2015], prévu par l'article 2309 et l'article 2316 du Code civil, la logique de transposition au constituant d'une sûreté réelle pour autrui des dispositions gouvernant les rapports entre la caution personnelle

---

[2009] Sur cette question, v. not. J.-J. Ansault, *Le cautionnement réel*, préf. P. Crocq, Defrénois 2009, Collection de thèses, t. 40, n° 441 et s., p. 425 et s.

[2010] En ce sens, V. not. J.-J. Ansault, *Le cautionnement réel*, préf. P. Crocq, Defrénois 2009, Collection de thèses, t. 40, n° 89, p. 73.

[2011] Art. 57 (cautionnement hypothécaire) et art. 72 (cautionnement gagiste), LS.

[20122012] Art. 176, LDR.

[2013] M. Bourrassin, V. Brémond et M.-N. Jobard-Bachellier, *Droit des sûretés*, 4e éd. Sirey 2014, n° 2355, p. 679.

[2014] V. not. J. Mestre, E. Putman et M. Billiau, *Traité de droit civil, Droit spécial des sûretés réelles*, LGDJ 1996, n° 1585 et s. ; Contra M. Mignot, « Le devenir de la sûreté réelle pour autrui dans la jurisprudence », *JCP N* 2012, 1340, n° 7 : qui, selon les hypothèses, préfère le fondement de l'enrichissement sans cause ou celui de la gestion d'affaires.

[2015] Les six cas d'ouverture de ce recours avant le paiement : lorsque la caution est poursuivie en justice pour le paiement ; lorsque le débiteur a fait faillite, ou est en déconfiture ; lorsque le débiteur s'est obligé de lui rapporter sa décharge dans un certain temps ; lorsque la dette est devenue exigible par l'échéance du terme sous lequel elle avait été contracté ; au bout de six années, lorsque l'obligation principale n'a point de terme fixe d'échéance, à moins que l'obligation principale, telle qu'une tutelle, ne soit pas de nature à poursuivre être éteinte avant un temps déterminé ; lorsque la simple prorogation du terme, accordée par le créancier au débiteur principal, ne décharge point la caution.

et le débiteur, justifierait de l'octroyer pareillement au constituant[2016]. Il convient de souligner qu'en Chine, la LS n'a pas prévu ce recours contre le débiteur par la caution avant son paiement. C'est au travers de l'article 45 de l'Explication judiciaire de 2000, que la Cour suprême prévoit indirectement un recours avant le paiement de la caution à l'encontre du débiteur en cas de l'ouverture d'une procédure de surendettement au profit du débiteur principal. En effet, l'article 45 prévoit que la caution peut se voir décharger en cas où une procédure de faillite a été ouverte au profit du débiteur principal, si le créancier n'avait non seulement manqué de son obligation de la déclaration de sa créance à la procédure, n'avait non plus notifié la caution, et ainsi, empêché cette dernière à exercer son recours à l'encontre du débiteur. La décharge pourrait être faite en concurrence avec la somme que le créancier aurait dû percevoir en absence de ses manquements. Mais il est regrettable qu'une telle règle n'est pas légiférée dans la réforme chinoise de 2007.

1451.En somme, ce qu'il faut noter ici c'est la nécessité d'appliquer des règles protectrices portant sur le recours, tant avant qu'après le paiement, contre le débiteur, propres au cautionnement de droit commun qu'au cautionnement réel.

1452.**Recours entre les cofidéjusseurs.** – Un recours contre les autres cofidéjusseurs après le paiement est accordé à la caution tant en France[2017] qu'en Chine[2018]. Par contre, le droit de la caution personnelle chinoise au recours contre les autres cofidéjusseurs est d'une portée limitée, parce que la caution qui a payé la dette n'a le recours que contre les autres « cautions solidaires » (*承担连带责任的其他保证人*) mais pas contre toutes les cautions. En France, la qualité de garant du constituant d'une sûreté réelle pour autrui a conduit la doctrine[2019] et la jurisprudence[2020] à assimiler ce dernier à une caution personnelle en lui accordant le bénéfice de l'article

[2016] En ce sens, Ph. Simler, J.-Cl. Civ. art. 2288 à 2320, fasc. 50, n° 85 ; M. Bourrassin, V. Brémond et M.-N. Jobard-Bachellier, *Droit des sûretés*, 4e éd. Sirey 2014, n° 2355, p. 679.
[2017] Art. 2310, C. civ.
[2018] Art. 12, LS.
[2019] En ce sens, v. not. Ph. Simler, *J.-Cl. Civ.* art. 2288 à 2320, fasc. 55, n° 10 ; F. Grua, « Le cautionnement réel », *JCP* 1984, I, 3167, n° 35 ; M. Bourrassin, V. Brémond et M.-N. Jobard-Bachellier, *Droit des sûretés*, 4e éd. Sirey 2014, n° 2356, p. 679.
[2020] Civ. 1re, 25 oct. 1977, *Bull. civ.* I, n° 388.

2310 du Code civil. Par contre, le législateur chinois a, semble-t-il, choisi expressément de ne pas reconnaître ce recours à la caution réelle. En accordant le recours après le paiement à l'encontre du débiteur principal, il est même logique à lui accorder, en même temps, un recours à l'encontre des autres cofidéjusseurs, à l'instar de la disposition de l'article 12 de la Loi des sûretés de 1995. Ainsi, certains auteurs ont pu défendre ce choix en fondant sur une simplification de procédure qui est parfois très longue et coûteuse[2021]. Néanmoins, la nécessité de la simplification des procédures ne suffit pas à justifier le refus d'accorder une protection qui est naturellement attachée à la qualité de tiers garant. Pour nous, il est difficile à concevoir que la simplification de la procédure est d'une importance supérieure que la protection de caution réelle, qui est, parfois, nécessaire pour l'obtention d'un crédit, moteur de l'économie.

1453.Force est de constater que la jurisprudence française a poursuivi, dans la plupart des cas, l'idée des réformeurs de 2006, en constituant un régime du cautionnement réel fondé sur sa qualification purement réelle. Mais le législateur chinois avec l'explication judiciaire donnée par les magistrats chinois, accorde plus ou moins une protection minimale aux cautions réelles chinoises. Néanmoins, il faut tout de même constater qu'en France, comme en Chine, les règles des sûretés réelles ne sont pas toutes applicables au cautionnement réel notamment lors qu'une procédure collective est ouverte au profit de l'entreprise débitrice. Ainsi, encore une fois, certaines règles du cautionnement personnel doivent être applicables au cautionnement réel[2022].

[2021] Sur l'explication de l'article 176 de la Loi des droits réels : http://www.34law.com/lawfg/twsy/65/print_4789.shtml. *Contra* avec CHEN Xiao (程啸), « On the concurrence of warrants and Real Rignts with Warrants » (保证与担保物权并存之研究), *Jurists Review*(法学家), 2005 (6), p. 65 et s. qui a déjà constaté la nécessité de faire bénéficier la caution, tant personnelle que réelle, les recours contre le débiteur principal et les autres cofidéjusseurs.

[2022] Il est notamment à rappeler que les règles de sûretés réelles n'empêchent pas celles du droit des entreprises en difficulté (art.2354).

C– Les règles particulières au cautionnement réel en cas de procédure d'insolvabilité

1454.**Raisonnement d'applicabilité.** – La particularité de l'intervention d'une procédure collective au profit du débiteur principal est qu'elle ne traite que les biens comportant dans le patrimoine du débiteur. Elle empêche la réalisation des sûretés réelles portant sur les biens appartenant au débiteur principal, mais pas celles portant sur les biens en dehors de ce patrimoine. La différence entre les sûretés réelles et les cautionnements réels est patente : une sûreté réelle *stricto sensu* est une sûreté portant sur les biens appartenant au débiteur et une sûreté réelle pour autrui qui est nécessairement assise sur les biens en dehors du patrimoine du débiteur.

1455.**En droit français.** – Il ne serait pas étonnant que l'ordonnance du 18 décembre 2008[2023] assimile le sort du cautionnement réel au régime des garanties personnelles. C'est-à-dire qu'en cas de défaut de déclaration de la créance par le créancier dans le délai utile, la caution réelle bénéficie aussi l'inopposabilité de la créance non déclarée. D'ailleurs, à la différence avec les sûretés réelles *stricto sensu*, le créancier peut continuer à poursuivre la réalisation du contrat de cautionnement réel, sauf si la caution est une personne physique[2024]. Encore, la caution réelle ne saurait bénéficier de la remise de dette et le délai de paiement résultant d'un plan de redressement[2025].

1456.**En droit chinois.** – En droit chinois, la caution personnelle ne saurait refuser à engager sa responsabilité de garantie lorsqu'une procédure de faillite est ouverte au débiteur principal[2026]. Autrement dit, la réalisation du cautionnement personnel résiste à l'ouverture d'une telle procédure qui empêche principalement à la réalisation des sûretés réelles constituant sur les biens appartenant au débiteur principal. La question d'application de cette même règle au cautionnement réel n'a jamais été soulevée par la doctrine chinoise. Mais selon la même logique, il convient d'appliquer cette règle

[2023] L'ordonnance n° 2008-1345 du 18 déc. 2008 : Les articles L. 610-2, L. 622-26, L. 626-11, et L. 631-20 étaient, depuis cette ordonnance, applicable non seulement aux cautions personnelles mais aussi les personnes ayant affecté ou cédé un bien en garantie.
[2024] Art. L. 626-11. C. com.
[2025] Art. L. 630-20, C. com.
[2026] Art. 17, al. 3, LS.

aussi au cautionnement réel parce que le bien affecté n'appartient pas au débiteur. En outre, comme nous l'avons déjà montrée, la caution réelle devrait aussi bénéficier le droit à participer à la distribution de l'actif même en absence de la déclaration de la créance par le créancier[2027].

1457.En générale, il semble que l'application des règles particulières sur le sort du cautionnement personnel au cautionnement réel en cas d'ouverture de surendettement est inéluctable[2028].

Conclusion de la section 2

1458.L'exclusion des règles du cautionnement de droit commun dans la plupart des cas a pour objet d'application du droit des sûretés réelles, qui permet de réaliser les effets juridiques souhaités par les parties conventionnelles, au cautionnement réelle. Mais, comme Monsieur le Doyen PICOD a pu bel et bien souligner, « *le régime des sûretés réelles pour autrui ne peut être totalement dissocié de celui du cautionnement* » [2029]. Ainsi, l'application des règles du cautionnement de droit commun est justifiée par la nécessité de la protection du tiers garant, et aussi la protection du créancier en cas d'ouverture d'une procédure de surendettement.

1459.En se basant sur ces constations, certaines propositions sur les futures réformes, dans les deux pays, portant sur les sûretés réelles pour autrui pourraient être données.

1460.**Une réforme en France.** – Suivant la recommandation de Monsieur Christophe Albiges, pour éviter l'aléa judiciaire, avec qui le régime portant sur le cautionnement réel est constitué, une réforme française devrait intervenir au moins en matière de

[2027] Art. 32, LS.
[2028] Par contre, pour nous, il est difficile à concevoir la nécessité d'application des règles du cautionnement de droit commun aux propriétés-sûretés pour autrui, sauf pour la disposition de l'article L. 631-20 du Code de commerce. Parce que les biens affectés ne sont plus intégrés dans le patrimoine du débiteur. C'est aussi une raison pour laquelle les propriétés-sûretés résistent mieux les procédures collectives.
[2029] Y. Picod, *Droit des sûretés*, 2e éd., PUF 2011, n° 44, p. 68 *in fine*.

cautionnement réel. Pour être plus simple, un simple article de renvoi suffira à résoudre le problème d'application, à titre exceptionnel, des règles du cautionnement réel au cautionnement réel.

1461.**Une réforme en Chine.** – En Chine, il convient ainsi de compléter les dispositions particulières portant sur le cautionnement réel dans le corps du droit des suretés réelles : à reconnaître expressément une obligation d'information au profit de la caution réelle, ou bien s'il est possible pour toutes les cautions ; à reconnaître le recours contre les autres cofidéjusseurs ; à reconnaître, de manière expresse, les recours avant le paiement de toutes les cautions, tant personnelle que réelle ; et, enfin, à assimiler le cautionnement réel à un cautionnement personnel en cas d'ouverture d'une procédure chinoise de surendettement. Quant à la méthode à effectuer ces reconnaissances de protections au constituant d'une sûreté réelle pour autrui, il convient de préciser toutes les règles particulères applicables au cautionnement réel dans le corps de textes du droit des sûretés réelles à l'instar de la réforme de 2007.

Conclusion du Chapitre 4

1462.La question de sûretés réelles pour autrui n'est pas si compliquée qu'elle semble. Nées dans la pratique, les sûretés réelles pour autrui méritent un régime qui est conforme à la volonté des parties contractuelles, donc l'économie générale envisagée.

1463.Le législateur français et le législateur chinois ne partagent pas une même analyse sur la nature juridique du cautionnement réel. En France, le législateur est appelé à réagir sur une pratique qui a soulevé beaucoup de difficultés, et au travers de la réforme de 2006, le cautionnement réel est qualifié de sûreté réelle ; mais en Chine, le législateur a donné au cautionnement réel, dont la notion est originellement incorporée dans celle des sûretés réelles, une nature mixte. Néanmoins, les législateurs des deux pays sont tous d'accord sur un point, la façade réelle du cautionnement réel.

1464.Cette convergence ne doit pas dissimuler les différences. Parce qu'en Chine, certaines règles du cautionnement personnel sont déjà transposées au cautionnement réel par la réforme de 2007. Cette transposition est conforme à notre analyse profonde sur la volonté des parties conventionnelles au cautionnement réel. Il semble que la dissociation totale de ce régime avec celui du cautionnement de droit commun n'est pas possible en deux domaines : la nécessité de la protection du tiers constituant en l'absence d'insolvabilité du débiteur principal, et celle de la protection du créancier en cas de présence d'insolvabilité du débiteur principal. Mais à la base, à savoir sur la constitution, la conservation, la publicité et la réalisation par voie régulière de cette sûreté réelle pour autrui, l'application du droit des sûretés réelles ne devrait pas être remise en cause.

1465.Ainsi, conformément à la tendance de la simplification du droit des sûretés réelles mobilières, il convient d'admettre la qualification de sûreté réelle du cautionnement réel tout en remarquant, dans le corps de texte légal, les règles particulières applicables.

Conclusion du Titre I :

1466.La simplification du droit des sûretés réelles, tant en France qu'en Chine, est fort nécessaire, mais la transformation de la diversité des sûretés réelles vers l'uniformité des sûretés réelles prendra du temps si elle est possible. Il serait trop tôt de dire que l'uniformité des sûretés réelles ne marchera pas en France et en Chine. Par contre, il est d'abord possible de simplifier le droit des sûretés mobilières en trouvant des droits communs, s'il est difficile d'ignorer les natures différentes des biens grevés.

1467.L'analyse profonde de différentes classifications traditionnelles des sûretés réelles portant sur les biens mobiliers permet déjà de montrer leurs insuffisances notamment au regard de l'objectif de notre recherche : la simplification du droit des sûretés réelles. La difficulté consiste à rechercher un critère de classification permettant de regrouper des sûretés réelles avec un nombre maximum de points communs sans oublier les sûretés réelles exclusives (qui doivent aussi entrer dans la notion des sûretés réelles, à l'instar du droit français et du droit américain). A nos yeux, la distinction, renouvelée sur la base de la classification critiquable entre les sûretés réelles avec dépossession et celles sans dépossession, des sûretés réelles portant sur les biens d'exploitation avec celles portant sur les biens non-d'exploitation permet une simplification significative.

1468.Pourtant, le travail n'est pas facile parce qu'il faut toujours prendre en compte non seulement les natures différentes des biens grevés mais aussi les différentes modes d'affectation (avec ou sans le transfert de la propriété du bien). Si la diversité des biens grevés n'est pas un phénomène nouveau, la prospérité de l'utilisation des droits exclusifs dans la garantie de paiement doit pouvoir caractériser notre ère qui est remplie de crédits. Ce phénomène n'est pas difficile à expliquer : Il résulte de l'accroissement rapide des crédits et l'instabilité de l'accroissement économique. La résistance des procédures collectives ou des faillites par les sûretés réelles exclusives constitue l'atout de cette catégorie de pratiques, malgré, quelques fois, un coût important de la constitution. Pourtant, le droit français en domaine des sûretés réelles

exclusives n'est pas parfait. Les expériences françaises concernant la lutte contre le manquement de cohérence causé par la trahison des droits exclusifs du droit des sûretés réelles sont importantes pour le législateur chinois.

1469.La concurrence entre les sûretés réelles préférentielles et les sûretés réelles exclusives fait pousser l'enlevée de la prohibition (générale) du pacte commissoire qui caractérise une nouveauté importante de la réforme française de 2006. Pourtant, une simple levée de la prohibition du pacte commissoire ne suffit pas, il faut l'encadrer avec un régime complet, à l'instar du droit français. Or, en permettant le créancier titulaire d'une sûreté réelle préférentielle d'accaparer la valeur restante du bien grevé, le pacte commissoire ne doit pas transformer une sûreté réelle préférentielle en une sûreté réelle exclusive dont la distinction est nette et claire. Ainsi, l'inopposabilité du pacte commissoire aux procédures de traitement de surendettement apparaît comme une disposition logique découlant de cette distinction. D'ailleurs, les expériences françaises portant sur les conditions *ad validitatem* et *ad probationem* sont aussi très riches pour que le législateur chinois puisse construire un régime complet du pacte commissoire, si sa prohibition sera enlevée dans la future réforme chinoise.

1470.Enfin, d'une manière générale, une simplification du droit des sûretés réelles ne doit pas devenir une excuse des manquements du législateur, notamment en ce qui concerne une question délicate : la nature juridique du cautionnement réel. Le cautionnement réel, étant un montage juridique contractuelle, est, depuis sa naissance, d'une nature hybride, au regard des volontés croisées des parties contractantes. Ainsi, les règles applicables doivent pouvoir rendre compte de toutes les volontés individuelles des parties. Mais, ni le législateur français, ni le législateur chinois, a fait correctement son travail dans la construction d'un régime adéquat pour ces « sûretés réelles constituées sur les biens appartenant à un tiers garant ». Le régime du cautionnement réel doit comporter des règles de deux facettes, l'une des sûretés réelles, permettant de limiter l'assiette de garantie, et l'autre des sûretés personnelles, permettant un traitement protecteur au garant, notamment lorsque le garant est une

personne physique. Une clarification des règles applicables s'impose tant en droit français qu'en droit chinois.

1471.Tout pour une simplification du droit des sûretés réelles portant sur des biens mobiliers, mais sans sacrifier la clarté et, bien sûr, la sécurité juridique.

1472.Au travers de cette longue analyse, nous constatons que le droit français n'est pas parfait au niveau législatif. Mais ce n'est pas de nier l'attractivité du droit français qui doit comporter au moins trois sphères, la sphère législative, la sphère pratique et la sphère doctrinale. Les expériences françaises permettent déjà une réflexion profonde sur des problèmes qui ne se posent pas encore en Chine, mais ils sont très potentiels. Cette attractivité est maintenue même avec la concurrence d'autres techniques employées dans les autres systèmes juridiques.

Titre II – Les influences concurrentes et/ou complémentaires.

1473.**Plan.** – Comme ce qui a été expliqué précédemment, la réforme chinoise des sûretés réelles est influencée par le droit américain, le droit québécois, le droit allemand, le droit japonais et le droit taïwanais. Autrement dit, le droit français est concurrencé, presque, dans tous les sens. Nous allons justement présenter deux points significatifs dont l'un est beaucoup discuté en doctrine chinoise et l'autre n'est pas du tout touché par cette dernière.

1474.L'admission ou pas de la validité d'une sûreté réelle indépendante, à l'instar du droit allemand, est une question qui a été beaucoup discutée par les auteurs chinois avant la réforme de 2007. En effet, pour nous,les auteurs n'ont pas plaidé la possibilité de reconnaître une sûreté réelle autonomique qui n'est pas attachée à aucune créance quarantie, parce qu'il est inconcevable qu'une sûreté réelle soit dépourvue de fonctionnement de garantie de paiement. Autrement dit, il s'agit de la possibilité de subsituer la créance garantie par une autre sans que la sûreté réelle soit éteinte. Ainsi, c'est le principe de la spécialité que les auteurs chinois ont voulu contourner mais pas le principe de l'accessoire. La transplantation de la *floating charge* anglaise est aussi largement étudiée par les auteurs chinois qui ont voulu permettre au constituant une libre disposition des biens grevés. En effet, il s'agit du contournement d'autre exigence du principe de la spécialité. Il convient donc de les étudier sous un même chapitre (Chapitre 1).

1475.La question sur le développement de la prévention et du traitement de surendettement pour les personnes physiques est aussi discutée par les auteurs chinois, mais elle n'est pas soulevée en même temps avec le droit des sûretés réelles. Pourtant, les sûretés réelles sont étroitement liées avec la prévention et le traitement de surendettement. L'exigence de la constitution d'une sûreté réelle au moment d'octroi d'un crédit constitue une prévention de défaillance du débiteur, et le traitement d'une personne surendettée va surement influencer le sort du créancier bénéficaire d'une sûreté réelle. Il est ainsi nécessaire de traiter cette question qui va être soulevée une

fois qu'un système de traitement de surendettement des particuliers sera établi (Chapitre 2). Nous allons traiter cette question assez brièvement parce que cette question n'est que potentielle.

Chapitre 1 – L'affranchissement du principe de spécialité: une inspiration de la législation allemande et de la législation anglo-saxonne

1476.Si seuls les droits allemand et anglais sont pris en compte par les réformeurs chinois de 2007, les techniques les qui inspirent ne sont pas forcément les meilleures par rapport aux œuvres des législateurs français. Pour montrer que le droit français reste séduiant pour les réformeurs chinois, il convient de présenter les techniques allemandes et anglaises qui ont été utilisées pour le contournement du principe de la spécialité des sûretés réelles. Il est aussi important de présenter les moyens français et aussi les moyens chinois.

1477.La présentation de l'affranchissement du principe de spécialité dans les différents pays (sous-chapitre 1) précédera celle de l'affranchissement de cette exigence en Chine. Et cette présentation comparative permettra observer la technique idéale (sous-chapitre 2).

Sous-chapitre 1 : L'affranchissement du principe de spécialité par les différents pays

1478.**Raison d'affranchissement.** – Comme nous l'avons déjà démontré dans la première partie de cette recherche, le principe de la spécialité des sûretés réelles est naturellement attaché à la notion de la sûreté réelle et à la notion de l'accessoire de la créance. Mais une institution juridique n'est pas constituée sur des pures analyses théoriques, elle sert effectivement à garantir une stabilité des relations entre les personnes notamment dans la vie économique. D'ailleurs, la nécessité économique ne restera pas inchangée. Les commerçants ont toujours besoin de crédit, et la rigidité de certaines règles des sûretés réelles force les praticiens à chercher une solution qui est mieux adaptée à leur besoin. L'exigence traditionnelle de la spécialité constitue un bon exemple de la rigidité gênante. En effet, le principe de la spécialité et la règle de l'accessoire partagent un même fondement. Ainsi, les auteurs chinois plaident souvent

à l'autonomie (donc n'est pas accessoire) des sûretés réelles en référençant le droit allemand, et la libre substitution de bien grevé à l'instar de la « floating charge » du droit anglais. Pour nous, toutes ces prétentions relèvent plus précisément de l'adoucissement du principe de la spécialité qui exige d'une part, la pérennité de la créance garantie et d'autre part la pérennité du bien grevé.

1479.Les praticiens de différents pays utilisent différents moyens à contourner cette exigence qui constitue, parfois, un inconvénient, pour le constituant. Nous allons présenter l'intelligence des praticiens et aussi de certains législateurs, qui contournent expressément cette exigence gênante des sûretés réelles mobilières. Il convient d'étudier les techniques référencées par le législateur chinois en comparaison avec les techniques utilisées en droit français.

1480.Représentatif, nous présenterons les techniques utilisées en droit allemand (Section 1), en droit anglais (Section 2), et enfin en droit français (Section 3). Une présentation séparative, s'impose.

Section 1 : Les techniques contractuelles affranchissant le principe de spécialité des sûretés réelles mobilières en droit allemand

1481.**Généralités.** – Le droit allemand des sûretés réelles mobilières se révèle tout à la fois original et complexe[2030]. La principale difficulté rencontrée en droit allemand des sûretés réelles, en matière de biens mobiliers, tant corporels qu'incorporels, est l'absence de fixité du meuble rendant malaisée l'organisation d'un système de publicité comparable à celui généralement attaché aux sûretés réelles immobilières[2031]. Ainsi, les seules sûretés mobilières conventionnelles prévues par le BGB sont le gage

[2030] Cl. Witz, « Le droit des sûretés réelles mobilières en République fédérale d'Allemagne », *RIDC*, 1-1986, p. 27 et s.
[2031] Cl. Witz, « Le droit des sûretés réelles mobilières en République fédérale d'Allemagne », *RIDC*, 1-1986, p. 27 et s., spéc. n° 1, p. 29.

avec dépossession[2032] et la réserve de propriété dite simple, auxquels se sont ajoutés, à la suite de diverses interventions législatives, plusieurs sûretés sans dépossession dans des domaines fort restreints[2033]. Autrement dit, le développement du droit allemand des sûretés réelles mobilières n'est pas dû au législateur, mais à l'œuvre créatrice des praticiens.

1482.Les praticiens se sont, en effet, détournés des sûretés mobilières prévues par le BGB pour développer tant les transferts fiduciaires à titre de garantie que les formes élaborées de la réserve de propriété. L'essor de pareilles sûretés n'a pu se réaliser sans le secours de la jurisprudence qui joue un rôle déterminant dans l'élaboration de ce droit. Ainsi les juges ont-ils été appelés non seulement à se prononcer sur la validité des sûretés issues de la pratique contractuelle, mais encore à trancher les conflits entre créanciers se réclamant des sûretés concurrentes sur un même bien. Ils sont par ailleurs amenés depuis quelques années à vérifier la conformité des contrats constitutifs de sûretés aux dispositions de la Loi du 9 décembre 1976 sur les conditions générales d'affaires.

1483.En somme, ceux qui permettent l'affranchissement du principe de spécialité des sûretés réelles en droit allemand sont des stipulations conventionnelles particulières, bien entendu approuvées par la jurisprudence allemande, parce que ce sont la réserve de propriété et la cession de propriété à titre de garantie développées en dehors des dispositions légales qui deviennent le droit commun des sûretés réelles mobilières[2034].

1484.Il semble opportun de présenter ces techniques contractuelles qui servent à affranchir le principe de spécialité quant aux biens grevés (§1) et aussi quant à la

---

[2032] Sur l'insuffisance du gage mobilier allemand : R. Serick, *Les sûretés réelles mobilières en droit allemand, Vue d'ensemble et principes généraux*, LGDJ, 1990, p. 12.

[2033] Gage sur les câble de haute mer (Loi du 31 mars 1925) ; gage sur les avions (Loi du 26 février 1959 ; gage permettant de garantir les crédits agricoles accordés aux fermiers (Loi du 5 août 1951). V. G. Meissner, « L'opposabilité de la propriété mobilière aux tiers en droit allemand et spécialement de la réserve de propriété », *Gaz. Pal.* 1972, I. doctr. 369.

[2034] V. en ce sens, Cl. Witz, « Le droit des sûretés réelles mobilières en République fédérale d'Allemagne », *RIDC*, 1- 1986, p. 27 et s., spéc. n° 2, p. 29. Il faut toutefois souligner que le BGB prend en considération, de manière incidente, le transfert d'un droit à des fins de garantie dans un paragraphe relatif à la prescription (§223, al. 2). Des textes ultérieurs consacrent ces sûretés d'origine prétorienne en les mentionnant expressément. Il en est ainsi du Code des Impôts (« Abgabenurdnung » du 16 mars 1976, §39, al. 2).

créance garantie (§2) au sein de la réserve de la propriété et de la cession de propriété à titre de garantie[2035].

§1 – L'affranchissement du principe de spécialité quant aux biens grevés

1485.L'avantage de la *Sicherungsübereignung* (le transfert de propriété de biens corporels à titre de garantie), par rapport au gage avec dépossession prévu dans le BGB, est qu'elle permet au constituant à exploiter les biens affectés en garantie[2036]. Il en va de même pour la réserve propriété avec certain aménagement des praticiens. En effet, la réserve de propriété dite simple prévue par le BGB respecte nécessairement le principe de spécialité quant aux biens grevés, parce que la propriété réservée est nécessairement celle duquel fait l'objet d'un contrat de vente, parce que « le transfert de la propriété est subordonné à la condition suspensive du paiement intégral du prix de vente » ; le cessionnaire, ne bénéficiant qu'un droit d'expectative (*Anwartschaftsrecht*), ne saurait céder le bien pour lequel, il n'a pas encore obtenu le droit de propriété. Autrement dit, en absence de dispositions conventionnelles particulières, la réserve de propriété allemande doit respecter strictement, comme c'est le cas en droit français, le principe de spécialité quant aux biens grevés. Il convient de regarder séparément comment les praticiens allemands ont pu affranchir le principe de spécialité quant aux biens affectés en garantie, dans la réserve de propriété (A), et dans la cession fiduciaire à titre de garantie (B).

A – La réserve de propriété prolongée

1486.Les praticiens allemands ont développé des formules aboutissant à prolonger verticalement et à élargir horizontalement la réserve de propriété pour que cette sûreté

[2035] En effet, il faut distinguer le transfert de propriété de biens corporels à titre de garantie (*Sicherungsübereignung*) et la cession de créance à titre de garantie (*Sicherungsabtretung*).
[2036] V. en ce sens, Cl. Witz, « Le droit des sûretés réelles mobilières en République fédérale d'Allemagne », *RIDC*, 1- 1986, p. 27 et s., spéc. n° 2, p. 30.

réelle ne soit pas gênante à l'exploitation de l'entreprise constituante. A ce stade de la présentation, seule la prolongation nous intéresse.

1487.L'extension verticale a pour but d'éviter que la réservation de propriété ne soit une entrave à l'exploitation économique du bien vendu ; on y aura recours toutes les fois que la vente porte sur des marchandises destinées à être revendues ou transformées. A ces deux évènements correspondent deux types de prévisions contractuelles, la clause de cession de créance future (*Vorausabtretungsklausel*) et la clause de transformation (*Verarbeitungskausel*).

1488.**Clause de cession de créance future.** – Par la première clause, l'acheteur se voit autorisé à revendre le bien dès avant son paiement et cède au vendeur initial, bénéficiaire de la réserve de propriété, la créance à naître de la revente du bien livré. Cette cession de créances futures prolonge la réserve de propriété chaque fois que celle-ci s'éteint du fait ou à la suite de la revente, opérant ainsi une substitution de sûreté, ou du renforcement de la réserve de propriété lorsque celle-ci subsiste malgré la revente[2037]. En dépit de la cession intervenue, l'acheteur conserve le pouvoir d'encaisser la créance aussi longtemps qu'il est en mesure d'honorer les échéances[2038].

1489.La clause de cession de créances futures a pu prospérer car le droit allemand ne subordonne pas l'efficacité de la cession à des conditions de forme particulières, ainsi à une information du débiteur cédé[2039]. Par ailleurs, les conditions de fond d'une

---

[2037] Il en est ainsi dans les hypothèses fort nombreuses où l'acheteur revend le bien en se réservant la propriété ; cette succession de deux réserves de propriété constitue ce que les auteurs dénomment *der nachgeschaltete Eigentumsvorbehalt*, qui est souvent imposé par le premier contrat : le vendeur exige de son acheteur qu'il ne revende lui-même que sous réserve de propriété (v. M. Thamm, *Der Eigentumsvorbehalt im deustschen Recht*, 4e éd. Heidelberg, 1977, p. 41). Le premier vendeur perd la propriété au jour où le sous-aliénateur paie l'intégralité du prix de revente ou lors du paiement effectué par l'acheteur. On peut également concevoir que le premier vendeur impose à l'acheteur de reporter la réserve de propriété dans ses rapports avec le sous-acquéreur : celui-ci ne devient propriétaire qu'au jour du paiement du prix initial de vente du bien : cette réserve de propriété ainsi transmise (*weitergeleiteter Eigentumsvorbehalt*) est relativement rare en pratique en raison des risques supplémentaires encourus par le sous-acquéreur (par contre, nous ne voyons pas qu'il puisse se faire autrement conformément à la théorie française de propriété).

[2038] H. G. Graf Lambsdorff et U. Hübner, *Eigentumsvorbehalt und AGB-Gesetz*, Cologne, 1982, n° 127, 200.

[2039] La cession de créance se distingue ainsi du nantissement de créance qui nécessite, en application du § 1280 BGB, que le créancier informe le débiteur cédé de la cession.

pareille cession sont moins rigoureuses qu'en droit français[2040]. Sans doute l'objet de l'acte de disposition, en l'occurrence la créance future, doit-il être déterminé ou au moins déterminable[2041]. Mais il n'est pas nécessaire que la créance revête ce caractère au moment de sa naissance[2042], car ce n'est qu'à ce moment que se développe l'effet juridique de la cession, à savoir le transfert de la créance dans le patrimoine du cessionnaire. Si la mise en œuvre de cette condition de fond ne suscite en principe guère de difficultés[2043], il en va différemment lorsque la clause de cession de créance future s'accompagne d'une clause de transformation.

1490.**Clause de transformation.** – Le développement d'une pareille stipulation contractuelle s'explique par les risques de disparition de la réserve de propriété que font courir les travaux effectués sur la marchandise livrée. En effet, en vertu du § 950 du BGB, « *celui qui, en travaillant ou en transformant une ou plusieurs matières, crée une nouvelle chose mobilière, acquiert la propriété de cette nouvelle chose à moins que la valeur du travail ou de la transformation soit notablement inférieure à celle de la matière employée* (…) *L'acquisition de la propriété sur la chose nouvelle entraîne l'extinction des droits grevant la matière employée* »[2044]. C'est pour éviter cette conséquence fâcheuse qu'ont été créées les clauses de transformation, lorsque les biens vendus sous réserve de propriété sont des matières premières ou des produits semi-ouvragés. Ces clauses ont pour but de transférer la garantie du vendeur sur les produits issus de la transformation. Un pareil résultat peut être atteint de diverses manières. La stipulation la plus répandue et dont la validité a été reconnue par la

[2040] Rappelons que la cession de créances est soumise soit aux formalités prévues par l'article 1690 du Code civil, soit à la remise de bordereau prévue par l'article L. 313-13 et s. du Code monétaire et financier.
[2041] Les règles régissant la cession de créances présentes sont transposées à la cession de créances futures, v. G. Roth in *Münchener Kommentar*, Munich, vol. 2 (1979), § 398, n° 60.
[2042] Pour plus de détails v. R. SERICK, *Eigentumsvorbehalt und Sicherungsübertragung*, Heidelberg, t. IV (1976), § 47 II 2.
[2043] La principale source de difficultés provient de la revente des biens vendus sous réserve de propriété avec d'autres biens et ce, pour un prix unique. La cession de créance future est inefficace, la créance étant indéterminée, à moins que des prix détaillés n'aient été fixés dans le cadre de la facture globale, v. BGH 16 déc. 1957, *BGHZ* 26, 185, 189 et s. (cité par Cl. Witz, « Le droit des sûretés réelles mobilières en République fédérale d'Allemagne », *RIDC*, 1- 1986, p. 27 et s., spéc. n° 8, p. 36).
[2044] *Codes allemands*, éd. Jupiter, Paris 1967.

jurisprudence[2045], prévoit que la transformation est effectuée par l'acheteur pour le compte du vendeur ; dès lors, celui-ci doit être considéré comme étant le fabricant au regard du § 950 et acquiert par là-même, la propriété du produit nouveau[2046]. Il est toutefois fréquent que la clause de transformation limite expressément les droits du vendeur à une quote-part de la propriété du bien nouveau, le ou les copropriétaires pouvant être l'acheteur seul[2047] ou d'autres fournisseurs[2048], ou encore l'acheteur ainsi que les autres fournisseurs. En l'absence de toute prévision contractuelle, le produit final fabriqué à partir de matières provenant de ventes différentes sera nécessairement propriété indivise des vendeurs bénéficiaires d'une réserve de propriété avec clause de transformation[2049]. Les produits appelés à être transformés étant destinés à la revente, une clause de cession de créance future sera jointe, en règle générale, à la clause de transformation. Les parties devront alors veiller à délimiter l'étendue de la créance cédée, sous peine de voir la cession de créance déclarée inefficace pour cause de constitution d'une sûreté excessive ou, en cas de cession partielle, pour absence de caractère déterminable[2050].

[2045] BGH 28 juin 1954, *BGHZ* 14, 114, 117. Critique : E. WADLE, « Das Problem der fremdwirkenden Verarbeitung », *JuS* 1982, 477. Cette clause est dénommée clause du fabricant (*Herstellerklausel*) ; arrêt cité par : Cl. Witz, « Le droit des sûretés réelles mobilières en République fédérale d'Allemagne », *RIDC*, 1- 1986, p. 27 et s., spéc. n° 8, p. 36.

[2046] Selon l'opinion dominante, il ne s'agit pas d'une propriété pleine et entière, mais uniquement d'une propriété réservée, v. R. NIERWETBERG, « Die Rechtspositionen von Lieferant und Produzent nach Verarbeitung im verlängerten Eigentumsvorbehalt », *NJW* 1983, 2235.

[2047] Les parties prévoiront à cet effet que le vendeur acquiert la propriété à concurrence de la valeur du bien vendu dans le produit final, v. R. SERICK, *Eigentumsvorbehalt und Sicherungsübertragung*, Heidelberg, t. I (1963), § 14 ; H. G. GRAF LAMBSDORFF et U. HÜBNER, *Eigentumsvorbehalt und AGB- Gesetz*, Cologne, 1982, n° 133 et s.

[2048] La clause est souvent libellée de la sorte : « si des tiers fournisseurs ont également contribué au produit final, le vendeur sous réserve de propriété en acquiert la propriété exclusive dès lors que les tiers ne bénéficient que d'une réserve de propriété simple. Si le tiers a également livré en se ménageant une réserve de propriété prolongée, le vendeur sous réserve de propriété acquiert la copropriété du bien pour une quotité déterminée », v. H. G. GRAF LAMBSDORFF et U. HÜBNER, *Eigentumsvorbehalt und AGB- Gesetz*, Cologne, 1982, n° 133, 148 et s. ; R. SERICK, *Eigentumsvorbehalt und Sicherungsübertragung*, Heidelberg, t. I (1963), § 46.

[2049] La part de chaque copropriétaire est calculée en fonction de la valeur respective des différents apports, ce qui soulève de nombreuses difficultés d'ordre pratique, v. M. THAMM, *Der Eigentumsvorbehalt im deutschen Recht*, 4e éd. , Heidelberg, 1977, p. 39 ; R. SERICK, *Eigentumsvorbehalt und Sicherungsübertragung*, Heidelberg, t. IV (1976) § 46 II 1.

[2050] V. par ex. BGH 16 déc. 1957, *BGHZ* 26, 178. Dans ce cas d'espèce, un vendeur de matériel de construction bénéficiaire d'une réserve de propriété s'est fait céder les créances à naître de l'aliénation des biens vendus. L'entrepreneur de construction a employé le matériel vendu pour un prix de 20 000 DM en vue de construire des maisons d'habitation d'une valeur de 280 000 DM. Les juges ont estimé

B – L'aliénation de propriété à titre de garantie

1491.**Obligation de re-transfert.** – A la différence du constituant du gage (en droit allemand) qui doit se voir dessaisir du bien gagé, le cédant à titre de garantie peut garder la possession du bien par l'effet d'un « constitut possessoire »[2051] et continuer à l'exploiter. Une fois que le prêt soit remboursé, le constituant redevient propriétaire du bien. À cette fin, les parties ne recourent pas, en règle générale, au mécanisme de la condition permettant d'assurer un re-transfert automatique, mais prévoit à la charge du bénéficiaire une obligation de re-transférer le bien (*Rückübertragungspflicht*)[2052].

1492.**Champ d'application large de la cession fiduciaire allemande.** – Le législateur allemand n'ayant consacré l'hypothèque mobilière ou le gage sans dépossession que dans des secteurs d'activités fort restreints, les opérateurs de la vie économique ont été amenés à recourir massivement à la technique du transfert de propriété à titre de garantie. Nous pouvons constater que les biens les plus divers peuvent être aliénés à des fins de garantie, qu'il s'agisse d'un ou plusieurs biens, ou d'un ensemble de biens tel un stock de marchandises.

1493.**Explication d'opération.** – L'acheteur d'un bien d'équipement contracte-t-il un emprunt bancaire pour financer l'acquisition de ce bien, celui-ci servira de garantie au remboursement du prêt : l'acquéreur aliénera à l'établissement de crédit le bien dont il vient de faire l'acquisition ou qu'il va acquérir. Après le remboursement du prêt,

---

que, selon une interprétation raisonnable du contrat, seule cession partielle de créance pouvait être considérée comme ayant été voulue par les parties : l'étendue de la cession partielle n'ayant pas été délimitée, la créance n'est pas déterminable et la cession est dès lors inefficace. Ont été jugées déterminables les créances cédées à hauteur de la valeur de la marchandise réservée (BGH 23 oct. 1963, *NJW* 1964, 149) ou à concurrence de la part de copropriété détenue par le vendeur dans la chose vendue (BGH 14 mai 1975, *WM* 1975, 534 : v. BGH 20 nov. 1980, *BGHZ*, 79, 16).

[2051] L'expression utilisée par Cl. Witz, « Le droit des sûretés réelles mobilières en République fédérale d'Allemagne », *RIDC*, 1- 1986, p. 27 et s., spéc. n° 11, p. 38.

[2052] Le recours à la condition présente l'inconvénient de nécessiter une description précise de l'événement la faisant jouer. En l'absence de précision contractuelle, il y a lieu de présumer l'existence d'une obligation de retransfert, v. BGH 2 fév. 1984, *NJW* 1984, 1184(arrêt cité par Cl. Witz, « Le droit des sûretés réelles mobilières en République fédérale d'Allemagne », *RIDC*, 1- 1986, p. 27 et s., spéc. n° 11, p. 38.).

l'industriel ou le commerçant pourra à nouveau aliéner le bien, en garantie d'un prêt quelconque, cette fois-ci non lié à son acquisition.

1494.**Un régime flexible.** – Même si le bien d'équipement a été financé par un crédit-fournisseur garanti par une réserve de propriété, l'acquéreur pourra d'emblée affecter le bien, dont il n'est pas encore propriétaire, à la garantie d'un prêt bancaire : il lui suffira d'aliéner à titre de garantie le droit d'expectative (*Anwartschaftsrecht*) dont il est d'ores et déjà titulaire sur le bien acheté. En outre, sont aussi applicables à l'aliénation de l' *Anwartschaftsrecht*, les dispositions relatives aux transferts du droit de propriété et par là-même celles permettant au constituant de la sûreté de rester en possession du bien. Étant titulaire de l'*Anwartschaftsrecht*, le banquier acquerra la pleine propriété du bien dès paiement de son prix sans que le bien ne transite par le patrimoine de l'acquéreur [2053] . Permettant une aliénation de ce droit dit « d'expectative »[2054], le droit allemand a, en effet, accordé que ce droit ait une valeur patrimonial[2055], et que le titulaire de ce droit mérite une protection particulière.

1495.**Cession d'une propriété « temporaire ».** – Si un bien peut être cédé sans que le cédant n'ait acquis la propriété de ce bien, la cession d'un bien dont la propriété a été déjà transférée, temporairement, au créancier, est possible, en droit allemand. Aucun principe du droit allemand n'entrave le recours à l'aliénation fiduciaire en domaine de stocks des marchandises. Sans doute le transfert de propriété d'un stock de marchandises implique-t-il, comme tout transfert de propriété, que les biens aliénés aient été déterminés avec précision par les parties. Le transfert de propriété de choses corporelles mobilières nécessitant la remise de la chose (*Übergabe*) ou un « constitut possessoire » (*Besitzkonstitut*), cette modification de la possession ne peut en effet se rapporter qu'à des choses déterminées. Mais on admet que cette règle

[2053] Cl. Witz, « Le droit des sûretés réelles mobilières en République fédérale d'Allemagne », *RIDC*, 1-1986, p. 27 et s., spéc. n° 12, p. 39.
[2054] En droit français, il n'existe pas une telle notion, l'acquéreur ne pourrait, théoriquement, pas aliéner librement les biens dont la propriété est réservée, non plus de les transférer dans un patrimoine fiduciaire.
[2055] En effet, le droit de propriété et le droit d'expectative ont la même nature (v. BGH 24 juin 1958, *BGHZ* 28, 16 ; H. WESTERMANN, « Probleme der Sicherungsübereignung von Warenlagern », *NJW* 1956, 1297 cité par Cl. Witz, « Le droit des sûretés réelles mobilières en République fédérale d'Allemagne », *RIDC*, 1- 1986, p. 27 et s., spéc. n° 13, p. 40).

(*Bestimmteitsgrundsatz*) est respectée lorsque tout le stock de marchandises du débiteur est aliéné ou, en cas de cession partielle, lorsque sont aliénées les marchandises se trouvant dans un endroit nettement défini ou encore celles qui ont été soit marquées d'un signe distinctif soit énumérées dans un inventaire joint au contrat. En revanche, serait inopérante une aliénation de marchandises déterminées par les livres de comptes de l'aliénateur ou, en cas d'aliénation partielle, la cession d'une partie d'un stock désignée uniquement par sa quantité ou sa quotité.

1496.**Sûreté portant sur les stocks.** – Opéré à titre de garantie, le transfert au banquier du stock de marchandises ne doit en rien gêner l'exploitation de ce stock. Si les marchandises sont appelées à être transformées par le débiteur, celui-ci sera autorisé à y procéder ; les parties auront recours à des clauses analogues à celles que l'on rencontre en matière de réserve de propriété. Grâce à celles-ci, le droit de propriété du créancier pourra atteindre le produit nouveau issu de la transformation. Mais les marchandises sont avant tout destinées à être revendues. Le constituant de la sûreté sera, en règle générale, autorisé à les revendre. De deux choses l'une. On peut concevoir que les parties concluent une cession de créances futures, à savoir celles à naître de la revente du bien ; la *Vorausabtretungsklausel*, de même que la *Verarbeitungsklausel*, donnent ainsi naissance au transfert de propriété à titre de sûreté prolongée (*verlängerte Sicherungsübereignung*). Mais le plus souvent, les dispensateurs de crédit préfèrent que l'assiette de la sûreté reste constituée par des choses corporelles et par là-même que la propriété se reporte sur les marchandises nouvellement acquises. Pour que ce résultat puisse être atteint, il est nécessaire que les parties conviennent d'un « transfert de propriété anticipé » (*antizipierte Übereignung*) qui consiste en un accord de volonté portant sur le transfert futur de propriété des marchandises qu'acquerra le débiteur et en un « constitut possessoire anticipé » (*antizipiertes Besitzkonstitut*). Cet accord de volonté n'est toutefois pas suffisant. Il est indispensable, pour que soit assurée l'efficacité du transfert de propriété du stock de marchandises renouvelable (*Warenlager mit wechselndem Bestand*), que l'aliénateur du stock garde la volonté, au moment de l'acquisition des marchandises nouvelles, de

transférer la propriété de ces marchandises au bénéficiaire de la sûreté[2056] et qu'il prenne les mesures nécessaires afin que les marchandises nouvelles soient déterminées dans leur identité : ainsi, il lui appartiendra de les déposer dans la pièce où sont entreposées les marchandises affectées en garantie du prêt ou d'utiliser tout autre signe distinctif prévu dans le contrat[2057].

1497.En somme, c'est notamment au travers des clauses conventionnelles permettant une cession de la créance future ou la tranformation du bien grevé que le droit allemand assure la libre exploitation des biens par le constituant en cas de réserve ou de transfert de propriété à titre de garantie. Ces clauses ont, notamment, pour objet de conserver son droit exclusif sur une valeur substituant celle du bien originalement affecté. Ainsi, pourrait-on conclure que c'est le droit exclusif sur une valeur qui est effectivement accordé au créancier bénéficiaire des propriétés-sûretés allemandes. La spécialité quant aux biens affectés est affranchie par des techniques contractuelles. Il en va de même pour la spécialité quant à la créance garantie.

§2 – L'affranchissement du principe de spécialité quant à la créance garantie

1498.**Intérêt d'affranchissement.** – Comme nous l'avons déjà démontrée, l'exigence de la spécialité quant à la créance garantie des sûretés réelles oblige les parties contractuelles à déterminer précisément la créance garantie dans le contrat constitutif de la sûreté envisagée. Il est aisé à comprendre cette exigence parce qu'une sûreté réelle est par définition fonctionnelle ; un accessoire de la créance garantie sans laquelle elle n'aura pas d'intérêt à exister. L'affranchissement de cette exigence a

[2056] D'après l'opinion dominante, la déclaration de volonté relative au transfert de propriété (§ 929 BGB) peut être révoquée jusqu'au moment où le futur acquéreur acquiert la possession médiate ou immédiate du bien (Cl. Witz, « Le droit des sûretés réelles mobilières en République fédérale d'Allemagne », *RIDC*, 1- 1986, p. 27 et s., spéc. p. 40, note de bas page n° 57).

[2057] Nous constatons ainsi la complicité des techniques contractuelles en cas d'assurer la libre exploitation des biens dont la propriété a fait l'objet d'une cession fiduciaire. N'est ce-t-il pas préférable de les prévenir directement par une disposition légale qui simplifiera la chose tout en sauvegardant la sécurité juridique.

notamment pour objet de pouvoir garantir des créances qui ne sont pas individualisées dans l'acte constitutif.

1499.**Clause de compte courant et clause de groupe de sociétés.** – A la différence des clauses de cession de créances futures et de transformation, qui affectent l'assiette de la réserve de propriété, celles qui aboutissent à une réserve de propriété élargie (*erweiterter Eigentumsvorbehalt*) ont pour objet d'étendre les créances garanties. Au lieu d'assurer le paiement du seul prix de vente[2058], la réserve de propriété peut servir à la garantie du paiement d'un ensemble de créances. Ainsi les parties prévoiront que les marchandises livrées resteront la propriété du fournisseur jusqu'au paiement complet de toutes les créances qu'il détient sur l'acheteur en vertu de leurs relations d'affaires ou jusqu'au règlement complet du solde du compte courant qui enregistre toutes leurs opérations ; on est alors en présence d'une clause de compte courant (*Kontokorrentklausel*)[2059]. Si ces clauses sont usuelles et leur validité en principe non douteuse, il en va différemment de la clause de groupe de sociétés (*Konzernklausel*), qui garantit les créances non seulement du vendeur lui-même, mais également de toutes les sociétés de son groupe ; une pareille clause est suspectée d'illicéité par la doctrine dominante[2060].

1500.En effet, ces mêmes clauses pourraient aussi être utilisées dans une cession fiduciaire à titre de garantie. L'idée reste la même, les parties ont voulu garantir une pluralité de créances par une même sûreté malgré sa simplicité à constituer[2061].

[2058] C'est exactement le cas en droit français.
[2059] La jurisprudence n'hésite pas à désigner la réserve de propriété élargie par « *Kontokorrentklausel* » même si un compte-courant au sens strict du § 355 du HGB n'existe pas entre les parties, v. P. ULMER, H.-E. BRANDNER et H.-D. HENSEN, *AGB-Gesetz*, Kommentar, 4e éd., Cologne, 1982, annexe des § 9 à 11, n° 657 et les références citées ; H.- G. GRAF LAMBSDORFF et U. HÜBNER, *Eigentumsvorbehalt und AGB- Gesetz*, Cologne, 1982, n° 56.
[2060] Notamment au regard des dispositions légales: §3 et §9 de la Loi du 9 décembre 1976.
[2061] V. sur la simplicité des réserve et cession de propriété à titre de garantie, v. Cl. Witz, « Le droit des sûretés réelles mobilières en République fédérale d'Allemagne », *RIDC*, 1- 1986, p. 27 et s., spéc. p. 33 et s.

Conclusion de la section 1

1501.La principale particularité du droit allemand des sûretés réelles mobilières est la source non légale des sûretés les plus courantes. Ainsi, c'est au travers des techniques contractuelles que le droit allemand a pu effectuer l'affranchissement de l'exigence de double spécialité, quant au bien affecté et quant à la créance garantie.

1502.Pour qu'une propriété-sûreté ne gêne pas l'exploitation des biens affectés, les parties contractantes vont prévenir surtout une clause qui cédera la créance qui naîtra de la vente du bien affecté, et aussi une clause permettant de reporter la propriété au bien transformé avec le bien originalement affecté. En cas de cession fiduciaire des marchandises en stock, une autre clause permet un report de la propriété par rapport aux nouvelles marchandises qui substitueront les originales.

1503.Pour qu'une propriété-sûreté puisse servir à garantir plusieurs créances, les parties peuvent prévenir une clause dite de « compte courant » ou bien en cas particulier, une clause de groupe des sociétés permettant la sûreté à garantir toutes les créances d'un groupe de société retenues par un même fournisseur. Il convient néanmoins de constater que la désignation de la créance garantie est toujours exigée, c'est seulement la pérennité de la créance garantie qui n'est plus exigée.

1504.Il convient de constater la souplesse du régime des propriétés-sûretés, mais elle n'existe malheureusement en dehors de textes légaux. Il en va de même pour la *floating charge* du droit anglais qui est aussi constituée par la jurisprudence, donc, en dehors de textes légaux.

Section 2 : Le « floating charge » en Grande Bretagne : affranchissement du principe de spécialité des objets de garantie

1505.**Généralités.** – Malgré son établissement depuis plus de deux siècles, la *floating charge* n'a pas de définition exacte donnée par les tribunaux anglais ou la doctrine anglaise. Les tribunaux utilisent souvent des phrases descriptives et des analyses

encadrées dans certaines conditions qui ont pour objet de développer et enrichir le contenu de cette notion. Mais cette manière d'interprétation est critiquable[2062]. Bref, le régime de la *floating charge* autorise les sociétés à utiliser l'ensemble de leurs biens présents ou futurs dans le but de garantir le paiement des dettes au profit du créancier. Peuvent faire l'objet d'une *floating charge* les machines, les équipements, les matériaux premiers, les stocks, la terre, les créances, les droits contractuels (autres que la créance), les propriétés industrielles, les droits au marque et les parts sociales impayées[2063]. Pour valablement constituer une *floating charge*, il faut, d'abord, établir un écrit entre le créancier et le débiteur, et l'enregistrer dans un délai de 21 jours à peine de nullité absolue. Après l'établissement, la *floating charge* va être « mise en sommeil » jusqu'à l'extinction de la créance garantie par le paiement ou les conditions de « cristallisation » prévues par le contrat qui se remplissent. Entre temps, le constituant a le droit de garder en possession les biens grevés par la *floating charge*, d'en utiliser et d'en disposer. Par exemple, le constituant a le droit de substituer ou de mettre en location les biens, ou de constituer une autre sûreté sur ces biens sauf si les parties en prévoient autrement. Les biens futurs qui entrent dans la catégorie déterminée vont entrer directement dans l'objet de la *floating charge*. En général, le contenu de cet ensemble de biens se fluctue avec l'exploitation de l'entreprise débitrice, parce qu'il y a toujours des biens qui sortent de cette masse et les autres qui entrent. Les sûretés portant sur un tel patrimoine ou un ensemble des biens dont la valeur s'évolue dans le temps se sont appelées *floating charge*[2064]. Mais, si les incidents prévus auront lieu, la *floating charge* va porter sur des biens déterminés, ainsi devenir *fixed charge*. On appelle le processus du patrimoine flottant (en anglais : floating) à un patrimoine déterminé la cristallisation du *floating charge* (*crystallization of floating charge).* Normalement cette cristallisation aura lieu au moment de la cessation des activités d'une entreprise, l'intervention du créancier ou les autres conditions prévues qui rendent la cristallisation automatique (en anglais :

[2062] V. P.G. Turner, « Floating charges – A 'no theory' theory », *L. M. C. L. Q.* 2004, p. 319.
[2063] M.-D. SHEN, et D.-T. FENG, *Droit international sur le crédit et la pratique*, International Business & Economic Education Press, 1985 (沈达明・冯大同：国际资金融通的法律与务实，对外经贸教育出版社 1985 年版), p. 206.
[2064] En anglais, « floating » signifie fluctuer ; Comp. avec : *Le dictionnaire Hachette-Oxford*, Concise, v° « floating » : flottant ; instable.

autonomous crystallization). A l'issue de la cristallisation, un administrateur va être nommé par le tribunal compétent qui va gérer les biens objet de garantie détenus par le débiteur au moment de la cristallisation. Il va, gérer ou, le cas échéant, vendre ces biens, et utiliser les prix de vente, rembourser le créancier.

1506.Le processus de cristallisation va nous obliger de discuter l'ordre de priorité portant sur les biens, parce que c'est au moment de la cristallisation, que le droit réel du créancier portant sur l'objet de garantie peut être finalement déterminé, c'est aussi à ce moment-là, que le droit de préférence sur ces biens sera établi. Dans le domaine, la règle de « *prior tempore, potior jure* »ne s'applique pas, ce n'est pas toujours le créancier de la *floating charge* qui va être payé en premier. La date de l'établissement de la *floating charge* ne compte pas, c'est la date de la cristallisation qui compte. Avant la cristallisation, le débiteur ou le constituant a le droit de disposer les biens mis en garantie, et le créancier n'a pas le droit d'en empêcher. C'est-à-dire qu'avant cette fameuse cristallisation, nous ne pouvons pas parler du droit de préférence portant sur les biens mis en garantie au profit du créancier ; et après la cristallisation, le créancier ne peut pas prévaloir son droit de préférence qui est datée de la date de l'enregistrement. A partir de la cristallisation, le droit de préférence va se reporter directement sur les biens déterminés, la règle de préférence va être appliquée comme les autres sûretés traditionnelles françaises. Et l'ordre de paiement entre les créanciers bénéficiaires d'une *floating charge* va être déterminé par la date de l'inscription. Il faut souligner ici que la règle « prior tempore, potior jure » ne s'applique qu'entre les créanciers bénéficiaires de *floating charge* mais pas de manière générale entre les créanciers titulaires de sûretés réelles préférentielles.

1507.**Les caractéristiques de la *floating charge*.** – Comparant avec les sûretés dites fixes (*fixed charges*), la *floating charge* revêt les caractéristiques suivantes.

Premièrement, les biens mis en garantie peuvent être présents et futurs, mais ils ne peuvent qu'être les biens appartenant à l'entreprise débitrice. Cela étant, la création de cette institution est étroitement liée avec le déroulement des activités commerciales, et cette caractéristique constitue le socle logique des autres caractéristiques. Elle autorise

et admire la fluctuation des biens qui constitue l'assiette, ainsi à maximiser les'utilités de ces biens.

Deuxièmement, la *floating charge* revêt une très grande différence avec le gage traditionnel qui requiert la dépossession des biens mis en garantie. La constitution de la *floating charge* n'a pas de telle exigence, le constituant peut garder la possession de ses biens. En matière mobilière, la publicité est réalisée par la possession, donc, un tiers va difficilement savoir si un bien est mis en garantie sous la forme de *floating charge*. Donc, les magistrats anglais, par l'exigence de l'inscription dans un délai de 21 jours, corrigent ce point de faiblesse, qui est très important pour la protection des tiers et du créancier.

Troisièmement, le constituant a non seulement le droit de garder la possession des biens, mais aussi le droit d'en disposer. C'est ce droit de libre utilisation qui permet de distinguer un *floating charge* et un *fixed charge*. Pourtant, les parties peuvent limiter le droit de grever encore une fois ces biens dans la convention constitutive.C'est le critère le plus important dans la qualification d'un *floating charge*[2065]. Par exemple, le débiteur peut vendre les stocks de l'entreprise, rembourser les dettes, recevoir le paiement des créances, prendre des nouveaux crédits et acheter des nouveaux équipements et des matériaux premiers au profit de l'exploitation normale de l'entreprise[2066].

Quatrièmement, avant la cristallisation, la *floating charge* est constituée sur un ensemble des biens déterminables, les biens ne sont pas individualisés (C'est la raison pour laquelle, sauf stipulation contraire, le constituant est libre à disposer ses biens, or, la constitution de la floating charge ne confère aucun droit réel sur les biens constituant l'assiette. Cela peut aussi expliquer pourquoi un inventaire de biens n'est

[2065] Dans la plupart des cas, entre les parties, le contrat est appelé *fixed charge*, mais les tribunaux vont pouvoir le requalifier à une *floating charge* si la sûreté remplit certains caractères de la *floating charge* : Agnew and another v. Commissionner of Inland Revenue and another [2001] 2 BCLC [2001] 2 A.C. 710.

[2066] M.-D. SHEN, et D.-T. FENG, *Droit international sur le crédit et la pratique*, *International Business & Economic Education Press*, 1985 (沈达明・冯大同：国际资金融通的法律与务实，对外经贸教育出版社 1985 年版), p. 206.

pas exigé pour la constitution d'une *floating charge*). Donc, avant la cristallisation, la valeur des biens mis en garantie ne sont pas déterminée, elle se fluctue avec les activités d'exploitation de l'entreprise débitrice.

Enfin, avant la cristallisation, le constituant a le droit de disposer librement les biens mis en garantie. Donc, le tiers peut, même s'il a la connaissance sur l'existence de la *floating charge*, acquérir la propriété de ces biens mis en garanties sans aucun souci sur la validité de la transaction envisagée[2067].

1508.**Affranchissement de la spécialité quant aux biens grevés.** – En effet, en utilisant la *floating charge*, les praticiens visent notamment à affranchir le principe de spécialité pour qu'ils puissent utiliser les biens mis en garantie dans l'exploitation. Autrement dit, les entreprises débitrices peuvent recourir à cette sûreté particulière en grevant les biens destinés à être vendus ou transformés pour l'obtention de crédit.

1509.**Utilités réduites dans la pratique.** – Mais, en réalité, les créanciers cherchent toujours, au travers des techniques contractuelles, dans une sûreté réelle fixe (dont le droit de préférence est mieux classé), un moyen permettant aux débiteurs l'utilisation des biens grevés dans leurs activités professionnelles. Ainsi, la distinction entre la *floating charge* et la *fixed charge* est devenue de moins en moins claire et évidente[2068]. Souvent, nous pouvons constater une combinaison de deux régimes. Que l'utilité de la *floating charge* se voit être diminuée, en Grande Bretagne.

[2067] M.-D. SHEN, et D.-T. FENG, *Droit international sur le crédit et la pratique*, *International Business & Economic Education Press*, 1985 (沈达明・冯大同：国际资金融通的法律与务实，对外经贸教育出版社 1985 年版), p. 206.

[2068] En effet, en parlant ainsi, c'est exactement parler du système de *floating charge* et celui du nantissement des créances, présentes et futures. Parce que le nantissement des créances correspond bien aux deux premiers critères proposés par Romer L. J. : l'utilisation l'ensemble d'une sorte de biens présents et futurs d'une entreprise afin de garantir le paiement d'une créance ; le contenu de cette masse se fluctue avec l'exploitation normale de l'entreprise. Concernant le troisième critère, nous pouvons aussi penser que le nantissement de créances le conforme, parce que l'entreprise débitrice a le droit de recevoir le paiement de ces débiteurs dans l'exploitation, et la seule utilité d'une créance pour une personne est de recevoir le paiement du débiteur. V. en ce sens : PENG Gui, *La recherche sur le système de floating charge anglais*, Law Press, 2005, China, (彭贵，英国浮动抵押制度研究，法律出版社，2005，中国), p. 5 ; L. Bougerol-Prud'homme, *op. cit.*, n° 150, p. 120 : « *L'utilité d'une créance réside naturellement dans la possibilité d'en obtenir paiement* ».

Conclusion de la Section 2–

1510.En effet, au travers de cette présentation succincte de la *floating charge* anglaise, nous pouvons constater que la technique utilisée en vue d'affranchir le principe de la spécialité par les praticiens anglais n'est autre que l'utilisation de la notion de l'« universalité de fait »[2069]. En utilisant cette notion, les parties peuvent ne pas individualiser les biens grevés au moment de la constitution. C'est par la « cristallisation » que les biens grevés soient finalement individualisés. Par cette technique, il n'y aura pas de violation de l'exigence de l'identité du bien grevé et le bien réalisé, parce que la détermination du bien grevé n'est faite qu'une seule fois, au moment de la « cristallisation ». Ainsi, le principe de la spécialité quant au bien grevé n'est pas complètement abandonné. L'exigence de l'individualisation du bien grevé est supprimée au profit du respect de l'exigence de l'identité du bien grevé et du bien réalisé.

1511.En outre, il ne faut toujours pas oublier que cette technique reste une technique conventionnelle, comme le cas en droit allemand. Il apparaît que seules les expériences françaises sont d'intérêt de plus en plus important pour le droit chinois, parce que l'affranchissement du principe de spécialité quant au bien grevé est consacré par le législateur.

Section 3 – L'affranchissement du principe de spécialité en France

1512.**Généralités.** – Le principe de spécialité[2070] n'est pas un principe qui est spécifique du droit des sûretés. C'est un principe qui est à l'origine du droit réel[2071]. Il

[2069] V. en ce sens, P. Crocq, « Le principe de spécialité des sûretés réelles, chronique d'un déclin annoncé », art. préc.
[2070] C. Civ., art. 2336 : « *Le gage est parfait par l'établissement d'un écrit contenant la désignation de la dette garantie, la qualité des biens données en gage ainsi que leur espèce ou leur nature* ».
[2071] En ce sens, v. P. Crocq, « Le principe de spécialité des sûretés réelles, chronique d'un déclin annoncé », art. préc.

signifie qu'un droit réel est strictement porté sur un bien déterminé. Ayant été considéré comme un droit réel, la sûreté réelle doit, respectivement, porter sur un bien déterminé. Une telle théorie fait obstacle à la constitution d'une sûreté portant sur les biens futurs qui ne sont pas déterminés au moment de la constitution de la sûreté. Aussi, l'interdiction de constituer une sûreté sur les biens d'autrui[2072] fait obstacle aussi à la reconnaissance d'une telle sûreté[2073].

1513.L'objet recherché par les praticiens est de constituer une sûreté en bénéficiant aussi les autres utilités des biens grevés. L'autorisation d'un gage sans dépossession ne suffit plus à satisfaire les besoins d'affaires, parce que pour certains biens, la seule utilité pour le constituant en est de le vendre ou le transformer. Pourtant ces biens représentent une grande valeur, parce qu'ils existent non seulement dans les métiers de fabrication, mais aussi dans les métiers typiquement de commerce, chez lesquels, ce que fait tourner les affaires, c'est l'achat et la revente.

1514.En France, nous allons voir que c'est, d'abord, en matière commerciale, que nous commençons à affranchir le principe de spécialité (Section 1). Et la réforme de 2006 a bel et bien généralisé cet affranchissement dans le domaine civil (Section 2).

§ 1 – L'affranchissement du principe de spécialité par les sûretés réelles spéciales

1515.En matière commerciale, l'affranchissement du principe de spécialité n'est pas une nouveauté récente. Depuis longtemps, les praticiens ont déjà constaté la nécessité de l'affranchissement du principe de spécialité.

1516.Il convient de voir dans l'ordre chronologique, l'affranchissement de ce principe par différentes sûretés spéciales.

[2072] C. civ., art. 2335 : « Le gage de la chose d'autrui est nul ».
[2073] Parce qu'au moment de la constitution de la sûreté, un bien futur, pour le constituant, est sûrement un bien d'autrui.

A – Le nantissement de fonds de commerce

1517.**Loi de 1909 pour le fonds de commerce.** – La mise en gage d'un fonds de commerce, prévue successivement par la loi du 1er mars 1898, puis par la loi du 17 mars 1909[2074], permet au commerçant de se procurer du crédit tout en poursuivant son exploitation[2075]. Selon la disposition de l'article L. 142-2 du Code de commerce, seuls les éléments suivants peuvent faire l'objet d'un nantissement du fonds de commerce : « *l'enseigne commerciale, le matériel ou l'outillage servant à l'exploitation du fonds, les brevets d'invention, les licences les marques, les dessins et modèles industriels et généralement les droits de propriété intellectuelle qui y sont attachés* ». En lisant cet article, nous pouvons facilement comprendre l'appellation du « nantissement du fonds de commerce », parce qu'il n'y a que des éléments incorporels d'un fonds de commerce[2076] qui sont pris en compte. Le constituant a le droit d'administrer et de disposer de son bien, de sorte que certains biens nantis vont être substitués par les autres au cours de l'exploitation des activités professionnelles.

1518.**Elargissement du champ d'application.** – En effet, le champ d'application du nantissement du fonds de commerce a été élargi au fonds artisanal par la loi du 5 juillet 1996 (art. 22), puis au fonds agricole par la loi du 5 janvier 2006[2077]. C'est-à-dire que non seulement les commerçants peuvent bénéficier cette sûreté, mais aussi les artisans et les agriculteurs. Cet élargissement correspond bien à la nécessité des crédits par les artisans et les agriculteurs.

1519.Mais pour certains commerçants, artisans et agriculteurs, ce n'est pas les biens incorporels qui représentent une valeur la plus importante pour leurs activités professionnelles, mais des biens corporels. Ainsi les sûretés portant sur les biens

---

[2074] C. com., art. L. 142- 1 et s.
[2075] Y. Picod, *op. cit.*, n° 247, p. 327.
[2076] Comp. avec la notion du fonds de commerce : G. Cornu, *Vocabulaire juridique*, Association Henri Capitant, Puf, 2012, v° « fonds » : fonds de commerce est l' « *Ensemble des éléments corporels (matériel, outillage, marchandises) et incorporels (droit au bail, nom, enseigne, brevets et marques, clientèle et achalandage) qui, appartenant à un commerçant ou à un industriel et réunis pour lui permettre d'exercer son activité, constitue une universalité juridique et un meuble incorporel soumis à des règles particulières* ».
[2077] Art. L. 311-3, C. rur.

corporels, nécessaires à l'exploitation des activités professionnelles, sont nées, sans avoir trop de gênes pour le constituant.

B – Les warrants

1520.**Notion de warrant.** – Le warrant est « *le nom donné à diverses sûretés mobilières dont les unes relèvent du gage pur avec dépossession du débiteur au profit d'un tiers convenu (les magasins généraux), et les autres constituent des gages sans dépossession* »[2078]. Il peut signifier le « Titre constatant l'existence d'une telle sûreté, remis au créancier et transmissible par endossement »[2079]. Ici, il convient de prendre le premier sens. En effet, la définition donnée nous a déjà montré qu'il y a deux sortes de warrants, le warrant sans dépossession et le warrant avec dépossession[2080].

1521.Nous n'allons que traiter le warrant sans dépossession dans cette section parce que c'est par ce genre de warrant que les législateurs ont effectué un affranchissement du principe de spécialité de l'objet de gage.

1522.En France, il y a trois sortes de warrants sans dépossession, les warrants agricoles[2081] (a), le warrant hôtelier[2082](b) et warrant pétrolier[2083](c).

a – Le warrant agricole[2084]

1523.**Notion.** – Le warrant agricole est un billet à ordre au titre duquel un agriculteur en même temps qu'il s'engage à payer une somme déterminée, confère au bénéficiaire ou aux porteurs successifs sur les biens de son exploitation, un gage sans

[2078] G. Cornu, *Vocabulaire juridique*, Association Henri Capitant, Puf, 2012, v° « warrant » : sens 1.
[2079] G. Cornu, *Vocabulaire juridique*, Association Henri Capitant, Puf, 2012, v° « warrant » : sens 2.
[2080] C. com., art. L. 522-1 à 522-40.
[2081] C. rur., art. L. 342-1 à L. 342-17.
[2082] C. com., art. L. 523-1 à L. 523-15.
[2083] C. com., art. L. 524-1 à L. 524-21.
[2084] A l'issu de la loi du 30 avril 1906.

dépossession[2085]. Le warrant agricole garantit obligatoirement une obligation non commerciale, le cas échéant future ou éventuelle mais nécessairement définie avec précision.

1524.**Bénéficiaires.** – Selon l'article L. 342-1 du Code rural, le constituant d'une telle sûreté ne peut être qu'un agriculteur propriétaire, fermier ou usufruitier exploitant ou une société coopérative agricole ou une société d'intérêt collectif agricole (SICA).

1525.Les biens warrantables sont les produits d'exploitation (bruts ou transformés) et les matériels contenant les produits d'exploitation ou affectés à cette exploitation y compris les animaux et les immeubles par destination non scellés ou attachés au sol à perpétuelle demeure[2086].

1526.Malgré une absence de disposition légale sur le droit de disposer sur le bien affecté, dans la mesure où le warrant porte sur des choses fongibles, la substitution aux biens warrantés par d'autres biens de même nature semble possible[2087].

b – Le warrant hôtelier[2088]

1527.**Notion.** – Le warrant hôtelier est intégré dans le Code de commerce[2089], c'est une sûreté sans dépossession constituée par « tout exploitant d'hôtel » portant sur « le mobilier commercial, le matériel et l'outillage servant à son exploitation » et aussi les meubles « devenus immeubles par destination, tout en conservant la garde dans le locaux de l'hôtel »[2090].

1528.**Régime portant sur la disposition du bien grevé par le constituant.** – L'emprunteur a le droit de disposition sur les objets mis en garantie. Mais cette liberté

[2085] P. Bouteiller, J.-Cl. Fasc. 765, *Gage de meubles corporels, Warrant*, Jurisclasseur, 2008, n° 111.
[2086] C. rur., art. L. 342-1; P. Bouteiller, J.-Cl. Fasc. 765, *Gage de meubles corporels, Warrant*, Jurisclasseur, 2008, n° 113.
[2087] CA Agen, 27 févr. 1985 : Juris-Data n° 1986-699463.
[2088] À l'issu de la loi du 8 août 1913.
[2089] C. com., art. L. 523-1 à L. 523-15.
[2090] C. com., art. L. 523-1, al. 1er.

n'est qu'une liberté limitée, parce que la tradition de ces objets vendus ne saurait être effectuée qu'après le désintéressement du créancier[2091].

c – Le warrant Pétrolier

1529.**Notion.** – Le warrant est un gage sans dépossession portant sur le stock de pétrole, de certaine quantité et d'une qualité spéciale, appartenant au constituant. Le constituant, en bénéficiant du droit de vendre le produit warranté à l'amiable même avant le paiement de la créance[2092], est tenu d'une obligation de maintenir le stock en valeur[2093]. Vu le caractère particulier de l'objet de garantie, il est difficile d'en identifier. Le principe de spécialité ne devrait pas faire obstacle dans la constitution de cette sûreté.

1530.**Régime.** – Le point commun entre ces warrants en est la libre exploitation de leurs activités professionnelles même si les biens affectés pour la garantie sont nécessaires dans l'exploitation, et que la vente des biens affectés est possible (malgré la tradition est encadrée). Aussi, en commun, les warrants ont un domaine très limité d'application. Mais nous pouvons déjà entrevoir la forme embryonnaire du gage des stocks.

1531.De surcroît, les warrants ont aussi un caractère que les autres sûretés mobilières en n'ont pas, c'est le caractère d'indépendance. Le warrant n'est pas un accessoire de la créance garantie, parce qu'il est libre et circule entre les professionnels par

[2091] C. com., art. L. 523-8, al. 1er.
[2092] C. com., art. L. 524-6, al. 1er.
[2093] C. com., art. L. 524-16.

l'endossement[2094]. En cas de circulation du warrant, les endosseurs engagent une responsabilité solidaire vers le porteur[2095].

C – Le gage des stocks

1532.**Naissance du gage des stocks.** – Le gage des stocks constitue l'une des nouveautés de l'ordonnance du 26 mars 2006[2096]. Selon l'article L. 527-3 du Code de commerce, un gage sur stocks peut porter sur « *les stocks de matières premières et approvisionnements, les produits intermédiaires, résiduels et finis ainsi que les marchandises appartenant au débiteur* » sauf les « *biens soumis à une clause de réserve de propriété* ». Une telle sûreté peut être constituée par une « *personne morale de droit privé* » ou une « *personne physique dans l'exercice de son activité professionnelle* »[2097]. La lecture de ces dispositions nous fait penser que les stocks peuvent être des biens présents et futurs[2098]. Par rapport aux warrants sans dépossession, il n'y a pas de restriction dans la vente des biens affectés, la tradition des biens vendus est autorisée. Le débiteur peut librement disposer les biens grevés, mais il est tenu à ne pas diminuer de son fait la valeur des stocks[2099]. Même si une généralisation du gage sans dépossession des biens, présents et futurs, est opérée par

[2094] La circulation des warrants est prévue par les textes légaux : c'est l'article L. 523-5 du Code de commerce pour le warrant hôtelier, l'article L. 524-8 du Code de commerce pour le warrant pétrolier et l'article L. 342-10 du Code rural.
[2095] La responsabilité solidaire des endosseurs est prévue par l'article L. 523-5 du Code de commerce pour le warrant hôtelier, l'article L. 524-8 du Code de commerce pour le warrant pétrolier et l'article L. 342-10 du Code rural.
[2096] P. Boutellier, *JCP E* 2006, 1698 ; S. Cabrillac, in *Evolution des sûretés réelles*, Litec, 2008, p. 45 ; D. Legeais, *Sûretés et garanties du crédit*, 8e éd., LGDJ, 2011, n° 491, p. 417.
[2097] C. com., art. L. 527-1, al. 1er .
[2098] V. en ce sens: D. Legeais, *Sûretés et garanties du crédit*, 8e éd., LGDJ, 2011, n° 493, p. 418.
[2099] C. com., L. art. 527-7, al. 2 : en cas de diminution de 20% de cette valeur par rapport à l'acte constitutif, le créancier peut mettre en demeure le débiteur, soit de rétablir la garantie, soit de rembourser une partie des sommes prêtées en proportion de la diminution constatée ; le texte précise que s'il ne lui est pas donné satisfaction, il peut exiger le remboursement intégral de la dette, perdant ainsi le bénéfice du terme.

la réforme de 2006, il convient de souligner que les règles rigides portant sur le gage des stocks s'imposent aux parties[2100].

1533.**Briève vue sur la réforme récente du gage des stocks.** – Etant l'objet de discussion dès sa naissance[2101], le gage des stocks fait l'objet, enfin, d'une réforme récente pour qu'il s'adapte mieux à la nécessité pratique. La loi du 6 août 2015 pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques, dite loi Macron, a habilité le Gouvernement français à réformer, par voie d'ordonnance (au plus tard le 6 février 2016), le régime du gage des stocks afin de rapprocher ce régime de celui applicable au droit commun du gage de meubles corporels, plus précisément dans le but de le « clarifier et rendre possible le pacte commissoire et le gage avec ou sans dépossession, en vue de favoriser le financement des entreprises sur stocks ». En effet, le pacte commissoire, n'était pas jusqu'à maintenant, autorisé en matière de gage sur stocks. Ce qui a conduit les praticiens, pour tenter de contourner cette prohibition nuisible à son attractivité, à soumettre les gages portant sur des éléments de stocks au droit commun du gage de meubles sans dépossession, lequel autorise une telle convention, mais la Cour de cassation a prohibé cette possibilité[2102], malgré la résistance de la cour d'appel de Paris[2103]. L'ordonnance du 29 janvier 2016[2104] relative au gage sur stocks vient donc briser cette jurisprudence, puisqu'elle pose, à l'article L. 527-8 du code de commerce dans sa rédaction complétée, la règle suivante : « à défaut

---

[2100] Com. 19 fév. 2013, *BICC* 15 juin 2013, n° 899 ; *D.* 2013, Actu. 493, obs. Dammann et Podeur ; *JCP E* 2013, n° 1173, note Legeais ; JCP 2013, n° 539, note Martial-Braz ; *RJDA* 2013, n° 454 ; *LPA* 26 avril 2013, note Calme ; *LPA* 29 mai 2013, note Andeu et Quivey ; *RD Banc. Fin.* 2013, n° 59, obs. Legeais.

[2101] Le débat s'est découlé notamment sur la ressemblance du gage des stocks instauré par les réformeurs français de 2006 et l'étrange maintien de la prohibition du pacte commissoire qui était nuisible à l'attractivité de cette nouvelle sûreté réelle mobilière.

[2102] Cass., ass. plén., 7 déc. 2015, n° 14-18.435, *D.* 2015. 2556, et les obs., confirmation de Com. 19 févr. 2013, n° 11-21.763, *D.* 2013. 493, obs. R. Dammann; *ibid*. 1172, chron. M. Pietton, H. Guillou, F. Arbellot et J. Lecaroz; *ibid*. 1706, obs. P. Crocq; *ibid*. 2014. 2136, obs. D. R. Martin et H. Synvet; *RTD civ*. 2013. 418, obs. P. Crocq; *RTD com*. 2013. 328, obs. B. Bouloc; *ibid*. 574, obs. D. Legeais.

[2103] Paris, 27 févr. 2014, n° 13/03840, *D.* 2014. 924, obs. C. Gijsbers; *ibid*. 1610, obs. P. Crocq; *ibid*. 2136, obs. D. R. Martin et H. Synvet.

[2104] Pourtant, cette réforme de clarification n'est pas parfaite, comme Monsieur Juillet a pu bien constater le rapprochement du régime du gage des stocks et celui du gage sans dépossession de droit commun, et que ce rapprochement est excessif et dangereurse (Ch. Juillet, « La réforme du gage de stocks : Commentaire de l'Ordonnance n° 2016-56 du 29 janvier 2016 relative au gage de stocks », *D.* 2016, p. 561).

de paiement de la dette garantie, le créancier peut poursuivre la réalisation de son gage suivant l'une des modalités prévues aux articles 2346 à 2348 du code civil ».

1534.**Autres innovations.** – L'ordonnance du 29 janvier 2016 comporte d'autres innovations et précisions. Ainsi, le gage des stocks bénéficie désormais, à fins de clarification, d'une véritable définition légale : « Le gage des stocks est une convention par laquelle une personne morale de droit privé ou une personne physique accorde à un établissement de crédit ou à une société de financement qui lui a consenti un crédit pour l'exercice de son activité professionnelle le droit de se faire payer sur ses stocks par préférence à ses autres créanciers ». Le même article précise qu'un tel stock peut être constitué avec ou sans dépossession, comme dans le droit commun du gage. L'innovation est importante : seul, jusque-là, le gage des stocks sans dépossessions est possible. Cette faculté de dépossession devrait contribuer à rassurer les créanciers. Par ailleurs, toujours en rupture avec la jurisprudence évoquée ci-dessus, l'ordonnance permet aux parties de choisir entre le régime de droit commun du code civil et le régime spécial du code de commerce, en réponse au voeu de souplesse exprimé par les acteurs économiques (C. com., nouv. réd. art. L. 527-1).

1535.Comme sous l'empire de la législation ancienne, le gage des stocks doit faire l'objet d'un écrit - lequel demeure une condition de validité du gage sanctionnée par la nullité - qui énumère les mentions devant figurer à l'acte. L'ordonnance simplifie celles jusque-là imposées par la loi, ne conservant que les mentions essentielles, à savoir celles qui permettent de déterminer la (ou les) créance(s) garantie(s), l'objet du gage, la durée de l'engagement et, le cas échéant, en cas de gage avec dépossession, l'identité du tiers qui a pu être constitué gardien des biens gagés (hypothèse du gage avec entiercement ; art. L. 527-2). S'agissant de la publicité du gage, par inscription sur un registre public, elle est désormais requise à peine d'inopposabilité aux tiers, et non plus de nullité de la sûreté. En cas de dépossession, le gage des stocks est également opposable aux tiers dès lors que ces derniers sont informés de la dépossession du bien entre les mains du créancier ou d'un tiers convenu (art. L. 527-4).

1536.Différence entre le gage des stocks du droit français et la floating charge anglaise. – Par rapport à la *floating charge* anglaise, le gage des stocks français est

soumis à beaucoup plus de restrictions et limites. Les limites sont nombreuses à savoir dans la constitution d'une telle sûreté, une description générale permettant d'identifier les meubles affectés ne suffit pas, il faut établir une liste des biens affectés, en ajoutant la valeur des biens affectés au moment de la constitution[2105] ; le débiteur n'a pas une véritable liberté dans la gestion des biens affectés , parce qu'il est censé obligé de substituer les biens vendus avec les autres, aussi, il a une obligation de tenir une comptabilité de toutes les opérations concernant l'état de stocks [2106] ; en renvoyant[2107] aux articles 2346 à 2348 du Code civil, les législateurs français n'ont pas établi une procédure particulière de tutelle à l'instar du modèle anglo-saxon. De surcroît, les législateurs ont prévu l'interdiction stricte du pacte commissoire pour cette sûreté commerciale[2108]. Une telle disposition se comprend parce qu'en cas de difficulté d'un débiteur, notamment pour un commerçant, sans le stock, il n'est pas possible de le redresser[2109], la perte sur la gestion libre des stocks va sonner le glas pour ce commerçant. Souvent un manquement de liquidité va déjà gêner l'exploitation d'un commerçant, la perte de pouvoir sur les stocks va rendre pire la situation. Mais ce manquement de liquidité n'est loin une cessation de paiement, certains retards de paiement imprévus vont entraîner un tel manquement de liquidité. C'est bien en amont de la cessation de paiement. Il y a trop de restrictions dans la constitution et dans l'exécution du gage des stocks. C'est peut-être la raison pour laquelle, rarement des auteurs ont comparé le gage des stocks avec la *floating charge*[2110].

[2105] C. com., nouvel art. L. 527-2.

[2106] C. com., art. L. 527-7, al. 1er et 2 (cette même dispositions est reprise par le nouvel article L. 527-6, al. 2.).

[2107] C. com., nouvel art. L. L. 527-1, al. 3.

[2108] C. com., art. L. 527-2 : « *Est réputée non écrite toute clause prévoyant que le créancier deviendra propriétaire des stocks en cas de non-paiement de la dette exigible par le débiteur* ».

[2109] Comp. avec P. Crocq, « Gage de choses fongibles du code civil ou gage des stocks du code de commerce : le choix est-il possible ? », *RTD civ.* 2011, p. 785 : « *cette interdiction est d'une utilité fort limitée puisqu'en cas de difficultés financières, le constituant pourra bénéficier de l'application du droit des procédures collectives et que la mise en œuvre du pacte commissoire sera alors paralysée en application des articles L. 622-7-I, al. 3, et L. 641-3 du code de commerce* ».

[2110] V. notamment: P. Bouteiller, J.-Cl. Fasc. 765, *Gage de meubles corporels, Warrant*, Jurisclasseur, 2008, n° 69 : « *En réalité, il convient d'appréhender le gage sur stocks prévu par le Code de commerce, comme étant un gage en valeur (équivalent à la floating charge de droit anglo-saxon), le chef d'entreprise ayant toute latitude pour gérer ses stocks, notamment les aliéner et les remplacer, sous réserve de maintenir, le stock de biens gagés à une valeur équivalente à celle du gage initiale,*

1537.Le gage des stocks recouvre bien les champs d'application des warrants agricole et pétrolier, mais l'indépendance de warrant va permettre à une telle sûreté la viabilité face à la concurrence des autres sûretés mobilières.

§ 2 – L'affranchissement du principe de spécialité par le gage du droit commun

1538.**Rénovation de la notion de gage français.** – En France, la généralisation de l'affranchissement du principe de spécialité des sûretés réelles mobilières est opérée par la réforme de 2006. En disposant que « *Le gage est une convention par laquelle le constituant accorde à un créancier le droit de se faire payer par préférence à ses autres créanciers sur un bien mobilier ou un ensemble de biens mobiliers corporels, présents ou futurs* »[2111], et que *« Le nantissement est l'affectation, en garantie d'une obligation, d'un bien meuble incorporel ou d'un ensemble de biens meubles incorporels, présents et futurs* »[2112], les législateurs ont bien voulu une généralisation de la possibilité pour le constituant d'affecter les biens futurs comme l'objet de garantie. Pour la sécurité d'affaires, lorsque les biens grevés sont des biens futurs, ces biens doivent être déterminables[2113].

1539.**Gage des biens futurs.** – En énonçant que les biens grevés ou affectés peuvent être des biens présents ou futurs, il convient de le traduire comme un affranchissement du principe de spécialité, parce que, au moins au moment de la constitution, les biens affectés ne sont pas déterminés. De surcroît, même si les biens sont déterminés par la convention de constitution, le constituant peut en disposer en les substituant avec les

---

alors que le gage de stock de droit commun, ne prévoit que le remplacement de même quantité de choses équivalentes, ce qui est différent ».

[2111] C. civ., art. 2333, al. 1er.
[2112] C. civ., art. 2355, al. 1er.
[2113] C. civ., art. 2356, al. 3: « *Si elles sont futures, l'acte doit permettre leur individualization ou contenir des éléments permettant celle-ci tels que l'indication du débiteur, le lieu de paiement, le montant des créances ou leur évaluation et s'il u a lieu, leur échéance* ».

autres biens[2114]. Cela étant, certains auteurs ont pu bien souligner que cette généralisation va faire perdre leur utilité aux régimes spéciaux[2115].

1540.**Principe d'exclusion du gage de droit commun lors les règles du gage des stocks sont applicables.** – Mais la jurisprudence ne prend pas la part de cette idée[2116]. Par un arrêt rendu le 19 février 2013[2117], la haute juridiction a bien exclu l'application du droit commun au profit des dispositions du Code de commerce. Ainsi, contrairement à certains auteurs prétendent que les parties ont le choix entre le gage du droit commun et le gage des stocks, dès que les conditions entre dans le champ d'application du gage des stocks, les dispositions du Code de commerce s'imposent aux parties. Une telle solution se comprend d'un point de vue qu'un crédit commercial est beaucoup plus risqué qu'un crédit du droit commun, il convient de protéger les établissements du crédit, donc, le créancier, et aussi les autres créanciers du débiteur.

1541.Ainsi, en donnant la possibilité aux parties contractuelles de convenir sur un gage ou un nantissement portant sur les biens futurs, les législateurs français visent actuellement à une extension de l'assiette de sûreté en conservant le principe de spécialité des biens grevés et les créances garanties[2118]. La définition nouvelle du gage ne fait que de donner une possibilité aux parties, mais la liberté est donnée à la volonté des individuels à choisir si la sûreté va vraiment porter sur les biens futurs.

[2114] C. civ., art. 2342.

[2115] V. en ce sens : P. Crocq, « La réforme des sûretés mobilières », in *Le droit des sûretés à l'épreuve des réforme*, dir. par Y. PICOD et P. Crocq, Edition juridiques et techniques, Paris, 2006, p. 20 : « *Ce faisant, la réforme généralise à tous les biens des dispositions antérieurement spécifiques à certains, faisant, par là même, perdre une grande part de leur utilité aux régimes spéciaux antérieurs qui demeurent cependant mais qui devraient logiquement, un jour ou l'autre, disparaître, à moins que la spécificité des biens grevés ne justifie parfois le maintien hors du Code civil de quelques dispositions spécifiques* » ; D. Legeais, « Gage sur stocks », *RTD com. 2006, p. 639.*

[2116] Les auteurs ont tous pensé que la solution donnée par la Cour de cassation est surprenante : D. Legeais, « Concurrence entre le gage du droit commun et le gage sur stocks », *RTD com.* 2013, p. 574 ; B. Bouloc, « Gage sur stocks », *RTD com.* 2013, p. 328.

[2117] Com. 19 fév. 2013, *BICC* 15 juin 2013, n° 899 ; *D.* 2013, Actu. 493, obs. Dammann et Podeur ; *JCP E* 2013, n° 1173, note Legeais ; JCP 2013, n° 539, note Martial-Braz ; *RJDA* 2013, n° 454 ; *LPA* 26 avril 2013, note Calme ; *LPA* 29 mai 2013, note Andeu et Quivey ; RD Banc. Fin. 2013, n° 59, obs. Legeais.

[2118] V. en ce sens : *Rapport Grimaldi* du 25 mars 2005, p. 11.

1542.Il convient d'ajouter qu'à côté du gage et du nantissement des biens futurs, une autre institution de garantie a pu aussi permettre aux parties contractuelles d'affranchir le principe de spécialité, c'est ce que l'on appelle la fiducie-sûreté[2119].

1543.La France a affranchi le principe de spécialité avec une grande réserve, mais nous pouvons constater les efforts effectués par les législateurs.

Conclusion de la section 3

1544.D'un point de vue plus général, l'affranchissement en droit français du principe de spécialité quant au bien grevé consiste notamment à permettre le constituant à utiliser le bien grevé. Mais, la liberté dans l'utilisation du bien grevé se diffère d'une sûreté à l'autre. La liberté de disposition est limitée lorsque le constituant n'est pas en possession du bien grevé, parce que la livraison du bien grevé est empêchée jusqu'à paiement complet de la créance garantie. La liberté est plus ou moins étendue lorsque le constituant garde la possession du bien, parce que le droit de disposition lui est complètement conféré, à charge pour lui de remplacer les biens cédés par des biens équivalents (le gage sans dépossession de droit commun) ou des biens de même valeur (le gage sur stocks et les warrants hôteliers et pétroliers).

1545.Par contre, il est assez regrettable que cet affranchissement soit limité à la seule hypothèse de la cession du bien grevé, la modification du bien grevé n'est pas prise en compte expressément par le législateur français.

Conclusion du sous-chapitre 1:

1546.L'idée qui justifie l'affranchissement du principe de spécialité quant au bien grevé dans les différents pays est la même : Maximiser les utilités du bien. Par cet

[2119] V. sur la fiducie-sûreté, *supra n° 1025 et s.*

affranchissement, on a voulu que le constituant puisse servir de la valeur d'usage et la valeur d'échange du bien en même temps. Pour certains biens, le bénéfice de la valeur d'usage suppose seulement la possession du bien, mais pour les autres, notamment ce qui sont destinés à être vendus, cela suppose notamment que le constituant ne soit pas empêché d'exercer son droit de disposition. Pourtant l'équilibre global de l'opération ne doit pas être touché par la disposition du bien grevé. Ainsi, la seule technique intéressante sera la subrogation réelle. C'est la technique utilisée dans la pratique allemande et par le législateur français. Par contre, à la différence avec le droit français, cette subrogation réelle, ou le report du droit sur le nouveau bien, est doté d'un domaine plus vaste. Elle est applicable non seulement en cas de cession du bien grevé, mais aussi en cas de modification du bien grevé. Néanmoins, la subrogation réelle allemande n'est utilisée particulièrement en cas de réserve de la propriété ou la cession à titre de garantie, donc les sûretés réelles mobilières exclusives. Mais en France, la subrogation réelle peut servir dans toutes les sûretés réelles mobilières.

1547.En droit anglais, la technique utilisée ne peut pas être qualifiée de subrogation réelle, parce que la technique suppose la détermination du bien primitive. Ainsi, le créancier bénéficiaire d'une *floating charge* n'acquiert un droit privilégié qu'au moment de la cristallisation, mais pas au moment de la constitution de la sûreté réelle. Et le rang de privilège est plus faible. Pourtant, l'objectif reste le même : la libre gestion de l'ensemble des biens grevés. Pourrait-on constater que par cette technique conventionnelle, le créancier se voit affaiblir son privilège au profit d'une libre gestion des biens grevés du constituant en échange d'une espérance d'accroissement de la valeur de l'assiette ?

1548.Pour savoir quelle leçon le législateur chinois pourrait prendre au regard de différents systèmes juridiques sur l'affranchissement du principe de spécialité quant au bien grevé, il convient d'abord de regarder comment ce principe est aménagé dans les textes légaux.

Sous-chapitre 2 : L'affranchissement présent et futur du principe de spécialité en Chine

1549.Avant la réforme de 2007, il n'existait, en général, que cinq sortes de sûretés en Chine : le cautionnement[2120], l'hypothèque[2121] (sur les immeubles ou des meubles particuliers), le gage[2122] (portant sur les meubles et les biens incorporels), le droit de rétention[2123] et les arrhes[2124]. Il existait aussi l'hypothèque rechargeable, qui est prévue sous le même chapitre que l'hypothèque. C'est-à-dire que l'idée d'affranchissement du principe de spécialité existait déjà chez les législateurs de 1995. Mais à l'époque, une sûreté rechargeable ne pouvait être utlisée que dans le domaine immobilier qui a une valeur importante et plus ou moins stable. Mais, aujourd'hui, les meubles ont aussi une valeur importante voire plus qu'un immeuble, la tendance, en Chine, est est alors de mettre en évidene l'expansion du domaine d'application de la sûreté rechargeable au domaine mobilier[2125] (Section 2).

1550.Mais avant de penser à faire accroître le domaine d'application de la sûreté rechargeable, les auteurs chinois mettent plus d'attention sur l'adoption de la *floating charge* en Chine, qui, selon nous, reste une question, même après la réforme de 2007 (Section 1).

Section 1 : L'adoption du régime de *floating charge* en Chine par la réforme de 2007 ?

[2120] Chapitre 2 de la LS.
[2121] Chapitre 3 de la LS.
[2122] Chapitre 4 de la LS.
[2123] Chapitre 5 de la LS.
[2124] Chapitre 6 de la LS.
[2125] En effet, dans la doctrine, il est courant de penser que l'hypothèque à montant maximum ne peut être appliquée qu'en matière d'immeuble.

§1 – Les discussions sur l'adoption du floating charge avant la réforme de 2007

1551.**Discussion doctrinale.** – Le système de *floating charge* n'était pas adopté en Chine en 1995, mais la recherche portant sur un tel système a été déjà commencée même avant cette loi. Nous pouvons constater que les différents auteurs chinois ne le voient pas de la même façon : certains ont pensé que le floating charge est une sûreté réelle portant sur l'ensemble des biens présents et futurs d'une entreprise[2126] ; d'autres ont pensé qu'il est un droit de préférence portant sur l'ensemble des biens d'une entreprise[2127] ; certains d'autres ont pu penser que la *floating charge* est une garantie portant sur l'ensemble des biens d'une entreprise qui est en train de fonctionner[2128] ; encore, un auteur le traite comme une convention entre un débiteur (principalement une entreprise) et un créancier (principalement une banque), par laquelle, le débiteur affecte l'ensemble de ces biens présents et futurs pour la garantie de paiement, et le créancier a un droit de préférence sur le prix de vente de l'ensemble des biens en cas de défaillance du débiteur[2129] ; et un autre auteur le considère comme une sûreté portant sur l'ensemble d'une sorte de biens d'une entreprise dont cette dernière garde un droit de disposition dans l'exploitation normale, en cas où certaines incidences auront lieu, le créancier peut exécuter ses droits portant sur ces biens, quelque ce soit les biens présents ou futurs au moment de la constitution de la sûreté[2130] ; enfin, certains auteurs ont pu le définir comme une sûreté portant sur l'ensemble des biens ou l'ensemble de certaines catégories de biens, ces derniers sont librement disposés par le constituant, un incident prévu va cristalliser les biens grevés, et que le créancier va pouvoir se faire satisfaire par voie de préférence sur le prix des biens[2131].

[2126] *沈达明、冯大同编 国际资金融通的法律与务实，对外贸易教育出版社 1985 年版，第 206 页。*

[2127] *梁慧星：中国物权法草案建议稿：条文、说明、理由与理发考例，社会科学文献出版社 2000 年版，第 110 页。*

[2128] *邹海林、常敏：债券的担保方式和应用，法律出版社 1998 年版，第 207 页。*

[2129] *熊进光：英美浮动担保制度及我国担保法律制度的完善——兼评中国物权法草案建议稿 的有关规定，广西政法管理干部学院报 第 18 卷第 2 期，第 102 页。*

[2130] YU Chun(于春), *De la garantie flottante* (*论浮动担保*), Mémoire de l'Université de Heilongjiang, 2001 : http://cdmd.cnki.com.cn/Article/CDMD-10212-2001005497.htm.

[2131] *李正辉：伦浮动抵押， 民商法丛论 第 14 卷，法律出版社 2000 年版，第 692 页。*

Mais, ne l'ayant pas le regardé d'une manière générale et complète, ces auteurs n'ont donné que des points de vue erronés.

1552.Pour adopter une telle institution, il faut au moins avoir un point de vue complet et neutre sur cette institution.

§2 – L'adoption de la *floating charge* par la réforme de 2007 ?

1553.Selon la doctrine chinoise, la réforme de 2007 a clairement adopté la *floating charge* malgré des imperfections[2132]. Et les auteurs ont communément accordé que l'article 181 de la LDR constitue le fondement légal de la *floating charge*. Ainsi, la *floating charge* est transplantée en Chine. Il convient alors de voir comment la *floating charge* est installée dans le droit réel chinois de 2007 (A).

1554.Dans la comparaison avec la *floating charge* anglaise, nous allons constater que la différence entre la définition judiciaire anglaise et la disposition de l'article 181 de la LDR est bien évidente. Cela nous fait quand même douter sur l'existence d'une véritable *floating charge* en Chine (B).

A – L'article 181 de la LDR : une *floating charge* chinoise pour la doctrine chinoise

1555.**Dispositions légales.** – L'article 181 de la LDR dispose que : « Par un écrit entre les parties, une société, un entrepreneur ou un exploiteur des produits

[2132] V. en ce sens par exemple : DONG Fan, « De floating charge dans le droit réel », *President* 2008 (11), p. 130 et s. ; CHANG Yuhua, « L'influence du floating charge sur la gestion et l'exploitation des banques et les solutions », *HUABEI Finance* 2008 (7), p. 49 et s. ; LIU Xuedong , « De floating charge et la perfection législative du droit chinois », *Journal of Heilongjiang Administrative Cadre Institute of Politics and Law*, n° 4, 2009, p. 96 et s. ; ZHAO Jun, *Du floating charge*, Mémoire pour le diplôme de Master de l'université des affaires internationales, 2007 ; GUAN Tao, « Le floating charge », *Legal Forum*, mai 2007, p. 116 et s. ; LI Zhanguo, *Du floating charge*, mémoire pour le diplôme de master de l'Université de HENAN, 2009.

d'agricoles peut constituer une hypothèque sur l'ensemble de ces outils de production, ces matières premières, ces provisionnements ou ces produits intermédiaires et ces marchandises, présents ou futurs ; en cas de défaillance du débiteur ou les autres conditions prévues par les parties, le créancier a un droit de préférence sur les biens dans la possession du débiteur au moment de l'exécution de sûretés ».[2133]

1556.Ainsi, une sûreté sans dépossession grevée sur les biens futurs est qualifiée de floating charge, en Chine. Parce qu'ils sont tous d'accord sur la théorie de « *mortgage of future assets* », ainsi la théorie de sûreté portant sur les biens futurs[2134]. C'est-à-dire que la *floating charge* est considérée comme une hypothèque portant sur les biens futurs, en Chine.

1557.**Différences constatées.** – Il est claire que l'article 181 de la LDR a une grande différence avec la *floating charge* anglais. Les auteurs ont pu bien indiquer que la *floating charge* n'est pas un système parfait et sans défaut. Malgré les avantages, la *floating charge* est une sûreté risquée[2135] : le débiteur peut constituer ultérieurement une sûreté portant sur les mêmes biens, et que le créancier muni d'une telle sûreté peut avoir un rang plus avantageux que le créancier titulaire d'une *floating charge* ; la faible opposabilité de la *floating charge* face aux tiers ; les grands risques portant sur

[2133] Comp. avec la version de traduction utilisée par M. LI Shigang : (*经当事人书面协议，企业、个体工商户、农业生产经营者可以将现有的以及将有的生产设备、原材料、半成品、产品抵押，债务人不履行到期债务或者发生当事人约定的实现抵押权的情形，债权人有权就实现抵押权时的动产优先受偿*). Il faut mentionner que le floating charge est qualifié, par la plupart des auteurs chinois, comme une sûreté sans dépossession en Chine, ou bien une hypothèque.

[2134] V. notamment : GUAN Tao, « Le floating charge », *Legal Forum*, mai 2007, p. 116 et s., spéc. p. 119 : selon cet auteur, avant la cristallisation du floating charge, l'objet de la garantie n'est pas déterminé, ainsi, le créancier n'a pas encore un droit direct portant sur un bien ; une telle théorie permet aux parties de convenir librement les conditions dans lesquelles le floating charge va cristalliser et aussi elle permet au juge d'affirmer la validité d'une exécution forcée sur les biens de l'entreprise débitrice avant la cristallisation.

[2135] V. en ce sens : GE Xin, La discussion sur la transplantation du floating charge en Chine, mémoire pour le diplôme de Master de l'Université de FUDAN, 2004, p. 11 et s. ; PENG Gui, Le recherche sur le système de floating charge anglais, Law Press, 2005, China, p. 17 ; WANG Yangguang, *La recherche sur le floating charge portant sur les meubles*, LAW Press, 2011, China, p. 90 et s ; LIU Xuedong , « De floating charge et la perfection législative du droit chinois », *Journal of Heilongjiang Administrative Cadre Institute of Politics and Law*, n° 4, 2009, p. 96 et s.

les biens grevés à cause de la libre disposition des biens grevés ; il y a aussi un risque de gaspillage de crédit.

1558.**But d'adoption.** – Ainsi, dans le but de donner une option de plus pour les PME et les exploiteurs des produits d'agricoles, le législateur chinois a ouvert la porte à un assez grand public. Les sociétés, les entrepreneurs et les exploiteurs peuvent utiliser ce genre de sûreté réelle mobilière[2136]. Mais une telle disposition fait l'objet d'une critique doctrinale presque unanime : le domaine d'application est trop vaste, il convient de restreindre le domaine d'application aux seuls sociétés commerciales[2137]. Les auteurs sont dans le souci de la sécurité pour le créancier, parce qu'une entreprise commerciale a un régime plus complet et une comptabilité plus transparente, nous pouvons facilement constater s'il aura une fraude, ou la mauvaise foi d'un acquéreur de bien. Une telle aptitude d'inquiétude est raisonnable, parce que l'article 189 de la même loi dispose que « L'hypothèque constituée, conformément aux dispositions de l'article 181, n'est pas opposable aux tiers acquéreurs du bien du débiteur dans une relation normale d'affaires, s'ils ont payé un prix raisonnable ». C'est-à-dire que la bonne foi de l'acquéreur du bien n'est pas exigée, il suffit qu'il ait payé une contrepartie raisonnable. Si le créancier veut contester cet acte de cession ou de disposition, il ne peut que de recourir à l'action paulienne en prouvant l'existence d'une fraude.

1559.**Champ d'application limité.** – En disposant qu'une telle sûreté ne peut portant que sur les matériels premiers, les outils de production, les semi-produits et les produits, les législateurs ont bel et bien pris une direction inverse par rapport aux législateurs japonais. Les législateurs ont prévu qu'une sûreté des sociétés[2138] ne peut

[2136] Il convient de dire c'est une sûreté mobilière en Chine, parce que seulement certains biens mobiliers peuvent faire l'objet d'une telle sûreté.
[2137] Selon notre connaissance, seulement un auteur veut que le domaine d'application, concernant le sujet habilité, soit plus vaste : TANG Xinxiang, « La perfection législative du floating charge chinois », *Jiangxi social sciences*, 2008(2), p. 163 et s., spéc. p. 165 : l'auteur a mis l'accent (tout en ignorant les inconvénients du floating charge) sur la nécessité de crédit par toutes personnes, personnes physiques ou morales, et il convient de bénéficier à un plus grand public ce genre de sûreté mobilière.
[2138] Le droit japonais n'a pas repris l'expression du floating charge dans la transplantation de ce système. C'est la sûreté des sociétés qui est la dénomination, parce qu'une telle sûreté ne peut être utilisée que par des sociétés par action.

porter que sur l'ensemble des biens de la société constituante, mais les législateurs ont souligné aussi qu'une telle sûreté ne peut que porter sur une partie des biens du constituant. Les législateurs ont peut-être envie d'éviter l'un des risques inhérents de la *floating charge* : c'est le risque de porter atteinte aux droits des créanciers chirographaires. Parce que, si la *floating charge* est portée sur l'ensemble des biens du constituant, le droit de préférence va recouvrir presque la totalité du patrimoine de la personne. Il va, de manière générale, exclure le droit du gage général des créanciers chirographaires, c'est-à-dire de supprimer le seul espoir pour ces créanciers d'être payés.

1560.Même si cela, un tel aménagement est critiqué par la doctrine chinoise[2139]. Tous les auteurs ont constaté la limite du champ d'application, et ils veulent que ce dernier soit élargi, parce que pour la plupart des PME, les seuls biens dotés d'une valeur sont des biens incorporels, surtout des créances actives. C'est la raison pour laquelle ces auteurs ont tous proposé un élargissement du domaine d'application en faisant une expansion jusqu'aux créances actives[2140].

1561.**Opposabilité.** – Concernant l'opposabilité de la « *floating charge chinoise* », c'est un point qui sollicite beaucoup de discussion. Certains pensent qu'il n'y a pas de disposition légale qui prévoit l'opposabilité de la sûreté indiquée par l'article 181 de

---

[2139] V. en ce sens par exemple : GUAN Tao, « La floating charge », *Legal Forum*, mai 2007, p. 116 et s. ; WANG Yangguang, *La recherche sur la floating charge portant sur les meubles*, LAW Press, 2011, China, p. 90 et s ; LIU Xuedong , « De la floating charge et la perfection législative du droit chinois », *Journal of Heilongjiang Administrative Cadre Institute of Politics and Law*, n° 4, 2009, p. 96 et s. ; TANG Xinxiang, « La perfection législative de la floating charge chinois », *Jiangxi social sciences*, 2008(2), p. 163 et s.

[2140] V. sur cette expression : LI Zhanguo, *De la floating charge*, mémoire de l'Université de HENAN pour de diplôme du master, 2009, p. 19 : La créance active (*YING SHOU ZHANG KUAN*) n'est pas tout à fait la créance au sens large. Selon l'article 4 de la « Réglementation sur l'enregistre de la créance active » du 30 septembre 2007 : « La créance active est, selon cette loi, le droit pour le créancier de demander au paiement d'une créance à l'issu d'une fourniture de marchandises, de services ou d'outils, y compris les créances présentes ou futures et les bénéfices industriels, mais cela ne comporte pas le droit au paiement à l'issu des lettres de charge ou des valeurs mobilières ». Et l'auteur a continué par donner des exemples en les regrouper en cinq parties. Et cet auteur a continué à nous donner des exemples en groupant les créances actives en cinq catégories : les créances à l'issu d'une vente des marchandises, ou de la fourniture d'eau, d'électricité, de gaz, d'échauffement, ou d'autorisation d'utilisation d'un droit intellectuel ; les créances à l'issu d'une location, meuble ou immeuble ; les créances à l'issu d'une prestation de service ; le droit au paiement des frais de péage ; les créances à l'issu de crédit ».

la LDR, et les autres utilisent l'article 199 de la LDR comme le fondement juridique de l'opposabilité. Peu importe la discussion, il en reste au moins un point commun de ces idées diverses : il n'y a pas de disposition légale qui dispose clairement le rang de priorité dans la concurrence entre les différentes sûretés.

1562.Enfin, en Chine, la « *floating charge chinoise* » est constituée par un écrit sans une obligation de publicité[2141], l'enregistrement, en tant qu'un moyen de publicité, n'est qu' une condition *ad probationem*, mais pas une condition *ad validatem*. Et il n'y a pas de procédure particulière de tutelle en cas de faillite du débiteur constituant.

B– L'article 181 de la LDR : une véritable *floating charge* ?

1563.Malgré une différence énorme entre la *floating charge* anglaise et l'hypothèque prévue par l'article 181 de la LDR, les auteurs insistent sur le fait que ce dernier constitue la base juridique de la floating charge chinois. Il convient de démontrer que cette qualification n'est ni juste (a) ni nécessaire (b).

a - Une qualification injuste

1564.**Clarification de la notion.** – Dans l'analyse du régime de la *floating charge* anglaise, il convient de définir la *floating charge* comme : une convention par laquelle, l'entreprise constituante affecte l'ensemble de ses biens ou de certaines catégories de biens à la garantie de paiement au profit d'un créancier ; et que avant la détermination de l'objet de la garantie, le constituant bénéficie la libre disposition des biens grevés; en cas de défaillance du constituant, le créancier bénéficie un droit de préférence sur l'ensemble des biens grevés.

[2141] V. art. 189, alinéa 1er, de la LDR.

1565.Selon cette définition presque communément accordée par la doctrine chinoise, il convient aussi d'ajouter que la cristallisation de la *floating charge* va déclencher la procédure de tutelle, qui est aussi l'un des caractères important de ce régime. C'est aussi l'une des particularités qui permettent de le distinguer avec les autres sûretés réelles traditionnelles. Nous pouvons logiquement déduire qu'une procédure de tutelle est même nécessaire dans la qualification d'une *floating charge*. Sans dispositions particulières portant sur une telle procédure de tutelle, une véritable *floating charge* n'existe pas.

1566.**Une liberté de gestion ou de disposition.** – Il n'est pas question que la masse de biens grevée est dans une situation flottante avant la détermination (the cristallisation) de l'objet de la sûreté. Quel que ce soit une théorie d'autorisation ou une théorie de gage sur les biens futurs, il convient de constater que cette fluctuation du contenu de la masse est en effet une substitution des biens vendus par les autres. Et cette substitution est réellement réalisée par la liberté du débiteur dans la gestion de ses biens. Sans aucune précision sur une telle liberté de disposition, une telle liberté ne peut être prévue et garantie que par des dispositions conventionnelles. C'est ainsi la liberté contractuelle qui donne la naissance de cette libre disposition des biens du débiteur, mais par le régime légal de cette sûreté. Il peut arriver que les parties conventionnelles encadrent cette liberté dans le contrat. Si cette liberté est inhérente au régime, il faut d'abord obtenir la qualification de *floating charge* que nous pouvons ensuite appliquer au régime pour garantir cette liberté au profit du débiteur. Dans l'hypothèse où il existe une disposition conventionnelle contraire, nous ne pouvons logiquement pas qualifier le contrat comme un contrat de *floating charge*. C'est justement en cas où il y a une absence totale des clauses contractuelles portant sur la liberté de disposition que nous pouvons constater l'existence de la *floating charge*. Malheureusement, ce n'est pas le cas dans la pratique.

1567.**Procédure indispensable de cristallisation.** – La *floating charge* est aussi caractérisée par une procédure de cristallisation. Sans aucune précision légale portant sur la cristallisation, nous ne pouvons pas savoir à quel moment et pour quelle cause la *floating charge* va se cristalliser et ainsi devenir une sûreté fixée. C'est ainsi les

clauses contractuelles qui vont remplir le fonctionnement de prévenir dans quelles conditions les objets de sûreté vont être finalement déterminés. A défaut de telles clauses, nous concevons mal l'existence d'une *floating charge*. C'est ainsi la volonté des particuliers qui fait naître la *floating charge* chinoise, mais pas les dispositions légales. Il convient de considérer l'article 181 de la LDR comme une explication ou une application particulière dans le domaine commercial de l'article 34 de la LS qui dispose que : « le constituant peut grever l'ensemble des biens susvisés dans la constitution d'une hypothèque ».

1568.En appliquant l'article 199 de la LDR pour déterminer le rang de priorité, on ne conçoit mal l'existence de *floating charge*. Parce que la moindre efficacité par rapport aux sûretés fixées constitue un caractère inhérent de la *floating charge*. C'est le contrepied de la dangerosité qu'il porte atteinte aux créanciers chirographaires. Sans aucune précision légale, on ne conçoit mal l'adoption réelle de la *floating charge* en Chine.

1569.C'est la raison pour laquelle, il y a lieu de contester que la Chine n'a pas adopté réellement le régime de *floating charge*, et que la qualification de *floating charge* de l'article 181 de la LDR n'est pas juste. Par contre, il y a lieu de comparer cette sûreté commerciale chinoise avec la sûreté commerciale. La ressemblance n'est pas négligeable.

b - Une qualification non nécessaire

1570.**But cherché.** – Nous savons bien que la nouveauté du système de *floating charge* par rapport aux sûretés réelles traditionnelles est l'affranchissement du principe de spécialité, ainsi faciliter l'utilisation des biens dans l'exploitation d'une entreprise. Mais il est important de savoir que ce n'est pas la qualification de *floating charge* qui permet l'affranchissement. La *floating charge* n'est qu'une dénomination d'une forme particulière de sûreté réelle, elle peut tout à fait être dénommée autrement selon les volontés des législateurs. En effet, l'idée générale n'est pas

l'abandon du principe de spécialité, mais de maximiser les utilités des biens. Mais, pour certains biens, l'application du principe de spécialité fait obstacle à la maximisation des utilités. C'est la raison pour laquelle il y a intérêt à l'affranchir et ainsi à justifier cet affranchissement.

1571.Aujourd'hui, l'évolution du droit de sûreté réelle consiste à pouvoir utiliser les biens en tant qu'un objet de garantie pour favoriser le crédit et de les utiliser en même temps. C'est la raison pour laquelle, les législateurs français ont généralisé le gage sans dépossession. Mais cette généralisation de gage sans dépossession n'est loin d'être suffisante, parce que pour certains biens, la seule utilité pour le débiteur c'est de le céder ou de le transformer, encore de recevoir directement le paiement[2142].

1572.Donc, prendrons un pas de recul, ce qui est intéressant pour nous d'apprendre est de maximiser les utilités de la chose, en utilisant des techniques particulières dans la constitution de sûreté. Et la technique particulière utilisée dans la *floating charge* est la libre disposition des biens grevés en affranchissant le principe de spécialité.

1573.**Technique utilisée par le législateur français.** – Cette technique est aussi largement utilisée en France, le gage des stocks, le nantissement du fonds de commerce et le nantissement du titre-compte en consistent trois exemples typiques, dont l'un dans le domaine des biens corporels mobiliers, l'autre dans le domaine commercial qui porte sur l'ensemble des biens mobiliers corporels et incorporels, et le dernier dans le domaine des biens incorporels.

1574.Le gage sur stocks est une innovation surprenante de l'ordonnance (française) en date du 23 mars 2006[2143]. Selon l'article L. 527-3 du Code de commerce, un gage sur stocks peut porter sur « *les stocks de matières premières et approvisionnements, les produits intermédiaires, résiduels et finis ainsi que les marchandises appartenant au débiteur* » sauf les « *biens soumis à une clause de réserve de propriété* ». Une telle sûreté peut être constituée par une « personne morale de droit privé » ou une

[2142] Par exemple, la seule utilité d'une créance est de recevoir le paiement de cette créance.
[2143] P. Boutellier, *JCP E* 2006, 1698 ; S. Cabrillac, in *Evolution des sûretés réelles*, Litec, 2008, p. 45 ; D. Legeais, *Sûretés et garanties du crédit*, 8e éd., LGDJ, 2011, n° 491, p. 417.

« personne physique dans l'exercice de son activité professionnelle »[2144]. La lecture de ces dispositions nous fait penser que les stocks peuvent être des biens présents et futurs[2145]. Le débiteur peut librement disposer les biens grevés, mais il est tenu à ne pas diminuer de son fait la valeur des stocks[2146]. Même si une généralisation du gage sans dépossession des biens, présents et futurs, est opérée par la réforme de 2006, il convient de souligner que les règles rigides portant sur le gage des stocks s'imposent aux parties[2147].

1575.**Requlification possible ?** – L'idée générale est la même que la sûreté à l'issue de l'article 181 de la LDR, en grevant les biens du constituant, ce dernier peut encore profiter la pleine utilité de ces biens grevés. La ressemblance entre les deux institutions ne s'arrête pas là. Pour les deux institutions, la règle de subrogation réelle s'applique. En interdisant de manière générale le pacte commissoire, dans la sûreté à l'issue de l'article 181 de la LDR, les parties ne sauraient ajouter un pacte commissoire. Une interdiction de pacte commissoire dans le gage des stocks est prévu par l'article L. 527-2 du Code de commerce. En France comme en Chine, ces sûretés ont la même efficacité qu'une sûreté fixée, ou plutôt qu'un gage sans dépossession. C'est-à-dire qu'en cas de concurrence entre les créanciers bénéficiaires d'un droit de préférence portant sur les mêmes biens, c'est le premier qui a constitué la sûreté qui va l'emporter sur les autres[2148]. A la différence avec le régime chinois, le droit de rétention, en France, n'est pas opposable au gage sans dépossession antérieur, si celui-ci est régulièrement publié. Et une réponse ministérielle importante nous montre que le gage des stocks n'est pas opposable au créancier bénéficiaire d'une clause de

---

[2144] C. com., art. L. 527-1, al. 1er .
[2145] V. en ce sens: D. Legeais, *Sûretés et garanties du crédit*, 8e éd., LGDJ, 2011, n° 493, p. 418.
[2146] C. com., L. art. 527-7, al. 2 : en cas de diminution de 20% de cette valeur par rapport à l'acte constitutif, le créancier peut mettre en demeure le débiteur, soit de rétablir la garantie, soit de rembourser une partie des sommes prêtées en proportion de la diminution constatée ; le texte précise que s'il ne lui est pas donné satisfaction, il peut exiger le remboursement intégral de la dette, perdant ainsi le bénéfice du terme.
[2147] Com. 19 fév. 2013, *BICC* 15 juin 2013, n° 899 ; *D.* 2013, Actu. 493, obs. Dammann et Podeur ; *JCP E* 2013, n° 1173, note Legeais ; *JCP* 2013, n° 539, note Martial-Braz ; *RJDA* 2013, n° 454 ; LPA 26 avril 2013, note Calme ; *LPA* 29 mai 2013, note Andeu et Quivey ; *RD Banc. Fin.* 2013, n° 59, obs. Legeais.
[2148] V. en ce sens : D. Legeais, *Sûretés et garanties du crédit*, 8e éd., LGDJ, 2011, n° 499, p. 420.

réserve de propriété[2149]. Donc, la ressemblance entre ces institutions n'est pas négligeable.

1576.**Différence entre floating charge chinoise et gage des stocks français.** – Néanmoins, les règles applicables au gage des stocks sont plus strictes par rapport à la sûreté à l'issue de l'article 181. D'abord, le gage des stocks ne peut être constitué qu'au profit d'un établissement consentant un crédit. Pour la sécurité des affaires, le gage des stocks est constitué par un écrit et une publicité par inscription. Concernant l'écrit, il y a aussi des mentions obligatoires sans lesquelles, la sûreté sera frappée de nullité[2150]. L'une des plus importantes mentions obligatoires est celle concernant la « description permettant d'identifier les biens présents ou futurs engagés ». Encore, un gardien peut être désigné dans l'acte de gage pour la cause de sécurité. Mais, pour la sûreté à l'issue de l'article 181, il n'y en a pas une telle exigence.

1577.Si bien les législateurs ont bien prévu les risques de gage ou d'hypothèque portant sur les biens futurs, il convient de prévoir tous ceux qui peuvent être utiles dans la protection du créancier ou la prévention de risque. De ce point de vue, le régime français du gage des stocks reste séduisant pour le droit chinois, notamment pour compléter la disposition de l'article 181 de la LDR.

1578.Concernant la proposition sur l'élargissement du domaine d'application de l'article 181 au domaine de biens incorporels, il convient de prendre en compte le régime dit nantissement de titre-compte ou bien la fiducie-sûreté. Mais une généralisation du gage sans dépossession sur les biens futurs n'est pas compatible avec la situation actuelle chinoise. Parce qu'un manque de confiance est caractérisé dans la société chinoise. Si les auteurs ont bien pensé qu'en matière commerciale un tel régime reste encore risqué, en matière civile, il y aura beaucoup plus de risques.

[2149] A. Martin-Serf, « Réserve de propriété. Sort du créancier bénéficiaire d'une clause de réserve de propriété en présence d'un créancier gagiste sur stocks », *RTD Com*. 2008 p. 867 : En argumentant qu'« *Il ne paraît pas opportun d'obliger les établissements financiers à s'assurer, avant d'accepter un gage, de l'inexistence d'une clause de réserve de propriété sur les biens gagés et à défaut, en cas de conflit, de faire primer le titulaire de la clause de réserve de propriété sur le créancier gagiste* », la réponse est claire : *« il en résulte que la constitution d'un tel gage ne devrait plus faire obstacle à l'action en revendication du bénéficiaire d'une clause de réserve de propriété* ».

[2150] C. com., art. L. 527-1, al. 3.

Conclusion de la section 1

1579.Au demeurant, avant d'apprendre un système étranger, il convient de rechercher l'idée générale de la particularité de cette institution. Nous n'avons pas besoin de la transposer en entité si ce qui nous intéresse n'est que la technique utilisée. Notamment au travers d'un exemple d'échec, il faut bel et bien chercher les causes d'échec et de l'éviter dans la nôtre.

1580.La limite d'une sûreté traditionnelle réside non seulement dans la spécialité du bien grevé, mais aussi dans la spécialité de la créance garantie. Une sûreté est logiquement constituée au service d'une créance déterminée, c'est l'application stricte du principe de l'accessoire. Les praticiens cherchent toujours une sûreté moins coûteuse pour obtenir plus de crédits possible. C'est l'affranchissement du principe de spécialité de créance qui est envisageable. Pour ce faire, la Chine a adopté le système de l'hypothèque à montant maximum depuis 1995, et une expansion du domaine d'application est envisagée par les législateurs de 2007.

Section 2 : L'expansion de la sûreté rechargeable dans le domaine des sûretés mobilières avec dépossession[2151]

1581.**Renvoi.** – Par un article de renvoi[2152], le législateur chinois de 2007 fait étendre le champ d'application des règles portant sur l'hypothèque au gage des meubles corporels dont les règles sont aussi applicables pour le gage des droits en absence de

[2151] En droit chinois, il est généralement considéré que le gage, tant portant sur les meubles corporels que sur les meubles incorporels, est une sûreté réelle avec dépossession.

[2152] Art. 222, LDR. Par contre, il faut nuancer cette disposition de renvoi, parce que les règles ne sont pas directement applicables à cause de la différence naturelle entre l'hypothèque et le gage. Ainsi, l'article a employé l'expression «*参照*», qui signifie « se référer à » ; il n'a pas directement mentionné que les règles sont applicables en cas de gage à montant maximum. V. aussi en ce sens, WU Qian (dir.), *préc.* p. 562.

dispositions légales contraires[2153]. En effet, l'hypothèque à montant maximal est introduite en droit chinois pour contourner l'application stricte du principe de l'accessoire. Mais nous voyons par la substitution ou modification des créances garanties, que cette forme particulière de sûreté réelle chinoise produit aussi d'effets, decoulant de l'affranchissement du principe de la spécialité quant à la créance garantie[2154].

1582.Néanmoins, l'élargissement du domaine d'application de cette forme particulière d'hypothèque par un seul article de renvoi ne donne pas une solution satisfaisante pratique. Parce que la notion de l'hypothèque à montant maximum ou plus largement la sûreté réelle à montant maximum présente une grande limite (§1), et une simple autorisation par les textes légaux de la possibilité pour les parties d'affecter une sûreté réelle pour la garantie de créances futures produira un même résultat (§2). Autrement dit, l'expérience française est forte séduisante. La sûreté réelle chinoise doit pouvoir être affecté pour la garantie des créances présentes et futures.

§1 – La sûreté réelle à montant maximum : une forme de sûreté réelle pour la garantie de créances futures

1583.**Origine de l'hypothèque chinoise à montant maximal.** – L'hypothèque à montant maximal est introduite en droit chinois en référençant le droit japonais[2155]. En effet, l'alinéa 2 de l'article 398 du Code civil japonais a prévu la définition de l'hypothèque de montant maximal, qui ressemble beaucoup à celle de la Loi chinoise : l'hypothèque de montant maximal est celle qui garantit dans le cadre du montant

[2153] Art. 229, LDR.
[2154] Rappr. GAO Shengping (高圣平), *Comparative Secured Transactions Law* (动产担保交易制度比较研究), China University of Renmin Press, 2008, p. 252. Pour cet auteur, l'admission d'existence de cette forme d'hypothèque signifie qu'en Chine, il est possible de constituer une hypothèque pour la garantie d'une créance non spécifiée (*不特定债券*).
[2155] V. en ce sens, LI Shigang, *th. préc.*, n° 443, p. 309.

maximal la créance indéterminée qui se produira à l'avenir[2156]. Comme la législation chinoise sur l'hypothèque à montant maximal est très proche du droit japonais, en ce domaine, la jurisprudence et la doctrine japonaise influencent profondément la doctrine chinoise[2157].

1584.**Objectif de cette transplantation.** – Le législateur chinois de 1995, en introduisant cette institution japonaise en droit chinois, a notamment pour but de satisfaire les besoins des banques et des grands négociants[2158]. Une banque peut accorder à un même client, pendant une période donnée, des prêts pour plusieurs occasions ; un distributeur et un producteur, ou un fournisseur et un détaillant, peut sans doute répéter le même genre de négoce entre eux. Nous pouvons dire qu'il existe entre eux des contrats redoublés de même espèce ; la différence entre ces contrats consiste souvent en chiffre et en d'autres matières contractuelles[2159]. Dans cette hypothèse, le respect de l'exigence de la spécialité va obliger les parties à constituer plusieurs hypothèques portant sur un ou plusieurs mêmes biens, si leur valeur totale permettra le remboursement de l'ensemble de ces créances, et de ce fait, doubler les formalités et le coût. Avec l'hypothèque à montant maximal, les parties peuvent non seulement garantir les négoces ou les prêts continuels mais aussi faciliter et accélérer les processus et éviter des erreurs[2160]. Par rapport à une hypothèque dite simple, l'utilisation de l'hypothèque à montant maximal présente des avantages, notamment aux niveaux de la simplification des processus et de la diminution de coût.

[2156] C'est au 3 juin 1971 que le Code civil du Japon a, pour la première fois, ajouté les dispositions portant sur l'hypothèque de montant maximal, qui organisent précisément des règles différentes de celles de l'hypothèque dite normale. On y ajoutait de 21 alinéas : allant de l'article 398, alinéa 2, jusqu'à l'article 398, alinéa 22. V. OHMI Koji, *Le droit réel des sûretés,* Traduit par ZHU Ya, WANG Weijun, FANG Zhaorong, Law Press, 2001, p. 194.

[2157] En effet, les dispositions portant sur l'hypothèque à montant maximal dans les Explications judiciaires de 2000 réfèrent principalement le droit japonais : lorsque l'on rencontre des lacunes législatives, des juges chinois vont chercher des solutions dans le droit japonais. A titre d'exemple, des auteurs chinois allèguent l'article 398, alinéa 3, du Code civil japonais, qui organise l'étendue de créance garantie par l'hypothèque à montant maximal, en vue de déterminer l'étendue de la créance garantie en droit chinois. V. par ex. ZOU Hailin et CHANG Min, *op. cit.*, p. 225.

[2158] LI Shigang, *th. préc.*, n° 445, p. 311.

[2159] LI Shigang, *th. préc.*, n° 445, p. 311.

[2160] Il est logique que plus de formalités vont être faites, plus de risques à commettre des fautes.

1585.**Les limites en tant qu'un affranchissement du principe de la spécialité.** – En tant qu'affranchissement du principe de la spécialité, l'hypothèque à montant maximum présente certaines limites. En effet, l'hypothèque à montant maximum chinoise ne représente qu'une forme réduite d'hypothèque constituée pour la garantie de créances futures[2161], donc non spécifiées ; l'autre forme est l'hypothèque rechargeable, ou bien nous pouvons aussi dire hypothèque *omnibus*. Les dettes garanties par cette hypothèque particulière ne peuvent pas comporter n'importe quelles dettes futures du débiteur, elles sont strictement encadrées[2162]. Ces créances doivent être nées entre les mêmes parties, dans une « certaine période »[2163], de « manière successive »[2164], et limitées dans le « montant maximum »[2165]. Ces limites ne sont pas nécessaires parce que sauf en cas d'abus ou d'erreur, un créancier ne va pas accorder à son débiteur plus de crédit qu'une sûreté ne peut couvrir. En plus, ces limites ne font que de limiter la liberté des parties dans le choix des créances garanties par la sûreté réelle constituée.

1586.**Solutions envisageables.** – En effet, il est tout à fait concevable de laisser les parties à convenir librement les créances garanties[2166], que ce soit des créances présentes ou des créances futures, des créances d'un montant déterminé ou d'un montant indéterminé. La limitation du montant maximum de garantie n'est pas nécessaire, parce qu'une sûreté réelle ne va pas pouvoir offrir au créancier du droit de préférence d'un montant plus important que sa valeur vénale, et le créancier ne peut pas bénéficier un droit de préférence d'un montant plus important que celui de la créance garantie. Ainsi, l'article 51 des Explications judiciaires de 2000 prévoit clairement lorsque le montant de la créance garantie par l'hypothèque est plus

---

[2161] Parce que cette par l'utilisation de cette hypothèque, le législateur chinois ne vise pas toutes les créances futures. Par exemple, les créances conditionnelles ne sont pas prises en compte. V. en ce sens, LI Shigang, *th. préc.*, n° 444, p. 310.

[2162] GAO Shengping (高圣平), *Comparative Secured Transactions Law* (动产担保交易制度比较研究), China University of Renmin Press, 2008, p. 252.

[2163] En chinois, «*一定期间* ».

[2164] En chinois, «*连续发生* ».

[2165] En chinois, «*最高债权额限度* ».

[2166] En ce sens aussi, GAO Shengping (高圣平), *Comparative Secured Transactions Law* (动产担保交易制度比较研究), China University of Renmin Press, 2008, p. 253.

important que la valeur du bien hypothéqué, le créancier ne sera payé par préférence qu'à la limite de la valeur du bien.

1586.D'ailleurs, le constituant peut affecter la même sûreté réelle pour la garantie d'une autre dette dont le créancier n'est pas celui désigné dans l'acte constitutif de cette sûreté. C'est-à-dire qu'à l'instar de l'hypothèque rechargeable française, cette liberté doit être accordée aux parties. Par contre, les parties sont aussi libres à convenir de restriction de pouvoir pour le constituant à affecter la même sûreté pour la garantie d'autres dettes. Comme nous l'avons démontré dans la première partie de cette recherche, la tendance sera la « contractualisation » des sûretés réelles en droit chinois.

1587.Pour que les parties puissent librement affecter une sûreté réelle à la garantie de créances futures, il convient de prévenir, à l'instar de droit français, dans les textes légaux que les créances garanties peuvent être présentes ou futures.

§2 – La sûreté réelle pour la garantie de créances présentes et futures : le modèle de droit commun des sûretés réelles chinoises

1588.Par rapport à la solution prise par le législateur chinois en 2007, le moyen d'affranchir la spécialité quant à la créance garantie adopté par la réforme française de 2006 présente une attractivité irrésistible. Parce que la solution prise est non seulement applicable à toutes les sûretés réelles préférentielles portant sur meubles, mais elle est aussi prudente (A). Pour transplanter cette solution en Chine, il suffit de prévenir clairement dans les textes légaux que les créances garanties, tant par l'hypothèque que pour le gage, peuvent être futures (B).

A – Les avantages du modèle français

1589.**Un régime conforme à la nécessité pratique.** – Comme ce qui a été précédemment expliqué, après la réforme de 2006, les créances garanties par le gage du Code civil peuvent être des créances présentes ou des créances futures. Autrement dit, les parties sont libres de déterminer dans l'acte constitutif si les créances garanties sont des créances présentes ou des créances futures, tout dépend de leur besoin actuel.

1590.**Un régime adapte à toutes les relations.** – D'ailleurs, cette règle est applicable plus généralement à toutes les sûretés réelles portant sur les biens mobiliers, à défaut de dispositions légales contraires. Parce que, d'une part, une même règle est expressément prévue pour le nantissement des créances ; et d'autre part, étant dénommé de gage de droit commun, cette règle devrait être applicable pour tous les gages[2167] ou nantissements[2168]. C'est-à-dire qu'en droit français, les parties n'ont pas à recourir à une forme particulière de sûreté réelle pour garantir une relation qui s'installe dans le long terme.

1591.**Un régime justifié.** – En effet, en admettant le caractère futur des créances garanties, le législateur conserve sa prudence en exigeant la déterminabilité des créances futures[2169]. Cette maintenance par l'adoucissement de l'exigence de la spécialité est expliquée notamment pas la nécessité de distinguer les créances privilégiées avec les créances non privilégiées. En tant qu'exception conventionnelle du principe d'égalité des créanciers, il faut que cette violation soit constituée de manière expresse. A l'instar de l'adage « pas de privilège sans texte », en cas de sûreté réelle, nous disons, précisément, « pas de privilège sans expression expresse ». Que cette exigence est justifiée et logique. Si le législateur n'accepte qu'une créance garantie puisse être une créance tout à fait aléatoire, cette exigence de la

[2167] En ce sens, J.-J. Ansault, « Le gage du Code civil : gage de droit commun ou droit commun du gage ? », *art. préc.*
[2168] Art. 2355, al. 5, C. civ.
[2169] V. sur ce point, *supra* n° 256.

déterminabilité de la créance future permet une « maîtrise » de caractère aléatoire de cette créance[2170].

1592.Ainsi, la modèle français constitue une solution envisageable pour le droit chinois à affranchir la spécialité des créances garanties qui sert notamment à limiter le coût et aussi simplifier le processus dans l'obtention de financement ou provisionnement.

B – Une solution simple à incorporer en droit chinois

1593.**Une disposition expresse.** – Pour transposer ce modèle en Chine, le législateur n'a pas à faire une réforme complète du corps de textes des sûretés réelles. Par contre, il faut quand même préciser dans les textes légaux qu'une créance garantie peut être une créance future. Parce que selon le principe de *numerus clausus*, le contenu d'un droit réel est strictement prévu par les lois. Cela étant, si la loi n'a pas prévu qu'une sûreté réelle peut être constituée pour la garantie d'une créance future, toutes les clauses contraires seront réputées non écrites. Ainsi, pour qu'une sûreté réelle puisse garantir une créance future, une disposition légale expresse est indispensable.

1594.**Simplification.** – Avec l'incorporation de ce modèle en droit chinois, l'hypothèque ou gage à montant maximum n'aura plus d'intérêt à exister. Ainsi, par cette incorporation, nous arriverons à simplifier le droit chinois des sûretés réelles mobilières, parce qu'il y aura une sûreté de moins.

Conclusion de la section 2

1595.Le législateur chinois n'a pas adopté un bon moyen d'affranchissement de la spécialité quant à la créance garantie. Si l'hypothèque à montant maximum le permet,

[2170] V. en ce sens, F. Moulière, « Le nantissement de créance future : nouveau contrat aléatoire ? », *art. préc.*, n° 21 et s.

l'utilisation de cette hypothèque particulière constitue une restriction de la liberté des parties, parce que les créances garanties sont limitées à celles qui seront nées entre les mêmes parties, dans une certaine période, et de manière successive. L'élargissement du domaine d'application réalisé par l'article 222 de la Loi des droits réels ne font que de créer des incertitudes.

1596.En comparant avec les moyens français de contournement de la spécialité quant à la créance garantie, l'hypothèque chinoise à montant maximum ne constitue qu'un moyen médiocre d'une portée très limitée. En effet, plus simplement, il suffit d'admettre dans les textes légaux que les créances garanties peuvent être des créances futures, et laisser les parties libres de choisir les créances garanties. Pour être plus prudent, il est aussi possible de s'inspirer de la solution française en exigeant une déterminabilité des créances futures. Autrement dit, l'affranchissement de la spécialité quant à la créance garantie dépendra de la nécessité des parties mais les risques sont tout au moins contrôlables.

Conclusion du sous-chapitre 2 :

1597.La spécialité quant aux biens et à la créance garantie est généralement exigée en droit chinois des sûretés réelles mobilières, le principe n'est contourné que par des formes particulières d'hypothèques.

1598.Quant à la spécialité du bien grevé, un contournement est possible en cas d'hypothèque prévue par l'article 181 de la Loi des droits réels, parce qu'au moment de la constitution de cette hypothèque, les biens grevés ne sont pas considérés comme déterminés, ils ne sont déterminés que dans les conditions prévues dans l'acte constitutif. Autrement dit, le législateur a choisi de s'inspirer du droit anglais dans l'affranchissement de la spécialité du bien grevé.

1599.Quant à la spécialité de la créance garantie, elle est contournée par l'hypothèque à montant maximum et le gage à montant maximum. A cause d'une notion limitée et une ambiguïté des règles applicables[2171], cette forme particulière de sûreté réelle ne va pas, pour nous, être utilisée amplement dans la pratique chinoise. Il semble que la technique française est plus intéressante, simple pour le législateur et pratique pour les parties.

Conclusion du Chapitre 1:

1600.Le besoin de l'affranchissement du principe de la spécialité est constaté dans beaucoup de pays. L'objectif de cet affranchissement se diffère selon qu'il a pour objet la spécialité quant aux biens grevés ou la spécialité quant à la créance garantie.

1601.En cas d'affranchissement de la spécialité quant aux biens grevés, il est justifié par la nécessité de maximiser les utilités des biens, notamment lorsque les biens grevés sont destinés à être vendus ou être utilisés dans la fabrication. Pour ce faire, en droit allemand et droit anglais, les parties recourent notamment à des techniques contractuelles pour que le droit accordé au créancier puisse reporter aux nouveaux biens. À la différence avec le droit allemand, par la technique anglaise, les biens grevés ne sont pas déterminés au moment de la constitution de la *floating charge*. Ainsi, le créancier n'obtient pas un droit de garantie au moment de la constitution. Alors qu'en droit français[2172] et en droit chinois, l'affranchissement de la spécialité quant aux biens grevés est directement prévu par le législateur. Néanmoins, le mode choisi par le législateur chinois est celui du droit anglais, malgré la ressemblance au mode français : gage sur stocks.

[2171] Les règles portant sur l'hypothèque à montant maximum ne peuvent pas être appliquées directement au gage à montant maximum, parce que l'hypothèque est de nature différente qu'un gage. v. en ce sens,

[2172] Plus généralement, ce qui permet l'affranchissement de la spécialité quant aux biens grevés en droit français est la notion de la « **fongibilité** » des biens.

1602.En cas d'affranchissement de la spécialité quant à la créance garantie, le mode choisi en Allemagne est toujours une technique contractuelle, alors que le mode français est un mode législatif. En effet, il n'existe pas beaucoup de différence entre le mode français et le mode allemand parce que c'est toujours la volonté individuelle qui affecte un bien pour la garantie d'une dette future, sauf qu'en matière de sûreté réelle traditionnelle, elle n'est pas possible en droit allemand. Pour le même effet, le législateur a choisi très tôt de s'inspirer du droit japonais. Malgré un élargissement du domaine d'application, l'hypothèque à montant maximal est toujours une solution d'une utilité limite. La solution française est une combinaison d'audace et de prudence. Son application est générale mais sans oublier d'encadrer les risques dont les créanciers peuvent encourir. En effet, tout en limitant les risques causés que peut causer le caractère futur des créances garanties, elle constitue un modèle attractif dans le domaine.

Chapitre 2 – L'incidence des procédures de surendettement des consommateurs sur les sûretés mobilières

1603.**Sûreté et surendettement civil.** – Si les sûretés ont, principalement, pour objet de garantir le paiement d'une créance, en pratique, elles ont aussi pour objet, comme nous l'avons déjà démontré, d'obtenir des crédits. Un crédit peut servir à investir dans les activités professionnelles, mais il peut aussi servir à satisfaire un besoin quotidien d'une situation particulière ou d'une famille. C'est ce que l'on appelle un crédit à la consommation. En effet, dans la plupart des pays occidentaux, et aussi certains pays orientaux, le crédit à la consommation a été utilisé régulièrement dans la vie quotidienne, et cela représente une part très importante pour la consommation personnelle. Le crédit à la consommation va nous aider à bien gérer le niveau de la consommation des personnes. L'augmentation de la consommation va plus ou moins inciter le développement économique d'un pays, c'est ainsi la raison pour laquelle, plusieurs pays occidentaux ont bien exploité le crédit à la consommation pour augmenter ou maintenir un certain niveau de croissance économique depuis les années quatre-vingt[2173].

1604.**Des chiffres importants.** – Il est ainsi facile de constater selon les reports et des statistiques, que le niveau d'endettement des consommateurs est très élevé dans ces pays occidentaux, notamment aux Etats-Unis et en Grande Bretagne. Aux Etats-Unis, en 2008, la solde des dettes familiales (ou bien on peut dire que des dettes de crédits à la consommation) s'élève à 13, 8 milliards de dollars qui représente à peu près 97 pour cent[2174] de son PIB, et en Grande Bretagne, ce chiffre s'élève à 1,46 milliards pounds qui représente à peu près 101 pour cent de son PIB. En France le taux d'endettement est relativement faible par rapport à ces pays anglo-saxons, il est, selon INSEE et la Banque de France, de 55 pour cent à la fin de 2011[2175]. Mais un tel

[2173] Même si aujourd'hui, aux Etats-Unis, la croissance d'endettement familial est considérable (sans prendre en compte les crédits immobiliers) : http://news.xinhuanet.com/world/2013-12/07/c_125821857.htm. Selon les statistiques, la croissance de crédit à la consommation est de 7,1 % au mois d'octobre 2013, la plupart des crédits à la consommation a été utilisé dans le domaine d'éducation, des vacances ou d'achat de véhicule.
[2174] On parlera taux d'endettement après : dettes totales des ménages/PIB.
[2175] http://www.banque-france.fr/ccsf/fr/publications/telechar/autres/chapitre2-athling-lcc.pdf

niveau d'endettement rend les ménages déjà sensibles à des incidents sur leurs revenus, tel que le chômage, le divorce et un problème de santé. Il peut arriver que dès ces incidents arrivent, le lendemain, nous allons avoir un souci pour le remboursement des dettes, donc se retrouver dans un état de faillite. Il est donc plus approprié de dire que la faillite est un phénomène ou un fait collectif, cela peut arriver tant à une personne morale qu'à une personne physique.

1605.**Nécessité de réaction.** – Il faut réagir vite à ce phénomène pour que ça[2176] ne soit encore pire, une procédure de surendettement (en France), ou bien un *personal bankruptcy procedure* en anglais, va avoir lieu pour traiter ce problème de financement personnel selon la demande du débiteur personne physique. Une procédure de surendettement, comme une procédure de règlement judiciaire ou de liquidation judiciaire en matière commerciale, va avoir des incidences sur l'efficacité des sûretés, mobilières ou immobilières, parce que l'application des règles protectrices des débiteurs va pouvoir soit modifier la date d'exigibilité des dettes soit modifier le *quantum* des dettes, tant sur le principe que sur les accessoires. De surcroît, aux Etats-Unis, une remise ou une suppression de dette peut être ordonnée par un juge, un plan conventionnel de remboursement pourrait aussi remettre en cause l'exécution ordinaire d'une sûreté.

1606.Pour comprendre comment le système de faillite civile ou de surendettement va protéger les débiteurs en difficulté, il convient de voir les conditions de recevabilité d'un dossier avant d'analyser les influences de ce système sur le débiteur et les créanciers (Section 1).

1607.En Chine, il n'y a pas encore une procédure collective en matière du droit de la consommation[2177] (ou bien en matière civile). Mais un système de prévention a été

[2176] L'état de financement personnel.

[2177] Une personne ne peut être endettée que soit pour des raisons professionnelles soit pour des raisons non-professionnelles. Selon la définition du crédit à la consommation, il est défini comme un crédit à court terme, octroyé par les banques ou par les sociétés financières, en vue de financer des achats de biens meubles ou des biens à usage non-professionnels (automobile, électroménager, électronique grand public, meubles). Un crédit non-professionnel rentre dans le domaine du droit de la consommation (en Chine, on ne distingue pas le crédit immobilier avec le crédit à la consommation).

déjà mis en place malgré des difficultés rencontrées. Il ne manque que de créer un système de protection ou de sauvegarde pour les débiteurs personnes physiques. La nécessité se constate aux travers d'une comparaison des situations économiques franco-chinois (Section 2). La question se pose aussi de savoir à l'instar de quel régime, nous allons établir cette institution juridique, celui de la France, d'Allemagne ou des Etats-Unis ? Parce que malgré l'objectif identique, les systèmes employés par ces trois pays ne sont pas les mêmes.

Section 1 – L'adoption de la procédure de surendettement en France, en Allemagne, et aux Etats-Unis

1608.**Généralités.** – N'étant pas comme son voisin allemand et ses ennemis anglo-saxons[2178], l'adoption d'un système de faillite en matière civile, en France, n'a pas une longue histoire. La création d'un tel système est poussée par la nécessité. Il convient ici de rappeler brièvement cette histoire.

1609.**Principe de force obligatoire de contrat.** – En proclamant, en 1789, que « *Les hommes naissent libre et égaux en droit* », les signataires de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen entendaient mettre fin à une législation de l'Ancien régime qui entrave la liberté individuelle. Les révolutionnaires souhaitaient créer un régime dont le contrat est basé sur l'homme et sa volonté. L'individu était désormais libre de contracter et traitait librement. C'est le principe de l'autonomie de la volonté, qui sera quinze ans plus tard transcrit à l'article 1134 du Code civil, qui fait de la volonté des

[2178] Au sein de l'Europe, l'existence d'une procédure de la faillite civile n'est pas récente. Elle existait déjà en Allemagne depuis 1877 et jusqu'au 1er janvier 1999 une unique procédure collective de liquidation pour les entreprises en difficulté et les particuliers surendettés. De même, le droit anglais, dès le Bankruptcy Act de 1861, a-t-il soustrait les individus non commerçants des procédures d'exécution du droit commun et les a assujettis à un régime analogue dans ses traits essentiels aux procédures collectives applicables aux entreprises. Et aux Etats-Unis, la première loi portant sur la faillite qui est applicable à tous les débiteurs, sans distinction de la qualité commerçante ou non, c'est celle de 1841. Mais à cause de différentes raisons, l'origine de la loi positive américaine sur la faillite civile c'est celle de 1898.

parties la source essentielle du droit des conventions[2179]. La force contractuelle, entre les parties conventionnelles, est comparable avec la force du droit ; l'intervention de l'Etat dans ce domaine est cantonnée.

1610.**Violation de la force obligatoire des conventions.** – Deux siècle après la déclaration du 26 août 1789 et quinze ans avant les célébrations du bicentenaire du Code civil, le législateur de 1989, qui affirme vouloir « répondre à l'angoisse des familles, à l'urgence des situations sociales et, d'autre part, responsabiliser prêteurs et emprunteurs »[2180] n'a manifestement plus pour objectif d'assurer le respect des termes du contrat et de la parole donnée. Face à un monde en pleine mutation, qui, en particulier, est passé d'une économie de plein emploi à une société marquée par le chômage de longue durée, les préoccupations des gouvernants évoluent. S'affirme une volonté d'introduire dans le droit des obligations des tempéraments toujours plus importants à la force obligatoire des conventions, dictés par des considérations sociales et d'intérêt général, pour adapter les termes du contrat à la situation économique de la partie faible.

1611.**Facteurs écomiques.** – En effet, même si les Français ne composent pas le peloton de tête des peuples endettés, la situation patrimoniale des familles françaises à la fin des années 1980 apparaissait critique sous l'influence conjuguée de trois facteurs économiques :

-l'explosion, dans les années 1980, du crédit à la consommation, liée, notamment, à l'arrêt en 1985 de l'encadrement du crédit instauré treize ans plus tôt.

-le recours à une politique sociale inadaptée d'accession à la propriété immobilière, appuyée sur des mécanismes de solvabilité de ces ménages.

-la conjonction économique marquée par le développement du chômage de longue durée, alliée au retour, après une période de forte inflation, à une inflation maîtrisée.

[2179] V. VIGNEAU, G.-X. BOURIN et C. CARDINI, *Droit du surendettement des particuliers*, Droit et professionnels, 2e éd. 2012, LexisNexis, p. 1.
[2180] Présentation de la loi du 31 décembre 1989 par le secrétaire d'Etat à la consommation, *Brochure DGCCRF fév*. 1990.

1612.En France, à l'époque, une absence totale de la procédure de surendettement a pu être constatée sauf dans la région d'Alsace-Moselle qui adopte déjà une procédure de la faillite civile.

1613.**Première législation française.** – Le gouvernement français a décidé en 1989 de traiter par une législation *ad hoc* le phénomène du surendettement des familles. L'idée n'est d'étendre la procédure de la faillite civile à l'ensemble du territoire, ni à instaurer, à l'instar des législations fédérale allemande et britannique, mais une véritable procédure collective de désendettement aboutissant à la liquidation du patrimoine des ménages[2181].

1614.La première loi française destinée à répondre au phénomène du surendettement des ménages, promulguée le 31 décembre 1989, apparaît très en retrait sur ces législations. En dépit de l'objectif affiché de traiter « l'endettement de façon globale et concertée » afin de permettre « à de nombreuses familles de sortir d'une spirale qui les conduisent à la précarité et à l'exclusion de la société », les pouvoirs publics n'ont pas voulu puiser dans le droit local d'Alsace-Moselle, ni adapter au droit français le système anglais ou allemand, afin d'aligner le sort du débiteur français sur celui des débiteurs des autres Etats de l'Union européenne. Le législateur de 1989 s'est contenté d'adopter un système autrement moins ambitieux. Il inventait une procédure *sui generis*, divisée en deux branches. D'un côté, il instituait des commissions départementales d'examen des situations de surendettement, chargées de parvenir, par la voie de la négociation, à la conclusion de plans conventionnels de désendettement entre les débiteurs et les créanciers. D'un autre côté, parallèlement au règlement amiable du surendettement, il créait une procédure de règlement judiciaire du surendettement, qui se déroulait devant les juges d'instance, lesquels pouvaient imposer des mesures de désendettement. Etaient ainsi ouvertes aux justiciables deux procédures concurrentes, à l'articulation mal conçue, et qui leur ouvrait, *de facto*, un droit d'option. Sur le fond, la législation ne confiait pas aux juges des pouvoirs à la

[2181] V. VIGNEAU, G.-X. BOURIN et C. CARDINI, *Droit du surendettement des particuliers*, Droit et professionnels, 2e éd. 2012, LexisNexis, p. 8.

hauteur des difficultés rencontrées par les ménages les plus endettés. Les prérogatives qui leur étaient dévolues paraissaient plus proches d'une amélioration du mécanisme des délais de grâce alors prévus à l'article 1244-1, alinéa 2 du Code civil[2182] que de mesures efficaces de résorption de l'insolvabilité. La loi se bornait pour l'essentiel à octroyer au juge le pouvoir de reporter le paiement des emprunts sur une durée de cinq ans, au lieu de deux ans en droit commun, d'abaisser les taux d'intérêts en deçà du taux d'intérêt légal et de réduire, éventuellement jusqu'à son extinction, la dette du prêt destiné à l'acquisition du logement principal restant due après vente forcée du logement. Exception notable de cette dernière mesure, la législation de 1989 n'armait guère le juge de pouvoirs très supérieurs à ceux dont le droit commun l'investissait aux termes de la loi du 9 juillet 1991 portant réforme des procédures civiles d'exécution. Suivant trois nouveaux articles du Code civil, le juge se voyait en effet par ailleurs attribuer la prérogative de prononcer, des délais de grâce incluant des mesures assez voisines de celles réservées aux particuliers surendettés par la loi du 31 décembre 1989. Pour l'essentiel, et exception faite de l'effacement du reliquat de l'emprunt souscrit par le débiteur pour l'acquisition de son habitation après sa vente forcée, les nouvelles mesures du droit commun et du droit du surendettement divergeaient exclusivement par leur durée, celle des délais de grâce étant limitée à deux années contre cinq années en matière de surendettement.

1615.**Effets de cette législation.** – Avec le recul du temps, la frilosité législative de 1989 s'explique à la fois par la croyance des pouvoirs publics que le dispositif alors adopté était à même de résoudre le problème économique et social du surendettement et par leur répugnance à rompre trop brutalement avec les principes classiques du droit des obligations.

[2182] C. civ., art. 1244-1 :« *Toutefois, compte tenu de la situation du débiteur et en considération des besoins du créancier, le juge peut, dans la limite de deux années, reporter ou échelonner le paiement des sommes dues.* » ; « *Par décision spéciale et motivée, le juge peut prescrire que les sommes correspondant aux échéances reportées porteront intérêt à un taux réduit qui ne peut être inférieur au taux légal ou que les paiements s'imputeront d'abord sur le capital.* » ; « *En outre, il peut subordonner ces mesures à l'accomplissement, par le débiteur, d'actes propres à faciliter ou à garantir le paiement de la dette.* » ;« *Les dispositions du présent article ne s'appliquent pas aux dettes d'aliments.* »

1616.D'une part, la loi votée paraissait propre à apurer les dettes des particuliers surendettés dans un délai de cinq ans et à dissuader, pour l'avenir, les organismes prêteurs à consentir des crédits avec une légèreté blâmable. Mais le législateur péchait par myopie : aux côtés du recours excessif au crédit par nombreux ménages se dessinaient progressivement, comme nous venons de le retracer à grands traits, d'autres causes d'insolvabilité des ménages, en particulier l'inscription du chômage dans le temps et la diminution importante des revenus en résultant.

1617.D'autre part, l'idée d'étendre le régime de la faillite civile en vigueur en Alsace-Moselle fut repoussée, comme elle le sera aussi lors de la réforme du 29 juillet 1998, au motif que ce système déresponsabilisait les débiteurs, en habituant les esprits à l'idée que l'on puisse légitimement se dérober de des engagements au mépris du principe de la force obligatoire des contrats. Conférer au juge le pouvoir de réduire jusqu'à extinction le reliquat des prêts immobiliers restant dus après la vente forcée du logement principal du débiteur, et celui de réduire jusqu'à leur suppression les taux d'intérêt stipulés, a paru au législateur renfermer assez d'atteintes au principe d'exécution obligatoire des conventions. Les esprits n'étaient pas encore prêts à s'aventurer plus loin.

1618.Cela étant, le législateur avait pris une précaution : l'une des particularités de la loi du 31 décembre 1989 était d'être une loi « expérimentale ». Son article 33 prévoyait que le gouvernement devait présenter au Parlement dans un délai de deux ans un rapport sur son application. Ce rapport, rédigé par le sénateur Leron, fut présenté en novembre 1991. Il annonçait la réforme introduite par le second chapitre du titre II de la loi du 8 février 1995 relative à l'organisation des juridictions et à la procédure civile, pénale et administrative.

1619.Ainsi, poussé par la nécessité économique et sociale, la France a établi un système de « surendettement » pour les particuliers. Cette procédure de traitement a eu bien un retard par rapport aux procédures collectives en matière commerciale[2183].

[2183] C. Saint-Alary-Houin, *Droit des entreprises en difficulté*, 8e éd., 2013, LGDJ, Paris, n° 9 et s. : Le droit de la faillite, en France, a des origines très anciennes qui remontent au droit romain, mais avant la

Comme aux Etats-Unis, l'objectif d'une telle procédure de traitement des particuliers a pour objet de lui donner une chance de rebondir.

1620.Avant de regarder comment une telle procédure va pouvoir bouleverser la relation créancier-débiteur (§2), il convient d'abord de voir dans quelles conditions, un débiteur sera recevable d'une telle procédure de traitement (§1).

§1 – La recevabilité d'une demande d'ouverture d'une procédure de surendettement.

1621.L'ouverture des procédures de surendettement ainsi conçue comme un droit octroyé aux personnes physiques ou les consommateurs « *à l'effacement des dettes* »[2184], n'est pas recevable pour tout le monde. Ce droit constitue effectivement un défi majeur pour la force obligatoire des contrats entre les parties. Ainsi, il faut bien un encadrement pour l'ouverture d'une telle procédure, avant de regarder si le débiteur est dans une situation financière irrémédiablement compromise. Une procédure de faillite civile doit aussi se distinguer avec les procédures collectives en matière commerciale.

1622.Des conditions communes ont pu être constatées dans la comparaison des différents systèmes de faillite civile (A). Une différence majeure nous permet de bien distinguer le système français avec les autres systèmes (B).

---

réforme de 1967, l'objectif de ces règles diverses est de vendre les biens du débiteur pour régler ses créanciers et de sanctionner le débiteur défaillant car il compromet le crédit, âme du commerce . Aussi il faut rappeler qu'en droit romain, le droit de faillite a été exclusivement en matière d'affaires, ainsi l'expression italienne *banco rotto* signifie une sanction par casser le banc de comptoir en cas de la déclaration de *fillito*.

[2184] P. PIEDELIEVRE, « Le droit à l'effacement des dettes », *Defrénois* 2004, art. 37852, p. 14.

A – Les conditions communes de la recevabilité de la demande.

1623.Après une comparaison sommaire des régimes traitant la faillite personnelle, des conditions communes ont pu être constatées. Ici, il convient d'introduire séparément ces conditions en distinguant les conditions requises portant sur la personne déclarant (a) et les conditions portant sur la situation d'endettement (b).

a - Conditions relatives à la personne

1624.**Distinction américaine des personnes physiques avec les personnes morales.** – Aux Etats-Unis, même si, le traitement pour la faillite personnelle ne distingue pas, quelque fois, la personne physique et la personne morale, le Chapitre 13 du titre 11 de l'*United States Code* (la procédure dite de la continuation) prévoit que les bénéficiaires ne peuvent qu'être les particuliers, donc les personnes morales sont exemptées.

1625.**Notion de consommateur en droit français et en droit allemand.** – Les régimes français et allemand soulignent qu'une procédure de surendettement ne peut être ouverte que pour les consommateurs malgré une légère différence dans la définition du consommateur. En France, la définition du consommateur ne peut être fait qu'au travers de la stratégie de la protection des consommateurs, parce qu'il n'y a pas de définition officielle du consommateur dans le Code de la consommation. Ainsi, une personne qui se procure ou qui utilise un bien ou un service dans un but personnel ou familial peut bénéficier les dispositions consuméristes[2185]. Mais une procédure de surendettement ne peut être ouverte que pour les personnes physiques[2186]. En Allemagne, une procédure de la faillite civile peut être ouverte pour les personnes physiques et aussi les petits entrepreneurs qui ont moins de 20 créanciers (et pour les entrepreneurs, pas de créance à l'issue d'un contrat de travail).

1626.Donc, *grosso modo*, une procédure de faillite civile rend service principalement aux personnes physiques. Si une procédure de surendettement est ouverte

[2185] Y. PICOD et H. DAVO, *Droit de la consommation*, 2e éd. 2010, Sirey, n° 34.
[2186] Selon l'article L. 330-1 du Code de la consommation.

principalement aux personnes physiques, des situations différentes d'endettement vont être un critère important pour orienter les bénéficiaires aux différentes procédures à savoir une procédure de continuation (aux Etats-Unis) ou de traitement (en France) et une procédure de liquidation (aux Etats-Unis) ou redressement personnel (en France). Ainsi, un certain niveau de difficulté dans le remboursement doit être constaté pour qu'un dossier soit recevable.

b - Conditions relatives à la situation d'endettement

1627.**Caractère non-professionnel des dettes en France.** – Une procédure de surendettement ne peut être ouverte qu'en cas de difficulté rencontrée dans le remboursement des dettes. En France, un débiteur personne physique ne sera recevable d'une procédure de surendettement que s'il est dans une « *situation d'incapacité manifestement de faire face à ses dettes non-professionnelles échues et à échoir* »[2187]. Cette restriction stricte sur les dettes non-professionnelles a été diluée par la loi LME du 4 août 2008 selon laquelle le chef d'entreprise qui s'est porté caution des dettes de sa société (voire codébiteur solidaire) bénéficiera des procédures de surendettement et de rétablissement personnel quand bien même le surendettement aurait un caractère professionnel[2188]. Par contre, si le débiteur est dans une situation déjà irrémédiablement compromissoire, une procédure de redressement sera ouverte sous la recommandation de la commission départementale d'examen des situations de surendettement.

1628.**Limitation américaine d'état d'endettement.** – Aux Etats-Unis, il n'y a pas de restriction sur le caractère non professionnel des dettes envisagées, mais l'ampleur de l'endettement ne peut pas excéder 250 milles dollars[2189], sinon, la personne physique ou la famille ne peut plus bénéficier une procédure de traitement de surendettement

[2187] Art. L. 330-1 du Code de la consommation
[2188] Y. PICOD et H. DAVO, *Droit de la consommation*, 2e éd. 2010, Sirey, n° 502.
[2189] H.BALAGUY, « La faillite personnelle aux Etats-Unis », Revue d'économie financière 2000/56, p. 127 à 136. En effet, les dettes munies de sûretés ne peuvent excéder 750 milles dollars, et les autres dettes ne peuvent excéder 250 milles dollars.

(ou bien une procédure de continuation[2190]), mais une procédure de liquidation[2191]. Les débiteurs sans revenus ou trop endettés ne peuvent que demander une procédure de liquidation en abandonnant la propriété de leurs biens sauf les biens protégés par la loi[2192].

1629.**Restriction allemande.** – En Allemagne, la procédure de surendettement ou de faillite personnelle s'applique aussi aux petits entrepreneurs qui n'ont pas plus que 20 créanciers[2193] et qui n'ont pas de dettes à l'issue d'un contrat de travail. C'est-à-dire que certaines dettes professionnelles ont pu bénéficier ces dispositions mais elles restent comme des exceptions. Mais la restriction sur la qualité non-commerçant de la personne bénéficiaire nous montre bien que l'idée générale c'est de traiter les dettes non-professionnelles des personnes physiques. Sans entrer dans les détails, l'idée générale reste la même avec celle de la France.

1630.A part des conditions de recevabilité sur la personnalité et les dettes, en droit allemand comme en droit américain, il n'existe aucune autre précision sur les exigences de la recevabilité d'ouverture de la procédure. De surcroît, la procédure de faillite civile allemande est, semble-t-il, une procédure obligatoire pour les personnes qui ont remplis les conditions ; c'est-à-dire que le débiteur ou les créanciers concernés

[2190] Selon les dispositions du Chapitre 13 du Titre 11 du «United States Code », la plupart des biens vont pouvoir être sauvegardés, seuls les revenus futurs vont être engagés dans le remboursement des créanciers.

[2191] H.BALAGUY, « La faillite personnelle aux Etats-Unis », *Revue d'économie financière* 2000/56, p. 127 à 136. La procédure de liquidation est prévue par le Chapitre 11 du Titre 11 du «United States Code ». Par rapport à une procédure de continuation ou d « *adjustment* », la plupart des biens personnels seront vendus pour désintéresser les créanciers.

[2192] Les lois américaines sont plus souples, sur ce point, par rapport aux dispositions françaises, les débiteurs ont le droit de garder leur logement principal, mais pour certains *States*, ce logement ne peut avoir une valeur supérieur à certaine valeur, par exemple à *Texas*, les débiteurs peuvent garder leur logement principal d'une valeur maximum de 60 milles dollars.

[2193] Cette disposition se comprend : une procédure de faillite civile est la version simplifiée de la procédure collective qui traite généralement les commerçants qui ont très nombreux de créanciers. Mais le nombre de créanciers ne constitue qu'un des éléments de la complexité de la situation d'endettement, c'est la raison pour laquelle cette disposition sollicite des discussions doctrinales en Allemagne(W.-X. HE, « On the Individual Bankruptcy System of Germany and Relevant Thoughts », *Journal of Jiangnan University* (Humanities & Social Sciences), déc. 2008, vol. 7, n° 6).

ne peuvent pas demander l'ouverture d'une autre procédure de traitement de faveur[2194].

1631.Le système français, caractérisé par la prudence du législateur, a inséré une autre condition de recevabilité, c'est l'exigence de bonne foi.

B – La particularité du droit français : l'exigence de bonne foi.

1632.L'article L. 330-1 du Code de la consommation[2195] a non seulement indiqué que le débiteur doit être une personne physique qui est dans une situation de surendettement, mais, aussi, pour que la demande soit recevable, il doit être de bonne foi. C'est-à-dire que le bénéfice de la procédure de traitement du surendettement est réservé aux débiteurs de bonne foi[2196].

1633.La bonne foi est ainsi requise pour bénéficier le droit de surendettement (a), et la mauvaise foi prouvée va priver le débiteur ce droit de « ne pas payer ses dettes » ou ce « droit à l'effacement des dettes »[2197] (b).

[2194] W.-X. HE, « On the Individual Bankruptcy System of Germany and Relevant Thoughts », *Journal of Jiangnan University*(Humanities & Social Sciences), déc. 2008, vol. 7, n° 6.
[2195] C. conso. Art. L. 330-1 : « La situation de surendettement des personnes physiques est caractérisée par l'impossibilité manifeste pour le débiteur de bonne foi de faire face à l'ensemble de ses dettes non professionnelles exigibles et à échoir. L'impossibilité manifeste pour une personne physique de bonne foi de faire face à l'engagement qu'elle a donné de cautionner ou d'acquitter solidairement la dette d'un entrepreneur individuel ou d'une société caractérise également une situation de surendettement. Le seul fait d'être propriétaire de sa résidence principale ne peut être tenu comme empêchant que la situation de surendettement soit caractérisée…. »
[2196] S. GJIDARA-DECAIX, Fasc. 1140 : « Surendettement des particuliers », *J.-CL. Concurrence – Consommation*, n° 18.
[2197] S. PIEDELIEVRE, « Le droit à l'effacement des dettes », *Défrénois*, 15 janvier 2004, n° 1, p. 14.

a - Bonne foi : une condition requise pour le traitement de surendettement et le rétablissement personnelle

1634.**Esprit du législateur.** – Dans l'esprit du législateur de 1989, le critère de la bonne foi devait permettre de départager les débiteurs qui ayant fait preuve d'imprudence ou d'imprévoyance se sont engagés au-delà de leurs capacités financières et méritent de bénéficier de la procédure de traitement du surendettement[2198] et ceux qui se sont sciemment surendettés pour vivre « au-dessus de leurs moyens » dans l'espoir d'être déchargés d'une partie de leur surendettement en bénéficiant de la procédure de traitement du surendettement et qui doivent en être exclus[2199].

1635.**Interprétations diverses de la bonne foi.** – À défaut de définition légale, la notion de bonne foi a fait l'objet d'interprétations doctrinales et jurisprudentielles divergentes. Pour les uns, la bonne foi devait s'apprécier au regard des circonstances dans lesquelles l'endettement a été constitué et du comportement du débiteur vis-à-vis de ses créanciers, ce qui consacre la théorie de la bonne foi contractuelle[2200]. Pour les autres, la bonne foi devait s'apprécier au regard du comportement du débiteur à l'ouverture et au cours de la procédure de surendettement, ce qui consacre la théorie de la bonne foi procédurale. Malgré les incitations gouvernementales à privilégier la bonne foi procédurale[2201], la Cour de cassation a rejeté une définition aussi restrictive de la bonne foi, tout en refusant de fournir une définition générale et abstraite de la bonne foi [2202] .Les hauts magistrats ont fait le choix de laisser apprécier souverainement les juges du fonds en exigeant que des décisions soient motivées[2203]. Laissée à l'appréciation souveraine des juges du fond, la bonne foi du débiteur est appréhendée globalement à l'aide d'un faisceau de critères qui combine les deux

[2198] CA Versailles, 28 juin 1990 : *D.* 1991, somm. p. 53, obs. Bouloc et Chatain.
[2199] Cass. 2e civ., 9 juin 2005, n° 04-04.058, inédit ; Cass. 2e civ., 20 janv. 2005, n° 03-20.193, inédit ; CA Angers, 12 avr. 2005 : JurisData n° 2005-277909.
[2200] Cass. 2e civ., 22 mars 2007, *Rev. proc. coll.* 2007, p. 208, n° 1, note S. Gjidara-Decaix.
[2201] Rapp. AN, Lequiller, n° 1049 : *JOAN* 30 nov. 1989, p. 38 ; Rép. min. n° 28981 : *JOAN* Q 17 sept. 1990, p. 4344 ; Cass. 2e civ., 7 juin 2007, *Procédures* 2008, étude 1, note T. Le Bars.
[2202] V. Catry, « Le surendettement des particuliers et la réforme intervenue en 1995 », Rapp. C. cass. 1997, p. 79.
[2203] Y. PICOD, « Surendettement des particuliers », *JCP G* n° 27, 3 juillet 1991, II, 21702.

conceptions[2204]. Constitutive d'une norme morale de comportement, la notion de bonne foi peut se définir, positivement, comme une attitude loyale exclusive de toute intention malveillante[2205]. Cependant, la bonne foi est le plus souvent conçue négativement comme l'absence de mauvaise foi[2206], dont la caractérisation suppose la preuve d'un élément intentionnel chez les débiteurs les conduisant à créer ou aggraver leur situation de surendettement.

1636.**Aspect pratique.** – L'exigence de bonne foi conduit à apprécier les circonstances dans lesquelles l'endettement a été contracté et le comportement du débiteur, notamment pour déterminer s'il avait conscience ou non de créer un endettement excessif ou d'aggraver son surendettement, sans avoir ni la possibilité, ni la volonté d'y faire face[2207]. Cette approche conduit à prendre en considération certains éléments tels que le caractère nécessaire ou somptuaire des dettes[2208], le niveau socio-professionnel ou culturel du débiteur[2209], ou bien encore les événements personnels de nature à légitimer l'aggravation d'un endettement[2210]. Si la mauvaise foi ne peut être ainsi retenue à l'encontre de débiteurs qui sont dans l'incapacité d'expliquer les causes de leur endettement massif et soudain[2211], elle le sera à l'encontre de ceux qui ont, en outre, maintenu un train de vie incompatible avec leur situation en continuant à faire des dépenses excessives[2212]. En tout état de cause, la

[2204] Cass. 2e civ., 10 févr. 2011 n° 10-11.815, non publié au Bulletin.
[2205] G. Cornu, *Vocabulaire juridique*, v° « Bonne foi », sens 2 c : « Absence d'intention malveillante ».
[2206] Comp. G. Cornu, Vocabulaire juridique, v° « Bonne foi », sens 2 b : « Absence de mauvaise volonté, ayant intérêt dans l'exécution d'une obligation (C. civ. Art. 1240), l'acquisition d'un droit (C. civ. Art. 1141) ou pour l'occupant de bonne foi en matière de baux ».
[2207] TGI Paris, 20 janv. 2005 : JurisData n° 2005-268748 ; *Contrats, conc. consom.* 2005, comm. 121, note G. Raymond ; Cass. 2e civ., 7 juin 2006, n° 05-04.043, inédit ; Cass. 2e civ., 22 mars 2007, JurisData n° 2007-038182 ; *Rev. proc. coll.* 2007, p. 208, n° 1, note S. Gjidara-Decaix - Cass. 2e civ., 20 janv. 2011, n° 09-72.537, inédit ; Cass. 2e civ., 17 févr. 2011, n° 10-10.936, non publié au bulletin.
[2208] CA Paris, 29 nov. 1990, *D.* 1991, jurispr. p. 253, note J.-L. Vallens ; CA Nancy, 23 févr. 1998, JurisData n° 1998-049962 ; CA Angers, 5 févr. 2008, JurisData n° 2008-367837 ; *Rev. proc. coll.* 2009, comm. 65, note S. Gjidara-Decaix.
[2209] TI Tours, 3 mai 1990, *BRDA* 30 juin 1990, p. 10 ; TI Poitiers, 6 juin 2005, *Contrats, conc. consom.* 2005, comm. 180, note G. Raymond.
[2210] CA Paris, 13 janv. 2009, JurisData n° 2009-001374; *Rev. proc. coll.* 2009, comm. 65, note S. Gjidara-Decaix.
[2211] Cass. 2e civ., 15 juin 2009, JurisData n° 2009-046527; *Rev. proc. coll.* 2009, comm. 65, note S. Gjidara-Decaix.
[2212] CA Paris, 13 janv. 2009, JurisData n° 2009-001376; *Rev. proc. coll.* 2009, comm. 65, note S. Gjidara-Decaix.

mauvaise foi sera également caractérisée par des déclarations mensongères[2213] plus généralement par des comportements déloyaux[2214]. En revanche, d'autres éléments se révèlent insuffisants à caractériser la mauvaise foi des débiteurs, tels que la nature des dettes[2215], le fait de s'engager comme caution au profit de trois sociétés pour des montants manifestement excessifs[2216], le refus par le débiteur de la proposition de placement sous tutelle ou curatelle[2217] ou l'absence réitérée du débiteur, même pour raisons médicales, aux audiences dues[2218].

1637.Si la Cour de cassation a abandonné aux juges du fond le soin de déterminer le contenu de l'absence de bonne foi, elle veille, néanmoins, à maîtriser l'application de la notion de bonne foi au travers d'un contrôle de cohérence de la motivation des juges du fond. À cette occasion, la Cour de cassation a dégagé plusieurs principes méthodologiques de nature à encadrer le pouvoir des juges du fond[2219].

1638.Conformément au principe de droit commun, la bonne foi du débiteur se présume[2220]. Par conséquent, il appartient aux créanciers qui invoquent la fin de non-recevoir tirée de la mauvaise foi d'en rapporter la preuve[2221]. Si l'absence de bonne foi du débiteur n'est pas alléguée par ses propres créanciers, le juge de l'exécution, qui connaît du recours exercé contre la décision de recevabilité de la commission ou qui

---

[2213] CA Versailles, 17 janv. 1994, *BICC*, 15 janv. 1995, n° 67 ; Cass. 1re civ., 11 janv. 2006 ,*Dr. et proc.* 2006, p. 175, note Bazin ; CA Nancy, 12 juill. 2010, JurisData n° 2010-016972 ; Cass. crim., 13 janv. 2010, JurisData n° 2010-051650 ; *Contrats, conc. consom.* 2010, comm. 143, note G. Raymond.
[2214] CA Limoges, 3 mai 2006, JurisData n° 2006-312873 ; Cass. 2e civ., 2 juill. 2009, n° 08-16.392, inédit ; Cass. 2e civ., 17 févr. 2011, n° 10-13895, non publié au bulletin.
[2215] Cass. 2e civ., 8 juill. 2004, JurisData n° 2004-024675; *Rev. proc. coll.* 2006, p. 27, n° 1, note S. Gjidara-Decaix ; Cass. 2e civ., 7 juin 2007, JurisData n° 2007-15732 ; *Rev. proc. coll.* 2007, p. 208, n° 2, note S. Gjidara-Decaix ; Cass. 2e civ., 31 mars 2011, n° 09-72.819, non publié au bulletin.
[2216] Cass. 2e civ., 31 mars 2011, n° 09-72.819, non publié au Bulletin.
[2217] CA Paris 12 mai 2009, JurisData n° 2009-0017196.
[2218] CA Paris 24 févr. 2009, JurisData n° 2009-002761.
[2219] G.-X. Bourin, « Quelques aspects du contrôle par la Cour de cassation de la fin de non-recevoir tirée de l'absence de bonne foi dans le surendettement des particuliers » , *Dr. et proc.* janv.-févr. 2006, n° 1, p. 5 ; L. Arcelin-Lecuyer, « La redondance informative ou le bon sens oublié »,*Contrats, conc. consom.* 2011, étude 9.
[2220] Cass. 1re civ., 4 avr. 1991, *Bull. civ.* 1991, I, n° 124 ; G.-X. Bourin, « La présomption de bonne foi dans le droit du surendettement [argumentaire en faveur d'un revirement de jurisprudence] », *Dr. et proc.* 2007, p. 184.
[2221] Cass. 1re civ., 4 avr. 1991, *Bull. civ.* 1991, I, n° 123 ; CA Douai, 19 oct. 2006 ,JurisData n° 2006-317320 ; TI Poitiers, 10 janv. 2007, JurisData n° 2007-325379 ; *Contrats, conc. consom.* 2007, comm. 84, note G. Raymond ; CA Colmar, 11 avr. 2011, JurisData n° 2011-006557.

est saisi d'une demande d'homologation comme d'une contestation des mesures recommandées par la commission, n'avait pas le pouvoir de la soulever d'office[2222]. Sur cette question, le comité de suivi des dispositions relatives au surendettement de la loi du 1er août 2003 avait proposé d'autoriser expressément le juge de l'exécution à vérifier même d'office la bonne foi du débiteur, estimant qu'il est seul en position d'acquérir une vision d'ensemble du surendettement, à l'inverse des créanciers qui n'ont du dossier qu'une vision parcellaire[2223]. Cette évolution est d'autant plus bienvenue que, dans le cadre de la procédure de rétablissement personnel, le juge « *tient de l'article L. 332-6 du Code de la consommation, le pouvoir d'apprécier, même d'office, le caractère irrémédiablement compromis de la situation du débiteur, ainsi que sa bonne foi pour prononcer l'ouverture de la procédure de rétablissement personnel* »[2224]. Depuis l'insertion d'un nouvel article L. 141-4 dans le Code de la consommation par la loi n° 2008-3 du 3 janvier 2008 pour le développement de la concurrence au service des consommateurs, le juge peut **soulever d'office[2225]**, à partir des éléments du dossier, la fin de non-recevoir résultant de la mauvaise foi du débiteur. C'est-à-dire qu'en absence de contestation par les créanciers sur la bonne foi du débiteur, le juge du fond a le droit de soulever l'absence de bonne foi pour refuser au requérant l'ouverture d'une procédure de rétablissement personnel. C'est bien un pas de progrès dans la lutte contre les fraudes de droit. Cela veut bien dire que l'exigence de la bonne foi est nécessaire, et en plus, le contrôle de l'existence de bonne foi devrait être systématique.

[2222] Cass. avis, 16 déc. 1994, *Bull. civ.* 1994, avis n° 25 ; Cass. 1re civ., 13 juin 1995, *D.* 1996, somm. p. 79, note P.-L. Chatain et Ferrières ; Cass. 2e civ., 26 juin 2003, n° 02-04.060, JurisData n° 2003-019703 ; *Bull. civ.* 2003, II, n° 214 ; Cass. 2e civ., 24 juin 2004, n° 03-04.082, inédit ; Cass. 2e civ., 21 avr. 2005, n° 03-04.174, JurisData n° 2005-028201 ; *Contrats, conc. consom.* 2005, comm. 160, note G. Raymond ; *Rev. proc. coll.* 2006, n° 1, note S. Gjidara-Decaix ; G.-X. Bourin, « La présomption de bonne foi dans le droit du surendettement », *Dr. et proc.* 2007, p. 184.

[2223] Rapport du comité de suivi de l'application des dispositions relatives au surendettement de la loi n° 2003-710 du 1er août 2003, Avis Gallez, Doc. AN n° 1002, 12e législ., p. 29.

[2224] Cass. 2e civ., 14 déc. 2006, n° 05-04.051, JurisData n° 2006-036452; *Bull. civ.* 2006, II, n° 355; *D.* 2007, p. 891, obs. V. Vigneau; *RTD com.* 2007, p. 245, note G. Paisant ; Cass. 2e civ., 22 mars 2007, *Contrats, conc. consom.* 2007, comm. 194, note G. Raymond; Cass. 2e civ., 5 févr. 2009, *Rev. proc. coll.* 2009, comm. 65, note S. Gjidara-Decaix.

[2225] Il convient aussi de mentionner qu'en matière de la consommation, la tendance est d'octroyer aux juges du fond de plus en plus de pouvoir, c'est ainsi pour la protection des consommateurs.

1639.Une absence de bonne foi est souvent caractérisée par l'existence de mauvaise foi, et cette dernière est sanctionnée par l'irrecevabilité ou la déchéance du droit aux mesures protectrices de traitement des particuliers en difficulté.

b - Mauvaise foi : sanction par l'irrecevabilité ou la déchéance du droit au surendettement

1640.**Absence de définition légale.** – L'absence d'une définition juridique de la mauvaise foi oblige les juges du fond de traiter cas par cas. En matière du surendettement des particuliers, un arrêt rendu par la Cour d'appel de Paris a pu considérer qu' « *est de mauvaise foi le débiteur qui aggrave son insolvabilité en cédant un immeuble et en réalisant une dation en paiement* »[2226].

1641.**Pouvoir d'appréciation du juge.** – Si le contenu de la bonne foi est laissé à l'appréciation souveraine des juges du fond[2227] , la Cour de cassation exige, cependant, que les faits constitutifs de la mauvaise foi soient en rapport direct avec la situation de surendettement du débiteur. Dans ce contexte, le juge ne peut retenir la mauvaise foi du débiteur au seul motif qu'une précédente décision judiciaire dotée de l'autorité de la chose jugée a reconnu sa mauvaise foi sans tenir compte des éléments nouveaux invoqués[2228] ou de l'omission d'une créance concernant une première demande alors qu'aucune omission n'est caractérisée lors de la seconde demande[2229]. De même, la qualité de débiteur de mauvaise foi ne peut se déduire de « la nature des dettes »[2230].

[2226] CA Paris, 22 nov. 2011, Béatrice L. c/ CIC et autres, JurisData n° 2011-028022 ; *Contrats, conc. consom.* 2012, comm. 110, obs. G. Raymond.
[2227] Cass. 1re civ., 10 févr. 2005, n° 02-04.102, JurisData n° 2005-026890 ; *Contrats, conc. consom.* 2005, comm. 121, note G. Raymond; Cass. 1re civ., 19 mai 2005, n° 04.071, inédit ; Cass. 2e civ., 20 janv. 2011 n° 09-72.537, *RD bancaire et fin.* 2011, comm. 108, obs. S. Piedelièvre.
[2228] Cass. 2e civ., 10 mars 2005, *Rev. proc. coll.* 2006, n° 1, p. 27, note S. Gjidara-Decaix.
[2229] Cass. 2e civ., 23 juin 2005, *Bull. civ.* 2005, II, n° 173.
[2230] Cass. 2e civ., 8 juill. 2004, JurisData n° 2004-024675 ; *Rev. proc. coll.* 2006, n° 1, p. 27, note S. Gjidara-Decaix; CA Chambéry, 18 avr. 2006, JurisData n° 2006-301676; Cass. 2e civ., 7 juin 2006, *Rev. proc. coll.* 2007, p. 208, n° 1, note S. Gjidara-Decaix.

1642.Si la mauvaise foi va engendrer la déchéance du droit au surendettement pour le débiteur, il y a lieu de distinguer si elle est constatée avant l'ouverture d'une procédure de traitement ou de redressement personnel ou dans l'exécution d'une telle procédure.

1643.**Mauvaise foi constatée avant l'ouverture de la procédure.** – L'irrecevabilité de la demande pour mauvaise foi est une sanction personnelle au débiteur qui s'en rend coupable. En présence d'une demande présentée par un couple, la Cour de cassation considère, par conséquent, que la bonne foi doit s'apprécier distinctement chez chacun des membres du couple et que la mauvaise foi de l'un des membres du couple ne peut s'étendre à l'autre[2231]. Les juges du fond doivent effectuer un diagnostic individuel de la bonne foi qu'il s'agisse de débiteurs mariés[2232], concubins[2233], ou pacsés[2234] afin d'établir à l'encontre de chacun d'eux la fin de non-recevoir tirée de l'absence de bonne foi.

1644.Ici, encore une fois, il faut préciser qu'avant la réforme de 2008, la bonne foi du débiteur est présumée. C'est-à-dire que c'est aux créanciers de prouver l'existence de mauvaise foi du débiteur. Mais à partir du 5 janvier 2008[2235], malgré la présomption de bonne foi, le juge peut soulever d'office l'absence de bonne foi du débiteur pour rendre irrecevable la demande du débiteur.

[2231] G. Hénaff, « Les difficultés d'application de la procédure de surendettement aux personnes mariées », *Defrénois* 1996, art. 36313, p. 161 ; M. Le Livec-Tourneux, « Surendettement des particuliers et régimes matrimoniaux », *JCP N* 1993, I, p. 1; S. Gjidara-Decaix, « La vie à deux et le surendettement », *Rev. proc. coll.* 2004, p. 336.

[2232] Cass. 1re civ., 14 mars 2000, n° 98-04.171, JurisData n° 2000-000945 ; *Bull. civ.* 2000, I, n° 95 ; Cass. 1re civ., 18 oct. 2000, JurisData n° 2000-006386; Cass. 2e civ., 12 juin 2008, JurisData n° 2008-044339.

[2233] Cass. 1re civ., 27 févr. 1997, JurisData n° 1997-000965 ; *Contrats, conc. consom.* 1997, comm. 89, note G. Raymond ; Cass. 1re civ., 5 mars 2000, JurisData n° 2000-000012 ; *Contrats, conc. consom.* 2000, comm. 151, note G. Raymond ; TI Poitiers, 10 janv. 2007 : *Contrats, conc. consom.* 2007, comm. 84, note G. Raymond ; *Rev. proc. coll.* 2007, p. 208, n° 2, note S. Gjidara-Decaix.

[2234] V. Laforest-Tacchini, « Procédure de traitement du surendettement à l'épreuve du pacte civil de solidarité », *Dr. famille* 2003, chron. n° 3, p. 13.

[2235] La loi n° 2008-3 du 3 janvier 2008 est mise en œuvre le 5 janvier 2008.

1645.**Mauvaise foi constatée dans l'exécution de la procédure.** – Souvent la déchéance[2236] se confond avec la mauvaise foi, mais des éléments nous permettent de les distinguer clairement. Les actes prévus dans l'article L. 333-2 du Code de la consommation doivent être commis pendant la procédure de surendettement. Par contre, il faut dire, en regardant sur ces actes, si ils n'étaient pas commis par le débiteur pendant la procédure de surendettement, ils peuvent être facilement être caractérisés par le juge d'exécution ou par la commission comme les éléments constitutifs de mauvaise foi.

1646.La déchéance du débiteur signifie qu'il ne peut plus bénéficier les mesures inscrites à l'accord amiable, ou celles proposées ou imposées par la commission, à savoir les mesures moratoires, les mesures de suppression des dettes et aussi la suspension des mesures d'exécution qui apparaît très protectives pour les débiteurs surendettés.

1647.L'exigence de bonne foi pour l'ouverture d'une procédure de surendettement constitue une différence majeure entre le système français et les systèmes allemand et américain. Il s'agit d'éviter la fraude aux droits des créanciers, et de balancer[2237] la protection des consommateurs et la protection des créanciers professionnels même si ces derniers sont traditionnellement considérés plus forts dans la relation conventionnelle.

[2236] L'article L. 333-2 du Code de la consommation prévoit que : « *Est déchue du bénéfice des dispositions du présent titre : 1° Toute personne qui aura sciemment fait de fausses déclarations ou remis des documents inexacts ; 2° Toute personne qui aura détourné ou dissimulé, ou tenté de détourner ou de dissimuler, tout ou partie de ses biens ; 3° Toute personne qui, sans l'accord de ses créanciers, de la commission ou du juge, aura aggravé son endettement en souscrivant de nouveaux emprunts ou aura procédé à des actes de disposition de son patrimoine pendant le déroulement de la procédure de traitement de la situation de surendettement ou de rétablissement personnel ou pendant l'exécution du plan ou des mesures de l'article L. 331-7 ou de l'article L. 331-7-1. La déchéance du bénéfice de la procédure de traitement du surendettement est prononcée à l'encontre du débiteur par la commission, par une décision susceptible de recours, ou par le juge du tribunal d'instance à l'occasion des recours exercés devant lui ainsi que dans le cadre de la procédure de rétablissement personnel avec liquidation judiciaire*».

[2237] Comp. Ph. SIMLER, « Rapport de synthèse », in *Journées portugaises* TOME XLVII/1996, *Les garanties de financement*, LGDJ, 1996, p. 25 : « nul ne peut sérieusement contester qu'en ce domaine l'impératif de sécurité doit l'emporter sur celui de justice ». C'est ainsi à privilégier la protection des créanciers face au débiteur, en matière du droit des sûretés réelles.

1648.**Conclusion du paragraphe. –** Si une théorie générale de sûreté ou de garantie est créée pour les intérêts des créanciers et ainsi la sécurité juridique dans le marché, un système de surendettement général a pu être créé en sauvegardant les intérêts des débiteurs en difficulté. D'un point de vue économique, un endettement n'est pas forcément nuisible pour le patrimoine d'une personne, physique ou morale. Mais n'est-ce pas l'idée de « trop d'endettement tue l'endettement »? Un état de surendettement constitue ainsi une maladie pour la sécurité juridique de commerce. Si les personnes morales, exerçant des activités risquées, méritent une protection en cas de difficulté, les personnes physiques, a priori, qui ne s'endettent que pour la gestion de vie quotidienne en méritent. C'est peut-être l'une des raisons qui fait que beaucoup de pays occidentaux ont adopté un système de surendettement pour les personnes physiques en parallèle avec le domaine commercial.

1649.En France, comme aux Etats-Unis et en Allemagne, un système de faillite personnelle est érigé contre le phénomène de surendettement des personnes physiques. Et une telle procédure ne vise, généralement, que les personnes physiques et leurs dettes non professionnelles. En France, la « prudence » des législateurs est constatée par l'exigence de la bonne foi dans la recevabilité de la déclaration de situation de surendettement. La sanction est pertinente, soit par l'irrecevabilité au traitement favorable, soit par la déchéance de son droit aux mesures de traitement[2238].

1650.Si les mesures utilisées dans le traitement des débiteurs mettront en danger les droits au créancier, l'intensité d'influence se diffère selon si un créancier est muni d'une sûreté. Il convient, alors de voir comment ces mesures ont pu aider les débiteurs, et contraindre les créanciers

1651.Comme il est intéressant pour notre recherche, pour les créanciers munis d'une sûreté réelle mobilière, il sera opportun de voir précisément les influences de l'ouverture et l'exécution d'une procédure de surendettement ou de rétablissement sur

[2238] Déjà surendetté, ce n'est pas nécessaire de sanctionner le débiteur, de manière pécuniaire, en alourdissant son niveau d'endettement, ainsi d'amoindrir les chances d'être payés pour les créanciers.

ces créanciers. La ressemblance des mesures[2239] utilisées par les différents systèmes nous permet de démontrer ces influences en utilisant l'exemple français.

§2 – Les incidences de la procédure de surendettement et de rétablissement personnel sur les débiteurs et les créanciers munis d'une sûreté mobilière en France

1652.**La saisine de la commission.** – Les incidences commencent non pas par l'ouverture d'une procédure de traitement de surendettement, c'est-à-dire après une réponse positive à l'issue de l'examen de la commission, mais par la saisine de la commission. Pour être plus simple, sans avoir besoin de savoir si le débiteur est de bonne foi, il peut y avoir des incidences sur le débiteur et ses débiteurs.

1653.La commission est saisie par la déclaration du débiteur de son insolvabilité. Cette déclaration doit être faite avec une certaine formalité, et elle doit être faite auprès d'une commission territorialement compétente[2240]. Et la saisine de la commission a des incidences sur la commission, le débiteur et ses créanciers.

1654.**Effet de la saisine.** – La saisine fait courir le délai de trois mois imparti à la commission pour examiner la recevabilité de la demande, procéder à l'instruction du dossier et décider de son orientation[2241]. La saisine de la commission entraîne l'inscription du débiteur au Fichier national des incidents de paiement qui centralise non seulement les informations sur les incidents de paiement caractérisés liés aux crédits accordés aux personnes physiques pour des besoins non professionnels, mais

[2239] En France, nous pouvons réduire le taux d'intérêt, modifier les échéances, effacer les dettes. Aux Etats-Unis, à l'issu d'une procédure de faillite des particuliers, les créancier ne peuvent plus engager des poursuites individuelles à l'encontre de ce débiteur, c'est la même chose que l'effacement des dettes. En Allemagne, les mesures aménageant le taux d'intérêt, les échéances ou d'effacement des dettes existent aussi. (V. notamment,D.-F. XU , « Le régime déresponsabilisé en matière de faillité personnelle »,《中外法学》(Droits chinois et étranger, avril 2011).

[2240] C. consom., art. R. 331-8.

[2241] C. consom., art. L. 331-3, I (avant la réforme de 2010, le délai pour l'examen de la demande était de 6 mois).

aussi les informations relatives aux situations de surendettement[2242]. L'inscription du débiteur au FICP s'effectue dès la saisine de la commission, à la diligence du secrétariat de la commission ou à celle du greffe du juge d'instance, lorsque sur recours de l'intéressé en application du IV de l'article L. 331-3 la situation visée à l'article L. 331-2 est reconnue par ce juge ou lorsque le débiteur a bénéficié de l'effacement des dettes résultant de la procédure de rétablissement personnel en application des articles L. 332-9 ou L. 332-5[2243]. La procédure de traitement du surendettement devant « se mériter », le débiteur doit également adopter, dès la saisine de la commission, un comportement diligent, et notamment, s'abstenir d'aggraver son endettement en souscrivant de nouveaux emprunts ou de procéder à des actes de disposition de son patrimoine, sous peine d'être déchu de la procédure[2244]. La saisine de la commission n'a pas *a priori* d'effets directs sur les créanciers. En principe, la saisine de la commission n'a pas pour effet de suspendre de plein droit les procédures d'exécution en cours contre le débiteur, sauf accord de leur part ou décision du juge[2245]. Cependant, la saisine de la commission a pour effet d'interrompre les délais pour agir et les prescriptions, notamment le délai de forclusion de l'article L. 311-37 du Code de la consommation[2246]. De même, les procédures d'exécution et les cessions de rémunérations peuvent faire l'objet d'une suspension judiciaire et facultative. Avant la décision de recevabilité, la commission peut, à la demande du débiteur, saisir le juge de l'exécution aux fins de suspension des procédures d'exécution diligentées à l'encontre des biens du débiteur ainsi que des cessions de rémunérations consenties par celui-ci et portant sur des créances autres qu'alimentaires[2247].

1655.**Décision de la commission.** – La décision de la commission sur la recevabilité de la demande va d'abord signifier l'ouverture d'une procédure de surendettement,

[2242] C. consom., art. L. 333-4, I, al. 1.
[2243] C. consom., art. L. 333-4, III, al. 1; C. consom., art. L. 333-4, III.
[2244] C. consom., art. L. 333-2.
[2245] Cass. 2e civ., 22 mars 2001, n° 99-18.721, JurisData n° 2001-008766 ; *Bull. civ.* 2001, II, n° 60 ; *RTD com.* 2001, p. 782, note G. Paisant ; CA Paris 12 févr. 2009, 8e ch. civ., sect. A, n° 08/11204.
[2246] Cass. 1re civ., 18 févr. 2009, n° 08-11.254, non publié au bulletin; CA Besançon, 10 nov. 2010, n° 09/02332 ; CA, Fort-de-France, 17 déc. 2010, n° 09/00673, JurisData n° 2010-028826.
[2247] C. consom., art. L. 331-5.

elle peut aussi orienter le débiteur au juge de l'exécution directement pour l'ouverture d'une procédure de rétablissement personnel. Il convient alors de voir les incidences de l'ouverture d'une procédure de surendettement ou de rétablissement personnel sur le débiteur (A) et sur les créanciers munis d'une sûreté mobilière (B) qui intéresse à notre recherche.

A – Incidences pour les débiteurs

1656.**Suspension automatique de la procédure d'exécution portant sur les biens appartenant au débiteur.** – L'innovation la plus remarquable de la réforme opérée par la loi du 1er juillet 2010 est d'avoir posé que la décision déclarant la recevabilité du dossier emporte suspension et interdiction des procédures d'exécution diligentées à l'encontre des biens du débiteur ainsi que des cessions de rémunérations consenties par celui-ci et portant sur les dettes autres qu'alimentaires[2248]. Attachée à la décision de recevabilité, cette suspension ou interdiction, intervient automatiquement et de plein droit, sans qu'aucune demande n'ait besoin d'être formulée. Cette suspension ou interdiction est générale, en ce qu'elle concerne la collectivité des créanciers qui ne peuvent, à compter de la décision de recevabilité, ni poursuivre les procédures en cours, ni en intenter de nouvelles. Cependant, il n'est pas interdit aux créanciers d'obtenir un titre exécutoire dont l'exécution sera, cependant, différée durant l'exécution des mesures de désendettement. En contrepartie de cette protection accordée au débiteur, ce dernier se voit interdire de faire tout acte qui aggraverait son insolvabilité, de payer, en tout ou en partie, une créance autre qu'alimentaire, y compris les découverts (...), née antérieurement à la suspension ou l'interdiction, de désintéresser les cautions qui acquitteraient des créances nées antérieurement à la suspension ou à l'interdiction, de faire un acte de disposition étranger à la gestion normale du patrimoine, de consentir toute garantie ou sûreté[2249].

[2248] C. consom., art. L. 331-3-1, al. 1.
[2249] C. consom., art. L. 331-3-1, al. 2.

1657.**Suspension judiciaire.** – À côté de la suspension automatique, il existe une suspension judiciaire et facultative qui permet de mettre à l'abri le débiteur des poursuites de ses créanciers qui, informés du dépôt de sa demande, décideraient d'intenter pour recouvrer leurs créances avant que la commission n'intervienne. Avant la décision de recevabilité, la commission peut saisir, à la demande du débiteur, le juge aux fins de suspension des procédures d'exécution diligentées à l'encontre des biens du débiteur, ainsi que des cessions de rémunérations consenties par celui-ci et portant sur les dettes autres qu'alimentaires. En cas d'urgence, la saisine du juge peut intervenir à l'initiative du président de la commission, du délégué de ce dernier ou du représentant local de la Banque de France. La commission est ensuite informée de cette saisine[2250].

1658.La décision bien motivée[2251] de la commission va orienter le dossier soit vers un traitement de surendettement si la situation du débiteur est remédiable, soit vers la procédure de rétablissement personnel si la situation du débiteur est irrémédiablement compromise (a). La décision est susceptible de recours devant le juge d'instance[2252]. De toute façon, peu importe l'orientation du dossier, le but est unique : l'apurement des dettes. Le bénéfice des mesures qui ont pour objet d'aider le débiteur d'apurer ses dettes n'est pas sans contrepartie, le débiteur, à l'issue d'une procédure de traitement de surendettement ou d'une procédure de rétablissement personnel va rester dans la liste de FICP[2253] pendant un certain temps (b), qui se diffère selon la procédure adoptée.

[2250] C. consom., art. L. 331-5.
[2251] C. consom., art. L. 331-3, I, al. 2, et art. R. 333-1.
[2252] C. consom., art. L. 331-3, IV et R. 331-10.

[2253] FICP : Fichier national des Incidents de remboursement des Crédits aux Particuliers.

a – Apurement des dettes non-professionnelles

1659.Si les deux sortes de procédure ont toutes pour objet d'aider le débiteur d'apurer ses dettes, les mesures adoptées ne sont pas les mêmes. Il nous convient de les voir séparément.

1 - L'apurement des dettes par le traitement de surendettement

1660.Le traitement de surendettement peut prendre deux formes, soit le traitement conventionnel soit le traitement judiciaire.

1661.**Traitement conventionnel**. - La Commission va dans un premier temps tenter de trouver un accord entre le débiteur et ses créanciers. Il s'agira donc de réunir les parties en présence et d'essayer de trouver un terrain d'entente, chacune des parties devant alors accepter de faire des concessions. Si la conciliation aboutit, elle débouchera sur l'élaboration d'un plan conventionnel de redressement. Il s'agira d'un contrat, qualifié faute de mieux de *sui generis*, passé entre le débiteur et ses créanciers. La commission n'y est pas partie même si matériellement son président signe le plan conventionnel, en même que le débiteur et les créanciers. Son caractère contraignant résultera alors de sa nature contractuelle et, comme toute convention, il aura force obligatoire. Dans son contenu, même si le Code prévoit les mesures qu'il peut contenir, le principe demeure celui de la liberté contractuelle[2254] : les parties sont ainsi libres de prévoir toute une série de stipulations, comme la clause de retour à meilleure fortune.

1662.A titre indicatif, l'article L. 331-6 du Code de la consommation propose de recourir à des mesures de report ou de rééchelonnement des paiements, de remise de dettes, de réduction ou de suppression du taux d'intérêt, de consolidation, de création ou de substitution de garantie, tandis que la circulaire du 24 mars 1999 invite les commissions à favoriser les abandons de créances ainsi que les remises d'intérêts,

[2254] J. JULIEN, *Droit de la consommation et du surendettement*, Montchrestien 2009, Lextenso, p. 450.

notamment en raison de la faiblesse des ressources du débiteur. À ce titre, la Commission ne peut rejeter le dossier d'un débiteur au motif que la faiblesse des ressources interdirait *a priori* l'élaboration d'un plan. En définitive, toutes les mesures de nature à permettre l'amélioration de la situation du débiteur peuvent être prescrites, du moment qu'elles reçoivent l'accord du débiteur et de ses principaux créanciers[2255].

1663.**Délai de huit ans maximum.** – Le plan conventionnel de redressement doit permettre l'apurement du passif du débiteur dans le délai de huit ans imparti. Il faut préciser que le premier objectif du plan conventionnel n'est pas de régler la situation du débiteur, mais de redresser. C'est la raison pour laquelle le débiteur peut être orienté vers une procédure de rétablissement personnel en cas de difficulté dans l'exécution du plan conventionnel de redressement[2256].

1664.**Effet du plan.** – La signature du plan emporte pour le débiteur l'obligation de s'y conformer dans les termes qu'il a acceptés. Si le débiteur n'est soumis à aucune mesure de dessaisissement, il doit obtenir l'accord de ses créanciers ou de la Commission s'il veut souscrire de nouveaux emprunts ou procéder à des actes de disposition pendant l'exécution du plan, sous peine d'être déchu de la procédure[2257]. De toutes les manières, son autonomie patrimoniale est restreinte, dès lors qu'il est inscrit, en tant que bénéficiaire d'un plan conventionnel de redressement, au FICP pendant toute la durée de l'exécution du plan, sans pouvoir excéder huit ans[2258]. De même, lorsque pour une même personne, sont prescrits successivement un plan conventionnel et des mesures imposées ou recommandées, l'inscription est maintenue pendant la durée globale d'exécution du plan et des mesures sans pouvoir excéder huit ans. Cependant, afin de faciliter le rebond du débiteur, il a été organisé une radiation anticipée. Lorsque les mesures du plan conventionnel sont exécutées sans incident, les informations relatives aux mentions qui ont entraîné leur déclaration sont radiées à

[2255] S. GJIDARA-DECAIX, Fasc. 1140 : Surendettement des particuliers, J.-CL. Concurrence – Consommation 2011, n° 75.
[2256] G. Paisant, « La réforme de la procédure de traitement du surendettement par la loi du 1er août 2003 sur la ville et la rénovation urbaine », *RTD com*. 2003, p. 671.
[2257] C. consom., art. L. 333-2, 3°.
[2258] C. consom., art. L. 333-4, III, al. 2.

l'expiration d'un délai de cinq ans à compter de la signature du plan conventionnel[2259]. Plus généralement, le débiteur doit faire preuve de loyauté envers les créanciers, en les informant de tout changement d'adresse et de banque où sont domiciliés les règlements des échéances du plan, ainsi que de toute modification significative de sa situation financière ayant des incidences notables sur sa capacité de remboursement.

1665.**Les mesures concernées.** – Dans l'exécution du plan conventionnel, en bénéficiant les mesures d'aménagement, soit moratoires soit suppressives, le débiteur est soumis à des obligations[2260]. Les mesures de redressement peuvent ainsi être subordonnées à l'accomplissement par le débiteur d'actes propres, d'une part, à faciliter le paiement de la dette, tels que la vente amiable d'un bien mobilier ou immobilier[2261] ou son déménagement dans un logement moins coûteux[2262], et d'autre part, à en garantir le paiement, notamment par la constitution de sûretés. En la matière, la circulaire du 24 mars 1999 apporte quelques précisions sur la nature des biens qui peuvent faire l'objet de ces mesures et leurs modalités[2263].

1666.En outre, le plan peut subordonner les mesures qu'il prévoit à l'abstention par le débiteur d'actes qui aggraveraient son insolvabilité. En tout état de cause, l'article L. 333-2, alinéa 3, interdit au débiteur « sans l'accord de ses créanciers, de la Commission ou du juge d'aggraver son endettement en souscrivant de nouveaux emprunts ou de procéder à des actes de disposition de son patrimoine pendant le déroulement de la procédure de traitement de la situation de surendettement », sous peine d'être déchu du bénéfice des dispositions légales[2264].

1667.Une autre possibilité pour que le plan conventionnel ne puisse plus continuer, c'est le cas où dans l'exécution du plan conventionnel de redressement, la situation financière du débiteur est devenue irrémédiablement compromise. Dans cette

[2259] C. consom., art. L. 333-4, III, al. 4.
[2260] C. consom., art. L. 331-6, al. 3.
[2261] Cass. 1re civ., 17 nov. 1998, *Contrats, conc. consom.* 1999, comm. 48, note G. Raymond.
[2262] Cass. 1re civ., 15 janv. 2002, *Bull. civ.* 2002, I, n° 16.
[2263] Circ. 24 mars 1999, 3.2.1.
[2264] CA Aix-en-Provence, 7 mai 1995, JurisData n° 1995-044989.

hypothèse, le débiteur peut saisir la Commission pour l'ouverture de la procédure de rétablissement personnel que nous allons introduire postérieurement.

1668.En cas d'échec de la négociation entre le débiteur et ses créanciers, des mesures pourraient être imposées ou recommandées par la Commission pour redresser la situation du débiteur. Dans cette hypothèse, seul le débiteur a le droit de saisir la Commission pour que cette dernière impose ou recommande des mesures adéquates[2265].

1669.**Traitement judiciaire.** – Les mesures [2266] de traitement imposées ou recommandées sont de nature à apurer entièrement le passif du débiteur[2267]. Les mesures de traitement ordinaires poursuivent ce même objectif d'apurement total du passif du débiteur dans le délai légal imparti. À cette fin, la commission dispose d'une alternative pour traiter la situation remédiable du débiteur. Selon la gravité de sa situation, la commission peut soit imposer les mesures prévues à l'article L. 331-7, soit recommander les mesures énumérées aux articles L. 331-7-1 et L. 331-7-2. Elle peut également combiner ces mesures entre elles. La Commission peut prendre des mesures à l'encontre de toutes les dettes du débiteur, y compris celles qui n'ont pas été prises en compte dans l'appréciation de la situation de surendettement, sous réserve des exclusions prévues aux articles L. 333-1 et L. 333-2-1du Code de la consommation. La première catégorie de dettes à être exclues de toute remise, rééchelonnement ou effacement est constituée par les dettes alimentaires, les réparations pécuniaires allouées aux victimes et aux amendes prononcées dans le cadre d'une condamnation pénale. Mais si l'exclusion est absolue pour les amendes pénales dont le recouvrement relève du seul régime des peines[2268], elle n'est que relative pour les deux autres catégories de dettes qui peuvent faire l'objet de mesures

[2265] C. consom., art. L. 331-7 et/ou art. L. 331-7-1et art. L. 331-2.
[2266] C. consom., art. L. 331-7.
[2267] Cass. 2e civ., 22 mars 2006 , JurisData n° 2006-032867 ; *RTD com.* 2006, p. 680, note G. Paisant ; CA Paris, 26 oct. 2005 , JurisData n° 2005-286403 ; Cass. 2e civ., 24 janv. 2008, n° 06-20.367, *Contrats, conc. consom*. 2008, comm. 122, obs. G. Raymond ; *RT com*. 2008, p. 430, note G. Paisant; Cass. 2e civ., 17 avr. 2008, *Rev. proc. coll.* 2002, comm. 146, obs. S. Gjidara-Decaix.
[2268] Cass. 1re civ., 17 nov. 1998, *Contrats, conc. consom*. 1999, comm. 17, obs. G. Raymond.

avec l'accord du créancier[2269]. La seconde catégorie de dettes à être exclues de toute mesure de traitement est issue de la loi n° 2010-737 du 1er juillet 2010 qui est venue briser une jurisprudence en sens contraire de la cour d'appel de Paris[2270]. Les dettes issues de prêts sur gages souscrits auprès des caisses de crédit municipal en application de l'article L. 514-1 du Code monétaire et financier ne peuvent être effacées en application de l'alinéa 2 de l'article L. 331-7-1 et aux articles L. 332-5, L. 332-6-1 et L. 332-9 du présent code. Plus largement, l'article L. 333-1-2 précise que la réalisation des gages des caisses de crédit municipal ne peut être empêchée ou différée au-delà de la date déterminée dans le contrat de prêt.

1670.**Des mesures utiles.** – À côté de ces mesures qui peuvent faire l'objet dans la recommandation de la Commission, des mesures ont pu être très utiles dans la protection du débiteur. D'abord, une interdiction des intérêts intercalaires[2271] est prévue par l'article L. 331-7 du Code de la consommation pour éviter une aggravation de la situation du débiteur surendetté au cours de l'élaboration des mesures. C'est la loi n° 2010- 737 du 1er juillet 2010 qui ramène cette nouveauté pour le traitement de surendettement. La volonté de lier le traitement juridique et comptable du surendettement à son traitement social a conduit à généraliser à l'occasion de la réforme opérée par la loi de 2010, la possibilité pour la commission ou le juge d'inviter le débiteur, si sa situation l'exige, à solliciter une mesure d'aide ou d'action sociale, qui peut comprendre un programme d'éducation budgétaire, et, notamment une mesure d'accompagnement personnalisé, dans les conditions prévues par le livre II du Code de l'action sociale et des familles[2272].

1671.Pareillement qu'en cas de plan conventionnel de redressement, la mise en œuvre des mesures recommandées par la Commission met à la charge du débiteur certaines obligations. À ce titre, il doit respecter non seulement les nouvelles modalités de règlement de ses dettes, mais également les obligations spécifiques que la

[2269] CA Aix-en-Provence, 31 mars 2006, JurisData n° 2006-324867.
[2270] CA Paris, 13 mars 2007, *Contrats, conc. consom.* 2007, comm. 224, obs. G. Raymond.
[2271] Il s'agit effectivement les intérêts qui ont pu être produits dans la période entre l'arrêté des créances par le juge ou la Commission et la mise en œuvre des mesures recommandées ou imposées.
[2272] C. consom., art. L. 331-3, al. 7 et L. 332-1.

Commission ou le juge d'instance a pu mettre à sa charge, notamment en accomplissant certains actes propres à faciliter ou à garantir le paiement de la dette[2273], et plus largement il doit s'abstenir d'accomplir des actes de nature à aggraver sa situation financière[2274]. En outre, les mesures imposées ou recommandées, qu'elles aient été homologuées ou arrêtées par le juge, font l'objet d'une inscription au FICP, pour toute la durée de leur exécution sans pouvoir excéder huit ans[2275]. Si le juge n'a pas le pouvoir de modifier cette durée[2276], le législateur a prévu un mécanisme de radiation anticipée afin de faciliter le rebond des débiteurs. En cas d'exécution sans incident de ces mesures, les informations relatives aux mentions qui ont entraîné leur déclaration sont radiées à l'expiration d'une période de cinq ans à compter de la date de la décision de la Commission qui impose des mesures ou lorsque les mesures recommandées par la Commission ont acquis force exécutoire[2277].

1672.**Sanctions en cas de non-respect des mesures.** – Hormis l'hypothèse de la déchéance prévue à l'article L. 333-2 du Code de la consommation, aucun texte ne prévoit de sanction en cas de non-respect par le débiteur des mesures imposées ou recommandations rendues exécutoires. Dans ce contexte, la Cour de cassation est venue apporter deux précisions. D'une part, elle a décidé que l'inexécution du jugement rendu en faveur du débiteur bénéficiaire d'un plan de redressement judiciaire civil n'emportait pas caducité des dispositions de ce jugement, et que dans ces conditions les créanciers étaient contraints de limiter les poursuites engagées pour le recouvrement de leurs créances aux sommes mises à la charge du débiteur dans le cadre du plan, c'est-à-dire aux quelques échéances impayées à l'exclusion du solde de leurs créances[2278]. D'autre part, elle a admis que le jugement arrêtant les mesures de redressement judiciaire civil puisse valablement prévoir que l'inexécution de ces mesures par le débiteur entraînerait leur caducité[2279]. En raisonnant par analogie avec

[2273] C. consom. Art. L. 331-7-2.
[2274] C. consom. Art. L. 333-2.
[2275] C. consom., art. L. 334-4-1, III.
[2276] CA Dijon, 9 nov. 2009, n° 09/01297.
[2277] C. consom., art. L. 333-4-1, III, al. 3.
[2278] Cass. 1re civ., 12 janv. 1994, *Bull. civ.* 1994, I, n° 21.
[2279] Cass. 1re civ., 10 juill. 1995, *Bull. civ.* 1995, I, n° 318; Cass. 2e civ., 23 sept. 2004, *Bull. civ.* 2004, II, n° 430.

la phase amiable dans laquelle le non-respect du plan conventionnel de redressement est sanctionné par la caducité, les commissions ont fait usage des clauses de caducité ou de déchéance dans leurs recommandations. De leur côté, les juges ont également inséré dans les jugements arrêtant les mesures de redressement des clauses de caducité, de résolution, voire de déchéance. Au fil du temps, les clauses se sont affinées, précisant non seulement ce qu'il advient du plan en cas de manquement du débiteur à ses obligations, mais également les conditions dans lesquelles les créanciers sont habilités à reprendre leurs poursuites[2280]. Compte tenu de la caducité, les créanciers peuvent exercer, sur la base de leurs droits initiaux, toutes poursuites à l'encontre du débiteur, dès lors qu'ils disposent d'un titre exécutoire.

1673.**Le sort des créanciers.** – En général, à l'issue d'un plan conventionnel de redressement ou des mesures recommandées par la Commission, les dettes concernées dans la convention ou dans les mesures recommandées seront apurées. Mais les créances non inclues dans la convention, ou les dettes dont les créanciers ne sont pas connus par la Commission restent dues par le débiteur.

1674.Si la situation financière du débiteur ne s'améliore pas et devient irrémédiablement compromise, une procédure de rétablissement personnel pourrait être ouverte au profit du débiteur. Ainsi, il s'agit plutôt comme une autre chance pour ce dernier d'apurer ses dettes.

2 - L'apurement des dettes par le rétablissement personnel

1675.**Les dispositions légales.** – Comme la recevabilité de la demande d'ouverture d'une procédure de surendettement, l'ouverture d'une procédure de rétablissement personnel requiert la bonne foi du débiteur. Encore, il faut que la situation du débiteur puisse être qualifiée de « irrémédiablement compromise ». La situation irrémédiablement compromise est caractérisée par l'impossibilité manifeste de mettre

[2280] CA Paris, 31 mai 2007, JurisData n° 2007-337241.

en œuvre les mesures de traitement prévues aux articles L. 331-6, L. 331-7, L. 331-7-1 et L. 331-7-2 du Code de la consommation[2281].

1676.Un dualisme de la procédure de rétablissement personnel a pu être constaté à partir de la réforme de 2010, ainsi, un rétablissement personnel peut être prononcé avec ou sans liquidation judiciaire.

1677.**Conditions d'ouverture.** – Une procédure de rétablissement personnel est ouverte en cas où « *le débiteur ne possède que des biens meublants nécessaires à la vie courante et des biens non professionnels indispensables à l'exercice de son activité professionnelle, ou que l'actif n'est constitué que de biens dépourvus de valeur marchande ou dont les frais seraient manifestement disproportionnés au regard de leur valeur marchande* »[2282]. La première catégorie de biens évoque les biens insaisissables, tandis que la seconde catégorie évoque des biens de faible valeur ou de biens dont la réalisation ne permet pas de dégager une somme supérieure aux frais de vente. La mise en œuvre de la procédure de rétablissement personnel sans liquidation judiciaire n'est pas subordonnée à l'obtention de l'accord du débiteur par la commission, dès lors que le rétablissement personnel sans liquidation judiciaire relève désormais de la procédure de recommandation. Outre qu'elle contribue à accélérer la procédure, l'économie de l'intervention du débiteur se justifie par le fait que le rétablissement personnel sans liquidation judiciaire ne peut lui être défavorable sur le plan patrimonial : l'absence de risque de réalisation de son patrimoine rend inutile de recueillir son consentement.

1678.**Accord du débiteur indispensable.** – Par contre, l'ouverture d'une procédure de rétablissement personnel avec liquidation judiciaire requiert l'accord du débiteur. Le jugement d'ouverture d'une telle procédure entraîne de plein droit la suspension et l'interdiction des procédures d'exécution diligentées à l'encontre des biens du débiteur, ainsi que des cessions de rémunérations consenties par celui-ci et portant sur

[2281] C. consom. Art. L. 330-1, al. 3.
[2282] C. consom., art. L. 330-1, 1°.

des dettes autres qu'alimentaires[2283]. Cette suspension et cette interdiction sont automatiquement acquises jusqu'au jugement de clôture[2284]. En contrepartie des contraintes imposées aux créanciers, le débiteur ne peut, à compter du jugement d'ouverture de la procédure, aliéner ses biens, sans l'accord du mandataire, ou à défaut de mandataire désigné, du juge[2285]. Cependant, le débiteur peut saisir le juge d'une demande tendant à l'autoriser à aliéner ses biens en application de l'article L. 332-7. Il est alors statué par ordonnance[2286]. De même, le débiteur ne peut aggraver sa situation patrimoniale sous peine d'être déchu du bénéfice de la procédure[2287]. À ce titre, il semble également que le débiteur ne doive pas pouvoir payer les créances nées antérieurement à l'ouverture du jugement d'ouverture, même si cette interdiction, qui est évoquée à l'article L. 331-3-1 alinéa 2 du Code de la consommation, n'est pas expressément énoncée dans les textes relatifs à la procédure de rétablissement personnel avec liquidation judiciaire. Cette solution se trouverait également justifiée par la parenté existant entre la procédure de rétablissement personnel avec liquidation judiciaire et les procédures collectives commerciales où cette interdiction de payer les dettes antérieures constitue « *l'un des principes traditionnels régissant la situation des créanciers participant à une procédure collective* »[2288].

1679.**Madataire.** – Un mandataire va être nominé facultativement selon la complicité du dossier, mais également de l'existence et de la consistance d'un patrimoine saisissable.

1680.Les créanciers doivent déclarer leurs créances au mandataire, et à défaut au greffe du juge d'instance, dans un délai de deux mois à compter de la publicité du jugement d'ouverture effectuée au BODACC[2289]. À défaut d'avoir été déclarées dans

[2283] C. consom., art. L. 332-6, al. 2.
[2284] C. consom., art. L. 332-6, al. 2.
[2285] C. consom., art. L. 332-7.
[2286] C. consom., art. R. 334-35.
[2287] C. consom., art. L. 333-2.
[2288] P. Pétel, « La procédure de rétablissement personnel et les procédures collectives du Code de commerce », *Contrats, conc. consom*. 2005, dossier 15, p. 29.
[2289] C. consom., art. L. 332-7; C. consom., art. R. 334-36.

le délai imparti, les créances sont éteintes, sauf à ce qu'un relevé de forclusion soir prononcé par le juge d'instance[2290].

1681.Lorsqu'un mandataire a été désigné, il lui incombe de dresser l'état des créances qui lui ont été déclarées, après les avoir vérifiées. A l'instar du juge d'instance, le mandataire doit contrôler le bien-fondé de ces créances, leur nature privilégiée ou chirographaire, ainsi que leur montant. À cette fin, le mandataire peut demander aux créanciers de lui fournir les justificatifs nécessaires pour établir la validité de leurs créances. En revanche, si le mandataire décèle des irrégularités, il ne peut de son propre chef décider d'écarter la créance litigieuse, mais doit en informer le juge en lui proposant, le cas échéant, le rejet de la créance litigieuse. Une fois dressé, l'état des créances est inséré dans le bilan économique et social qui est adressé au débiteur et aux créanciers par lettre recommandée avec demande d'avis de réception et remis ou adressé par lettre simple au greffe. À sa réception, le greffe convoque le débiteur et les créanciers à l'audience pour qu'il soit statué selon les modalités prévues à l'article R. 334-40 du Code de la consommation[2291].

1682.En l'absence de mandataire, l'état des créances déclarées est effectué par le greffe du juge d'instance et consiste à reprendre les montants des créances déclarées par les créanciers. Cet état est notifié au débiteur et aux créanciers par le greffe, qui leur adresse dans le même temps la convocation à l'audience à laquelle le juge statuera sur l'issue de la procédure[2292].

1683.**Audience.** – À l'audience à laquelle les parties ont été convoquées, le juge d'instance décide, au vu des éléments dont il dispose, de l'issue de la procédure. La phase de liquidation n'est pas un passage obligé, dès lors que le juge dispose de plusieurs options selon la situation du débiteur[2293]. S'il estime que la situation du débiteur n'est pas irrémédiablement compromise, le juge peut renvoyer le dossier à la

[2290] C. consom., art. L. 332-7 ; CA Paris, 22 mai 2007, JurisData n° 2007-336945 ; *Rev. proc. coll.* 2007, n° 4, note S. Gjidara-Decaix.
[2291] C. consom., art. R. 334-39, al. 3.
[2292] C. consom., art. R. 334-39, II.
[2293] C. consom., art. R. 334-40.

Commission. Le juge peut, d'ailleurs, user de cette faculté à tout moment de la procédure[2294]. À titre exceptionnel, s'il estime que la liquidation judiciaire peut être évitée, le juge peut établir, le cas échéant sur proposition du mandataire, un plan comportant les mesures mentionnées aux articles L. 331-7, L. 331-7-1 et L. 331-7-2 du Code de la consommation[2295]. Lorsque le débiteur ne dispose d'aucun élément d'actif cessible autre que des biens exclus du périmètre de la liquidation judiciaire, ou que son actif n'est constitué que de biens dépourvus de valeur marchande ou dont les frais de vente seraient manifestement disproportionnés au regard de leur valeur vénale, le juge peut prononcer la clôture de la procédure pour insuffisance d'actifs, sans ordonner la liquidation[2296]. À défaut de se trouver dans l'une de ces situations, l'issue normale de la procédure de rétablissement personnel avec liquidation judiciaire réside dans la liquidation judiciaire du patrimoine du débiteur[2297]. S'il décide de prononcer la liquidation, le juge désigne, dans son jugement, un liquidateur qui peut être le mandataire ou l'une des personnes figurant sur la liste établie par le Procureur de la République en application de l'article R. 334-32[2298].

1684.**Jugement.** – Ce jugement emporte de plein droit dessaisissement du débiteur de la disposition de ses biens à compter de son prononcé. Ses droits et actions sur son patrimoine personnel sont exercés par le liquidateur pendant toute la durée de la liquidation[2299].

1685.Dans le jugement ouvrant la liquidation judiciaire, un liquidateur va être désigné, il dispose d'un délai de douze mois pour vendre les biens du débiteur à l'amiable ou, à défaut, organiser une vente forcée dans les conditions relatives aux procédures civiles d'exécution[2300].

[2294] C. consom., art. L. 331-12 ; CA Angers, 23 mai 2006, JurisData n° 2006-324205.
[2295] C. consom., art. L. 332-10 ; CA Paris, 28 juin 2006, JurisData n° 2006-309483.
[2296] C. consom., art. L. 332-6-1; C. consom., art. R. 334-72.
[2297] C. consom., art. L. 332-8, al. 1er.
[2298] C. consom., art. L. 332-8, al. 2; C. consom., art. R. 334-41.
[2299] C. consom., art. L. 332-8, al. 2.
[2300] C. consom., art. L. 332-8, al. 3.

1686.**Liquidation judiciaire.** – Aux termes de l'article L. 332-8, la liquidation judiciaire est circonscrite au patrimoine du débiteur, mais elle ne peut s'exercer sur trois catégories de biens. Ainsi, selon l'article L. 332-8 du Code de la consommation, les biens insaisissables énumérés à l'article L. 112-2 du Code des procédures civiles d'exécution constituent la première catégorie des biens ; les biens dont les frais de vente seraient manifestement disproportionnées au regard de leur valeur vénale constituent la deuxième catégorie ; et la troisième catégorie se constitue par les biens non professionnel mais indispensables à l'exercice de l'activité professionnelle du débiteur[2301].

1687.Une répartition du prix aura lieu après les ventes amiables ou par adjudication. La répartition du prix va être faite selon le rang des sûretés assortissant leurs créances[2302]. Néanmoins, il est préalablement déduit de ce produit une provision correspondant à la rémunération du liquidateur et des frais afférents à la procédure de rétablissement personnel, y compris, s'il y a lieu, les frais de la procédure d'adjudication ainsi que de la procédure de distribution[2303].

1688.**Clôture de la procédure.** – La clôture de la procédure peut être prononcée pour extinction du passif. Lorsqu'à l'issue de la procédure de liquidation, l'actif réalisé est suffisant pour désintéresser les créanciers, le jugement prononce la clôture[2304]. Cependant, la clôture sera, le plus souvent, prononcée pour insuffisance d'actif. En tout état de cause, le jugement qui prononce la clôture est susceptible d'appel[2305].

1689.**Rétablissement sans liquidation judiciaire.** - Le rétablissement personnel sans liquidation judiciaire entraîne l'effacement de toutes les dettes non professionnelles du débiteur, à l'exception des dettes visées à l'article L. 333-1, de celles mentionnées à l'article L. 333-1-2 et des dettes dont le prix a été payé en lieu et place du débiteur par

[2301] Par exemple, un « véhicule amorti ou de niveau de gamme modeste qui serait nécessaire aux déplacements et à l'emploi d'un débiteur isolé en milieu rural » : P. Pemezec, Rapport au nom de la Commission des affaires économiques de l'environnement et du territoire, Doc. AN n° 1003, p. 84.
[2302] C. consom., art. L. 332-8, al. 5.
[2303] C. consom., art. R. 334-61.
[2304] C. consom., art. L. 332-9.
[2305] C. consom., art. R. 334-73.

la caution ou le coobligé, personnes physiques. De même, le rétablissement personnel sans liquidation judiciaire entraîne l'effacement de la dette résultant de l'engagement que le débiteur a donné de cautionner ou d'acquitter la dette d'un entrepreneur individuel ou d'une société [2306]. De son côté, la clôture de la procédure de rétablissement personnel entraîne l'effacement de toutes les dettes non professionnelles du débiteur, à l'exception de celles dont le prix a été payé en lieu et place du débiteur par la caution ou le coobligé, personnes physiques, ainsi que l'effacement de la dette résultant de l'engagement que le débiteur a donné de cautionner ou d'acquitter solidairement la dette d'un entrepreneur individuel ou d'une société[2307]. À côté de ces exclusions s'ajoutent deux autres exclusions plus générales visées aux articles L. 333-1 et L. 333-1-2 du Code de la consommation. En tout état de cause, que le rétablissement personnel s'effectue sans ou avec liquidation judiciaire, que la clôture intervienne pour extinction du passif ou pour insuffisance de l'actif, le périmètre de l'effacement est identique.

1690.En bénéficiant de l'effacement partiel ou total de ses dettes dans le cadre des procédures de rétablissement personnel, le débiteur fait l'objet d'une inscription au FICP [2308] qui est une sanction très lourde pour lui, mais une protection pour les créanciers.

b – Inscription au FICP : interdiction au crédit

1691.FICP. – Le FICP liste l'ensemble des personnes ayant été par le passé incapables de rembourser à échéance un crédit. Il est géré par la Banque de France. Si une inscription au FICP n'entraîne pas automatiquement l'interdiction de prêt, ce motif peut néanmoins être utilisé par un établissement de crédit pour refuser l'ouverture d'un

[2306] C. consom., art. L. 332-5.
[2307] C. consom., art. L. 332-9, al. 2.
[2308] C. consom., art. L. 333-4, III.

compte ou la mise en place d'un crédit ou de moyens de paiement. En ce sens, ce fichier constitue le volet préventif du dispositif de traitement du surendettement[2309].

1692.**Les personnes listées.** – Les débiteurs qui font l'objet des procédures de surendettement ou de rétablissement personnel sont inscrits dans le FICP depuis sa déclaration auprès de la Commission. Parce que lorsque la commission de surendettement des particuliers est saisie d'une demande de redressement, il incombe à son secrétariat « *d'informer clairement le débiteur des obligations qui lui seront imposées et notamment de lui expliquer que les éléments de son dossier seront communiqués aux créanciers et qu'une décision de recevabilité favorable entraînera son inscription au Fichier national des incidents de remboursement des crédits aux particuliers (FICP), géré par la Banque de France* »[2310]. Mais cette inscription n'est pas complète, c'est au cours de la procédure, nous allons compléter les informations[2311].

1693.L'inscription au FICP n'est pas une inscription à vie, elle n'est que temporaire (1), même pour les débiteurs qui ont bénéficié de l'effacement total de leurs dettes. L'idée c'est de permettre les débiteurs de rebondir à nouveau, mais pas de les sanctionner à vie. Théoriquement, même si la conséquence la plus grave pour les débiteurs inscrits au FICP est l'interdiction au crédit, cette interdiction n'est que temporaire (2). Mais dans la pratique, la radiation au FICP n'égale pas à une renaissance du droit au crédit pour les débiteurs.

1 - Inscription temporaire au FICP

1694.**Moment d'inscription.** – Les débiteurs sont inscrits dans le FICP depuis la demande de l'ouverture d'une procédure de surendettement, tout en sachant qu'une

[2309] L'article L. 333-4 du Code de la consommation prévoit que « le fichier peut fournir un élément d'appréciation à l'usage des établissements de crédit et des établissements de paiement dans leurs décisions d'attribution des moyens de paiement ».
[2310] Circ. 24 mars 1999, 3.1.1.
[2311] Il est inscrit dans le fichier les mesures de traitement de surendettement (C. consom., art. L. 333-4, III).

inscription au FICP n'est pas permanente, il est donc intéressant de savoir à partir de quel moment cette inscription pourrait faire l'objet d'une radiation.

1695.**Durée d'inscription.** – Avant la réforme de 2010, les dispositions concernant la durée d'inscription au FICP ne sont pas regroupées dans un même article. Et les durées se diffèrent selon le type de traitement de surendettement.

1696.Les personnes ayant bénéficié un plan conventionnel de redressement, ou ayant bénéficié les mesures prévues dans l'article L. 331-7 et l'article L. 331-7-1, alinéa premier seront inscrites au FICP pendant l'exécution du plan conventionnel ou des mesures recommandées par la Commission, sans pouvoir excéder dix ans ; mais les personnes ayant bénéficié les mesures prévues dans le reste de l'article L. 331-7-1 feront l'objet de l'inscription au FICP pour une durée fixée à dix ans[2312].

1697.Et « *Les personnes ayant bénéficié une procédure de rétablissement personnel font l'objet, à ce titre, d'une inscription au fichier prévu à l'article L. 333-4, pour une durée de huit ans* »[2313].

1698.Depuis 2010, la loi Lagarde a réduit significativement la durée d'inscription au FICP. La durée légale est la même pour les débiteurs qui bénéficient une procédure de surendettement et les débiteurs qui bénéficient une procédure de rétablissement personnel.

1699.Pour les débiteurs qui font l'objet d'une procédure de surendettement : « *lorsque les mesures du plan conventionnel mentionnées à l'article L. 331-6 et celles prises en application des articles L. 331-7, L. 331-7-1 et L. 331-7-2 sont exécutées sans incident, les informations relatives aux mentions qui ont entraîné leur déclaration sont radiées à l'expiration d'une période de cinq ans à compter de la signature du plan conventionnel ou de la date de la décision de la commission qui impose des mesures ou lorsque les mesures recommandées par la commission ont acquis force*

[2312] *Anc. art. L. 333-4* du Code de la consommation (version à l'issu de la loi n° 2008-776 du 4 août 2008).
[2313] *Anc. art. L. 332-11* du Code de la consommation (version à l'issu de la loi n° 2008-776 du 4 août 2008).

exécutoire »[2314] ; « *Lorsque, pour une même personne, sont prescrits successivement un plan conventionnel mentionné à l'article L. 331-6 et des mesures prises en application des articles L. 331-7, L. 331-7-1 et L. 331-7-2, l'inscription est maintenue pendant la durée globale d'exécution du plan et des mesures sans pouvoir excéder huit ans* »[2315]. C'est-à-dire qu'en cas de plan de redressement sans effacement des dettes[2316], l'intéressé restera inscrit pendant toute la durée du plan, mais pour une durée de huit ans maximum. Il est automatiquement radié du fichier à la fin du plan, ou au bout de cinq ans si le plan a été exécuté sans incident.

1700.Les débiteurs qui font l'objet d'une procédure de rétablissement personnel : « *les informations relatives aux mentions correspondantes sont radiées à l'expiration d'une période de cinq ans à compter de la date d'homologation ou de clôture de la procédure. La même durée de cinq ans est applicable aux personnes physiques ayant fait l'objet d'une liquidation judiciaire en application de l'article L. 670-6 du code de commerce* ».

1701.**Remarques.** – L'idée générale de la réforme est de permettre aux débiteurs de rebondir le plus vite possible sans trop de risques pour les prêteurs au moment d'octroyer les crédits. Malgré cette temporalité d'inscription, il est quand même curieux de voir un débiteur qui s'efforce de payer ses dettes sera inscrit pour une dure de même longueur qu'un autre qui ne paie même pas un centime à ces créanciers.

1702.Si une inscription au FICP va interdire au débiteur d'obtenir à nouveau un crédit, cette interdiction est théoriquement temporaire vu la temporalité de l'inscription.

2 - Interdiction temporaire au crédit

1703.**Absence de disposition légale de sanction.** – Les législateurs de 1989, dans la création du FICP n'ont jamais directement indiqué que l'inscription au FICP va priver le débiteur son droit au crédit. Mais, il n'était pas interdit un refus de crédit basé sur

[2314] C. consom., art. L. 333-4, III, al. 4.
[2315] C. consom., art. L. 333-4, III, al. 4 *in fine*.
[2316] C'est-à-dire si la commission a négocié un rééchelonnement des dettes avec les différents prêteurs, professionnels ou particuliers.

l'inscription au FCIP. La loi Lagarde va encore plus loin en indiquant que « *l'inscription d'une personne physique au sein du fichier n'emporte pas interdiction de délivrer un crédit* »[2317]. Mais une liberté est octroyée aux banquiers qui prennent contact directe avec ses clients. C'est la liberté contractuelle qui va jouer son rôle dans la conclusion d'un contrat de crédit. De surcroît, cette disposition a pour objet de la transformation, en France, du fichier négatif à un fichier positif. Cette disposition fait l'objet de recommandations qui encadrent les finalités de la création du « fichier positif ».

1704.**FICP et fichier central des chèques.** – Ici, il convient de distinguer le FICP et le fichier central des chèques ou le fichier national des chèques irréguliers. L'inscription à ces fichiers va avoir des incidences beaucoup plus graves que l'inscription au FICP. Une sanction pénale aura pu être prononcée en cas de violation des obligations imposées.

1705.L'inscription au FICP est un moyen d'informer les banquiers de faire attention au moment de la conclusion d'un contrat de prêt, même si celle-ci n'entraîne pas une interdiction bancaire. Mais dans la pratique, peu de banques risquent à accorder à un débiteur inscrit au FICP, et quand elles le font, le taux d'intérêt est souvent plus élevé.

1706.**Une sanction invisible après radiation.** – Il est clair que l'inscription au FICP n'est que temporaire, mais la radiation au FICP ne fait pas oublier à la banque les difficultés financières passées. La plupart des banques tiennent leur propre fichier d'incidents, indépendamment de celui de la Banque de France. C'est-à-dire qu'après la radiation au FICP, le consommateur va avoir encore des difficultés d'obtenir un crédit auprès de la même banque, ou bien il peut obtenir un crédit mais avec un taux d'intérêt plus élevé.

1707.De toute façon, les procédures de surendettement ont pour objet de sauver les consommateurs en difficulté, mais pas pour aider les débiteurs en difficulté à obtenir

[2317] C. conso. Art. L. 333-4.

un nouveau crédit. Les mesures employées pour aider ces débiteurs ne font que de porter atteintes aux droits des créanciers.

B – Incidences pour les créanciers munis d'une sûreté mobilière

1708.**Priorité du droit de surendettement sur le droit des sûretés réelles.** – Il n'y aura pas d'incidences de la procédure de faillite civile sur les créanciers munis d'une sûreté réelles si l'application du droit de surendettement n'empêche pas l'application des règles de droit des sûretés réelles. Les incidences sont nées par la priorité du droit de surendettement sur le droit des sûretés réelles[2318].

1709.**Suspension d'exécution.** – Les incidences de la procédure de surendettement pour les créanciers sont nombreuses. De manière générale, l'ouverture d'une telle procédure va suspendre toutes les procédures d'exécution en cours, et interdire toutes les nouvelles procédures d'exécution sur le patrimoine du débiteur. Cette suspension ou interdiction a pu être octroyée par le juge du fonds, le cas échéant, avant l'ouverture de la procédure sous la demande. Les mesures prises pour remédier à la situation financière du débiteur se diffèrent selon les différentes situations. La modification des échéances des créances va reporter le droit d'exigence au paiement des créanciers, et les mesures de réduction de taux d'intérêt et d'effacement, partiel ou entier, des dettes vont directement modifier la quantité des droits des créanciers.

1710.**Problématique.** – Mais, les créanciers munis d'une sûreté sont ceux qui sont les plus prudents, ainsi la constitution d'une sûreté quelconque a pour objet de prévenir la défaillance du débiteur et de renforcer son droit de créance face à la difficulté de son débiteur. Il est intéressant de voir, si une sûreté réelle mobilière légalement établie va pouvoir permettre à son titulaire de sauver son droit de créance face à la procédure de surendettement ou de rétablissement personnel.

[2318] C. civ. Art. 2287 : « *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.* »

1711.**Absence de période suspecte.** – L'ouverture d'une procédure de surendettement ou de rétablissement personnel n'est pas comme l'ouverture d'une procédure collective, il n'y a pas de période suspecte qui va être fixée au profit de la masse des créanciers. Donc, toutes les sûretés régulièrement établies ne seront pas être remises en cause par la Commission ou le mandataire s'il y a lieu[2319]. Pour qu'une sûreté réelle soit efficace, la question est de savoir si elle est opposable aux autres créanciers parce que l'exécution d'une sûreté va porter atteinte aux droits, au gage général des autres créanciers.

1712.Encore les mesures adoptées soit dans le plan conventionnel de redressement soit homologuées par le juge vont avoir des incidences sur la créance elle-même. Le principe d'accessoire va empêcher la demande à l'exécution d'une sûreté réelle si la créance suite à la mesure ne sera plus exigible.

1713.Les influences de la procédure de surendettement ou de rétablissement sur les créanciers munis d'une sûreté réelle mobilière sont multiples et de différentes manières : sur l'existence des sûretés réelles mobilières (a), et sur l'efficacité des sûretés réelles mobilières (b).

a - Existence des sûretés réelles mobilières

1714.L'ouverture d'une procédure d'insolvabilité au bénéfice d'un particulier surendetté affecte l'existence des sûretés réelles de deux manières : d'une part, elle conditionne l'apparition de nouvelles sûretés (1) ; d'autre part, elle menace d'extinction celles nées antérieurement (2).

[2319] La remise en cause d'une sûreté réelle est, malgré tout, possible par les créanciers en cas de fraude. En cas de fraude du droit des créanciers, il y a lieu d'appliquer l'article 1167 du Code civil, ainsi utiliser l'action paulienne pour annuler une sûreté qui est établie en fraude de ces droits. En même temps, une mauvaise foi du débiteur sera caractérisée, la procédure de surendettement va être arrêté ou interrompue. Dans cette hypothèse, nous ne serons plus dans l'ouverture d'une procédure de surendettement, donc nous n'allons pas développer cette hypothèse ici. L'ouverture et l'exécution d'une procédure de surendettement requiert la bonne foi du débiteur, comme nous l'avons déjà développé, ainsi l'exemption de fraude.

1 – La naissance de nouvelles sûretés réelles

1715.Le droit de surendettement entrave la conclusion de nouvelles sûretés conventionnelles (a). Il consacre, en revanche, au profit des bailleurs, une priorité du paiement qui constitue une sûreté légale originale (b).

a) Interdiction des nouvelles sûretés réelles conventionnelles

1716.**Dispositions légales.** – Au cours de la procédure de surendettement, il est utile de geler le patrimoine du débiteur afin de faciliter l'adoption de solutions de redressement ou de liquidation. C'est la raison pour laquelle, rappelons-le, les articles L. 331-3-1 et L. 331-5 du Code de la consommation interdisent, sauf autorisation du juge d'instance, « de prendre toute garantie ou sûreté » jusqu'à la décision d'orientation du dossier.

1717.**Interdiction de disposition des biens propres.** - À l'égard spécialement des sûretés réelles, l'encadrement est encore plus important puisqu'il couvre toute la procédure devant la commission de surendettement ainsi que les procédures de rétablissement personnel. En effet, l'article L. 333-2, 3° du Code de la consommation, qui est une disposition commune à l'ensemble des procédures, prévoit que le débiteur est déchu du bénéfice de celles-ci s'il procède à des actes de disposition de son patrimoine sans l'accord de ses créanciers, de la commission ou du juge. L'article L. 332-8 précise, quant à lui, que le jugement qui prononce la liquidation emporte de plein droit dessaisissement du débiteur de la disposition de ses biens. Or les sûretés réelles sont des actes de disposition. En effet, comme les sûretés réelles classiques confèrent au créancier un droit de préférence sur la valeur des biens affectés en garantie, elles entament, dès leur naissance, la valeur du droit de propriété du constituant, qui ne peut vendre les biens en question, ni facilement, ni à leur prix. La qualification d'acte de disposition se justifie ensuite en cas de non-paiement des dettes garanties, puisque la réalisation des sûretés réelles, qu'elle ait lieu par vente du bien grevé ou par son attribution au créancier, sur autorisation judiciaire ou sur le

fondement d'un pacte commissoire, conduit à la perte de propriété du constituant. Les sûretés réelles engagent donc le patrimoine pour l'avenir également. Elles devraient donc être qualifiées d'actes de disposition et tomber sous le coup de l'interdiction de principe inscrite dans les articles L. 333-2, 3° et L. 332-8. Pourtant, il faut noter que la constitution d'un cautionnement réel n'est pas interdit, parce que le bien grevé n'est pas un bien propre. Il ne va pas autrement pour la réserve de propriété.

1718.Si le débiteur faisant l'objet d'une procédure d'insolvabilité ne saurait ainsi conférer une cause de préférence à l'un de ses créanciers, sans y être autorisé, l'égalité entre les créanciers se trouve en revanche rompue par la loi elle-même, au profit des bailleurs.

b) Création d'une sûreté légale au profit des bailleurs

1719.**Dispositions légales.** – L'article L. 333-1-1 du Code de la consommation, issu de la loi n° 2005-32 du 18 janvier 2005 de programmation pour la cohésion sociale, prévoit que, « *dans les procédures ouvertes en application du présent titre*[2320]*, les créances des bailleurs sont réglées prioritairement aux créances des établissements de crédit et aux crédits visés aux articles L. 311-1 et suivants* », c'est-à-dire aux crédits à la consommation.

1720.**Objectifs.** – Les objectifs de cette protection sont clairs. Il s'agit principalement de rassurer les bailleurs, pour favoriser, dans un contexte de crise du marché immobilier, l'accès au logement des ménages les plus modestes et le maintien dans les lieux des locataires surendettés[2321]. Accessoirement, il s'agit aussi de « responsabiliser

[2320] Procédure de traitement du surendettement devant la commission, aussi bien que procédures de rétablissement personnel, avec ou sans liquidation, devant le juge d'instance, puisque l'article L. 333-1-1 est l'une des « dispositions communes » à ces deux types de procédures.

[2321] À cette fin, l'article L. 31-3-1, devant-dernier alinéa, issu de la loi du 1er juillet 2010, renferme une autre protection des intérêts des bailleurs : ils ont la possibilité de percevoir l'aide personnalisée au logement.

les établissements de crédit en matière de surendettement, dont ils sont souvent, par négligence ou abus de faiblesse, coresponsables »[2322].

1721.**Effet.** – Son possible effet pervers est également facile à identifier. Il réside dans le *« risque de marginaliser sur le marché du crédit les ménages justifiant de faibles ressources, et leur interdire, à ce titre, l'accès à certains biens de consommation de nos jours jugés indispensables* »[2323] .

1722.**Nature.** – Sa nature est en revanche complexe. Si le débiteur surendetté dispose de liquidités, il s'agit certainement d'un droit de prélèvement, c'est-à-dire d'un droit exclusif permettant au bailleur bénéficiaire d'être payé sans même entrer en concours avec les créanciers visés par l'article L. 333-1-1. Dans le cas contraire, et si certains biens du débiteur sont vendus, notamment dans le cadre de la procédure de rétablissement personnel avec liquidation judiciaire, le bailleur doit pouvoir exercer sur le prix de vente un droit de préférence légal primant le droit de gage général, voire le droit de préférence conventionnel ou légal de l'établissement de crédit avec lequel il se trouve en concours. Il s'agit alors d'un véritable privilège.

1723.Le droit du surendettement fait donc naître au profit des bailleurs une sûreté originale, dont l'efficacité est indéniable. D'abord, son assiette est pleinement générale : le bailleur peut exercer son droit de préférence sur le prix de n'importe quel bien du débiteur, meuble comme immeuble[2324]. Ensuite, la priorité de paiement concerne « les créances du bailleur », sans aucune distinction. Toutes les créances nées du contrat de bail, et pas seulement les loyers et charges, sont donc garanties et ce, qu'elles soient antérieures ou postérieures à l'ouverture de la procédure. Enfin, la priorité du bailleur se trouve certes subordonnée à la présence des créanciers visés par l'article L. 333-1-1, à savoir les établissements de crédit. Mais cette restriction est loin de compromettre la protection du bailleur, non seulement parce que les dettes

[2322] Rapport du projet de loi au Sénat, 20 oct. 2004, n° 32. Cette justification est contestable à l'heure où le surendettement est très majoritairement « passif ».
[2323] P. Bouteiller, « Les dispositions complétant l'arsenal législatif relatif au traitement du surendettement apportées par la loi de programmation de cohésion sociale » : *JCP E* 2005, n° 5, p. 166.
[2324] Sauf ceux qui sont exclus de la liquidation par C. conso., art. L. 332-8.

bancaires sont présentes dans 95 % des dossiers[2325], mais aussi parce que, à l'égard des créanciers autres que les établissements de crédit, le paiement prioritaire du bailleur peut encore avoir lieu si le juge d'instance le décide souverainement[2326]. La présence d'un bailleur peut donc empêcher, pratiquement, les autres créanciers d'être payés, qu'ils soient chirographaires ou même privilégiés.

1724.Ainsi concurrencée par la nouvelle sûreté d'origine légale, les droits des créanciers titulaires de sûretés réelles antérieures à l'engagement de la procédure de surendettement sont par ailleurs menacés par les causes d'extinction des sûretés que recèle le droit du surendettement.

2 – Causes d'extinction des sûretés réelles

1725.**Défaut de déclaration et effacement total de dette.** – Sauf l'hypothèse d'annulation par l'action paulienne que nous avons déjà mentionnée, les sûretés légalement constituées par le débiteur seront valables. De surcroît, aucun texte du Code de la consommation ne prévoit de causes d'extinction propres aux sûretés grevant les biens du débiteur surendetté. Ces sûretés réelles sont cependant susceptibles de disparaître dans le cadre d'une procédure de surendettement, puisque leur sont applicables les causes d'extinction par voie accessoire communes à l'ensemble des sûretés, que sont le défaut de déclaration des créances ou des sûretés et l'effacement total des dettes non professionnelles dans la procédure de rétablissement personnel. Cette seconde cause d'extinction appelle ici deux précisions.

1726.**Exceptions.** – D'une part, depuis la loi du 1er juillet 2010, ne peuvent être effacés, ni entièrement, ni même partiellement, les prêts sur gage consentis par les caisses de crédit municipal en application de l'article L. 514-1 du Code monétaire et

[2325] Enquête typologique 2010 de la Banque de France, p. 4 et 5.
[2326] Cass. 2e civ., 8 mars 2007, Bull. civ. II, n° 62 (en l'espèce, un moratoire avait été imposé à un trésorier municipal, titulaire d'une créance fiscale, jusqu'à l'apurement de la créance du débiteur).

financier[2327] (C. consom., art. L. 333-1-2). Cette exception a eu pour finalité de diminuer le coût des prêts sur gage, que le risque antérieur d'effacement [2328] faisait augmenter, et par là même de permettre aux personnes les moins solvables d'accéder au crédit. Il en résulte que les gages assortissant ces prêts conservent désormais toute leur efficacité en cas de surendettement de l'emprunteur constituant. Non seulement ils échappent à l'extinction par voie accessoire, mais en plus, selon l'article L. 333-1-2 du Code de la consommation, leur réalisation « *ne peut être empêchée ou différée au-delà de la date déterminée dans le contrat de prêt* », c'est-à-dire que l'interdiction des procédures d'exécution contre les biens du débiteur ne leur est pas applicable.

1727.D'autre part, malgré l'effacement total des dettes non professionnelles en cas de rétablissement personnel, certaines sûretés réelles semblent pouvoir échapper à l'extinction. En effet, alors que les sûretés sont toutes des accessoires des dettes garanties et qu'elles devraient toutes, pour cette raison, être frappées de caducité à la suite de la disparition des dettes garanties, des juges du fond ont décidé que la clause de réserve de propriété, que le Code civil réglemente comme une sûreté depuis l'ordonnance du 23 mars 2006, conserve son efficacité malgré l'effacement de la créance garantie lors de la clôture de la procédure de rétablissement personnel pour insuffisance d'actif [2329]. En conséquence, le vendeur, ou toute personne qui lui serait subrogée, peut obtenir la restitution du bien vendu avec réserve de propriété et profiter ainsi d'un paiement indirect à hauteur de la valeur de ce bien, alors même que sa créance serait effacée. Cette dérogation à la règle *accessorium sequitur principale* s'explique par la nature et les caractères du droit de propriété : bien qu'utilisé à des fins de garantie, il reste un droit réel principal, exclusif et absolu. Par rapport aux sûretés traditionnelles constitutives de droits réels accessoires, la clause

[2327] Ce sont des crédits octroyés aux personnes physiques, selon la disposition du texte.
[2328] Pour une illustration de ce risque, v. CA Paris, 13 mars 2007, Juris-Data n°2007-332011, ayant décidé qu'une dette d'un crédit municipal ne peut être exclue des mesures de redressement prévues par le Code de la consommation.
[2329] CA Bordeaux, 8 juin 2009, Juris-Data n° 2009-005675 (en l'espèce, un véhicule vendu avec réserve de propriété a été restitué à l'établissement de crédit subrogé dans les droits du vendeur réservataire).

de réserve de propriété jouit donc d'un statut particulier et privilégié dans la procédure de rétablissement personnel[2330].

1728.On peut penser, si l'hypothèse pratique se rencontre, ce qui est peu probable dans le contexte du surendettement d'un particulier, que la même efficacité devrait être reconnue aux autres formes de propriété retenue à titre de garantie (en particulier, au crédit-bail), ainsi qu'à la fiducie-sûreté[2331].

1729.Toutes les sûretés réelles ne confèrent donc pas la même protection aux créanciers des débiteurs surendettés. Le même constat s'impose lorsque l'on s'intéresse aux conditions de leur paiement.

b - Paiement du créancier

1730.L'efficacité des sûretés, quelles qu'elles soient, se mesure aux chances de paiement qu'elles procurent à leurs bénéficiaires. Pour apprécier plus particulièrement l'efficacité des sûretés réelles, il convient d'examiner la condition du paiement, qui réside dans leur opposabilité aux tiers (1.), puis ses modalités, autrement dit la réalisation de ces sûretés (2.) et enfin le montant du paiement (3.). Dans ces trois aspects, nous verrons que le paiement des créanciers garantis sur les biens d'un débiteur surendetté se heurte à différents obstacles et que l'efficacité des sûretés réelles, dans le contexte des procédures de surendettement, se trouve ainsi fortement malmenée.

[2330] Il ne va de même dans les procédures collectives professionnelles (C. com., art. L. 624-9, L. 624-17 et L. 624-16). V. M. Bourassin, V. Brémond et M.-N. Jobard-Bachellier, *Droit des sûretés*, 4e éd., Sirey, 2014, n° 1237 et 2573.

[2331] Sur l'efficacité de ces sûretés hors concours en droit des entreprises en difficultés, v. M. Bourassin, V. Brémond et M.-N. Jobard-Bachellier, Droit des sûretés, 4e éd., Sirey, 2014, n° 1250, 2538 et 2574 (sur le crédit-bail), n° 2537, 2575, 2599 à 2601 et 2611 (sur la fiducie-sûreté).

1- Opposabilité des sûretés réelles

1731.**Efficacité en dépendance de l'opposabilité.** – Les créanciers privilégiés ne peuvent prétendre être payés par préférence à d'autres créanciers de leur débiteur que si leur sûreté est opposable aux tiers, c'est-à-dire, pour nombre d'entre elles, si les formalités légales de publicité ont bien été respectées[2332] .

1732.**Autorisation d'inscription.** – Aucun texte du Code de la consommation n'interdit l'inscription des sûretés réelles mobilières ou immobilières après l'engagement d'une procédure de traitement du surendettement. L'arrêt des inscriptions ne saurait être fondé sur les textes qui interdisent les procédures d'exécution, car l'inscription d'une sûreté n'est assurément pas une voie d'exécution. L'inscription ne devrait pas non plus tomber sous le coup des actes de disposition interdits au débiteur, parce que c'est la conclusion même de la sûreté, et non son inscription, qui constitue un acte de disposition.

1733.**Inscription impossible.** – L'inscription, après l'engagement d'une procédure de surendettement, des sûretés réelles nées antérieurement paraît cependant impossible. En effet, l'article 2427, alinéa 3 du Code civil, issu de l'ordonnance du 23 mars 2006, dispose qu'« *en cas de saisie immobilière ou de procédure de sauvegarde, de redressement judiciaire ou de liquidation judiciaire ou encore en cas de procédure de traitement des situations de surendettement des particuliers, l'inscription des privilèges et hypothèques produit les effets réglés par les dispositions du titre XIX du livre III du présent code et par celles des titres II, III ou IV du livre sixième du Code de commerce* ».

1734.Or le droit des entreprises en difficulté interdit de publier, pendant toute la durée de la procédure, « les hypothèques, gages, nantissements et privilèges » acquis avant

[2332] L'exigence de publicité ne concerne pas le gage lorsqu'il a lieu avec mise en possession du créancier, puisque celle-ci assure l'information des tiers. Il existe, par ailleurs, des sûretés réelles occultes, qui autorisent un paiement préférentiel en l'absence de toute publicité. Tel est le cas des privilèges pleinement généraux et des privilèges mobiliers, généraux comme spéciaux. Certaines sûretés conférant un droit exclusif sont également clandestines. Tel est le cas de la clause de réserve de propriété et de la fiducie-sûreté sans dépossession portant sur des meubles corporels ou incorporels autres que des créances.

le jugement d'ouverture (C. com., art. L. 622-30, al. 1er, et L. 631-14). Cette règle de l'arrêt des inscriptions des sûretés antérieures vise à geler le patrimoine du débiteur et à augmenter les chances de redressement de sa situation financière. Elle conforte également l'égalité entre les créanciers, en interdisant à celui qui n'aurait pas inscrit une sûreté réelle d'obtenir un paiement préférentiel après l'ouverture de la procédure. Ce créancier s'en trouve évidemment lésé, puisqu'il ne pourra participer à la procédure qu'en qualité de créancier chirographaire ; les autres, au contraire, voient leurs chances de paiement augmenter.

1735.**Inscriptions possibles.** – Les exceptions reconnues en matière de procédure collective professionnelle devraient également jouer dans les procédures de surendettement et préserver, par conséquent, l'efficacité des sûretés concernées. S'agissant des sûretés antérieures, deux types d'inscription devraient pouvoir avoir lieu après l'ouverture de la procédure : d'une part, une inscription en renouvellement, dès lors que l'inscription initiale aurait été valablement effectuée précédemment ; d'autre part, l'inscription définitive d'une sûreté judiciaire conservatoire publiée à titre provisoire avant l'ouverture de la procédure[2333]. Concernant les sûretés nouvelles, elles devraient pouvoir être inscrites chaque fois que la loi en autorise exceptionnellement la constitution, c'est-à-dire moyennant, soit une autorisation judiciaire[2334] , soit le remplacement de sûretés antérieures.

1736.En dehors de ces exceptions, l'inscription des sûretés réelles (mobilières ou immobilières, conventionnelles, légales ou judiciaires) paraît donc impossible après l'engagement d'une procédure à l'égard d'un particulier surendetté et ce, en raison d'un renvoi au droit des entreprises en difficulté, qui peut sembler doublement critiquable. D'abord, la technique législative du renvoi, qui manque en tout état de cause de clarté, semble encore plus discutable lorsqu'elle prend place dans une matière, comme celle des sûretés, où le besoin de sécurité est particulièrement prégnant. Ensuite, l'application dans les procédures de traitement des situations de surendettement des

[2333] Cass. Com., 17 nov. 1992, Bull. civ. IV, n° 358; Cass. Com., 11 avr. 1995, n° 92-21563.
[2334] Sur les sûretés nouvelles autorisées, en droit des entreprises en difficulté, v. C. com., art. L. 622-7, II, et celles autorisées, dans le cadre des procédures de traitement du surendettement.

dispositions du droit des entreprises en difficulté relatives à l'inscription des sûretés réelles est contestable, car ces dispositions sont largement inspirées par l'exigence d'égalité entre les créanciers. Or cette exigence est loin d'être essentielle dans le droit du surendettement, qui ne cherche pas à imposer une discipline collective aux créanciers avec la même force que le droit des entreprises en difficulté.

1737.Si l'obstacle de l'arrêt du cours des inscriptions est évité et que la sûreté est bien opposable aux tiers, se pose la question des modalités de sa mise en œuvre par le créancier impayé.

2- Modalités de réalisation des sûretés réelles

1738.En droit commun, depuis l'ordonnance du 23 mars 2006 et la loi de ratification nº 2007-212 du 20 février 2007, les créanciers gagistes, nantis, hypothécaires ou encore titulaires d'un privilège immobilier spécial sont libres, en principe, de choisir entre trois modes de réalisation, à savoir la vente du bien grevé en vue d'exercer sur le prix un droit de préférence, l'attribution judiciaire de la propriété de ce bien et l'exécution d'un pacte commissoire. Si le débiteur bénéficie d'une procédure de traitement du surendettement, la liberté du créancier privilégié dans la réalisation de sa sûreté est, au contraire, fortement limitée (a). La réalisation procède de la vente des biens du débiteur, dans des conditions qui échappent, pour l'essentiel, aux créanciers (b).

a) Restrictions à la liberté de réalisation du créancier

1739.Les créanciers garantis par une sûreté réelle ne peuvent pas mettre en œuvre celle-ci au moment où ils le pourraient normalement. Ils ne peuvent pas non plus librement choisir parmi les modes de réalisation reconnus par le Code civil. En effet, les procédures de traitement du surendettement recèlent plusieurs causes de report de l'exigibilité des dettes garanties (α) et elles empêchent, dans de multiples hypothèses, les procédures d'exécution contre les biens du débiteur (β).

α) Reports de l'exigibilité de la dette garantie

1740.**Exigibilité de la créance : condition pour la mise en œuvre d'une sûreté réelle.** – Ni la demande d'ouverture d'une procédure par le particulier surendetté, ni la décision de la commission déclarant cette demande recevable, ni les décisions du juge en matière de rétablissement personnel, ne constituent des causes de déchéance du terme. Le créancier doit donc attendre, le cas échéant, que la dette du débiteur surendetté soit exigible pour pouvoir mettre en œuvre les sûretés portant sur les biens de celui-ci.

1741.**Mesure prorogative d'échéance.** – Mais alors l'échéance de la dette garantie peut être retardée par diverses mesures de redressement : d'une part, le report ou le rééchelonnement des paiements, qui peuvent être, soit négociés par le débiteur et son créancier dans le plan conventionnel (C. consom., art. L. 331-6), soit imposés par la commission (C. consom., art. L. 331-7) ; d'autre part, la suspension de l'exigibilité des créances, qui peut également être imposée par la commission. En présence de telles mesures, la réalisation des sûretés se trouve d'autant retardée.

β) Suspension ou interdiction des procédures d'exécution contre les biens du débiteur

1742.**Pas d'exécution pendant les mesures conventionnelles ou judiciaires.** – Lorsque la créance garantie est exigible, le créancier impayé ne peut pas pour autant réaliser librement sa sûreté réelle, puisque les procédures d'exécution contre les biens du débiteur sont interdites pendant presque toute la durée de la procédure. Effectivement, si l'on additionne toutes les périodes d'interdiction qui jalonnent la procédure de traitement du surendettement et celle de rétablissement personnel, telles qu'elles ont été étendues par la loi du 1er juillet 2010, il apparaît que des procédures d'exécution ne peuvent être exercées que dans deux hypothèses seulement. D'abord, avant la décision de la commission sur la recevabilité du dossier, mais seulement si

l'interdiction n'est pas prononcée par le juge, saisi par la commission, à la demande du débiteur (C. consom., art. L. 331-5 *a contrario*). Ensuite, si un plan conventionnel est adopté, pendant son exécution, puisque l'article L. 331-6 du Code de la consommation ne prévoit alors aucune interdiction des procédures d'exécution. Mais celles-ci se trouvent obligatoirement paralysées si la situation du débiteur devient irrémédiablement compromise en cours d'exécution de ce plan (C. consom., art. L. 331-7-3, issu de la loi du 1er juillet 2010).

1743.Dans toutes les autres hypothèses, c'est-à-dire de la décision de la commission sur la recevabilité du dossier jusqu'à l'orientation donnée à celui-ci (C. consom., art. L. 331-3-1, issu de la loi du 1er juillet 2010), puis pendant la durée des mesures imposées ou recommandées par la commission (C. consom., art. L. 331-9) ou encore du jugement d'ouverture de la procédure de rétablissement personnel avec liquidation jusqu'au jugement de clôture (C. consom., art. L. 332-6), il ne peut y avoir, en principe, de procédure d'exécution contre les biens du débiteur.

1744.Exception. – Les articles L. 331-3-1 et L. 331-5 du Code de la consommation énoncent toutefois une exception au sujet de la saisie immobilière : lorsque « *la vente forcée a été ordonnée*[2335] *, le report de la date d'adjudication ne peut résulter que d'une décision du juge chargé de la saisie immobilière, saisi à cette fin par la commission, pour causes graves et dûment justifiées* ».

1745.Cette dérogation a pour but d'éviter que la procédure de surendettement ne soit utilisée par certains débiteurs dans le seul but de faire échec à une mesure d'exécution forcée portant sur ses immeubles. Elle profite notamment aux créanciers titulaires d'une sûreté immobilière qui auraient entrepris sa réalisation avant l'ouverture de la procédure.

1746.**Exception rajoutée par la réforme de 2010.** – Depuis la loi du 1er juillet 2010, une autre exception conforte l'efficacité des gages garantissant les prêts consentis par

[2335] Il est regrettable que la loi du 1er juillet 2010 n'ait pas envisagé la question de la vente amiable sur autorisation judiciaire permise depuis l'ordonnance n° 2006-461 du 21 avril 2006 ayant réformé la saisie immobilière.

des caisses de crédit municipal. En effet, d'après le nouvel article L. 333-1-2 du Code de la consommation, « la réalisation des gages par les caisses de crédit municipal ne peut être empêchée ou différée au-delà de la date déterminée dans le contrat de prêt ».

1747.**Question particulière sur l'action en revendication.** – Sous réserve de ces deux exceptions, l'interdiction des procédures d'exécution contre les biens du débiteur a pour effet d'empêcher les créanciers titulaires d'une sûreté réelle de saisir le bien grevé[2336], puis de le faire vendre aux enchères, voire à l'amiable lorsque la loi le permet. Est-ce que cette interdiction entrave également les modes de réalisation des sûretés réelles indépendants des procédures d'exécution régies par la loi du 9 juillet 1991 ? La question intéresse, pour les sûretés réelles traditionnelles (gages, nantissements, hypothèques, privilèges immobiliers spéciaux), l'attribution judiciaire des biens grevés et la mise en œuvre d'un pacte commissoire, qui permet au créancier de devenir propriétaire du bien affecté en garantie sans avoir à recueillir une autorisation judiciaire. Pour les sûretés fondées sur le droit de propriété, la question concerne principalement l'acquisition définitive de la propriété de biens donnés en fiducie et la revendication des biens vendus avec réserve de propriété.

1748.**Jurisprudence.** – À ce jour, la Cour de cassation n'a pas été saisie de cette question et les juges du fond y ont apporté des réponses opposées : certains ont admis l'action en revendication d'un bien meuble corporel exercée par un vendeur réservataire[2337] ; d'autres ont décidé qu'en application de l'article L. 331-9 du Code de la consommation, un créancier n'est pas recevable à poursuivre la restitution d'un véhicule, gage de sa créance, dès lors qu'une telle restitution constitue de fait une procédure d'exécution sur un bien du débiteur[2338].

1749.**Solution proposée.** – En faveur de l'interdiction des seules procédures d'exécution *stricto sensu*, plusieurs arguments peuvent être avancés. Le premier

[2336] La Cour de cassation admet qu'il puisse s'agir d'un bien affecté en garantie par un coobligé du débiteur surendetté. Ainsi, a-t-elle interdit à un créancier titulaire d'une hypothèque portant sur un immeuble de l'ex-époux de la débitrice surendettée de saisir ce bien en exécution d'un prêt consenti aux ex-époux (Cass. 2e civ., 10 févr. 2005 : Bull. civ. II, n° 30).
[2337] CA Colmar, 2 juin 2008, Juris-Data n° 2008-367636.
[2338] CA Paris, 28 avr. 2009, Juris-Data n° 2009-007196.

résulte d'une comparaison avec le droit des entreprises en difficulté. Le Code de commerce prévoit lui aussi que le jugement d'ouverture de la procédure de sauvegarde ou de redressement judiciaire arrête ou interdit toute procédure d'exécution, tant sur les meubles que sur les immeubles (C. com., art. L 622-21, L. 631-14), mais il admet que certaines sûretés soient réalisées autrement que par l'exercice d'une voie d'exécution[2339] .

1750.En deuxième lieu, l'interprétation stricte des dispositions qui interdisent les procédures d'exécution se justifie par leur caractère dérogatoire par rapport à la force obligatoire des contrats et au droit de poursuite de tous les créanciers impayés. Enfin, cette solution est la seule à même de préserver l'efficacité des sûretés réelles au cours des procédures de traitement du surendettement.

1751.Il faut bien reconnaître, toutefois, que la limitation de l'interdiction des poursuites aux seules procédures d'exécution et la validation, au contraire, des modes alternatifs de réalisation des sûretés, compromettraient gravement le redressement du débiteur, alors qu'il s'agit du principal objectif poursuivi par le droit du surendettement.

1752.Par conséquent, il est probable qu'après l'ouverture d'une procédure de surendettement et pendant toutes les périodes d'interdiction des procédures d'exécution, les créanciers privilégiés ne puissent, ni saisir et faire vendre librement les biens grevés, ni en requérir en justice l'attribution, ni encore en devenir propriétaire sur le fondement d'un pacte commissoire. Ainsi, nous pouvons logiquement penser que pendant cette procédure, le créancier, titulaire d'un droit de rétention, n'est réellement mis dans une place plus favorable que les créanciers munis d'une sûreté réelle mobilière traditionnelle.

1753.Un sort plus favorable pourrait en revanche être réservé aux créanciers titulaires d'une sûreté fondée sur le droit de propriété. En effet, les caractères exclusif et absolu

[2339] Telles que l'attribution judiciaire du bien objet du gage.

de ce droit réel principal pourraient justifier que l'action en revendication ne soit pas assimilée à une procédure d'exécution prohibée[2340] .

1754.Dans les procédures de surendettement, tout comme d'ailleurs dans les procédures collectives professionnelles, une fracture se dessine donc entre les sûretés conférant un droit exclusif et celles offrant uniquement un droit de préférence. L'efficacité de ces dernières est profondément entamée par les restrictions à la liberté de réalisation que le droit du surendettement impose.

b) Réalisation par la vente des biens du débiteur

1755.**Vente indispensable.** – Le droit de préférence attaché à l'ensemble des sûretés réelles traditionnelles ne peut conduire à un paiement prioritaire du créancier bénéficiaire qu'à la condition que le bien grevé soit vendu.

1756.**Ventes possibles pendant la procédure.** – Si la vente des biens du débiteur surendetté ne saurait être initiée par le seul créancier impayé, elle peut cependant avoir lieu au cours de la procédure de surendettement et ce, en diverses occasions.

D'abord, si un plan amiable est négocié, la vente d'un bien grevé d'une sûreté peut résulter d'un accord entre le débiteur et le créancier garanti, puisque ce plan peut subordonner les mesures de redressement qu'il renferme à l'accomplissement par le débiteur d'actes propres à faciliter le paiement de ses dettes (C. consom., art. L. 331-6, al. 3)[2341] . C'est le seul cas dans lequel le créancier conserve une certaine maîtrise dans la mise en œuvre de sa sûreté.

[2340] CA Bordeaux, 8 juin 2009, Juris-Data n° 2009-005675.
[2341] Au titre des mesures permettant de faciliter le paiement de la dette, une circulaire du 24 mars 1999 a cité « la mise en vente amiable, au prix du marché, des résidences secondaires, véhicules automobiles non indispensables à l'activité professionnelle ou aux besoins de la famille et valeurs mobilières, ou encore la réalisation de produits d'épargne ».

La vente d'un bien grevé peut ensuite être recommandée par la commission de surendettement à titre de mesure d'accompagnement des mesures de redressement qu'elle impose ou qu'elle recommande (C. consom., art. L. 331-7-2).

Enfin, la vente des biens du débiteur peut évidemment avoir lieu si une procédure de rétablissement personnel avec liquidation judiciaire est ouverte. L'article L. 332-8 du Code de la consommation prévoit que « *le liquidateur dispose d'un délai de douze mois pour vendre les biens du débiteur à l'amiable ou, à défaut, organiser une vente forcée dans les conditions relatives aux procédures civiles d'exécution* ».

1757.Lorsqu'un bien grevé d'une sûreté est vendu dans l'une de ces circonstances, la question se pose de savoir si le créancier peut espérer recevoir un paiement intégral ou si, malgré son droit de préférence sur le prix de vente, il risque de ne pas être entièrement désintéressé.

3- Montant du paiement

1758.Le montant du paiement auquel peut prétendre un créancier privilégié dépend, d'une part, des aménagements dont sa créance a pu faire l'objet au cours de la procédure de traitement du surendettement (a) et, d'autre part, des répartitions du produit de la vente des biens grevés (b).

a) Réductions de la créance garantie

1759.**Des mesures acceptées ou imposées.** – Les créanciers privilégiés d'un débiteur surendetté ne sont nullement à l'abri des réductions de dettes qui peuvent être décidées au cours de la procédure devant la commission. En effet, tout comme les créanciers chirographaires, ils peuvent être amenés à accepter, dans le plan conventionnel de redressement, des remises ou une modification, voire une suppression, du taux d'intérêt. Ils peuvent aussi se voir imposer par la commission de telles mesures.

1760.Dans toutes ces hypothèses, il convient de souligner que, si le montant de la créance garantie est réduit, la sûreté réelle qui en garantit le paiement n'est pas en revanche éteinte dans la même proportion, puisque les sûretés réelles sont en principe indivisibles.

1761.Un type de réduction concerne spécifiquement les établissements de crédit garantis par une hypothèque ou par le privilège du prêteur de deniers. Mais cette réduction n'est possible qu'en matière immobilière[2342].

1762.Si ce droit ne met donc pas le créancier garanti à l'abri des diverses réductions de créances que reconnaît le droit du surendettement, est-ce qu'il remplit au moins son objet en autorisant le paiement prioritaire de son titulaire lors de la répartition du prix de vente du bien grevé ?

b) Répartitions du produit de la vente des biens grevés

1763.**Principe d'efficacité des sûretés réelles traditionnelles.** – Au cours de la procédure de traitement du surendettement, nous avons vu que les sûretés réelles peuvent être privées d'efficacité avant même leur mise en œuvre et que celle-ci ne peut avoir lieu, ni au moment, ni dans les formes souhaités par le créancier. Lorsque ces divers obstacles sont évités ou surmontés et que les biens grevés sont vendus, les sûretés réelles remplissent en revanche leur fonction de protection des intérêts des

[2342] En effet, selon l'article L. 331-7-1 du Code de la consommation, en cas de vente, forcée ou amiable , du logement principal du débiteur « grevé d'une inscription bénéficiant à un établissement de crédit ayant fourni les sommes nécessaires à son acquisition » ou à des travaux d'amélioration (ass. 1re civ. 2 mai 1994), la commission peut recommander, par proposition spéciale et motivée, que le montant des prêts immobiliers restant dû après imputation du prix de vente sur le capital encore non remboursé, soit réduit et que le paiement de ce nouveau montant soit rééchelonné, « dans des proportions telles que le paiement soit compatible avec les ressources et les charges du débiteur » (Cette recommandation extraordinaire doit être rendue exécutoire par le juge :C. consom., art. L. 332-1).
Selon la Cour de cassation, la réduction peut même être totale si elle est seule compatible avec les ressources et les charges du débiteur (Cass. 1re civ., 4 avril 1995, Bull. civ. I, n° 161) . La haute juridiction décide par ailleurs que la réduction de la fraction des prêts immobiliers restant due peut avoir lieu sans distinguer entre les prêteurs immobiliers chirographaires et ceux titulaires d'un droit de préférence (Cass. 1re civ., 9 juillet 1996, Bull. civ. I, n° 302).

créanciers bénéficiaires. Effectivement, lors de la répartition du produit de la vente, le droit de préférence attaché aux sûretés réelles traditionnelles est en principe efficace.

1764.Au sujet de ventes survenues dans le cadre de l'ancien redressement judiciaire civil, la Cour de cassation a affirmé à plusieurs reprises, sous forme de principe, qu'« *aucune disposition du titre III du Code de la consommation, relatif au règlement des situations de surendettement des particuliers, n'octroie au juge, qui arrête des mesures de redressement, la faculté de déroger aux règles de répartition du prix de vente d'un immeuble hypothéqué* »[2343]. Ce prix doit donc être d'abord réparti entre les créanciers privilégiés, dans le respect des règles de classement de droit commun, avant d'être distribué, le cas échéant, aux créanciers chirographaires[2344] . Compte tenu de sa formulation très générale, cette solution devrait aujourd'hui concerner toutes les ventes intervenant avant que la situation du débiteur ne soit irrémédiablement compromise, qu'elles soient convenues entre le débiteur et ses créanciers (C. consom., art. L. 331-6) ou qu'elles soient recommandées par la commission (C. consom., art. L. 331-7-2).

1765.En cas de procédure de rétablissement personnel avec liquidation judiciaire, l'efficacité du droit de préférence conféré par les sûretés réelles classiques est pareillement préservée. L'article L. 332-8 du Code de la consommation précise en effet que « le liquidateur procède à la répartition du produit des actifs et désintéresse les créanciers suivant le rang des sûretés assortissant leurs créances ».

1766.**Exceptions.** – Dans deux hypothèses toutefois les droits de préférence pourraient être tenus en échec. D'une part, comme en droit commun et comme dans le cadre des procédures collectives professionnelles, la présence de droits exclusifs — droit de rétention ou sûreté-propriété — pourrait perturber le jeu des droits de préférence. D'autre part, et c'est là une dérogation propre au droit du surendettement,

[2343] Cass. 1re civ., 9 mars 1994, Bull. civ. I, n° 94 ; Cass. 1re civ., 6 juin 2000, n° 97-04021.
[2344] Cass. 1re civ., 31 mars 1992, Bull. civ. I, n° 102.

les créances des bailleurs sont réglées prioritairement aux créances des établissements de crédit, fussent-ils titulaires de droits de préférence[2345].

1767.L'article L. 333-1-2 du Code de la consommation prévoit, à l'issue de la réforme de 2010, que « *les dettes issues de prêts sur gage souscrits auprès des caisses de crédit municipal en application de l'article L. 514-1 du code monétaire et financier ne peuvent être effacées par application des mesures prévues au 2° de l'article L. 331-7-1 et aux articles L. 332-5, L. 332-6-1 et L. 332-9 du présent code. La réalisation des gages par les caisses de crédit municipal ne peut être empêchée ou différée au-delà de la date déterminée dans le contrat de prêt* »[2346].

1768.**Conclusion du paragraphe. –** L'influence des procédures de traitement de surendettement sur le débiteur est double. En bénéficiant les mesures de traitement de surendettement, le débiteur va subir quand même des restrictions. L'inscription au FICP ou encore une potentielle interdiction au crédit, des obligations accessoires qui ont pour objet la facilité au paiement des dettes, toutes ces contraintes ne sont que temporaires, ceux qui restent conformes à la politique de la création de ce système : donner une chance à rebondir au débiteur.

1769.Mettant le plan conventionnel de remboursement à côté qui est soumis au consentement des parties, celles qui sont les plus dangereuses sont des mesures proposées et imposées par la Commission de surendettement, malgré un contrôle *a posteriori* par le juge. Ces mesures proposées peuvent toucher tant sur le principal que sur les accessoires de la créance, tant sur le montant que sur les échéances, ainsi nuancer l'efficacité des sûretés mobilières légalement constituées. Mais certains créanciers, semble-t-il, peuvent être mis à l'abri[2347] à cause de la nature de la créance ou de la qualité du créancier. Une « sûreté légale » dotée d'un droit de préférence[2348] a

[2345] Art. L. 333-1-1, C. consom.
[2346] Concernant cet article, v. *infra*.
[2347] Mettant à part la caisse de crédit municipal, les bailleurs, bénéficiant déjà des privilèges sur les biens meubles de son locataire, vont bénéficier encore un droit de préférence pour garantir le paiement des loyers à partir de l'ouverture de la procédure sans que les mesures ne puissent les toucher.
[2348] Le droit privilégié du bailleur sur les créances nées du contrat de bail.

pu être constituée par le droit en concurrençant avec le droit préférentiel des créanciers munis d'une sûreté réelle mobilière.

1770.Il est facile de constater que le droit de surendettement a pour objet direct l'apurement des dettes du débiteur, donc de rompre l'équilibre contractuel. Cependant, les législateurs, en rangeant le droit de surendettement sous le chapiteau du droit de la consommation ont voulu chercher un équilibre[2349] entre le créancier et le débiteur[2350]. Il en va de même pour les autres exceptions de la force obligatoire des contrats.

[2349] Comp. N. Rzepecki, *Droit de la consommation et théorie générale du contrat*, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 2002, préf. G. WIEDERKEHR, p. 177, n° 196 : en indiquant que « le législateur a tenté d'équilibrer le contenu des contrats de consommation », l'auteur a, de manière générale, souligné l'objet du droit de la consommation est de chercher un équilibre.

[2350] Cet équilibre est cherché par le législateur par différents moyens, ainsi la restriction de la liberté contractuelle, l'interdiction des clauses abusives, l'exploitation de la théorie de l'abus ou de l'exécution de bonne foi.

Conclusion de la section 1

1771.L'adoption du système de surendettement ou de faillite civile est une nécessité pour une société d'endettement de haut niveau et va surement influencer les débiteurs personnes morales ou physiques et ses créanciers. En France, même si c'est avec un peu en retard par rapport à ces voisins européens, le législateur a adopté des procédures de traitement du surendettement en matière civile, qui ont beaucoup influencé le droit des sûretés réelles mobilières, en pratique et dans la législation. Si les sûretés réelles ont pu garantir la sécurité juridique des relations d'affaires, un système de faillite personnelle est semble-t-il nécessaire pour sauver les personnes physiques, ainsi une sécurité sociale.

1772.En France, seulement les débiteurs peuvent bénéficier une procédure de traitement du surendettement. Une telle disposition a pu témoigner la prudence des législateurs français, ainsi un manque de confiance dans la société française. Ce système met en danger les droits des créanciers, si bien qu'une idéologie contraire à celle du droit des sûretés, doit coexister avec de dernier. C'est la raison pour laquelle, avant d'ériger un tel système en Chine, il faut bien réfléchir sur la relation entre le système de surendettement et le droit des sûretés, notamment avec les sûretés réelles mobilières qui reconnaîssent un essor et vont connaître encore un développement considérable.

Section 2 – L'adoption éventuelle de la procédure de surendettement en Chine

1773.**Un endettement en croissance.** – Depuis longtemps, la culture chinoise se nourrit d'une idée d' «économie »[2351], c'est-à-dire de « dépenser selon son niveau de revenu »[2352]. D'un autre point de vue, les chinois considèrent qu'une vie « endettée » ou bien « surendettée » était un scandale pour soi-même et pour la famille[2353]. Mais le développement de l'économie sociale fouette les pensées traditionnelles, les crédits ont ainsi pénétré dans la vie quotidienne des citoyens chinois. Depuis 1997, suivant des politiques d'incitation de la consommation personnelle, surtout celles qui concernent le crédit immobilier pour le logement, l'ampleur des crédits à la consommation [2354] a reconnu un essor. En 1997, la totalité des crédits à la consommation était de 17, 2 milliards *Yuan*[2355], et en 2008 ce chiffre s'élèvait à 3 747, 1 milliards, le taux d'augmentation est de 63, 1 % par an en moyen. Selon les statistiques, la solde des crédits immobiliers, en 2008, était de 3045, 8 milliards *Yuan*, c'est donc 357, 5 milliards de plus par rapport à celui de 2007, le taux d'augmentation était de 13, 3 % ; la solde des autres crédits à la consommation est 697, 7 milliards *Yuan*, le taux d'augmentation est de 17,4 %. Mais il est à constater que dans certaines villes, notamment les villes les plus riches, le taux d'endettement familial[2356] est très élevé. En 2003, le taux d'endettement familial moyen des américains s'élèvait à 115%, et en 2008, le taux d'endettement familial moyen à Pékin était déjà de 122%, 155% à Shanghai, 95% à Qingdao, 91% à Hangzhou, 85% à Shenzhen et 79% à Ningbo. En Chine, la plupart des crédits à la consommation ont été utilisés en matière d'achat d'immeubles et de voitures. L'essor du prix immobilier est une raison très importante

[2351] Une pluralité de connotations a pu être constatée, ici, nous allons prendre le sens concernant la gestion de ressources : Le Robert, dictionnaire de la langue française, v° « économie », sens II, 1 : « gestion où l'on évite la dépense inutile ».
[2352] Comp. Le Robert, *Dictionnaire de la langue française*, v° « économiser », sens 1 : « Dépenser, utiliser avec mesure ».
[2353] En Chine, les personnes sont étroitement liées à la famille qui regroupe toute les personnes qui descendent de la même souche sanguine et partagent un même nom. Ainsi, avant de mettre l'accent sur soi-même, on est, d'abord, considéré comme un membre de la famille et un membre de la patriote. Le succès d'une personne va rendre hommage à sa famille, et à la patriote, si le succès est reconnu au niveau international ; *à contrario*, sa faute ou son fait scandaleux va porter des mauvaises influences sur l'image de la famille.
[2354] En Chine, les crédits immobiliers font partie des crédits à la consommation.
[2355] La monnaie utilisée en PRC, 1 euro = environ 7 *yuans*.
[2356] Taux d'endettement familial : dette totale du ménage/revenu total du ménage.

de l'augmentation très rapide de l'endettement[2357]. Dans le contexte de la politique d'incitation de la demande intérieure, les quatre banques nationales et les douze banques commerciales ont bien commencé à exploiter le domaine de la carte accréditive, et nous allons voir une expansion très rapide de ce service en Chine. Par exemple, jusqu'à 2008, plus de 131 millions de cartes accréditives ont été distribuées, et en 2012, ce chiffre avait dépassé 302 millions[2358].

1774.**Présence de risques de surendettement.** – En effet, l'endettement familial est devenu un phénomène très banal en Chine, l'endettement n'est plus quelque chose de scandaleux. De surcroît, l'endettement est la conséquence du développement social, il va permettre une hausse de qualité de vie, et une croissance de la demande intérieure, ainsi une croissance économique. Mais un « surendettement » va constituer une charge trop lourde pour la famille, des incidents qui diminuent le revenu familial vont rendre la famille insolvable, et vont ainsi mettre en danger le patrimoine familial et aussi le patrimoine des établissements de crédit. Encore, trop d'endettement va rendre un ménage trop sensible au chômage ou à la fluctuation des taux d'intérêts, ainsi cela va être un problème social[2359].

1775.Dans un tel contexte, il est intéressant de savoir s'il est nécessaire d'établir un système de surendettement en Chine (§1). Si la réponse est affirmative, une deuxième question se posera automatiquement : quel système de surendettement va-t-on établir (§2)?

§1 – La nécessité de la création d'un système de surendettement en Chine

1776.**Taux d'endettement élevé.** – En Chine, le taux d'endettement est relativement faible par rapport aux autres pays, y compris par rapport aux pays asiatiques. Le taux d'endettement chinois, en matière civile, était finalement monté à vingt pour cent en

[2357] Journaux d'observation économique (经济观察报)， 1er novembre 2004 (4).
[2358] http://finance.chinanews.com/fortune/2012/08-20/4120307.shtml
[2359] Guo Xinhua, « *Les crédits à la consommation, défaillance et faillite personnelle* », 2010, p. 2-4.

2012. Par contre, en 2012, il était de 81% au Malaysia, 71% au Singapour et en Thaïlande[2360] ; et en 2007, il était de 52, 2% à Hongkong[2361], 70 % en Corée du sud[2362] et 72, 8% au Japon[2363]. Il est clair qu'en Chine, il est encore à développer le domaine du crédit à la consommation. Selon la recherche des économistes, le taux d'endettement a des influences positives sur la croissance économique[2364].

1777.Des analystes de la *Banque de Standard Chartered* ont été très inquiétés sur l'état d'endettement de la Chine, mais cette inquiétude est une inquiétude au niveau général sur tous les crédits, les crédits gouvernementaux, les crédits commerciaux et les crédits à la consommation. La totalité des crédits représente 214% du PIB en 2012, mais il n'était que 162% en 2007. La croissance d'expansion des crédits est trop vite, elle est de 22% en moyen depuis 2007, c'est beaucoup plus vite que la croissance économique[2365]. Il est très risqué qu'un jour, un très grand nombre de débiteurs ne pourront plus faire face à ces dettes (professionnelles et non-professionnelles). En matière commerciale, nous avons déjà un système des procédures collectives qui peut traiter les débiteurs personnes morales en difficulté, mais en matière de la consommation, qui est un domaine à prospecter, il n'y a pas encore un tel système, malgré des propositions doctrinales. Des auteurs[2366] ont déjà vu la nécessité d'avoir un système de traitement contre l'insolvabilité personnelle[2367], mais les avant-projets[2368] restent sans suite.

[2360] http://money.163.com/13/0712/06/93IJ6CLI00253B0H.html
[2361] Journal Officiel de l'administration financière de Hongkong.
[2362] Source de la Banque de la Corée du Sud.
[2363] Source de *Japon Statistical Yearbook*.
[2364] Guo Xinhua a analysé la relation entre l'endettement familial et la consommation, une augmentation d'un pourcent du taux d'endettement familial va amener une augmentation de plus d'un pourcent de croissance économique.
[2365] http://news.10jqka.com.cn/20130716/c536942953.shtml
[2366] D.-F. XU, « De l'effacement des dettes en cas de faillite des particuliers », *Droits chinois et étrangers*, avril 2011 ; Guo Xinhua, « *Les crédits à la consommation, défaillance et faillite personnelle* », 2010, p. 2-4 ; ZHOU Hailing, Journaux internationaux des pionniers(国际先驱导报), 20 mai 2005 ; CAI Badi, « L'émergence des surendettements, l'appel à la législation de procédure de surendettement »(负翁大量涌现，个人破产需立法), Revue hebdomadaire de l'économie chinoise(中国经济周刊), 2005 (42), p. 30 à 31.
[2367] ZHOU Hailing, dans un article, a indiqué qu'une « meilleure solution » pour les problèmes d'endettement est « la procédure de surendettement », « la procédure de surendettement va permettre de résoudre tous les problèmes des dettes, et elle va permettre aux créanciers d'être réglés le plus vite

1778.Besoin d'un système protégant l'essor de la consommation. – Théoriquement, tant que la dimension et la quantité des dettes familiales ou personnelles restent faibles, et la faillite personnelle ou le surendettement est peu nombreux, le gouvernement n'aura pas de pression à établir un système de surendettement pour les personnes physiques. Mais, dès que l'endettement va arriver à une certaine dimension, et le surendettement ou la faillite personnelle va devenir un phénomène de plus en plus fréquent, la législation en matière de surendettement va devenir une nécessité objective. Récemment, le développement des crédits à la consommation a connu un essor, la dimension des dettes familiale ou de la consommation ne cesse pas d'augmenter, et dans un avenir d'une dizaine d'années, nous allons voir encore une augmentation considérable des dettes familiales. La survenance d'une crise économique ou financière, comme celle de 2008, va rendre beaucoup de famille en faillite ou au moins dans un état de difficulté financière. Une législation en matière de surendettement conforme à la situation sociale actuelle, d'un point de vue de prévention des risques, sera devenue très urgente.

1779.La nécessité d'une législation en matière de surendettement se constate au regard des éléments économiques (A) et au regard des éléments sociaux (B).

---

possible », *Journaux internationaux des pionniers*(国际先驱导报), 20 mai 2005 ; CAI Badi, « L'émergence des surendettements, l'appel à la législation de procédure de surendettement »(负翁大量涌现，个人破产需立法), Revue hebdomadaire de l'économie chinoise(中国经济周刊), 2005 (42), p. 30 à 31 ; GUO Xinhua, « *Les crédits à la consommation, défaillance et faillite personnelle* », 2010, p. 172 in fine ; ZHANG Yubiao, un représentant des peuples (qui a le droit de proposé un avant-projet ou une idée de réforme législative en Chine) a notamment indiqué, lors une réunion importante, que la crise financière internationale a des influences négatives à la vie quotidienne des personnes physiques et à leur famille, il est nécessaire de créer un système de surendettement personnel pour évider des drames familiales (la faillite personnelle a causé la suicide d'une dizaine de millionnaires chinois en 2012 : http://npc.people.com.cn/GB/17488717.html).

[2368] Mao Yonghong, en 2009, http://www.hb.xinhuanet.com/newscenter/2009-03/04/content_15857449.htm; HUANG Ming, en 2008, http://npc.people.com.cn/GB/28320/116286/116591/6991706.html; GE Jiangxiong, en 2010, http://www.lawtime.cn/info/pochan/grpc/2010062445844.html.

A – La nécessité au regard des éléments économiques

1780.Si l'endettement familial chinois a reconnu une croissance énorme (a), avec un taux d'endettement non-professionnel qui reste faible encore, cela ne va pas dire que le taux d'endettement non-professionnel va rester à ce niveau. Une croissance irréductible (b) de l'endettement va facilement amener le taux d'endettement à un niveau comparable à celui des autres pays asiatiques et des pays occidentaux.

a - Une croissance considérable d'endettement familial

1781.**Une croissance en grande vitesse.** – En Chine, les dettes familiales ont la même signification que les dettes non professionnelles en France. Parce qu'en Chine, les crédits non professionnels sont pris pour le compte de la famille, rarement pour l'emprunteur lui-même.

1782.Depuis 1997, une politique d'incitation des crédits a été mise en œuvre en Chine. C'est par la suite que l'endettement familial a reconnu une croissance énorme. Le taux de croissance moyen de l'endettement familial est estimé de 232% entre 1997 et 2008. Plus concrètement, le solde des crédits à la consommation, y compris les crédits immobiliers, a augmenté presque de 21800% pendant ces 12 ans.

1783.De surcroit, les crédits à la consommation occupent une place de plus en plus importante. En 2008, ils représentent 11,70% de tous les crédits, mais en 1997, ce chiffre ne s'élève qu'à 0, 23%.

1784.Globalement, les crédits sont principalement utilisés dans l'achat d'immeubles et de voitures qui représentent 61,85% et 19,64% de la totalité des crédits à la consommation[2369]. Les crédits à la consommation utilisés dans l'achat des voitures ont reconnu une croissance beaucoup plus considérable que celle des crédits immobiliers, mais le domaine immobilier reste le premier besoin du crédit à la consommation. Il

[2369] Guo Xinhua, *Les crédits à la consommation, défaillance et faillite personnelle*, 2010, p. 80.

est encore à ajouter les pseudo-crédits, à savoir les ventes avec les paiements différés, pratiqués par les vendeurs. Mais ces avancements pratiqués ne sont pas pris en compte comme des crédits à la consommation, en Chine.

1785.**Rapidité et en prospérité.** – Nous pouvons constater que la croissance de l'endettement familial chinois est caractérisée par sa rapidité, mais par rapport à l'ensemble des crédits, les crédits à la consommation ne représentent qu'une petite partie, 20 % en 2012[2370]. En plus, le marché de crédit a encore des grandes potentialités, parce que les paysans ont un grand besoin de crédits, mais ils n'ont pas pu être les bénéficiaires. Une recherche par échantillons nous indique qu'au moins 70% des paysans ont besoin des crédits pour la consommation, et plus de 90% des crédits à la consommation se consentent dans les zones urbaines. Une fois bien exploité ce marché, le taux d'endettement familial va être beaucoup plus considérable. Et le risque de surendettement s'accroitrait en même temps.

1786.**Danger prévisible au regard de l'histoire française.** – Comparant avec le contexte de l'adoption du système de surendettement en France, il est clair que la nécessité est patente. A l'époque, le recours massif par les particuliers au crédit sous ses différentes formes connaît une augmentation de 158% entre 1984 et 1988[2371]. Encore, la baisse d'inflation est l'une des sources de l'augmentation des incidents de paiement[2372].

1787.Ainsi, une croissance énorme et rapide de l'endettement familial en Chine a pu être constatée, et il ne semble point que cet endettement soit réductible, au moins selon une théorie des économistes.

[2370] Mais dans les pays occidentaux, ce taux arrive souvent à plus de 50%.
[2371] D. Khayat, *Le droit du surendettement des particuliers*, LGDJ, Paris, 1997, p. 9.
[2372] D. Khayat, *Le droit du surendettement des particuliers*, LGDJ, Paris, 1997, p. 9 ; Comp. en 2013, l'inflation a commencé à réduire sa vitesse d'augmentation, en Chine.

b - Un endettement irréductible

1788.**Une consommation en hausse.** – L'endettement familial est irréductible, parce que selon Monsieur GUO[2373], la croissance de cet endettement a un étroit lien avec le niveau de la consommation nationale et aussi avec la croissance économique chinoise.

1789.Selon le rapport annuel, le montant de consommation se développe d'une année à une autre depuis 1997. Mais la tendance moyenne de consommation se décline depuis 1997.

	Totalité de la consommation (milliard yuan)	Tendance moyenne de consommation[2374](%)	Coefficient de la consommation[2375](%)
1997	3485,46	82,7	44,1
1998	3692,10	82,5	43,7
1999	3939,90	81,1	43,9
2000	4585,46	86,2	46,2
2001	4592,30	77,5	41,9
2002	4888,16	70,9	40,6
2003	5268,55	68,7	38,8
2004	5899,45	66,7	36,9
2005	7121,75	69,4	38,9
2006	8012,05	68,8	37,8
2007	9360,29	67.4	36,4
2008	10839,22	66,5	36,1

1790.Cela veut dire que, selon cet économiste, pour augmenter le besoin de la consommation, il faut augmenter les revenus. Et la croissance économique chinoise est le résultat des investissements.

[2373] Guo Xinhua, *Les crédits à la consommation, défaillance et faillite personnelle* , 2010, p.119 et s.
[2374] Tendance moyenne de consommation =la totalité de la consommation/les revenus disponibles.
[2375] Coefficient de la consommation = la totalité de la consommation / le produit interne brut (PIB).

1791.**Une consommation insuffisante : idée économiste.** – Comparant la croissance économique et la croissance de la consommation, la première est beaucoup plus importante que la dernière. Par contre, le développement de l'endettement familial est plus vite que le développement économique. Une analyse mathématique a été effectuée pour voir la relation entre l'endettement familial, la consommation et la croissance économique. En général, la croissance de l'endettement familial va aider à la stimulation de la consommation, et le développement de la consommation ramène des effets positifs sur la croissance économique. Donc, le développement de l'endettement familial va, par ricochet, influencer positivement la croissance économique.

1792.**Une politique favorable à l'augmentation de la consommation.** – Même si la politique chinoise ne tend pas à avoir une croissance économique plus rapide, le but reste de maintenir une croissance économique durable. Pour ce fait, il semble que l'endettement familial ne sera pas réduit, et la tendance actuelle est la croissance de l'endettement familial avec une exploitation plus approfondie du marché des crédits à la consommation. Ce phénomène a pu notamment être constaté après la crise financière de 2008, la Chine est en transformation, l'économie chinoise est en train de se transformer de l' économie de production à une économie mixte. Cette transformation a besoin d'inciter la consommation interne, ainsi l'augmentation de la consommation interne a besoin de crédit.

1793.**Inquiètude de surendettement.** – Le problème est qu'il n'y a pas de frontière claire entre l'endettement et surendettement, tout dépend de la capacité de remboursement. Un endettement rationnel va nous aider à augmenter la qualité de vie sans, en même temps, encourir trop de risque de tomber dans une situation d'insolvabilité, mais un endettement aveugle va amener à une misère, non seulement pour l'emprunteur mais aussi pour les créanciers qui vont subir certaines conséquences. Si une croissance de pouvoir d'achat à cause de l'augmentation des revenus a pu être constatée en Chine, les risques de surendettement vont accroître si la

croissance de l'endettement est plus importante que celle des revenus. C'est exactement ce qui est inquiété par la *Banque de Standard Chartered*[2376].

1794.Les risques de surendettement proviennent non seulement d'une façon positive, mais aussi d'une façon passive[2377]. La survenance des incidents de vie va aussi rendre une personne insolvable.

B – La nécessité au regard des éléments sociaux

a - Une hausse du taux de chômage

1795.**Sources différentes de référence.** – Le taux de chômage chinois n'est pas très élevé selon les chiffres des statistiques officielles, il était de 4,6 % en 2009 et de moins de 5% en 2012[2378]. Mais selon certaines institutions privées, le taux de chômage chinois était de 6,5% en 2012[2379]. Encore, des auteurs ont pu dire que le taux de chômage réel en Chine a, depuis les années quatre-vingt-dix, dépassé 10 % et voire atteint 25% en 2002[2380].

1796.**Exclusion des chiffres officiels.** – Un système de registre des chômages a été créé, en Chine, dans les années quatre-vingt[2381], et le taux de chômage n'est pas simplement calculé par la formule : le taux égale les chiffres des chômeurs divisés par le nombre de personnes économiquement dynamiques. Seulement les personnes qui

---

[2376] La croissance de l'endettement chinois est de 22% mais la croissance économique, qui est étroitement liée à l'augmentation des revenus, reste à un niveau beaucoup plus inférieur, 7,5 pour cent en 2012.

[2377] Concernant la notion de surendettement positif et de surendettement, V. notamment : J. Julien, Droit de la consommation et du surendettement, éd. 2009, Montchrestien, n° 388 et s.

[2378] http://baike.baidu.com/view/3234552.htm

[2379] https://www.cia.gov/library/publications/the-world-factbook/fields/2129.html

[2380] http://www.cnki.net/KCMS/detail/detail.aspx?filename=N2008020029000132&dbname=CYFD&v=MDAxNTNPc09EMzVXdXg0UjdqMStUUW5yM3hZOWU3VGhNTldkWitkc0Z5bm5Vci9CSUZrUWFBPT1LMSs3SHJ1NEhOSE1yWVpGWg==;
http://www.cnki.net/KCMS/detail/detail.aspx?filename=N2007080007000391&dbname=CYFD&v=MTY4MjcrVFFucjN4WTllN1RoTU5XZForZHNGeW5uVXIvQklGZ1ZZdz09SzErN0hyUzRGdEhNcjRoRlpPc01CWDFXdXg0UjdqMQ==;
http://www.cnki.net/KCMS/detail/detail.aspx?filename=N2007050049001591&dbname=CYFD&v=MjQ0NjRGeW5uVXIvQklGZ1hZdz09SzErN0hyUzRHOUhNcTRaRlpPb0tCWDFXdXg0UjdqMStUUW5yM3hZOWU3VGhNTldkWitkcw==.

[2381] http://baike.baidu.com/view/3234552.htm.

vivent dans les zones urbaines seront prises en compte. Et une fois enregistrées, certaines personnes ne pensent plus à se radier même si elles vont aller travailler en tant qu'un entrepreneur, un paysan ou un artisan. Il est donc difficile de vérifier le taux réel de chômage en Chine.

1797.Le premier ministre, LI Keqiang, lors d'une entrevue a notamment souligné l'importance de savoir le taux de chômage réel chinois[2382]. Dans le même rapport, il a mis l'accent sur la transparence des chiffres réels des statistiques qui va, bien évidemment, aider le gouvernement à programmer une politique plus adéquate, et d'établir un système de sauvegarde social plus complet. Dans la même entrevue, encore, il a cru que le chiffre donné par les institutions privées sur le chômage correspond plus à la réalité[2383].

1798.Certes, le taux de chômage est un sujet sensible en Chine, même si après la crise financière mondiale il a été bien contrôlé dans un certain niveau, selon les statistiques officielles. Mais il ne faut pas oublier, dans le calcul, les étudiants en formation, qui représentent une population importante. Il existe des étudiants chinois qui continuent leurs études à cause de manquement d'emploi. Et les jeunes diplômés qui n'ont pas pu trouver un emploi ne sont pas enregistrés dans le registre de chômage. C'est, peut-être, la raison pour laquelle, le taux de la participation au travail n'a jamais atteint à 80 %[2384] depuis 1997.

1799.De surcroît, la plupart de la population chinoise est constituée par les paysans qui pratiquent l'agriculture pour gagner leur vie. Une tendance de la mécanisation de l'agriculture[2385] va pousser les agriculteurs à migrer vers les villes ou des zones urbaines. Une augmentation de besoins d'emploi est déjà devenue un phénomène, c'est ainsi une particularité de la Chine, qui est en pleine transformation et réforme.

[2382] http://forum.china.com.cn/thread-3431160-1-1.html

[2383] http://forum.china.com.cn/thread-3431160-1-1.html: le chiffre donné par ces institutions sur le taux de chômage est de 8,1 % contre le chiffre officiel de 4,1%.

[2384] Guo Xinhua, « *Les crédits à la consommation, défaillance et faillite personnelle* », 2010, p. 134.

[2385] http://fr.cntv.cn/program/journaldeleconomie/20130427/102203.shtml; http://fr.wikipedia.org/wiki/Agriculture_en_Chine. La politique de la mécanisation de l'agriculture a été mise en place depuis longtemps, mais la réforme n'a pas été achevée encore.

C'est une autre raison pour laquelle, le taux de chômage réel est beaucoup plus important que le chiffre affiché au rapport officiel.

1800.**Une comparaison utile des situations chino-française.** – Il est aussi intéressant de comparer la situation actuelle chinoise à celle de la France à l'époque où la loi Neiertz[2386] a été adoptée. Nous allons pendre le taux de chômage non officiel dans la comparaison parce qu'il correspond le plus à notre réalité. Donc, les deux situations sont bien similaires. La Chine, après la réforme d'ouverture des années quatre-vingt, a reconnu une croissance énorme depuis une trentaine d'années. Et à l'époque, la France n'est pas loin de ses « 30 ans de gloire ». Tous les deux pays ont reconnu un ralentissement de croissance[2387]. Les taux de chômage sont les mêmes, à l'époque, le taux de chômage français est aussi de 8,1 %[2388].

1801.**Nécessité d'anticipation.** – Si à l'époque, la hausse du taux de chômage a déjà pu sonner la sonnette d'alarme sur la nécessité d'un régime de surendettement personnel en France, il n'est pas anodin de réfléchir si un même niveau chômage aurait pu aussi retirer l'attention du législateur chinois sur la nécessité d'une réforme.

1802.Si le chômage va rendre les salariés dans l'insolvabilité, une absence de protection complète des salariés par le droit du travail va aggraver la situation de ces personnes. Le chômage est toujours un risque pour certains employés, parce que l'instabilité des emplois n'est pas nouvelle pour certaines catégories d'emplois.

b - Une absence de protection complète des salariés

1803.**Nécessité de la protection des salariés.** – Le droit de travail ne se constitue pas par seulement des dispositions qui protègent uniquement les salariés. Mais les salariés, qui constituent souvent la partie plus faible dans la relation conventionnelle d'un contrat de travail, méritent plus de protection que leur cocontractant. En Chine, la

[2386] La loi Neiertz a installé le système de faillite civile en France.
[2387] Pour la Chine, c'est depuis 2008, et pour la France c'est depuis 1975.
[2388] http://france-inflation.com/graph_chomage.php#graphique_chomage.

protection des salariés n'est pas complète, mais, ici, nous allons que parler de la lacune sur la protection des salariés licenciés qui vont être touchés par l'insolvabilité ultérieurement.

1804.**Manquement des protections chinoises.** – Une protection incomplète se constate au travers des phénomènes mais pas au travers des dispositions législatives. Un pays peut avoir des très bonnes dispositions protectrices pour les salariés, mais une protection complète doit être constatée dans la pratique. Les dispositions non mises en œuvre restent de l'encre sur les papiers.

1805.**Instabilité des emplois.** – Un manquement de protection se constate, d'abord, dans l'instabilité des emplois. Selon un rapport sur les ressources humaines en Chine[2389], la tendance est le raccourcissement de la durée des contrats à durée déterminée, surtout pour les emplois moins qualifiés. Dans les PME, les contrats de travail sont particulièrement à durée déterminée et à courte durée. Selon ce rapport les employés qui ont travaillé pour une durée d'au moins 2 ans ne représentent que 55% en moyenne de tous les employés chez les PME. Et plus que 50% des personnes qui occupent d'un emploi moins qualifié ont changé leur emploi dans les deux dernières années.

1806.Si le taux de chômage n'est pas élevé, l'instabilité des emplois ne va pas garantir aux salariés une capacité stable de remboursement s'ils se sont accordés par les établissements de crédit des crédits à la consommation. Cela constitue un élément de risque de surendettement.

1807.**Allocation chômage faible.** – Un manquement de protection des salariés peut être constaté à travers un niveau minable de l'allocation chômage. L'allocation chômage chinoise n'est pas calculée sur la base des derniers salaires obtenus, mais selon la durée que le bénéficiaire a payé de contribution à pôle emploi. Le montant se diffère selon la durée de la contribution. Même si un salarié a payé depuis plus de

[2389] WU JIANG, Blue book of humain resources: Annual report on the development of China's humain resources (2013), Social Sciences Academic Press (China), 2013.

20 ans la contribution à pôle emploi, il ne recevrait pas plus que 951 yuans (127 euros) par mois[2390]. C'est bien un montant bien au-dessous du salaire moyen. De surcroit, l'allocation sera octroyée sans distinction des zones géographiques, dans les villes riches comme les villes pauvres. Avec cette somme, dans certaines villes, une personne ne mange point à sa faim, mais la loi s'applique à tous et à toutes les zones[2391].

1808.En France, l'allocation chômage moyenne s'élèvait, en 2012, à 980 euros[2392] par mois, bien suffisant pour un chômeur de vivre et rechercher à côté un emploi. Il est clair que même si en éant au chômage, une personne ne perd pas tout de suite la capacité de remboursement. Mais en Chine, une personne va perdre la totalité de sa capacité de remboursement s'il perdait son emploi, s'il n'a pas de revenu à côté.

1809.**Manquement de protection sociale annonce le risque de surendettement.** – En effet, l'instabilité constitue aussi un grand problème pour les salariés endettés. Selon la recherche des économistes[2393], la stabilité des emplois est influencée par le sexe, l'âge, le niveau de diplôme obtenu, les formations effectuées, les professions, la sorte de l'entreprise et le métier. Les emplois chez les entreprises nationales sont plus stables que les entreprises privées et les entreprises étrangères. Les employées entre 25 et 39 ont plus de possibilité d'avoir un emploi plus stable, et les employés avec une ou plusieurs formations professionnelles particulières ont plus de facilité à trouver un emploi, plus ou moins, stable. Les emplois dans les métiers de construction, de restauration et de fabrication sont plus stables que les emplois dans les autres branches de métiers. Les emplois avec un salaire plus élevé sont mieux garantis au niveau de la stabilité. Malgré des dispositions légales contraignant les employeurs dans le domaine de licenciement, la stabilité des emplois n'est pas garantie. Les

---

2390 http://baike.baidu.com/view/1297550.htm.
2391 Sauf les zones particulières d'autonomie.
2392 http://www.latribune.fr/actualites/economie/france/20130222trib000750452/980-euros-c-est-le-montant-mensuel-moyen-brut-de-l-indemnisation-chomage.html.
2393 K. HUANG, « La stabilité des emplois des travailleurs d'origine paysanne et l'effet de salaire », *Population research*, mai 2009, n° 3, vol.3 ; http://news.xinhuanet.com/politics/2012-02/09/c_122679984.htm; http://finance.sina.com.cn/china/20131011/104616959086.shtml.

employeurs vont préférer des contrats à durée déterminée que des contrats à durée indéterminée.

1810.Par rapport à la législation française, un manquement de protection des salariés a pu être constaté en Chine. Ainsi, le chômage constitue un autre risque de surendettement.

1811.Si le chômage met en danger les crédits, un salarié n'est pas à l'abri de tous les risques d'insolvabilité. Un salarié peut aussi tomber dans la situation d'insolvabilité à cause de problème de santé.

c - Un système incomplet d'assurance mutuelle

1812.**Généralités.** – L'établissement du système d'assurance mutuelle date depuis 1993 en Chine. Cependant, malgré plusieurs réformes survenues ont en 20 ans, il reste un système incomplet.

1813.**Difficulté : population importante.** – Nous savons bien que la population chinoise est depuis longtemps l'un des avantages pour son développement économique, mais elle n'en est toujours pas ainsi dans les autres domaines. A cause d'une population trop importante, il est difficile d'appliquer les politiques sociales, en Chine, notamment l'établissement des garanties sociales communes.

1814.**Faible taux de participation au système de la couverture sociale.** – Le système dee la couverture sociale n'est pas facile à couvrir la totalité de la population, parce que, même s'il est établi au profit de tous, la souscription ne s'impose pas à tout le monde, ce qui conforme bien au principe de la liberté contractuelle. Aujourd'hui, le taux de couverture de la couverture sociale reste très faible en Chine ; il est de moins de 15 %[2394], et seulement 180 millions ont participé à ce système[2395]. Il est aussi à

[2394] http://www.npc.gov.cn/npc/zt/2008-12/23/content_1463573.htm.
[2395] Il est à rappeler qu'en Chine, la population s'élève à près de 1, 4 milliard.

mentionner qu'il y a plus de 270 millions salariés dans les zones urbaines. C'est-à-dire que même si ceux qui ont participé au système d'e la couverture sociale sont tous des salariés, tous les salariés ne sont pas couverts.

1815.**Faible taux de remboursement.** – De surcroit, le taux de remboursement n'est pas élevé. La mutuelle ne fonctionne qu'à partir de certain seuil. Selon le rapport sur l'actualité du système d'assurance mutuelle, la mutuelle commence à rembourser l'assuré que si les frais de soins médicaux dépassent à 10 % de son revenu annuel. Et le plafond de remboursement est fixé à 4 fois de salaire annuel de l'assuré. Pourtant, l'assuré n'est pas remboursé à cent pour cent, selon les différents soins médicaux, le taux de remboursement se diffère, et il est de 80% en moyenne[2396].

1816.**Frais de soins médicaux élevés.** – L'idée selon laquelle :« La vie en Chine n'est pas chère » est une idée désuète, ce n'est plus le cas. Les frais de soins médicaux sont autant élevés que ceux chez les pays occidentaux. Peut-être, il y a un peu de différence entre les prix de médicaments, mais, en général, une maladie va souvent coûter une fortune pour une famille avec un revenu moyen, en Chine, sans avoir besoin de compter la perte des revenus à cause d'absence.

1817.Si le problème de santé va causer déjà une perte importante pour une famille qui est couverte par la couverture sociale, la situation est encore pire pour une famille qui ne l'est pas, et souvent, une famille est encore plus pauvre. Souvent, pour une telle famille, ils ont besoin un crédit pour financer les soins médicaux. Encore, il faut mentionner que la plupart des familles ne sont pas couvertes par le système d'assurance maladie.

1818.Bien évidemment, le problème de santé constitue une source de surendettement en Chine.

Ce sont les trois accidents de vie que nous pouvons rencontrer dans la vie qui va causer un surendettement personnel. Il existe aussi des autres accidents qui peuvent

[2396] http://www.npc.gov.cn/npc/zt/2008-12/23/content_1463573.htm.

causer le surendettement[2397], mais nous n'allons pas énumérer toutes les possibilités dans cette analyse.

1819.Pour conclure, ces éléments économiques et sociaux constituent bien des risques de surendettement dans le contexte de la croissance rapide de l'endettement familial. Si dans le pays occidentaux, le chômage et le problème de santé constituent les deux risques les plus importants de surendettement, les effets de ces accidents de vie vont être amplifiés en Chine à cause de la situation actuelle de la garantie sociale chinoise.

1820.**Etablissement d'un régime de faillite civile recommandé par la politique intérieure.** – Nous savons bien que la politique chinoise interne est de garantir la paix sociale en diminuant les écarts entre les riches et les pauvres et la croissance durable de l'économie. Il semble que l'établissement d'un régime de faillite concernant les personnes va permettre les personnes qui subissent une ou plusieurs accidents de vie de continuer leur vie. Ce sont notamment les personnes qui n'ont pas un emploi stable, qui ne sont pas sous la couverture de l'assurance maladie, qui sont en chômage qui ont besoin d'un rétablissement, d'une chance de rebondir. Ainsi, l'établissement d'un régime de faillite personnelle correspond bien à la politique interne de la Chine. Il est très probable que dans les années suivantes, un régime de faillite personnelle va être établi en Chine.

1821.Malgré la nécessité constatée au travers des éléments économiques et sociaux, il y a des auteurs chinois qui ne tiennent pas la même position.

1822.**Contrainte morale.** – A cause d'un manquement confiance, l'établissement d'un système de faillite personnelle en Chine est toujours considéré comme un risque de constituer une voie légitime de frauder les dettes. C'est la raison pour laquelle,

[2397] Pour donner un exemple, une personne a fait un essai avec une voiture de luxe, et il a eu un accident au cours d'essai. Sans compter les frais de soins médicaux, il est censé responsable d'accident, et il avait dû vendre son appartement qu'il était venu de finir le remboursement de crédit pour rembourser les dégâts qu'il a causé. Bien, dans ce cas d'espèce, la personne a un emploi, il a aussi des revenus qui ne sont pas médiocres, mais il est clair, une bêtise lui fait perdre tout. Des auteurs ont pensé à l'établissement un régime de faillite personnelle à la base de cette incidence (http://news.china.com/social/1007/20130718/17952106.html , http://www.chinadaily.com.cn/micro-reading/dzh/2013-07-17/content_9605267.html).

certains ont pu dire que le régime de faillite ne peut s'appliquer qu'aux personnes morales mais pas aux personnes privées. Des spécialistes ont pu à juste titre indiquer qu'il faut un système complet de droit réel qui permet, au moment de la liquidation, au cas échéant, de distinguer les biens du bénéficiaire avec les autres biens[2398]. Un tel système de protection doit être établi pour encadrer la procédure de liquidation :

-en premier lieu, au moment de notre recherche, un système de contrôle sur la déclaration des biens personnels, qui a pour objet d'éviter la fraude des dettes, n'est pas établi, donc, le champ d'application du système de la faillite ne peut pas être élargi jusqu'aux personnes privées.

-en deuxième lieu, en cas de liquidation, il est difficile de qualifier des biens qui sont nécessaires pour la continuation d'une vie normale avec ceux qui ne le sont pas, parce que le niveau de vie se diffère d'une région à l'autre.

-en troisième lieu, la faillite personnelle ne traite que des endettements de la vie courante avec des sommes médiocres, mais le nombre des affaires sera beaucoup plus important que la capacité de traitement du système judiciaire existant. Donc, il n'est, objectivement, pas possible d'en établir un système de faillite personnelle à ce moment.

1823.De toute manière, ces raisonnements ne tiennent pas la route devant un système avec la prévention des risques de fraude. Le système judiciaire doit s'adapter aux nécessités sociales, une ampleur insuffisante, *de lege lata*, ne doit pas faire obstacle à une réforme qui se conformerait à la nécessité et à la politique générale de l'Etat.

1824.En plus, des institutions de base qui permettent une constitution de système de faillite personnelle ont déjà été établies. A ce titre, des registres sur la crédibilité des personnes ont déjà été établis selon un décret de 2003[2399].

[2398] Guo Xinhua, « *Les crédits à la consommation, défaillance et faillite personnelle* », 2010, p. 161.

[2399] **Le rapport sur le développement de l'agent des crédits en Chine (2003 -2013)** (*中国征信业发展报告 2003 - 2013*), a indiqué que depuis le mois d'octobre 2003, le gouvernement chinois a commencé à promouvoir le développement du système *credit checking*. Et le règlement numéro 631 du

1825.Si la nécessité d'un régime de faillite personnelle n'est plus la question, il n'est pas inopportun de poser la question sur le contenu de ce régime de faillite personnelle.

§2 – La nécessité d'un système complet de système d'évaluation des risques-clients et une procédure de surendettement efficace

1826.**Objet d'analyse.** – « Il n'y a que le premier pas qui coûte ». Il est difficile de construire un système complet de surendettement dès le premier coup. Dans cette recherche, nous ne tendons pas à répondre à la question, mais de tatonner les différentes possibilités.

1827.**Droit à l'effacement des dettes.** – Si un système de surendettement est de nature à donner une deuxième chance aux personnes physiques de vivre ou de rebondir, ce n'est pas un système qui peut être utilisé en vue de ne pas payer systématiquement ses dettes personnelles. C'est la raison pour laquelle, Monsieur PIEDELIEVRE a pu à juste titre dire que le système de traitement de surendettement personnel constitue « un droit à l'effacement de dettes »[2400] qui se diffère à un « droit de ne pas payer ses dettes » prétendu par Monsieur Georges RIPERT[2401] en 1936[2402].

1828.S'il a pour but d'aider, par des aménagements des dettes, les personnes qui ont rencontré des accidents de vie comme un aboutissement de solidarité sociale tendant à protéger les plus faibles[2403], il n'en est pas pour tout le monde. C'est la raison pour laquelle, il faut faire attention pour ne pas le laisser devenir l'outil d'enrichissement illégal, ou bien des fraudes.

---

21 janvier 2013 portant sur l'administration de l'agent des crédits, qui est considéré comme le premier règlement qui encadre strictement l'administration de la base de données des informations collectées, est mis en vigueur le 15 mars 2013.

[2400] S. PIEDELIEVRE, « Le droit à l'effacement des dettes », *Defrénois*, 15 janvier 2004, n°1, p. 14.

[2401] M.-J. CAMPANA, « l'effacement des dettes », *Gaz. Pal.*, 27 février 2003, n° 58, p. 44.

[2402] La différence entre le « droit de » et le « droit à » est manifestement claire, le « droit de » signifie un droit négatif qui est acquis par une personne sans qu'il ait besoin de remplir des conditions, mais un « droit à » signifie bien un droit acquis par une personne en remplissant des conditions particulières.

[2403] S. PIEDELIEVRE, « Le droit à l'effacement des dettes », *Defrénois*, 15 janvier 2004, n°1, p. 14.

1829.**Transportation des idées, mais pas les régimes.** – L'expérience d'adoption d'un système de faillite personnelle ou de surendettement des personnes physiques nous a appris, de prime abord, que des systèmes étrangers sont bons mais ils ne sont bons que dans leur propre société, il faut apprendre les idées mais pas de recopier le système tout entier. Il est logique qu'un bon système juridique ou social doive correspondre aux besoins de la société dans laquelle ce premier est mis en place, mais il ne peut pas être bon pour toutes les sociétés[2404]. Si le système français, américain ou allemand n'est pas compatible avec les situations sociale et économique de la Chine, les idées de donner une deuxième chance aux débiteurs personnes physiques malheureuses restent des idées créatives et « séduisantes » pour la société chinoise.

1830.Il faut rappeler que notre but de la recherche n'est pas, d'ici, répondre à la question sur « comment créer un système de faillite civile adaptable en Chine», mais de proposer des idées de réforme. Donc, nous allons seulement analyser les points de force des systèmes de faillite qui seraient utiles dans les réformes futures.

1831.Un bon système contre le surendettement doit en premier lieu permettre aux personnes de prévenir les risques de surendettement. C'est-à-dire un système préventif doit être établi. Si par accident, une personne est déjà tombée dans la situation d'insolvabilité, il y a lieu de remédier à cette situation, donc la procédure de traitement de surendettement va avoir lieu. Nous allons voir, alors, successivement des idées sur une institution préventive (A) et celles concernant une institution curative (B) qui constituent deux parts indispensables pour le système traitant la situation de surendettement.

[2404] Comme Montesquieu a pu indiquer dans « De l'esprit des lois » que les différentes formes de gouvernement s'adaptent aux différents Pays selon sa taille. Mais il est clair ce n'est pas seulement la taille d'un pays il faut prendre en compte, plusieurs éléments sociaux et économiques doivent être pris en compte dans l'établissement d'un système de faillite personnelle.

A – Système d'évaluation des risques-clients : mesure contre le surendettement

1832.Un système d'évaluation des risques-clients prend souvent la forme d'un registre des informations personnelles qui permettent aux établissements des crédits d'évaluer la solvabilité d'une personne physique emprunteuse. Si les informations ainsi recensées ont pu permettre aux établissements de crédits d'évaluer son solvabilité, elles ne sont pas susceptibles d'être consultées par n'importe qui. L'utilisation de ces informations doit strictement se conformer aux conditions prévues, pour que les informations ne s'exposent pas dans les risques d'abus d'utilisation. C'est la raison pour laquelle, dans le processus de la transformation française d'un fichier négatif à un fichier positif, il est conseillé que la première étape à affranchir c'est de clarifier que les objectifs d'établissement d'un tel registre des fichiers positifs doivent être strictement prévus par la loi, ainsi les conditions de consultation et d'utilisation sont strictement contrôlées par une institution étatique. Il convient ici, de rappeler les finalités ou les objectifs d'établissement d'un système d'évaluation des risques-clients (a), avant de discuter s'il convient d'établir un fichier négatif ou positif en Chine (b).

a – Les finalités du système d'évaluation des risques-clients

1833.**Clarification d'objet du système.** – À l'instar de l'expérience française, les finalités du système d'évaluation des risques-clients doivent être clarifiées avant de mettre en place les dispositions législatives relatives à la création d'un tel système. Une telle clarification a pour objet de bien encadrer la gestion et l'utilisation des informations recensées par cette institution.

1834.Si un système d'évaluation des risques-clients ou de solvabilité personnelle ne sert que pour évaluer la solvabilité des personnes qui ont envie de prendre un crédit, il peut y avoir des finalités très différentes selon les données recensées.

1835.**Objetifs cherchés par création du FICP en France.** – En France, les objectifs du FICP sont prévus, depuis 1er juillet 2010, par l'article L. 333 IV du Code de la consommation :

-fournir un élément d'appréciation de la solvabilité des personnes qui sollicitent un crédit aux établissements de crédit et de paiement, ainsi qu'aux associations et fondations accordant des prêts dans les conditions prévues par le Code monétaire et financier ; le nouveau texte prévoit ainsi de manière expresse l'utilisation du FICP à des fins d'information sur la situation financière d'un candidat à l'emprunt, tout en précisant que l'inscription d'une personne physique au sein du fichier n'emporte pas l'interdiction de délivrer un crédit ;

-fournir un élément d'appréciation à l'usage des établissements de crédit dans leurs décisions d'attribution des moyens de paiement ; le FICP pourra donc être utilisé non seulement pour apprécier l'opportunité d'octroyer un crédit, mais également pour apprécier les conditions d'octroi de moyens de paiement tels que les chèques ou les cartes de crédit. Il est intéressant de relever que, par le passé, lorsqu'elle était saisie de plaintes relatives à des utilisations abusives du FICP, la CNIL a pu procéder à une interprétation rigoureuse de la finalité limitée de ce fichier, en considérant qu'il ne pouvait être utilisé que comme élément d'appréciation de l'octroi d'un crédit, et non de l'octroi d'un moyen de paiement. Cette interprétation restrictive devient donc sans objet dès lors que cette finalité nouvelle est inscrite dans la loi ;

-être utilisé pour la gestion des risques liés aux crédits souscrits par les clients, afin de respecter les règles de gestion prudentielle portant sur l'évaluation des risques de crédit et la mise en œuvre des règles imposées dans le cadre des ratios de fonds propres définis par les dispositifs résultant des accords de Bâle.

1836.L'article 49 de la loi du 1er juillet 2010 précise également les finalités d'un registre national des crédits aux particuliers. En effet, ledit article 49 précise que le rapport de préfiguration qui sera rédigé par le comité « *précise les conditions dans lesquelles des données à caractère personnel, complémentaires de celles figurant dans le fichier mentionné à l'article L. 333-4 du Code de la consommation et*

susceptibles de constituer des indicateurs de l'état d'endettement des personnes physiques ayant contracté des crédits à des fins non professionnelles, peuvent être inscrites au sein de ce fichier pour prévenir le surendettement et assurer une meilleure information des prêteurs sur la solvabilité des emprunteurs, dans le respect de la loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés »[2405].

1837.**Objectifs cherché par le système anglo-saxon.** – Les anglo-saxons vont encore plus loin, un système d'évaluation de la crédibilité basé sur l'ensemble de « *credit history* » des personnes est établi. Les informations enregistrées permettent non seulement de savoir la solvabilité d'une personne physique, mais aussi l'honnêteté, la plausibilité, la conscience et l'honorabilité d'une personne. Un fichier personnel peut comprendre aussi les contrats en cours dans la vie quotidienne tels que les contrats passés avec les fournisseurs d'énergie, avec le bailleur, ou avec les opérateurs téléphoniques. Il est clair que le système anglo-saxon vise à établir un système de crédibilité personnelle, qui englobe plus d'informations, et qui sert non seulement dans le domaine de crédit, mais aussi les autres domaines.

1838.**Registre chinois.** – En Chine, il y a déjà un registre, créé en 2003, sur les informations des crédits personnels. Le registre englobe les informations personnelles telles que les exécutions forcées, les défaillances pour les contrats de crédits ou ceux qui passés avec les autres fournisseurs d'énergie. Il semble que ce système est créé à l'instar du système anglo-saxon. Mais il est aussi à voir que ce système n'a pas pu enregistrer tout le monde, sans compter les mineurs incapables : seulement autour de 600 millions de chinois sont inscrits[2406]. De très nombreuses critiques ont été faites par différents auteurs qui font des appels de réformes sur les dispositions législatives relatives au système *credit checking*. Les critiques sont faites notamment sur l'incomplétude des informations personnelles, l'absence de transparence des

[2405] MOLE Ariane, « créer un fichier positif des crédits ? », *Droit et patrimoine* 2010, n° 197, p.28.
[2406] Selon le rapport annuel des travaux de la « Bank of Chine » de 2007.

informations au niveau national[2407], et aussi sur le manquement de protection de la vie privée. En plus, par rapport au FCIP, les incidents de paiement chinois ne peuvent pas être enlevés du registre, c'est-à-dire qu'une fois il y aura une défaillance, cette remarque va rester sur le registre sans pouvoir être effacée jusqu'à la fin de la vie de la personne.

1839.**Propositions basant sur les critiques doctrinales.** – Concernant ces critiques, des propositions ont pu être faites en rappelant les finalités du système :

La première proposition consiste à établir un registre national des informations personnelles, et cela correspond bien à la critique sur le manquement de transparence des informations. L'objectif est de rassembler toutes les informations nécessaires qui permettent d'avoir une vue complète et objective sur la solvabilité d'une personne physique. Si les informations ne sont pas complètes, l'établissement ne peut pas correctement évaluer la solvabilité de l'intéressé.

La seconde proposition consiste à recenser les informations sur les sûretés portées par les personnes physiques. Cela correspond bien à la critique sur l'absence d'informations complète. Il est clair que la situation patrimoniale peut donner une vue plus directe sur la solvabilité actuelle d'une personne. Il arrive souvent qu'une personne puisse ignorer les sûretés mises à sa charge, surtout une sûreté portée pour un tiers. Si toutes les informations concernant les contrats en cours sont susceptibles d'être recensées dans le registre, les informations sur les sûretés, accessoires des contrats de crédits, doivent aussi s'afficher sur le fichier personnel. Encore une fois, il faut rappeler que le système a été créé pour prévenir l'insolvabilité d'une personne physique, sans aller plus loin c'est à dire de créer un vrai système *credit checking*.

[2407] En Chine, les institutions qui recensent les informations ne rassemblent que les informations selon sa compétence géographique, il manque de transparence des informations de l'une à l'autre registre.

1840.Si souvent il est critiquable que les informations ne sont pas complètes[2408], du fait que tout le monde n'est inscrit au registre, c'est peut-être un but très ambitieux ? De toute façon, pour arriver à un même but, plusieurs voies sont possibles. Au moins, pour prévenir les risques de surendettement, un système de fichier négatif peut remplir les mêmes fonctions qu'un système de fichier positif.

1841.La question se pose alors sur la nécessité d'un fichier positif en regardant sur la situation actuelle de la Chine.

b – Un fichier négatif ou positif ?

1842.**Distinction entre fichier positif et fichier négatif.** – Un système de fichier négatif signifie que le registre va justement enregistrer les incidents de paiements à l'instar du système français (FCIP). Une personne ne va pas être enregistrée dans le registre que s'il lui arrivait un incident de paiement. Et un système de fichier positif signifie que le registre va généralement enregistrer toutes les personnes en rassemblant toutes les informations sur la situation financière[2409] sans distinction s'il y a un incident de paiement. Le système dit *credit checking* que la Chine a adopté fait bien partie de ce dernier.

1843.Sans aller dans le détail de la comparaison de ces deux sortes de systèmes, il est clair qu'un fichier négatif va enregistrer beaucoup moins de données par rapport au système de fichier positif. De surcroît, les informations recensées dans un fichier négatif seront beaucoup moins que celles enregistrées dans un fichier positif parce qu'un fichier négatif n'inscrit que les incidents de paiement, et les mesures de traitement, le cas échéant.

[2408] **Le rapport sur le développement de l'agent des crédits en Chine (2003 -2013)** (中国征信业发展报告 2003 - 2013), estime que, à la fin de l'année 2012, seulement 820 million de citoyens sont inscrits.

[2409] A. MOLE, « Créer un fichier positif des crédits ? », *Droit et patrimoine* 2010, n° 197, p. 28 et s.

1844.Pour un pays d'une population de 1, 4 milliard, il est clair que le choix du fichier positif, *de lege lata*, depuis 2003, n'est pas un choix pertinent (1). Et le système de fichier négatif sera plus bienveillant, *de lege ferenda* (2).

1 – Fichier positif : choix impertinent

1845.**Question sur la fiabilité des données enregistrées.** – Si un système de fichier positif permet aux établissements de crédit d'avoir une vision complète sur la crédibilité d'une personne physique, il ne sera utile qu'en cas où les informations personnelles sont complètement inscrites dans le registre. L'utilité ou l'efficacité de ce système dépend de l'intégralité des informations. Sinon, un tel registre ne va donner aux établissements de crédit une information incomplète ou quelque fois qualifiée d' « erronée » qui va accroître les risques encourues par ces derniers.

1846.**Le caractère incomplet du registre.** – La Chine, critiquée depuis longtemps par les autres pays sur l'absence de transparence totale des informations, mettra difficilement en place un registre qui englobe toutes les informations sur la crédibilité des citoyens capables. Malgré des efforts accomplis, les informations complètes ne semblent pas être possibles, et cette impossibilité d'enregistrer une information complète s'explique par plusieurs raisons[2410] :

- Le registre n'est pas sous contrôle d'une seule institution[2411]. Ainsi une absence de transparence des informations entre ces institutions rend une impossibilité institutionnelle d'avoir une information complète sur une même personne. Il faut aussi

[2410] http://wiki.mbalib.com/wiki/%E4%B8%AA%E4%BA%BA%E4%BF%A1%E7%94%A8%E5%BE%81%E4%BF%A1 qui a fait une introduction générale sur la situation actuelle du système *credit checking* chinois, y compris certains critiques.

[2411] En effet, selon « Le rapport sur le développement de l'agent des crédits en Chine **(2003 -2013)** (中国征信业发展报告 2003 - 2013) », le registre national est établi en rassemblant toutes les institutions géographiquement compétentes qui remplissent ce fonctionnement. Ainsi, depuis 2006, plus que 600 d'institutions ont adjointes au registre national, mais cela n'a pas pu recouvrir tout le monde (parmi les 1,4 milliard, seulement 820 millions sont inscrit).

mentionner que plusieurs registres sont établis selon les différentes compétences géographiques.

- Les informations rassemblées ne sont pas systématiquement vérifiées par les intéressés concernés[2412]. Si un tel régime ne pose pas de souci, un manquement de conscience sur l'existence d'un tel fichier est un danger pour les intéressés qui ne peuvent en temps utile corriger les erreurs enregistrés[2413]. La dangerosité de cette situation est patente. Ne vaudrait-il pas ne pas avoir un tel régistre en lieu et place d'un régistre rempli de fautes ?
- Ce n'est pas toutes les collectivités territoriales qui sont recouvertes par le réseau Internet, notamment des zones qui ont difficilement un accès routier. Il est donc difficile de faire la déclaration et de consulter les informations inscrites.

1847.Il est clair que sans pouvoir affranchir ces difficultés dans un délai assez limité, sans oublier ça fait dix ans que le système a été mis en place, ce choix n'est pas pertinent en lui-même.

2 – Fichier négatif : un futur prospectif pour la Chine

1848.**Simplicité du fichier négatif.** – En plus de la simplicité du système du fichier négatif, il va aussi permettre aux établissements de crédits d'éviter, plus ou moins, de risques d'insolvabilité des emprunteurs. Selon les expériences de la France, ce système de fichier négatif marche plus ou moins bien, parce que le nombre de la déclaration des défaillances personnelles se fluctue selon généralement la fluctuation

[2412] La consultation du registre est de plus en plus fréquent, en 2012, le registre a été consulté 270 millions fois selon « Le rapport sur le développement de l'agent des crédits en Chine **(2003 -2013)** (中国征信业发展报告 2003 - 2013) », mais nous ne savons combien a été effectué par les intéressés eux-mêmes.

[2413] Selon un rapport de la Banque centrale de la Chine (http://bj.news.163.com/08/0423/07/4A6QQDVL003800C8.html), en 2008, le registre n'est consulté par les intéressés sur eux-mêmes que 3000 fois en total. Autrement dit, seulement une personne sur dix-milles a consulté son fichier de crédit. Parmi ces 3000 personnes, plus que 600 personnes ont trouvé l'incohérence d'information avec la réalité. C'est-à-dire, l'erreur se trouve un cas sur cinq.

de la situation économique[2414]. Les raisons principales de la défaillance restent des accidents de vie tels que le chômage, le divorce ou un problème de santé. La faillite des personnes à cause de crédit excessif ne reste une exception en France[2415].

1849.**Fchier négatif : un système suffisant.** – Si un fichier négatif, relativement simple, peut bien remplir les missions de prévention des risques, il n'y a pas de raison de choisir un chemin rude. Il serait plus facile pour un grand pays tel que la Chine d'établir un fichier négatif complet. Cela porte beaucoup moins atteinte à la vie privée des citoyens, notamment ceux qui sont toujours honorables. De surcroît, en France, plus de vingt ans de tâtonnement ne l'a pas permis de faire, finalement, le pas audacieux[2416] ; il ne sera pas bon de mettre en place directement un système de « fichier positif » en Chine, sans mentionner, encore une fois, les difficultés occultées de l'énorme population et une complexité des systèmes de contrôle d'information.

1850.**Un système de prévention.** – En rappelant que l'une des finalités du système d'évaluation des risques est de prévenir les risques d'insolvabilité des personnes physiques, ce système n'est en aucun cas un système qui sert à sanctionner les personnes malheureuses et de bonne foi. C'est la raison pour laquelle non seulement en France, mais aussi aux Etats-Unis, l'inscription des incidents de paiement n'est que

---

[2414] A. MOLE, « Créer un fichier positif des crédits ? », *Droit et patrimoine* 2010, n° 197, p. 28 et s. ; baromètre de surendettement du 2e trimestre 2013 disposition sur la cite de la Banque de France : https://www.banque-france.fr/la-banque-de-france/missions/protection-du-consommateur/surendettement/barometre-du-surendettement.html.

[2415] X. Legarde, « Prévenir le surendettement des particuliers », *JCP G*, n° 38, 18 Septembre 2002, I, 163, n° 1 et 2.

[2416] De passer du système d'un fichier négatif à un fichier positif n'est pas encore fait en France malgré des propositions doctrinales. Le principal débat se situe entre l'utilisation des données et la sécurité de la vie privée des personnes. V. notamment, Créer un fichier positif des crédits?, Droit et Patrimoine, 2010, 197 ; D. Legeais, « Fichier positif de crédit », *RTD com.* 2007, p. 577 ; D. Legeasi, « Vers la fin du serpent de mer ? », *Dr. et Fin.* n° 5, spet. 2010, 5 ; Clémentine KLEITZ, « Fichier positif : tu veux ou tu veux pas ? », *Gazette du Palais*, 11 août 2011 n° 223, p. 3 ; Éric A. CAPRIOLI, « Refus de la CNIL d'autoriser un fichier central sur les crédits aux particuliers », *RD ban. et fin.*, n° 3, mai 2007, 123 ; V. Legrand, « Que reste-t-il du registre national des crédits aux particuliers : du mythe à la (dure) réalité », *LPA*, 12 juillet 2013, n° 139, p. 18. Si nous pourrions bien de le préciser, c'est « l'amélioration du fichier des incidents de paiements pour qu'il soit actualisé en temps réel » (s'il est opportun de citer la phrase de Christine Lagarde ici) ce que le législateur voulait réellement faire.

temporaire, l'idée ici est d'offrir une deuxième chance pour « les personnes en difficulté ». Même si, une inscription au fichier négatif ne peut être une raison de refus de crédit[2417] à une personne physique, il peut être pris en considération par les établissements de crédit[2418]. Un système de fichier négatif a aussi pour objet de donner la possibilité d'accès aux crédits[2419] sans distinction entre les riches et les pauvres, et de prévenir les risques de surendettement. Les deux objectifs, qui sont d'emblée incompatibles , doivent coexister dans cette société de solidarité et de consommation. Il faut assurer un droit minimum de crédit pour tout le monde sans aller jusqu'à l'octroi aveugle de crédit.

1851.**Inopportunité d'une incription viager.** – Si l'inscription est permanente[2420], cette inscription va paraître comme une sanction à vie pour ces personnes qui ne sont pas forcément fautives. Cette disposition chinoise n'est pas pertinente, il est fort conseillé d'enlever cette disposition ou le modifier : l'inscription des incidents de paiement ne saurait être une inscription permanente.

1852.**Echec du projet de fichier positif en France.** – En comparant les évolutions du droit de surendettement, nous allons découvrir que la tendance est de créer un fichier positif. Aux Etats-Unis, le système est celui de fichier positif, et la France veut transformer son système à un système de fichier positif. Si cette tendance signifie que le système de fichier positif est un système meilleur, il faut dire que cette idée est fort trompeuse. Si le système de fichier négatif n'est pas suffisant, pourquoi la crise financière ne trouve pas son détonateur en France, mais dans un pays de système de fichier positif ? La France a voulu un système de fichier positif parce que plus d'information personnelle va permettre aux établissements de crédit de pouvoir mieux évaluer les risques. Par contre, aux Etats-Unis, à cause du système de fichier positif, une facilité dans l'octroi des crédits par les établissements a pu être constatée. Ainsi la sécurité du système dépend de la politique actuelle de crédit, mais pas la nature du

[2417] V. C. conso. Art. L. 333-4.
[2418] V. *supra*
[2419] CES, avis, 26 janv. 2000, p. 10 et p. 15 ; X. Legarde, « Prévenir le surendettement des particuliers », *JCP G,* n° 38, 18 Septembre 2002, I 163, n° 3.
[2420] C'est exactement le cas en Chine : sauf les cas d'erreur, les informations inscrites dans le registre seront permanentes qui ne peuvent pas faire l'objet d'une radiation.

système choisi. Un bon système dépend de « la simplicité à mettre en place, de l'efficacité par rapport aux finalités attendues, et avec un coût relativement raisonnable ».

1853.Ainsi, nous avons pu conclure que le système de fichier négatif sera le futur pour la Chine.

1854.Si, une prévention de surendettement ne permet pas à tout le monde de rencontrer un accident de vie et ainsi d'avoir une difficulté dans le remboursement des dettes, une procédure de surendettement doit être là pour donner une deuxième chance aux personnes de bonne foi en difficulté.

B – Les procédures de surendettement : une balance nécessaire entre la protection des créanciers et la protection des consommateurs

1855.**Force obligatoire du contrat et droit à l'effacement des dettes.** – Même si le droit de surendettement personnel ne constitue pas un « *droit de ne pas payer ses dettes* »[2421], il constitue une exception du droit des contrats qui est caractérisé par la force obligatoire des contrats. La protection des débiteurs, la partie plus faible, va anéantir les droits des créanciers. Le principe de la force obligatoire des contrats vise à protéger la sécurité juridique, et le système de surendettement protège la paix sociale qui ne mérite pas forcément une priorité par rapport à la sécurité juridique. Les deux intérêts sont tous les deux très importants et méritent des protections particulières selon la théorie moderne de l'Etat. Il est important de trouver un certain équilibre entre les deux systèmes de protection.

1856.Si la procédure de surendettement a pu permettre, quelque fois, au débiteur de ne payer ses dettes personnelles, certains créanciers méritent d'être mis à l'abri et de ne pas être touché par ses mesures d'effacement de dettes. Si ces mesures qui portent

[2421] X. Lagarde, *L'endettement des particuliers*, 2e éd., 2003, JOLY, n° 1 ; Ripert, « Le droit de ne pas payer ses dettes », *DH*, 1936, Chron. P. 57 et s.

atteintes nécessairement au droit des créanciers, elles ne doivent pas bénéficier à tout le monde.

1857.Des propositions sur la protection des créanciers munis d'une sûreté mobilière ont pu être posées (b), sans oublier que le but principal de ce système est la protection des débiteurs personnes physiques en difficulté (a).

a – Propositions sur la protection des consommateurs surendettés : des mesures d'effacement des dettes et un droit au logement principal minimum

1858.Les débiteurs personnes physiques en difficulté méritent des protections particulières comme les entreprises en difficulté. Si les procédures collectives ont pour objet de faciliter le remboursement des créanciers ou de redresser une entreprise débitrice qui a encore des activités commerciales, l'intérêt réel est de protéger les créanciers en leur imposant une certaine égalité entre eux. Mais une procédure de surendettement qui vise à protéger une personne physique ne va pas forcément dans le même sens, l'enjeu derrière est la solidarité sociale, et aussi, le cas échéant, la dignité de l'humain et la protection des droits fondamentaux. C'est la raison pour laquelle, il est fort conseillé de constituer une procédure de surendettement du domaine civil en parallèle avec les procédures collectives en droit commercial. Cette procédure est nécessairement différenciée avec celle pour les entreprises en difficulté.

1- Un traitement nécessaire pour les consommateurs surendettés

1859.**Obstacle moral.** – En Chine, l'une des plus grandes difficultés dans la mise en place de cette idée de faillite personnelle en matière civile est celle de la culture, parce qu'une telle procédure va empêcher les créanciers à poursuivre le débiteur après sa

clôture. Depuis presque cinq mille ans, on nous a enseigné qu'il faut régler tout notre dû[2422]. La dette de la famille était héritée de génération à génération[2423].

1860.Des auteurs chinois ont déjà fait la proposition pour affranchir la limite morale, et déclencher le premier pas vers la faillite personnelle en matière civile[2424]. En s'inspirant sur les législations allemande et américaine, M. XU a pu déjà constater la nécessité de la protection des personnes physiques surendettées, notamment celles qui sont « trop optimistes » et « malheureuses ». Il a aussi souligné l'importance de l'honnêteté de ces personnes surendettées[2425].

1861.**Un « droit à ».** – Si une telle procédure a pour objet d'aider les personnes physiques en difficulté, ces dernières ne bénéficient pas automatiquement une suppression de dettes. A l'instar du système français, il est nécessaire de distinguer deux hypothèses, l'une dans laquelle les débiteurs peuvent rembourser la totalité de leurs dettes mais avec un arrangement des échéances, et l'autre dans laquelle, les débiteurs n'auront pas la possibilité d'honorer la totalité de leurs dettes même avec les mesures moratoires et de réduction du taux d'intérêt. C'est la situation financière actuelle de la personne physique en difficulté qui décidera les mesures qui seront être mises en place.

[2422] D.-F. XU, De l'effacement des dettes en cas de faillite des particuliers, *Droits chinois et étrangers*, avril 2011 : l'idée générale ressemble beaucoup à celle de la force obligatoire du contrat (en chinois, on dit « *YI NUO QIAN JIN* » qui signifie littérairement la promesse vaut mille kilos d'or).

[2423] Ainsi, en Chine, le proverbe a pu bien dire : le fils doit rembourser les dettes de son père (*FU ZHAI ZI HUAN*).

[2424] D.-F. XU, « De l'effacement des dettes en cas de faillite des particuliers », *Droits chinois et étrangers*, avril 2011 ; Y.HONG, « Des questions sur l'établissement du système de la faillite perosnnelle en Chine », *Journal of legal institut of Huadong*, mai 2003(洪玉："略论建立我国个人破产制度的若干法律问题"，《华东政法学院学报》2003 年第 5 期)；M. QI, « De la nécessité d'établissement d'un système de faillite personnelle en matière civile », *Modern Law*, 2007, n° 4 (齐明："论我国构建自然人破产制度的必要性"，《当代法学》2007 年第 4 期)；Y. XIE, « De l'établissement du système de la faillite des personnes physiques », *Journal of University of administration and law of southwest*,2006, n° 3 (谢渊："论自然人破产制度的构建"，《西南政法大学学报》2006 年第 3 期)。

[2425] D.-F. XU, « De l'effacement des dettes en cas de faillite des particuliers », *Droits chinois et étrangers*, avril 2011, a souligné qu'un manquement de confiance sociale ne doit constituer un obstacle dans l'établissement d'un système de faillite personnelle en matière civile, il suffit d'exiger l'honnêteté de la personne déclarante.

1862.**Mesures moratoires en priorité.** – Donc, pour ceux qui ont la possibilité de rembourser la totalité de leurs dettes, nous proposerons des mesures moratoires, soit de donner des délais de grâce avec un détail maximum, soit d'aménager les échéances en donnant le débiteur des ressources minimales pour continuer la vie quotidienne, et bien évidemment, le plan de remboursement ne peut dépasser un certain délai (à l'instar de l'exemple américain ou français, ce délai ne dépassera pas 6 ou 8 ans). D'autres mesures ont pu être ajoutées pour garantir une meilleure exécution du plan de remboursement. La mise en place de ces restrictions n'aura pas de difficulté en Chine. Parce qu'en Chine, les juges ont déjà la possibilité d'ordonner des restrictions dans la gestion du patrimoine personnel telle que l'interdiction d'achat des biens de luxe, l'interdiction d'aller consommer dans les établissements de loisir, l'interdiction d'aller aux établissements de jeux, etc.[2426].

1863.**Mesures d'effacement.** – Pour ceux qui n'ont pas la possibilité de rembourser la totalité de leurs dettes, même avec des mesures moratoires, ils bénéficieront les mesures d'effacement des dettes ou d'exclure les responsabilités[2427]. Il s'agit de suppression partielle ou totale des dettes, tout dépend si le débiteur dispose des biens de valeur à côté de ceux sont qualifiés nécessaires pour la continuation de la vie ou nécessaires pour la recherche de travail ou de continuer les activités de travail.

[2426] Ces mesures existent déjà en Chine en tant que des sanctions pénales auxiliaires et en matière civile : le règlement du 17 mai 2010 portant sur les restrictions des débiteurs soumis des exécutions judiciaires forcées. Ainsi a été prévu par l'article 3 de ce règlement, sont strictement interdits les actes : d'acheter les billets de transports de la classe au-dessus de la classe secondaire ; d'aller à l'hôtel de plus d'un étoile, au restaurant, à la boîte de nuit ou de club de golf ; d'acheter l'immeuble ou de décorer et de modifier son immeuble ; de louer les locaux de luxe en tant que les locaux de travail ; d'acheter les véhicules non-nécessaires pour aller au travail ; d'aller au voyage ou aux vacances ; de payer les frais d'écoles des enfants si ce sont des écoles privées ; de payer ou d'acheter les produits financiers ou les assurances extrêmement élevées ; de luxes qui ne sont pas nécessaires pour la vie et le travail. Ici, la notion du débiteur soumis des exécutions forcées est une notion large, la distinction entre la personne physique et morale n'est pas faite (art. 1 du règlement). En cas de violation de ces restrictions, le débiteur sera sanctionné par la rétention ou par une amande, le cas échéant, les responsabilités pénales seront engagées.

[2427] D.-F. XU, « De l'effacement des dettes en cas de faillite des particuliers », *Droits chinois et étrangers*, avril 2011, l'auteur a conseillé, dans l'établissement de système de surendettement des particuliers, une possibilité de déresponsabiliser le débiteur à l'issu de la procédure. C'est la même chose que l'effacement des dettes.

1864.**Une procédure simplifiée pour des cas particuliers.** – Aussi une procédure efficace est toujours caractérisée par sa rapidité, ainsi, une procédure de surendettement ou de faillite personnelle doit être strictement encadrée dans le temps, notamment en cas de procédure de liquidation et de disposition des biens. Cette rapidité permet non seulement aux créanciers d'obtenir le paiement, dans un meilleur moment, même si ce ne sera que partiel, et aussi aux débiteurs personnes physiques de rebondir le plus vite possible à l'issue de l'accident de vie. Cette rapidité correspond bien à la politique de la création de ce système.

1865.**Proportionnalité.** – Encore, il est aussi intéressant de rappeler le principe de proportionnalité. Il est aussi logique de ne pas vendre les biens dont la valeur est vraiment disproportionnée par rapport aux frais de vente aux enchères.

2- Un droit au logement principal à l'instar de la législation américaine

1866.**Un droit à logement.** – Le remboursement des créanciers n'est pas le premier but de la procédure de surendettement, et la priorité de la sauvegarde des débiteurs prime sur les autres intérêts à protéger. Un droit au logement principal des débiteurs doit être garanti, à l'instar du système américain.

1867.**Différence entre droit américain et droit français.** – Aux Etats-Unis, le système de faillite personnelle se diffère d'un Etat à l'autre. Pour certains Etats, le débiteur en difficulté a le droit de garder sa propriété immobilière si cette dernière constitue son logement principal et elle n'a que valeur qui ne dépasse pas un certain plafond ; et pour les autres Etats, il n'y a pas de plafond pour la valeur de ce logement principal. Mais en France, il n'existe pas, de *stricto sensu,* un droit au logement principal[2428]. Par contre, s'il y avait lieu d'une vente de logement principal pour le remboursement du crédit pris pour son achat, il y aura une réduction de dette après la

[2428] Comp. X. Lagarde, L'endettement des particuliers, 2e éd., 2003, JOLY, n° 82 et s. : Le « reste à vivre » constitue ainsi une idée de protection pour le débiteur, mais elle n'est pas vraiment un droit au logement pour le débiteur surendetté.

vente du logement principal et l'imputation du prix de vente sur la somme restant due[2429]. Et les hauts magistrats ont pu bien préciser si la vente du logement principal ne permet pas d'apurer l'ensemble des dettes, il n'est pas opportun d'ordonner la vente de ce logement alors que cette vente entraînerait des dettes de loyer qui diminueraient la capacité de remboursement du débiteur[2430]. Même si dans cet arrêt, le débiter a pu bien sauver sa propriété sur le logement principal, nous ne pouvons pas déduire l'existence d'un droit au logement principal. En effet, cet arrêt n'est utilisé, en doctrine, que pour prouver le caractère propriétaire du débiteur sur sa résidence principale mais n'empêche pas que la situation de surendettement soit caractérisée[2431].Il est quand même regrettable que la doctrine n'a pas pu utiliser cet arrêt pour orienter un droit au logement principal. En effet, nous pouvons bien penser que dans le cas d'espèce, c'est l'esprit d'équité qui oriente le résultat de ce «droit à la résidence principale » pour le débiteur.

1868.**Un droit à logement recommandé par l' « harmonisation sociale » en Chine.** – En Chine, il est nécessaire de garantir un droit au logement principal si le débiteur personne physique en difficulté est lui-même le propriétaire de son logement principal. Il est clair que ceux qui sont en difficulté ne sont pas forcément ceux qui sont pauvres, mais la plupart des débiteurs personnes physiques en difficulté, selon les expériences de pays occidentaux, sont des personnes avec un revenu plus ou moins médiocre ou bien sans revenu. Un droit minimum au logement principal va permettre au moins une continuation normale de la vie courante d'une personne, et cela correspond à la politique interne de la Chine : l'harmonie sociale[2432]. Mais ce droit au logement ne

[2429] L'article L. 331-7-1 du Code de la consommation.
[2430] CA Nîmes, 13 janv. 2011, SA Crédit-logement c/ Serge G. : JurisData n° 2011- 009060 ; *Contrats, conc. consom.* 2011, comm. 272, obs. G. Raymond.
[2431] CA Nîmes, 13 janv. 2011, SA Crédit-logement c/ Serge G. : JurisData n° 2011- 009060 ; *Contrats, conc. consom.* 2011, comm. 272, obs. G. Raymond. Dans le commentaire, l'auteur a pu aussi préciser que « *Le législateur a vraisemblablement voulu dire que le fait que le débiteur soit propriétaire de sa résidence principale ne devait pas le priver du bénéfice de la procédure de surendettement et que la vente de cette résidence n'était pas obligatoire, même si en toute logique comptable le passif serait diminué de la valeur de cette résidence* ».
[2432] L'idée générale de l''harmonie sociale vient d'une idée politique ancienne chinoise. Elle a été basée sur un adage d'un ouvrage de médecine chinoise : « Rang wai bi xian an nei (攘外必先安内). Cela signifie pour conquérir les agressions extérieures, il faut d'abord résoudre les troubles internes (ou bien les guerres civiles). Autrement dit, pour bien gouverner un pays, il faut créer un environnement de

doit pas être sans limite ou être abusé, comme c'est le cas pour certains « *States* » aux Etats-Unis. En rappelant l'équilibre entre la protection des créanciers et des débiteurs, il semble qu'une limite raisonnable[2433] de ce droit est nécessaire pour que les droits des créanciers ne soient pas trop mis en danger.

1869.**Une proposition basant sur le modèle américain.** – En effet, une amélioration de cette solution américaine est possible : si l'ouverture d'une procédure de surendettement est accordée par le débiteur en difficulté, pourquoi pas ne pas laisser ce dernier de choisir le sort de son logement principal ? Le débiteur pourrait choisir de garder son logement principal en abandonnant son droit à l'effacement des dettes, ou bien, il doit abandonner son droit de propriété sur son logement principal pour qu'il puisse bénéficier un certain droit à l'effacement des dettes. Il faut mentionner que le logement ne doit pas avoir une valeur disproportionnée par rapport aux revenus actuels du débiteur[2434] ou de sa famille.

1870.De toute façon, la solution prise doit permettre une certaine balance entre la protection du créancier et la protection du débiteur. La mise en place de la solidarité sociale ne doit pas créer des conflits à nouveau.

b – Propositions sur la protection des créanciers face au consommateur surendetté

1871.**Importance de la sauvegarde de l'efficacité des sûretés réelles.** – L'objet de cette recherche, est de déterminer le seul de protection des créanciers contre l'insolvabilité des débiteurs peu importe si les débiteurs sont des personnes morales ou des personnes physiques. Si les mesures de surendettement ont pour objet de sauver le débiteur, victime d'un accident de vie, il ne faut aller jusqu'à l'ignorance totale de l'existence des sûretés. Ainsi, il est logique d'exiger la bonne foi comme une

paix à l'intérieur. Ainsi, l'union, ou bien l'harmonie de la société, fait la force pour défendre plus efficacement les agressions externes. A l'époque moderne, il n'y a plus de guerre, mais cette idée d'harmonie sociale survit.

[2433] Ce droit minimum doit être calculé selon le niveau moyen de vie locale.

[2434] Par exemple, un logement d'une valeur trop importante par rapport aux revenus de la famille du débiteur.

condition ouvrant le droit à l'effacement des dettes civiles (1), et de maintenir certaine efficacité des sûretés particulières (2).

1- L'exigence stricte de la bonne foi du débiteur

1872.**Bonne foi exigée à l'instar du droit français.** – Si une procédure de surendettement ou de faillite personnelle ressemble beaucoup à un droit de ne pas respecter la force obligatoire des contrats ou de ne pas payer ses dettes, elle ne doit pas constituer un vrai « droit de »[2435] de *stricto sensu*. Certaines conditions doivent être remplies pour que la procédure de surendettement soit recevable. L'une la plus importante c'est la bonne foi, qui constitue un bon outil pour lutter contre les fraudes[2436].

1873.A l'instar du système français, la bonne foi doit être une condition de recevabilité de la procédure, ainsi une clef qui ouvre aux débiteurs en difficulté un droit au délai de grâce ou un droit à la suppression des dettes. L'absence de bonne foi du débiteur va être sanctionnée par l'irrecevabilité de la demande d'ouverture d'une procédure de surendettement, si la mauvaise foi est constatée au cours de l'instruction des dossiers, ou par la déchéance du droit aux mesures aménageant les dettes, si la mauvaise foi est constatée pendant l'exécution du plan de remboursement.

1874.**Appréciation d'existence de bonne foi par les juges.** – En France, malgré une exigence rigoureuse de la bonne foi du débiteur, il n'existe pas une définition légale de bonne foi en matière du droit de surendettement. C'est pour cela, la notion de la bonne foi fait l'objet d'interprétations doctrinales et jurisprudentielles divergentes. Pour les uns, la bonne foi devait s'apprécier au regard des circonstances dans

[2435]La différence entre le « droit de » et le « droit à »est manifestement patente : le « droit de » incarne un droit dont le titulaire n'a pas besoin d'aucun acte extérieur, et le « droit à » désigne un droit dont le titulaire doit remplir certaines conditions pour qu'il puisse en bénéficier. V. notamment S. PIEDELIEVRE, « le droit à l'effacement des dettes », Defrénois, 15 janvier 2004, n°1, p. 14.

[2436] D.-F. XU, De l'effacement des dettes en cas de faillite des particuliers, *Droits chinois et étrangers*, avril 2011, l'auteur a déjà prévu la nécessité de la prévention des abus et de fraudes dans la création du système de surendettement des particuliers.

lesquelles l'endettement a été constitué et du comportement du débiteur vis-à-vis de ses créanciers, ce qui consacre la théorie de la bonne foi contractuelle[2437]. Pour les autres, la bonne foi devrait s'apprécier au regard du comportement du débiteur à l'ouverture et au cours de la procédure de surendettement, ce qui consacre la théorie de la bonne foi procédurale[2438]. Malgré les incitations gouvernementales à privilégier la bonne foi procédurale[2439], la Cour de cassation a rejeté une définition aussi restrictive de la bonne foi, tout en refusant de fournir une définition générale et abstraite de la bonne foi[2440]. Laissée à l'appréciation souveraine des juges du fond, la bonne foi du débiteur est appréhendée globalement à l'aide d'un faisceau de critères qui combine les deux conceptions[2441].

1875.**Bonne foi matérisalisée en devoir de loyauté ou d'honnêteté.** – En effet, cette exigence de bonne foi se comprend dans la logique lorsque les créanciers sont tenus d'un devoir de loyauté[2442] et d'honnêteté[2443], ou bien nous pourrions dire dans un sens plus large une obligation de bonne foi[2444], face à la défaillance de son débiteur. Il sera logique d'exiger de la même manière l'existence de bonne foi à toutes les parties contractuelles si nous sommes dans un système juridique d'égalité. Si l'exigence de bonne foi est déjà un principe directeur de droit commun en Chine, il n'est pas question que l'obligation de tolérance est bien chargée sur l'épaule du créancier en

---

[2437] Cass. 2e civ., 22 mars 2007 : *Rev. proc. coll.* 2007, p. 208, n° 1, note S. Gjidara-Decaix.
[2438] Comp. D.-F. XU, De l'effacement des dettes en cas de faillite des particuliers, *Droits chinois et étrangers*, avril 2011 : en Allemagne, une période d'épreuve de 6 ans, à compter d'ouverture de la procédure de faillite civile, est exigée au débiteur déclarant, pendant la procédure, il faut que le débiteur soit honnête.
[2439] Rapp. AN, Lequiller, n° 1049 : JOAN 30 nov. 1989, p. 38 ; Rép. min. n° 28981 : JOAN Q 17 sept. 1990, p. 4344 ; Cass. 2e civ., 7 juin 2007, *Procédures* 2008, étude 1, note T. Le Bars.
[2440] V. Catry, « Le surendettement des particuliers et la réforme intervenue en 1995 », Rapp. C. cass. 1997, p. 79
[2441] Cass. 2e civ., 10 févr. 2011 n° 10-11.815, non publié au Bulletin.
[2442] Y. PICOD, *Le devoir de loyauté dans l'exécution du contrat*, LGDJ, 1989, préf. G. Couturier, spéc. n° 142 et s., il a souligné que l'obligation de tolérance devant se manifester en cas de crise contractuelle sera particulièrement évidente dans quatre hypothèses.
[2443] Exigence allemande dans l'ouverture d'une procédure de faillite civile (art. 290 du droit des procédures collectives).
[2444] A. Sérieux, *Les obligations*, PUF, coll. Droit fondamental, 2e éd., 1992, n° 201 : « *La bonne foi de l'article 1134 c'est la bonne volonté, la loyauté, le souci de se dépenser au profit de son co-contractant, de collaborer avec lui, de lui faciliter la tâche, en un mot de l'aimer comme un frère ». Il est ainsi clair que le devoir de loyauté dans l'exécution du contrat fait partie de l'exigence de la bonne foi prévue par l'article 1134 du Code civil ».*

cas de défaillance de son débiteur. Ainsi, il est logique, et nécessaire d'exiger la bonne foi du débiteur pour qu'il puisse bénéficier un traitement de faveur.

1876.**Une possible clarification légale de l'exigence de bonne foi en Chine.** – Si la nécessité de l'exigence de bonne foi pour le système chinois de surendettement ne semble plus un problème, la question se pose sur la nécessité de clarifier dans le texte légal la définition de la bonne foi en Chine, ou bien nous allons aussi justement mentionner dans le texte l'exigence de bonne foi en laissant apprécier les juges au cas par cas à l'instar de l'exemple français.

1877.En Chine, la bonne foi constitue un principe général de droit[2445], mais il n'y a pas de définition légale de cette notion. C'est exactement le même cas qu'en France. En doctrine chinoise, une interprétation unanimement accordée sur la notion de bonne foi n'existe pas, donc, c'est aux juges d'apprécier au cas par cas l'existence de la bonne foi. Et il n'y a pas beaucoup de difficulté dans la pratique pour la qualification d'existence de bonne foi. C'est peut-être bon, à l'instar du système français, d'exiger la bonne foi en tant qu'une des conditions de recevabilité d'une demande d'ouverture de procédure de surendettement sans aucune autre précision dans le texte légal.

1878.**L'importance des expériences françaises.** – Et les expériences françaises ont pu aussi fournir aux juges chinois sur l'appréciation d'existence de la bonne foi des éléments importants[2446]. Parce que le système de la présomption de la bonne foi existe

---

[2445] Loi civile chinoise, art. 6.

[2446] L'exigence de bonne foi conduit à apprécier les circonstances dans lesquelles l'endettement a été contracté et le comportement du débiteur, notamment pour déterminer s'il avait conscience ou non de créer un endettement excessif ou d'aggraver son surendettement, sans avoir ni la possibilité, ni la volonté d'y faire face *(TGI Paris, 20 janv. 2005 : JurisData n° 2005-268748 ; Contrats, conc. consom. 2005, comm. 121, note G. Raymond. - Cass. 2e civ., 7 juin 2006, n° 05-04.043*, inédit. - *Cass. 2e civ., 22 mars 2007 : JurisData n° 2007-038182 ; Rev. proc. coll. 2007, p. 208, n° 1, note S. Gjidara-Decaix - Cass. 2e civ., 20 janv. 2011, n° 09-72.537*, inédit - *Cass. 2e civ., 17 févr. 2011, n° 10-10.936*, non publié au bulletin). Cette approche conduit à prendre en considération certains éléments tels que le caractère nécessaire ou somptuaire des dettes *(CA Paris, 29 nov. 1990 : D. 1991, jurispr. p. 253, note J.-L. Vallens. - CA Nancy, 23 févr. 1998 : JurisData n° 1998-049962. - CA Angers, 5 févr. 2008 : JurisData n° 2008-367837 ; Rev. proc. coll. 2009, comm. 65, note S. Gjidara-Decaix)*, le niveau socio-professionnel ou culturel du débiteur *(TI Tours, 3 mai 1990 : BRDA 30 juin 1990, p. 10. - TI Poitiers, 6 juin 2005 : Contrats, conc. consom. 2005, comm. 180, note G. Raymond)*, ou bien encore les événements personnels de nature à légitimer l'aggravation d'un endettement *(CA Paris, 13 janv. 2009 : JurisData n° 2009-001374 ; Rev. proc. coll. 2009, comm. 65, note S. Gjidara-Decaix)*. Si la mauvaise

aussi en Chine, non seulement en matière pénale mais aussi en matière civile et commerciale.

1879.La protection des créanciers ne doivent pas s'arrêter là en seule exigence de la bonne foi pour l'ouverture d'une procédure de surendettement. Si les créanciers prudents ont déjà prévenu les risques en passant une ou plusieurs sûretés, ces techniques ne doivent pas être vainement utilisées.

2- L'efficacité des sûretés mobilières régulièrement établies

1880.**Efficacité du gage français avec dépossession.** – A l'issue de la réforme de 2010, nous voyons, en France, une tendance de la protection renforcée des créanciers munis d'une sûreté mobilière dans la procédure de surendettement. La réforme a bien indiqué que « *les dettes issues de prêts sur gage souscrits auprès des caisses de crédit municipal en application de l'article L. 514-1 du Code monétaire et financier ne peuvent être effacés par application des mesures prévues au 2° de l'article L. 331-7-1et aux articles L. 332-5, L. 332-6-1 et L. 332-9 du présent code* »[2447]. Et en plus, « *la réalisation des gages par les caisses de crédit municipal ne peut être empêchée ou*

---

foi ne peut être ainsi retenue à l'encontre de débiteurs qui sont dans l'incapacité d'expliquer les causes de leur endettement massif et soudain *(Cass. 2e civ., 15 juin 2009 : JurisData n° 2009-046527 ; Rev. proc. coll. 2009, comm. 65, note S. Gjidara-Decaix),* elle le sera à l'encontre de ceux qui ont, en outre, maintenu un train de vie incompatible avec leur situation en continuant à faire des dépenses excessives *(CA Paris, 13 janv. 2009 : JurisData n° 2009-001376 ; Rev. proc. coll. 2009, comm. 65, note S. Gjidara-Decaix).* En tout état de cause, la mauvaise foi sera également caractérisée par des déclarations mensongères *(CA Versailles, 17 janv. 1994 : BICC, 15 janv. 1995, n° 67. - Cass. 1re civ., 11 janv. 2006 : Dr. et proc. 2006, p. 175, note Bazin. - CA Nancy, 12 juill. 2010 : JurisData n° 2010-016972. - Cass. crim., 13 janv. 2010 : JurisData n° 2010-051650 ; Contrats, conc. consom. 2010, comm. 143, note G. Raymond)* plus généralement par des comportements déloyaux *(CA Limoges, 3 mai 2006 : JurisData n° 2006-312873. - Cass. 2e civ., 2 juill. 2009, n° 08-16.392,* inédit. - *Cass. 2e civ., 17 févr. 2011, n° 10-13895,* non publié au bulletin). En revanche, d'autres éléments se révèlent insuffisants à caractériser la mauvaise foi des débiteurs, tels que la nature des dettes *(Cass. 2e civ., 8 juill. 2004 : JurisData n° 2004-024675 ; Rev. proc. coll. 2006, p. 27, n° 1, note S. Gjidara-Decaix. - Cass. 2e civ., 7 juin 2007 : JurisData n° 2007-15732 ; Rev. proc. coll. 2007, p. 208, n° 2, note S. Gjidara-Decaix. - Cass. 2e civ., 31 mars 2011, n° 09-72.819,* non publié au bulletin), le fait de s'engager comme caution au profit de trois sociétés pour des montants manifestement excessifs *(Cass. 2e civ., 31 mars 2011, n° 09-72.819,* non publié au Bulletin), le refus par le débiteur de la proposition de placement sous tutelle ou curatelle *(CA Paris 12 mai 2009 : JurisData n° 2009-0017196)* ou l'absence réitérée du débiteur, même pour raisons médicales, aux audiences du *(CA Paris 24 févr. 2009 : JurisData n° 2009-002761).*

[2447] L'article L. 333-1-2 du Code de la consommation.

différée au-delà de la date déterminée dans le contrat de prêt ». Il est sûr que certaines autres dettes ne peuvent faire l'objet de quelconque effacement à cause de leur nature, mais c'est depuis cette réforme, dans le texte légal, que les dettes ne peuvent pas faire l'objet d'un effacement parce que les créanciers sont munis d'une sûreté, plus précisément une sûreté mobilière.

1881.Malgré plusieurs analyses possibles de ce texte[2448], il est fort possible que c'est un signe de tendance de réforme en mettant l'accent sur l'efficacité des sûretés mobilières notamment celles avec dépossession du bien[2449]. Il est clair que ces créanciers munis d'un gage sont bien protégés par la réforme, surtout que ces dettes ne peuvent pas faire l'objet d'un effacement, et la réalisation de cette sûreté ne peut pas être empêchée. Par rapport aux autres créanciers munis d'une sûreté autre que le gage, la caisse de crédit municipal est bien mise dans une place prioritaire.

1882.**Efficacité du gage et le droit à crédit.** – Il semble que cette exception, érigée par la réforme, a pour objet de garantir un droit minimum au crédit pour les personnes physiques, surtout pour ceux qui n'ont pas un revenu décent. Mais, n'est-ce pas le seul moyen pour ces personnes d'obtenir un crédit qui serait nécessaire à la vie quotidienne ? Une reconnaissance de l'efficacité d'une telle sûreté mobilière est importante pour que tout le monde ait un accès au crédit, au moins à la consommation.

[2448] Ph. FLORES, « la réforme de la procédure de surendettement du 1er juillet 2010 », *AJ Familial*, 2011, p. 10. Ce magistrat a bien indiqué que « cette disposition légale n'a d'autre objet que de briser une jurisprudence développée par la Cour d'appel de Paris dans un arrêt du 13 mars 2007, qui avait admis l'effacement d'une créance du crédit municipal ». En même sens, Sophie GJIDARA-DECAIX, Fasc. 1140 : « Surendettement des particuliers », *J.-Cl. Concurrence – Consommation*, n° 98.

[2449] G. RAYMOND, « Prêt sur gage par crédit municipal », *Contrats Concurrence Consommation* n° 8, Août 2007, comm. 224. L'auteur a pu, dans son commentaire d'arrêt (CA Paris, 8e ch., sect. A, 13 mars 2007, Crédit Municipal de Paris c/ Épx L. : Juris-Data n° 2007-332011) *in fine*, bien indiqué que « ce texte montre bien que les créances garanties par des sûretés ne sont pas exclues des mesures destinées à sortir le débiteur du surendettement dans lequel il s'est fourvoyé », et que «le prêt sur gage ne fait pas partie des dettes non aménageables par application de l'article L. 333-1 du Code de la consommation et ceci malgré les nombreuses réformes intervenues, alors que toutes les autres dettes, y compris fiscales contrairement à ce qui est dit dans l'arrêt, peuvent être rééchelonnées, voire effacées (*C. consom., art. L. 331-7 et L. 331-7-1*) ». Si cet article a pour objet de briser cette jurisprudence, il a aussi pour objet de mettre le prêt sur gage sous l'abri contre les mesures moratoires ou d'effacement de dettes.

1883.En Chine, la diversité des sûretés a pu être constatée, mais il n'y a pas encore une sorte de sûreté qui est d'une efficacité manifeste par rapport aux autres. En mettant le droit de rétention en parallèle avec les sûretés traditionnelles, en Chine, le droit de rétention n'a pas de priorité par rapport aux autres formes de sûretés réelles. Mais vu le domaine limité des sûretés immobilières, il y a lieu de mieux développer les sûretés mobilières. Sous l'influence du droit allemand, le droit chinois des sûretés met l'accent sur le fonctionnement d'investissement des sûretés[2450], et sur le développement des sûretés mobilières sans dépossession[2451]. Est-ce que cela veut dire que les sûretés mobilières avec dépossession vont disparaître en Chine ? Et depuis, les sûretés mobilières seront toutes sans dépossession ? La réponse semble-t-il est négative, les sûretés mobilières avec dépossession ont toujours leur place. En Chine, le nantissement est toujours une sûreté avec dépossession, les titres doivent toujours être remis à la main du créancier, sans oublier que la condition de l'opposabilité est la signification ou une acceptation par document authentifié. Et les sûretés mobilières avec dépossession portant sur les biens corporels existent toujours dans la pratique.

1884.Si une sûreté a pu être utilisée pour obtenir un ou plusieurs crédits, elle est à l'origine créée pour garantir le paiement des créances. Il ne faut surtout pas oublier que l'efficacité d'une sûreté est le caractère le plus important. C'est la raison pour laquelle, le gage avec dépossession, mettant bel et bien le créancier sous garantie, ne doit pas se dissiper avec l'évolution du temps. Par contre, une reconnaissance de la valeur des sûretés avec dépossession doit être la tendance des réformes prochaines, comme c'est le cas en France.

1885.Il est, donc, important de reconnaître l'efficacité des sûretés mobilières dans la procédure de surendettement, surtout celles avec dépossession.

1886.**Une clarification nécessaire dans la législation future.** – Pour que les créanciers munis d'une sûreté mobilière soient bien protégés, il faut que les sûretés

[2450] C.-J. LIU, « Comment perfectionner la législation en matière de sûreté réelle », (刘成江, 如何完善我国担保物权的立法价值), v. disponible sur le site : http://m.law-lib.com/lw/lw_view.asp?no=10680.
[2451] C'est ainsi maximiser les utilités d'un bien, la valeur d'échange et la valeur d'usage.

soient opposables aux autres créanciers. La question se pose, donc, sur la nécessité de déclaration des créances auprès de l'institution compétente, comme en France, c'est la Commission du surendettement qui est compétente pour connaître la déclaration des créances. Comme le contrat n'est pas forcément un contrat publié, et les contrats ne sont opposables qu'entre les parties qui ont donné leur consentement, il faut une déclaration pour que le contrat et son accessoire soit opposable aux autres créanciers. Il est logique de faire savoir l'existence d'une sûreté avant de la mettre en place de priorité. C'est exactement le même processus en matière des procédures collectives chinoises, donc, il vaudra mieux de le reprendre dans le système de faillite personnelle ou de surendettement. Il n'y aura pas de difficulté.

Conclusion du § 2 et de la section 2 :

1887.D'une briève comparaision entre la situation actuelle et les circonstances françaises dans lesquelles le législateur français a érigé les procédures de surendettement des particuliers permet déjà de constater une ressemblence entre la France des années 90 et la Chine d'aujourd'hui. Toujours sous l'influence des crises économiques du niveau mondial, la solvabilité des particuliers est très sensible à des incidences de vie. Elle l'est notamment en Chine où la couverture sociale est en train de se construire. Ainsi, il est indispensable d'établir un système de traitement des situations de surendettement pour les particuliers, y compris un système d'alerte dont la procédure d'établissement est commencée en 2003.

1888.En précisant les finalités de la création d'un système de prévention (ou d'alerte), un système de fichier négatif, semble-t-il, peut bien remplir toutes les objectifs préventifs. Sans oublier les difficultés potentielles dans la création d'un système dit « fichier positif », il faut aussi prendre en conscience les risques d'abus dans l'utilisation des données qui porteront atteintes à la vie privée des intéressés. La prudence des législateurs français pourrait déjà attirer notre attention dans la mise en place d'un système de « fichier positif ».

1889.Malgré des efforts accomplis dans la création d'un registre de crédit national en Chine, certaines difficultés n'ont pas pu être surmontées. C'est la raison pour laquelle, un système de fichier négatif est proposé, qui sera plus simple et efficace dans la prévention de surendettement en Chine.

1890.Si le débiteur personne physique est déjà dans une situation de surendettement, il convient d'envisager un traitement de cette situation en franchissant le fameux principe de la force obligatoire des contrats. Nous pouvons faire des propositions sur le traitement des débiteurs à l'instar du système français comme à l'instar des systèmes américain ou allemand qui le concurencent parce qu'en principe, les mesures sont similaires.

1891.Sans être étendu à un principe général du droit privé, la proportionnalitéattire toujours notre attention pour que la protection des débiteurs ne soit utilisée de manière excessive ou voire abusive. La protection des créanciers est aussi importante comme l'importance de la force obligatoire des contrats. L'utilisation de la notion de bonne foi peut bien remplir cette mission soit comme un gardien de la force obligatoire soit comme une sanction en cas de mauvaise foi du débiteur. Il est, donc, fort conseillé d'installer un tel outil dans l'établissement du système de faillite personnelle.

1892.Enfin, suivant la tendance d'évolution du droit des sûretés, il est aussi logique de proposer une protection renforcée de l'efficacité des gages avec dépossession face au surendettement des débiteurs personnes physiques[2452]. Il semble être logique que cette opposabilité ou efficacité des gages avec dépossession doit être soumise à une déclaration auprès d'une institution spécifiquement compétente.

[2452] Cette idée se trouve dans l'analyse de l'ouvrage de Mme. Laetitia Bougerol-Prud'homme, *Exclusivité et garanties de paiement*, LGDJ, 2012, préf. P. CROCQ.

Conclusion du chapitre 2

1893.L'utilisation de système de faillite en matière civile par plusieurs pays n'est pas une convergence par hasard, elle s'explique par la nécessité et l'évolution de la société. L'adoption du système de surendettement des particuliers par la France est un peu en retard par rapport aux autres pays, mais le système adopté reste compétitif par rapport aux systèmes qui le concurencent.

1894.Le système, par sa nature, protège les débiteurs personnes physiques, et porte atteinte aux droits des créanciers même si ces derniers ont déjà pris des précautions préventives. Le débiteur, à l'issue de la procédure de traitement de surendettement, sera exempté de responsabilité vis-à-vis à ces anciens créanciers, peu importe que soit par paiement ou par l'effacement de dettes.

1895.L'évolution et le développement de la société chinoise nécessitent la mise en place d' un système de surendettement des particuliers, parce que la croissance de l'endettement, qui est facilitée par le développement des sûretés réelles portant sur les biens mobiliers, va créer de plus en plus de risques de surendettement, mais cette croissance ne semble pas être réductible. Un manquement de protection sociale rendra une difficulté dans le remboursement des dettes à une situation irrémédiablement compromise.

1896.La protection des débiteurs en difficulté fait certes obstacle à la mise en place des sûretés pour les créanciers prudents et tolérants[2453]. L'exigence de bonne foi, qui existait déjà comme un principe général de droit chinois, constituera un très bon outil de contrôle contre l'abus ou de fraude en matière de surendettement. Malgré 10 ans d'efforts effectués en Chine à l'instar du modèle américain, un système complet de registre de crédit national n'a pas pu être établi. Il semble plus opportun et pertinent

[2453] Selon P. Crocq, un créancier de bonne foi ou de loyauté est soumis d'une obligation de tolérance face aux débiteurs défaillants (P. CROCQ, *Propriété et garanties de paiement*, LGDJ 1995, préf. M. Gobert).

d'ériger d'abord un système de « fichier négatif » à l'instar du système français, en Chine, pour que le système soit effectivement efficace et facile à mettre en place.

1897.La question resteà savoir s'il est pertinent de privilégier l'efficacité des sûretés réelles mobilières avec dépossession par rapport aux autres sûretés face aux procédures de traitements de surendettement. Il nous semble que, pour garantir un minimum de droit au crédit aux personnes qui ont une ressource financière moins aisée, la nécessité de renforcer l'efficacité des sûretés réelles mobilières avec dépossession face aux procédures de faillite civile est évidente.

Conclusion du Titre II

1898.Concurrencé par les droits des autres pays, le droit français ne perd pas tout à fait son attractivité pour le droit chinois. Quant à l'affranchissement du principe de spécialité, les solutions françaises paraissent prudentes et adéquates. Et quant à la question d'ouverture d'une procédure de traitement de surendettement du débiteur, le droit français a traité de manière concrète l'ordre de préférence de différentes sûretés réelles, y comprises les sûretés réelles exclusives. Face à la nécessité de la lutte contre le surendettement, la solution française de la « fiche négative » correspond mieux à la situation chinoise.

1899.Il faut noter qu'une concurrence n'existera pas si les systèmes juridiques de différents pays ou régions sont les mêmes. Ce sont les différentes solutions juridiques prises face aux mêmes difficultés ou mêmes problèmes par les différents systèmes juridiques qui permettent une différenciation et la concurrence entre les systèmes juridiques de différents pays ou régions. En outre, une solution peut être la meilleure pour un pays mais ne l'est pas pour un autre. Une bonne institution pour la France n'est pas forcément une bonne pour la Chine.

Conclusion de la Partie seconde

1900.En quête d'un droit simple et des sûretés réelles mobilières efficaces, nous avons regardé, de manière générale, la structure du droit des sûretés réelles françaises portant sur les biens mobiliers pour essayer de trouver une solution adéquate au système chinois.

1901.Quant à la simplification du droit des sûretés réelles mobilières, il semble que l'uniformisation des régimes des sûretés réelles, utilisée par certains pays anglo-saxons, n'est pas possible, au moins au niveau théorique[2454], tant en France qu'en Chine, mais la distinction française entre les sûretés réelles portant sur les meubles corporels ou incorporels et la distinction chinoise entre l'hypothèque mobilière, le gage des meubles corporels et le gage des droits ne permettent pas une simplification. Cette distinction cherchée doit permettre d'englober toutes les sûretés réelles mobilières, et réunir un nombre maximum de point commun des sûretés réelles regroupées. Il semble que la distinction qui se base sur l'utilité de l'assiette est bien utile : selon que les biens soient d'exploitation ou non d'exploitation. Elle permet non seulement de rendre compte la question de la dépossession des biens incorporels, mais aussi toutes les sûretés réelles exclusives qui sont en pleine perspective en France à cause de leur résistance face aux procédures collectives ou de traitement d'insolvabilité du débiteur.

1902.Néanmoins, la question du cautionnement réel persiste à cause de sa nature mixte : le constituant de la sûreté et aussi un tiers garant. Il convient de prévoir des dispositions particulières pour une meilleure protection de la caution réelle, le constituant. Sur ce point, la solution législative française n'est pas cent pour cent satisfaisante.

[2454] Ch. Gijsbers, *Sûretés réelles et droit des biens*, préf. M. Grimaldi, Economica, 2016, n° 455 et s, p. 458 et s. qui souligne notamment la nécessité de prendre en compte de la nature spécifique des biens grevés.

1903.Quant à l'efficacité des sûretés réelles, les sûretés réelles chinoises ne permettent pas le maintien d'une efficacité en cas d'ouverture d'une procédure de faillite ou de redressement judiciaire. En outre, il est à constater qu'il manque une cohérence entre le droit chinois des sûretés réelles et le droit chinois de l'entreprise en difficulté. Il n'existe pas de procédure protectrice qui traite l'état de surendettement des particuliers. Certes, il n'existe pas encore de phénomène massif de surendettement des particuliers à cause d'essor économique, mais une prévention est toujours nécessaire, parce que l'on ne doit pas ignorer le ralentissement de la croissance économique chinoise depuis 2008[2455]. L'efficacité des sûretés réelles va protéger les créanciers pour que les difficultés des entreprises ne produisent ou produisent moins d'effet de chaîne. Le législateur chinois doit, ainsi, absolument prendre en compte le droit des entreprises en difficulté et le potentiel droit de traitement de surendettement des particuliers dans les prochaines réformes de sûretés réelles.

1904.Enfin, une question qui a été soulevée depuis la première législation chinoise des sûretés mérite une attention particulière: il s'agit de la sûreté réelle indépendante. Apparemment, cette proposition est intéressante pour la sauvegarde du pouvoir de crédit (en chinois :*融资能力*) pour le débiteur. Mais la protection du pouvoir de crédit pour le débiteur est de double facette : elle encourage l'endettement du débiteur. Un crédit peut, dans des circonstances, sauver une entreprise, et dans d'autres situations, la tuer. Ainsi, face à cette question, le législateur français a choisi d'ouvrir la porte par l'adoucissement de l'exigence de la spécialité, et maintenir le principe pour être prudent. De surcroît, cette solution est prévue clairement par les textes légaux. Elle constitue ainsi une bonne référence pour le législateur chinois.

[2455] La croissance estimée de 2015 et de 2016 sera de 7% et 6,9% : http://politics.people.com.cn/n1/2015/1216/c1001-27937498.html; http://news.xinhuanet.com/fortune/2015-04/15/c_127692398.htm (dernière consultation le 16 décembre 2015).

Conclusion générale

1905.En matière de sûretés réelles mobilières, l'analyse des notions qui interviennent dans sa compréhension et plus particulièrement dans une démarche comparative entre le système juridique français et chinois, montre plusieurs aspects déterminants. Ces aspects, ainsi décrits tout au long de cette recherche soit de manière chronologique et/ou dynamique, révèlent l'importance des principes directeurs des sûretés réelles, dynamisés par la liberté contractuelle dont nous avons essayé de mettre en exergue la portée. Portant, il est important de souligner que c'est travers des techniques législatives que la volonté individuelle peut jouer un rôle plus ou moins important. Si la liberté contractuelle permet d'exclure l'application des principes directeurs, les parties ne disposent pas de liberté absolue. Or, la liberté contractuelle ne résiste toujours pas aux règles impératives d'ordre public, tel que les nullités de la période suspecte et les procédures collectives. D'ailleurs, le pouvoir d'exclusion des principes directeurs n'est pas discrétionnaire : l'écart des principes directeurs doit toujours être justifié par un intérêt plus important à protéger, tels que l'efficacité des sûretés réelles ou l'équilibre global économique de l'opération lorsque l'application du principe de l'accessoire est exclue.

1906.Les législateurs des différents pays ne voient pas la liberté contractuelle de la même façon. Par conséquent, l'importance de cette liberté n'est pas la même dans ses pays. Ainsi, à travers une analyse approfondie de l'effet limitatif du principe *numerus clausus* en matière des sûretés réelles à la liberté contractuelle, en France et en Chine, nous avons essayé de montrer cette différence. Malgré cette différence, la tendance d'évolution de la liberté contractuelle en matière des sûretés réelles, en France et En Chine, est la même : elle est d'une importance de plus en plus capitale.

1907.Il est important de souligner qu'en matière des sûretés réelles, l'une des libertés conférées aux parties contractantes est celle de choisir une des formes des sûretés réelles qui s'adapte mieux à leurs besoins. Il n'existe pas vraiment de liberté de choix

lorsqu'il n'existe qu'une seule forme de sûreté réelle. A la différence avec le droit américain et le droit québécois, qui sont réputés être encadré par un régime uniformisé en matière des sûretés réelles portant sur les biens mobiliers, le législateur français et le législateur chinois ont tous choisi expressément de garder l'hétérogénéité des sûretés réelles mobilières, notamment celles portant sur les meubles incorporels. Mais, une diversité excessive des sûretés réelles mobilières rend le droit très compliqué, qu'une simplification est envisageable.

1908.Le tâtonnement vers une simplification des sûretés réelles mobilières en France a rencontré des questions importantes, dont les expériences sont assez intéressantes pour inspirer le législateur chinois. En ce qui concerne les sûretés réelles exclusives (celles assises sur un droit de propriété et celles assises sur un droit de rétention), l'extrême efficacité de ces sûretés face aux procédures collectives constitue un atout, sous conditions que des règles particulières prévoient un encadrement. Le régime du pacte commissoire, dont la validité est récemment reconnue par le législateur français, mérite une précision textuelle. Enfin, le régime du cautionnement réel (autrement appelé la sûreté réelle pour autrui) mérite aussi une précision, notamment les règles servant à la protection du tiers garant (conformément aux volontés individuelles des parties).

1909.La sagesse des législateurs et des juristes français conserve son attractivité face à la concurrence des techniques employées par les autres systèmes juridiques. Il en est ainsi notamment en matière d'affranchissement de l'exigence de la spécialité des sûretés réelles et en matière de traitement des personnes physiques surendettées.

1910.Au vingt et unième anniversaire de la première législation du droit chinois des sûretés, et neuvième anniversaire de la première législation des droits réels chinois, il est temps de penser à une amélioration du droit des sûretés réelles portant sur les biens mobiliers, tant corporels qu'incorporels.

1911.Dans la doctrine chinoise, il est courant de penser que la législation chinoise du droit des sûretés réelles est beaucoup influencée par le droit allemand, étant un exemple représentatif des systèmes juridiques dit droit continental, et le droit

américain, étant un exemple représentatif des systèmes juridiques dit *commun law* ; et en même temps, au niveau de la théorie, la doctrine chinoise est plutôt influencée par les théories juridiques françaises. Par contre, les textes légaux français sont rarement présentés comme une référence pour le législateur chinois[2456].

1912.En comparant de manière approfondie les droits positifs français et chinois, il est important de constater que les deux cadres juridiques ont subi une réforme générale.

1913.Nous trouvons de grandes ressemblances au niveau théorique notamment en ce qui concerne les principes directeurs, mais aussi beaucoup de différences textuelles en lien avec les techniques spéciales.

1914.Dans le cadre de cette recherche trois orientations peuvent être retenues :

1915.D'abord, nous pouvons souligner la subsistance d'une grande attractivité des nouveaux textes français pour le droit chinois des sûretés réelles mobilières.

Cette attractivité du droit français sur le droit chinois des sûretés réelles mobilières intervient dans un cadre de mondialisation de plus en plus complète où la concurrence entre les différents pays ou régions ne se limite pas au seul domaine économique.

En effet, cette concurrence couvre aussi divers domaines notamment juridiques.

Dans ce contexte de mondialisation, les relations commerciales et les affaires économiques sont *de facto* organisées et exercées dans le cadre de système juridique propre à chaque pays ou région.

Pour faciliter et renforcer les transactions internationales qui sont exigées par la mondialisation, nous constatons deux courants d'évolutions : d'une part, la création des règles impératives supranationales, d'autre part le maintien de la spécialité des systèmes juridiques nationaux ou régionaux.

[2456] Peut-être c'est parce que le Code Napoléon est rédigé en 1804, et pour les auteurs chinois, les textes ne sont pas assez « à la mode ».

Conformément au premier courant d'évolution, de très nombreux traités, de conventions ou de chartes sont signés entre les différents pays ou régions.

Au niveau du droit des sûretés réelles mobilières, un Projet de Guide législatif sur les opérations garanties, élaboré en fin 2002, par la Commission des Nations Unies pour le Droit du Commerce International (CNUDCI) recommande l'adoption de législations permettant la constitution des sûretés réelles mobilières de manière simple et efficace.

Ce projet valide les sûretés sans dépossession et, surtout, reconnait une grande autonomie aux parties et équilibre les intérêts des personnes intéressées[2457].

En regardant ces recommandations, le droit positif français est bien conforme, tout en maintenant la cohérence entre les textes légaux avec les théories générales des notions juridiques qui sont l'essence précieuse permettant la distinction du système français avec les autres.

Le droit positif français est d'une double attractivité pour le droit chinois des sûretés réelles portant sur les biens mobiliers : d'une part, les textes sont renouvelés sans complètement ignorer les théories juridiques ; et d'autre part, la souplesse de régimes permettant une meilleure adaptabilité des textes avec les nécessités pratiques (ainsi, la liberté contractuelle a une plus grande place à jouer).

En effet, si la théorie générale des sûretés réelles n'est pas changée, il est à constater que le pouvoir des volontés individuelles ne cesse d'accroitre, ainsi, nous devrons

---

[2457] V. sur ce point les « objectifs fondamentaux d'un régime efficace en matière d'opérations garanties » figurant dans le *Projet de Guide législatif sur les opérations garanties*, établit par le Groupe de travail VI (Sûretés) de la Commission des Nations Unies pour le Droit du Commerce International (CNUDCI) lors de la Deuxième session, à Vienne, les 16-20 décembre 2002 (document A/CN.9/WG. VI/WP.6/Add.1 et sur lequel v. le commentaire de Ph. Delebecque, *JCP G*, 2002, I, 162, n° 14) : permettre à un large éventail d'entreprise d'utiliser la valeur intégrale de leurs biens pour obtenir un crédit dans un large éventail d'opérations de crédit, obtenir des sûretés de manière simple et efficace (B), reconnaître l'autonomie des parties (C), assurer l'égalité de traitement des créanciers nationaux et étrangers, valider les sûretés sans dépossession (E), encourager un comportement responsable en renforçant la prévisibilité et la transparence, établir des règles de priorité claires et prévisibles, faciliter la réalisation des sûretés de manière prévisible et efficace, équilibrer les intérêts des personnes intéressées.

ajouter la liberté contractuelle dans les principes fondamentaux des sûretés réelles portant sur les biens mobiliers.

De plus en plus, le droit français, considéré comme séduisant et influençant les réformes chinoises à bien des égards, est fortement concurrencé par d'autres cadres juridiques européens notamment allemand, britannique, voire même américain.

Néanmoins, l'influence du droit chinois par diverses sources, n'affecte pas pour autant la structuration du cadre juridique posé par le législateur.

En outre, le droit français pourrait continuer d'inspirer le législateur chinois dans les réformes à venir.

1916.Ensuite, il est possible de souligner une stabilité des principes généraux et la prééminence de la liberté contractuelle même après la réforme de 2006.

Dans le processus de stabilisations des cadres de mise en œuvre des sûretés, on note des dynamiques de changement et de non changement.

La nécessité de crédit d'aujourd'hui n'est plus la même qu'il y a 200 ans en France et 20 ans en Chine. Avec l'idée de maximiser les utilités de biens, une sûreté réelle idéale doit permettre non seulement la garantie d'obligation, le fonctionnement original, mais aussi l'utilisation du bien grevé. En effet, pour certains biens, la maintenance de sa valeur, élément unique qui intéresse le créancier, dépend de l'utilisation, ou plus précisément de l'exploitation du bien grevé. En un mot, une bonne sûreté[2458] quand on l'aborde aujourd'hui, n'est pas la même aux yeux des législateurs français du XIX^{e} siècle et du législateur chinois de la fin du XX^{e} siècle. En outre, l'évolution du droit de procédure de traitement du surendettement du débiteur influence aussi le développement du droit de sûretés réelles. Les sûretés

[2458] V. aussi, J. Souhami, « Retour sur le principe de l'indivisibilité des sûretés réelles », *RTD civ.* 2008, p. 27 et s., spéc. n° 6 ; P. Ancel, « Nouvelles sûretés pour les créanciers échaudés », *Cah. dr. entr.* 1989, p. 5 : « *qu'une bonne sûreté n'[est] pas seulement une sûreté bonne pour le créancier, qui lui assure une protection efficace, mais qu'elle devait être aussi une sûreté équilibrée, ne gênant pas de manière excessive les intérêts du débiteur ni ceux des tiers* ».

réelles plus ou moins résistantes aux dispositions impératives et contraignantes des droit des entreprises en difficulté et droit de surendettement des particuliers, qui sont nées dans la pratique et reconnues ultérieurement par le législateur français nous montrent la relation étroite entre ces deux branches de droit. Malgré l'évolution de l'environnement économique et la notion d'une bonne sûreté réelle, l'essentielle des sûretés réelles reste la même : une sûreté réelle accorde un droit réel à son bénéficiaire et elle est créée pour la garantie de paiement d'une dette.

La stabilité du noyau dur des sûretés réelles permet une stabilité des principes directeurs des sûretés réelles mobilières. Ainsi, nous concevons que le principe de l'accessoire et le principe de la spécialité, qui désignent la fonction de garantie de paiement, sont maintenus par les législateurs français et chinois. Le principe de la proportionnalité, qui souligne notamment l'idée de la prohibition de l'excès et de l'abus, qui protège ainsi le crédit du débiteur, est en perspective tant en France qu'en Chine. Quant au principe de l'indivisibilité, son maintien approuve une nouvelle fois que le fonctionnement le plus important de la sûreté réelle est la garantie d'une dette. C'est l'efficacité de cette sûreté réelle qui est toujours cherchée par les créanciers, notamment pour faire face aux crises économiques. Par contre, ces principes sont érigés pour guider une bonne utilisation des sûretés réelles, elles peuvent être écartées si une nécessité particulière justifie cette exclusion.

En effet, à notre avis, il faut maintenir cette stabilité des principes fondamentaux des sûretés réelles par une précision textuelle. La possibilité de contournement conventionnelle ou judiciaire doit aussi être prévue de manière expresse par les textes légaux pour que le régime soit bien souple et puisse s'adapter aux différentes circonstances. Selon un adage ancien chinois, « *以不变应万变/ Yi Bu Bian Ying Wan Bian* », c'est-à-dire la maintenance du *statu quo* pour s'adapter à tous les imprévus. Cet adage exprime parfaitement l'utilité des principes fondamentaux : prévoir une idée centrale ou une méthode ou un moyen de traitement, et laisser les praticiens les mettre en œuvre selon les différentes circonstances. Parce que les sûretés réelles ne

peuvent se métamorphoser en abandonnant ce noyau dur : « *万变不离其宗 / Wan Bian Bu Li Qi Zong* »[2459].

Par ailleurs, nous ne pouvons plus ignorer l'important rôle que la liberté contractuelle joue dans les sûretés réelles. C'est grâce à l'innovation pratique que le législateur français a finalement reconnu les différentes sortes de sûretés réelles exclusives. Il en va de même en droit chinois, parce que la reconnaissance de la réserve de la propriété comme une sûreté réelle va devenir une réalité très prochainement[2460]. Pourrait-on ainsi songer que la liberté contractuelle comme un autre principe fondamental des sûretés réelles portant sur les biens mobiliers ?

Si la liberté contractuelle joue un rôle considérable en matière de sûretés réelles mobilières, les parties ne sauraient créer de nouveau droit de préférence, ou modifier le contenu d'un droit de préférence à cause du principe de *numerus clausus*.

1917.Enfin, le droit des sûretés réelles mobilières sera, à notre avis, un droit avec un corps de textes simples, adapté à la diversité des nécessités pratiques.

A titre d'exemple, face à l'incertitude de paiement de la créance garantie, et le maintien de cette incertitude malgré l'existence d'une sûreté réelle préférentielle, les créanciers chinois chercheront les garanties réelles dont la réalisation ne va pas être entravée en cas où une procédure de traitement de faillite est ouverte au profit de l'entreprise débitrice.

Ainsi, comme en droit français, le législateur chinois sera obligé de reconnaître officiellement ces garanties. Le droit chinois des sûretés réelles mobilières va aussi passer vers une phase de la « diversification ».

[2459] Adage chinois, qui signifie littérairement « rester fondamentalement le même malgré d'innombrables changements apparents ».

[2460] Lors d'un colloque très récent (*担保辩——担保泛化弊端严重*) du 7 décembre 2015, professeur WANG Hongliang a déjà souligné qu'une réserve de la propriété à titre de garantie est, au regard de sa nature, une sûreté réelle (*担保物权*). V. sur une présentation sommaire de ce colloque, site internet : http://www.civillaw.com.cn/bo/t/?29930, dernière consultation 16 décembre 2015. Comme nous avons déjà démontré, il existe déjà des explications judiciaires portant sur cette institution, ou clause particulière, sa législation va, pour nous, voir son jour très rapidement.

Pourtant, la diversité des sûretés réelles n'est pas incompatible avec la simplicité des textes légaux. A la différence avec la modèle américain, d'une uniformisation des régimes, le droit chinois va plutôt prendre une voie de simplification en distinguant les sûretés réelles dont les différences sont irréductibles telles que la distinction entre les sûretés réelles portant sur un bien appartenant au débiteur, et une sûreté réelle portant sur un bien d'un tiers garant, la distinction entre les sûretés réelles portant sur un bien d'exploitation et un bien non d'exploitation.

Quant à la question de cautionnement réel, le traitement par le législateur français n'est pas à transposer, parce qu'il prévoit tout simplement une qualification juridique et laisse deviner les règles applicables. Mais le choix du législateur chinois n'est pas parfait non plus parce qu'il n'a pas prévu toutes règles particulières applicables à cette sûreté réelle particulière. A notre sens, en respectant la simplicité des textes légaux, il vaudra mieux effectuer un renvoi. Parce que la différence entre cette sûreté réelle avec une sûreté réelle portant sur un bien appartenant au débiteur est irréductible ; le cautionnement réel est une institution par nature mixte.

Quant à une distinction permettant une simplification de droit des sûretés réelles, ni le choix du législateur français, ni le choix du législateur chinois est satisfaisant. C'est la proposition de Mme Lisanti[2461] dans sa thèse portant sur une systématisation des sûretés réelles conventionnelles portant sur les meubles incorporels qui est forte rationnelle : une distinction se basant sur celle des biens d'exploitation et des biens non d'exploitation. Avec cette distinction, nous pouvons bien contourner la question de la dépossession, en laissant les parties la liberté de choisir le moyen d'affectation, la question d'obligation de la conservation des biens grevés, et aussi la question sur l'incompatibilité des règles du gage des meubles corporels avec le gage des droits.

Finalement, une simplicité ne doit pas être constituée en sacrifiant la complétude des dispositions légales. En cas de violation du principe ou d'application de règles

[2461] C. Lisanti-Kalczyski, *Les sûretés conventionnelles sur meubles incorporels*, préf. F. Pérochon, Litec, 2001.

particulières, la précision des dispositions légales constitue la garantie d'une application correcte des règles.

En somme, le droit français doit avoir une plus grande influence pour le droit chinois des sûretés réelles. L'influence du droit français ne doit pas s'arrêter au seul niveau théorique, le choix des législateurs français de mettre en cohérence la théorie avec les nouvelles nécessités pratiques pourrait aussi être utile.

1918.Pour continuer à influencer les systèmes juridiques des autres pays, le droit français ne s'arrête pas d'évoluer. Pour rattraper les retards, le droit chinois doit évoluer en tenant compte le droit français. Le droit chinois gagnerait à s'inspirer davantage du droit français.

Annexe

I – Des lois chinoises importantes à cette recherche (avec la traduction)

I – 1 La traduction partielle des PGDC (promulgués le 12 avril 1986, entrée en vigueur le 1er janvier 1987)

中华人民共和国民法通则 **Principes généraux du droit civil de la République populaire de Chine**

第一章　基本原则
Chapitre I : Principes généraux
第二章　公民（自然人）
Chapitre II : Du citoyen (la personne physique)
第三章　法　人
Chapitre III : De la personne morale
第四章　民事法律行为和代理
Chapitre IV : De l'acte juridique et de la représentation
第五章　民事权利
Chapitre V : Des droits civils
第一节　财产所有权和与财产所有权有关的财产权
Section 1 Des propriétés du bien et des droits du bien concernant propriétés du bien
第七十二条　财产所有权的取得，不得违反法律规定。
按照合同或者其他合法方式取得财产的，财产所有权从财产交付时起转移，法律另有规定或者当事人另有约定的除外。
Art. 72 L'obtention de la propriété du bien ne peut déroger aux dispositions des lois. Au moyen de convention ou d'autres voies légales en vue d'obtenir un bien, la propriété du bien se transfère dès la remise, sauf si la loi en dispose autrement ou si les parties le conviennent autrement.

第二节　债　权
Section 2. Des droits des obligations

第八十九条　依照法律的规定或者按照当事人的约定，可以采用下列方式担保债务的履行：
（一）保证人向债权人保证债务人履行债务，债务人不履行债务的，按照约定由保证人履行或者承担连带责任；保证人履行债务后，有权向债务人追偿。
（二）债务人或者第三人可以提供一定的财产作为抵押物。债务人不履行债务的，债权人有权依照法律的规定以抵押物折价或者以变卖抵押物的价款优先得到偿还。
（三）当事人一方在法律规定的范围内可以向对方给付定金。债务人履行

债务后，定金应当抵作价款或者收回。给付定金的一方不履行债务的，无权要求返还定金；接受定金的一方不履行债务的，应当双倍返还定金。

（四）按照合同约定一方占有对方的财产，对方不按照合同给付应付款项超过约定期限的，占有人有权留置该财产，依照法律的规定以留置财产折价或者以变卖该财产的价款优先得到偿还。

Art. 89 Selon les dispositions des lois ou du contrat, les parties peuvent choisir les sûretés suivantes pour garantir l'exécution des obligations :

1) La caution donne au créancier un cautionnement, afin d'assurer que le débiteur exécute son obligation, qui impose à la caution d'exécuter (l'obligation) ou assumer la responsabilité solitaire dans le cas où le débiteur n'exécute pas son obligation. Après exécution de la prestation, la caution pourra réclamer le recours contre le débiteur.
2) Le débiteur ou un tiers peut offrir un certain bien comme l'obligé hypothéqué. Si le débiteur n'exécute pas sa prestation, le créancier, a, selon les dispositions légales, le droit de prendre ce bien en paiement ou le droit de préférence sur le prix de la vente.
3) Une partie peut, conformément aux dispositions légales, offrir à l'autre les arrhes. Après que le débiteur a exécuté son obligation, le créancier a le droit de déduire la somme remise du prix ou de la restituer. Si la partie qui a offert les arrhes n'exécute pas son obligation, elle n'a pas le droit de demander les restituer ; si la partie qui a reçu les arrhes n'exécute pas son obligation, elle est obligée de restituer le double de la somme remise.
4) (Si), selon les dispositions du contrat, une partie se trouve en possession de biens de l'autre partie et que celle-ci ne paie pas la somme due dans le délai fixé par le contrat, le possesseur a le droit de retenir des biens et, en conformément aux dispositions législatives, peut se désintéresser par les biens ou se faire payer en priorité sur le prix de vente de ces biens.

第三节　知识产权

Section 3 : Des propriétés intellectuelles

第四节　人身权

Section 4 : Des droits de la personnalité

第六章　民事责任

Chapitre VI : De la responsabilité civile

第七章　诉讼时效

Chapitre VII : De la prescription d'action

第八章　涉外民事关系的法律适用

Chapitre VIII : De l'application de la loi dans les relations civiles concernant les étrangers

第九章　附　则

Chapitre IX : Annexes.

I – 2 Loi sur les sûretés (LS)

中华人民共和国担保法

Loi de la République populaire de Chine sur les sûretés

第一章 总则

Chapitre I Dispositions générales

第一条 为促进资金融通和商品流通，保障债权的实现，发展社会主义市场经济，制定本法。

Art.1 La présente loi est formulée afin d'encourager la circulation de capitaux et de marchandises, d'assurer la réalisation des créances et de promouvoir le développement de l'économie de marché socialiste.

第二条 在借贷、买卖、货物运输、加工承揽等经济活动中，债权人需要以担保方式保障其债权实现的，可以依照本法规定设定担保。

本法规定的担保方式为保证、抵押、质押、留置和定金。

Art.2 Dans le cadre des activités économiques telles que prêt-emprunt, vente-achat, transports des marchandises, travail de façonnage, si le créancier en a besoin, on peut conformément à la présente loi, constituer des sûretés pour garantir sa créance.

Les sûretés régies par la présente loi sont le cautionnement, les hypothèques, les gages, le droit de rétention et les arrhes.

第三条 担保活动应当遵循平等、自愿、公平、诚实信用的原则。

Art. 3 Les parties des sûretés doivent obéir aux principes d'égalité, de volonté, d'équité et de bonne foi.

第四条 第三人为债务人向债权人提供担保时，可以要求债务人提供反担保。反担保适用本法担保的规定。

Art. 4 Lorsqu'un tiers fournit une sûreté au créancier pour le compte du débiteur, il peut lui demander une contre-sûreté.

Les dispositions relatives aux sûretés de la présente loi s'appliquent à la contre-sûreté.

第五条 担保合同是主合同的从合同，主合同无效，担保合同无效。担保合同另有约定的，按照约定。

担保合同被确认无效后，债务人、担保人、债权人有过错的，应当根据其过错各自承担相应的民事责任。

Art. 5 Le contrat de sûreté est l'accessoire du contrat principal, si le contrat principal est nul, le contrat de sûreté l'est aussi. Si le contrat de sûreté en dispose autrement, il prévaudra.

En cas de nullité d'un contrat de sûreté, au cas où le débiteur, le garant et le créancier sont fautifs, ils assurent respectivement leurs responsabilités civiles selon leurs fautes.

第二章 保证

Chapitre II Du cautionnement

第三章 抵押
Chapitre III De l'hypothèque

第一节 抵押和抵押物
Section 1 De l'hypothèque et des biens hypothéqués

第三十三条 本法所称抵押，是指债务人或者第三人不转移对本法第三十四条所列财产的占有，将该财产作为债权的担保。债务人不履行债务时，债权人有权依照本法规定以该财产折价或者以拍卖、变卖该财产的价款优先受偿。
前款规定的债务人或者第三人为抵押人，债权人为抵押权人，提供担保的财产为抵押物。
Art. 33 Le terme d'hypothèque dans la présente loi signifie qu'un débiteur ou un tiers prend (un des) biens énumérés à l'article 34 de la présente loi, sans transmettre la possession, comme une garantie d'une créance. Si le débiteur n'exécute pas son obligation, le créancier a le droit de, conformément aux dispositions de la présente loi, se désintéresser de manière prioritaire en prenant en paiement le bien ou sur le prix de vente ou d'adjudication de ce bien.
Le débiteur ou tiers évoqué dans l'alinéa précédent s'appelle constituant de l'hypothèque, le créancier s'appelle créancier hypothécaire, le bien grevé d'hypothèque s'appelle le bien hypothéqué.

第三十四条 下列财产可以抵押：
（一）抵押人所有的房屋和其他地上定着物；
（二）抵押人所有的机器、交通运输工具和其他财产；
（三）抵押人依法有权处分的国有的土地使用权、房屋和其他地上定着物；
（四）抵押人依法有权处分的国有的机器、交通运输工具和其他财产；
（五）抵押人依法承包并经发包方同意抵押的荒山、荒沟、荒丘、荒滩等荒地的土地使用权；
（六）依法可以抵押的其他财产。
抵押人可以将前款所列财产一并抵押。
Art. 34 Les biens ci-dessous sont susceptibles d'hypothèque :
1) Les bâtiments et les autres choses adhérant au sol d'une manière fixe, qui appartiennent au constituant de l'hypothèque ;
2) Les machines, les véhicules de transport et les autres biens dont le constituant de l'hypothèque est propriétaire ;
3) Les droits d'usage du terrain d'Etat, les bâtiments et les autres choses adhérant au sol appartenant à l'Etat que le constituant de l'hypothèque a le droit de disposer ;
4) Les machines, les véhicules de transports et les autres biens d'Etat que le constituant de l'hypothèque a le droit de disposer ;
5) Les droits d'usage des terrains en friche, y compris les montagnes, ravines, collines, plages en friche, que le constituant de l'hypothèque a légalement loué, à condition que le louant consente (l'hypothèque sur ce droit) ;
6) Les autres biens susceptibles d'hypothèque selon les dispositions des lois.

Le constituant de l'hypothèque peut hypothéquer l'ensemble des biens énumérés à l'alinéa précédent.

第三十五条 抵押人所担保的债权不得超出其抵押物的价值。

财产抵押后，该财产的价值大于所担保债权的余额部分，可以再次抵押，但不得超出其余额部分。
Art. 35 La créance garantie par l'hypothèque ne peut excéder la valeur de la chose hypothéquée.
Dans la mesure où la valeur du bien hypothéqué excède la créance garantie, ce bien peut être grevé d'une autre hypothèque (afin de garantir une autre créance). Cependant, la somme de cette nouvelle créance garantie ne peut dépasser sa valeur restante (non grevée).

第三十六条 以依法取得的国有土地上的房屋抵押的，该房屋占用范围内的国有土地使用权同时抵押。
以出让方式取得的国有土地使用权抵押的，应当将抵押时该国有土地上的房屋同时抵押。乡（镇）、村企业的土地使用权不得单独抵押。以乡（镇）、村企业的厂房等建筑物抵押的，其占用范围内的土地使用权同时抵押。
Art. 36 En cas d'hypothèque d'un bâtiment sur le terrain d'Etat, on doit hypothéquer simultanément le droit d'usage du terrain d'Etat qui est occupé par ce bâtiment.
En cas d'hypothèque d'un droit d'usage du terrain d'Etat concédé, on droit hypothéquer simultanément le bâtiment sur ce terrain.
Le droit d'usage du terrain de l'entreprise de la campagne ne peut être grevé isolément d'hypothèque. En cas d'hypothèque d'un bâtiment de l'entreprise de la campagne, par exemple le bâtiment de production, on doit hypothéquer simultanément le droit d'usage d terrain occupé par le bâtiment.

第三十七条 下列财产不得抵押：
（一）土地所有权；
（二）耕地、宅基地、自留地、自留山等集体所有的土地使用权，但本法第三十四条第（五）项、第三十六条第三款规定的除外；
（三）学校、幼儿园、医院等以公益为目的的事业单位、社会团体的教育设施、医疗卫生设施和其他社会公益设施；
（四）所有权、使用权不明或者有争议的财产；
（五）依法被查封、扣押、监管的财产；
（六）依法不得抵押的其他财产。
Art. 37 Les biens ci-dessous ne peuvent être hypothéqués :
1) Les propriétés des terrains ;
2) Les droits d'usage des terrains collectifs, tels que la terre labourée, la terre servant à la construction d'un bâtiment, la parcelle individuelle, la montagne individuelle, sauf les cas prévus par l'article 34, alinéa 5 et l'article 36, alinéa 3 de la présente loi ;
3) Les instruments d'enseignement, médicales et les autres biens servant au bien-être public qui appartiennent à des établissements d'utilisation publique ou des organisations sociales ayant pour objectif le bien-être public, notamment les établissements d'éducation, les hôpitaux, les crèches.
4) Les biens desquels le droit de propriété ou le droit d'usage n'est pas clair ou est litigieux ;
5) Les biens scellés, saisis ou placés sous la garde ;
6) Les autres biens interdits d'être hypothéqués par les lois.

第二节 抵押合同和抵押物登记
Section 2 Du contrat hypothécaire et de l'inscription du bien hypothéqué

第三十八条 抵押人和抵押权人应当以书面形式订立抵押合同。
Art. 38 Le constituant de l'hypothèque et le créancier hypothécaire doivent conclure le contrat d'hypothèque sous la forme écrite.

第三十九条 抵押合同应当包括以下内容：
（一）被担保的主债权种类、数额；
（二）债务人履行债务的期限；
（三）抵押物的名称、数量、质量、状况、所在地、所有权权属或者使用权权属；
（四）抵押担保的范围；
（五）当事人认为需要约定的其他事项。
抵押合同不完全具备前款规定内容的，可以补正。
Art. 39 Un contrat hypothécaire comprend les mentions suivantes :
1) La catégorie et la somme de la créance principale garantie par l'hypothèque ;
2) Le délai d'exécution de l'obligation du débiteur principal ;
3) Le nom, la quantité, la qualité, l'état, le lieu et le titulaire de propriété ou de droit d'usage du bien hypothéquée ;
4) L'étendue de l'hypothèque ;
5) Les autres mentions que les parties trouvent nécessaires.

A défaut de présenter un ou plusieurs mentions susmentionnées, le contrat de l'hypothèque peut être complété par les parties.

第四十条 订立抵押合同时，抵押权人和抵押人在合同中不得约定在债务履行期届满抵押权人未受清偿时，抵押物的所有权转移为债权人所有。
Art. 40 Lorsque le créancier hypothécaire et le constituant de l'hypothèque passent le contrat hypothécaire, ils ne peuvent stipuler qu'à défaut de paiement à l'échéance, la propriété du bien hypothéqué appartient au créancier hypothécaire.

第四十一条 当事人以本法第四十二条规定的财产抵押的，应当办理抵押物登记，抵押合同自登记之日起生效。
Art. 41 Lorsque l'hypothèque porte sur un des biens énumérés à l'article 42, les parties doivent faire une inscription du bien hypothéqué et le contrat hypothécaire ne prend effet qu'à partir de la date de l'inscription.

第四十二条 办理抵押物登记的部门如下：
（一）以无地上定着物的土地使用权抵押的，为核发土地使用权证书的土地管理部门；
（二）以城市房地产或者乡（镇）、村企业的厂房等建筑物抵押的，为县级以上地方人民政府规定的部门；
（三）以林木抵押的，为县级以上林木主管部门；
（四）以航空器、船舶、车辆抵押的，为运输工具的登记部门；
（五）以企业的设备和其他动产抵押的，为财产所在地的工商行政管理部门。
Art. 42 Les organes chargés d'inscription sont :
1) Établissements administratifs des terrains qui approuvent et confèrent les titres du droit d'usage des terrains lorsque les hypothèques portent sur les terrains sans immeubles ;

2) Etablissements désignés par le gouvernement soit du district, soit de l'échelon supérieur, lorsque les hypothèques grèvent les biens fonciers dans les zones urbaines ou les constructions des entreprises de la campagne ;
3) Etablissement administratifs, soit du district, soit de l'échelon supérieur, des forêts et bois, lorsque les hypothèques grèvent les forêts et bois ;
4) Etablissements d'inscription des véhicules de transport, lorsque les hypothèques portent sur des aéronefs, des navires ou des voitures ;
5) Etablissements locaux administratifs des industries et commerces, lorsque les hypothèques portent sur des équipements et d'autres biens mobiliers d'une entreprise.

第四十三条 当事人以其他财产抵押的，可以自愿办理抵押物登记，抵押合同自签订之日起生效。
当事人未办理抵押物登记的，不得对抗第三人。当事人办理抵押物登记的，登记部门为抵押人所在地的公证部门。
Art. 43 Lorsque l'hypothèque grève d'autres biens, l'inscription du bien hypothéqué est facultative et le contrat hypothécaire en prend effet entre les parties dès la conclusion du contrat.
Une hypothèque sans inscription est toutefois inopposable aux tiers. Si les parties veulent faire une inscription du bien hypothéqué, les établissements notariaux locaux du domicile du constituant de l'hypothèque sont ceux d'inscription.

第四十四条 办理抵押物登记，应当向登记部门提供下列文件或者其复印件：
（一）主合同和抵押合同；
（二）抵押物的所有权或者使用权证书。
Art. 44 Les documents ci-dessous ou leurs copies doivent être fournis aux organes d'inscription :
1) Le contrat principal et celui d'hypothèque ;
2) Le titre de propriété ou celui du droit de l'usage.

第四十五条 登记部门登记的资料，应当允许查阅、抄录或者复印。
Art. 45 Les documents inscrits dans les organes d'inscription doivent pouvoir être consultés, notés ou copiés.

第三节 抵押的效力
Section 3 De l'effet d'hypothèque

第四十六条 抵押担保的范围包括主债权及利息、违约金、损害赔偿金和实现抵押权的费用。抵押合同另有约定的，按照约定。
Art. 46 Rentrent dans l'étendue de la garantie hypothécaire : la créance principale et ses intérêts, les dommages-intérêts dus forfaitairement selon la clause pénale éventuellement stipulée, les indemnités, les dommages-intérêts et les frais de la réalisation du droit de l'hypothèque. Si les parties en ont convenu autrement, leur convention prévaudra.

第四十七条 债务履行期届满，债务人不履行债务致使抵押物被人民法院依法扣押的，自扣押之日起抵押权人有权收取由抵押物分离的天然孳息以及抵押人就抵押物可以收取的法定

孳息。抵押权人未将扣押抵押物的事实通知应当清偿法定孳息的义务人的，抵押权的效力不及于该孳息。
前款孳息应当先充抵收取孳息的费用。
Art. 47 Lorsque le bien hypothéqué est saisi par un Tribunal populaire suite au défaut du débiteur d'exécuter son obligation, le créancier hypothécaire n'a le droit de percevoir fruits naturels et civils du bien hypothéqué qu'à partir du jour où cette assiette est saisie. Le créancier est obligé d'avertir de la saisie les débiteurs des fruits civils, à défaut le droit d'hypothèque ne s'étend pas à ces fruits civils.
Les fruits prévus dans l'alinéa précédent doivent d'abord être imputés sur les frais de leur perception.

第四十八条 抵押人将已出租的财产抵押的，应当书面告知承租人，原租赁合同继续有效。
Art. 48 Lorsque le bien hypothéqué a été louée, le constituant doit énoncer l'hypothèque au locataire sous la forme écrite, et le contrat de louage reste en vigueur.

第四十九条 抵押期间，抵押人转让已办理登记的抵押物的，应当通知抵押权人并告知受让人转让物已经抵押的情况；抵押人未通知抵押权人或者未告知受让人的，转让行为无效。
转让抵押物的价款明显低于其价值的，抵押权人可以要求抵押人提供相应的担保；抵押人不提供的，不得转让抵押物。
抵押人转让抵押物所得的价款，应当向抵押权人提前清偿所担保的债权或者向与抵押权人约定的第三人提存。超过债权数额的部分，归抵押人所有，不足部分由债务人清偿。
Art. 49 Pendant l'hypothèque, lorsque le constituant de l'hypothèque veut céder le bien hypothéqué inscrit, il doit avertir la cession au créancier hypothécaire et avertir le cessionnaire du fait de l'hypothèque ; la cession est nulle s'il ne fait pas cette assignation ou cet avertissement.
Si le prix de la cession du bien hypothéqué est nettement inférieur à sa valeur, le créancier hypothécaire peut demander au constituant de l'hypothèque de lui offrir une autre sûreté correspondante ; si le constituant ne lui en offre pas une, il ne peut céder le bien hypothéqué.
Le prix de la cession du bien hypothéqué doit d'abord désintéresser la créance garantie ou être consigné au tiers désigné par le créancier et le constituant. La part au-delà de la créance appartient au constituant ; si le prix est insuffisant, le créancier doit être désintéressé par le débiteur.

第五十条 抵押权不得与债权分离而单独转让或者作为其他债权的担保。
Art. 50 Le droit d'hypothèque ne peut isolément ni être cédé ni être affecté pour la garantie d'autres créances.

第五十一条 抵押人的行为足以使抵押物价值减少的，抵押权人有权要求抵押人停止其行为。抵押物价值减少时，抵押权人有权要求抵押人恢复抵押物的价值，或者提供与减少的价值相当的担保。
抵押人对抵押物价值减少无过错的，抵押权人只能在抵押人因损害而得到的赔偿范围内要求提供担保。抵押物价值未减少的部分，仍作为债权的担保。
Art. 51 Lorsqu'un acte du constituant de l'hypothèque est susceptible de diminuer la valeur de l'assiette hypothéquée, le créancier hypothécaire a le droit de lui demander d'arrêter. Et si la valeur de l'assiette hypothéquée a diminué, le créancier a le droit de

demander au constituant de la restituer ou de lui fournir une (autre) sûreté correspondante à la baisse de valeur.
Si le constituant n'a pas commis de faute dans la diminution de la valeur de la chose hypothéquée, le créancier ne peut lui réclamer de fournir une sûreté que dans le cadre des dommages-intérêts ; le solde de valeur sert alors de garantie pour la créance principale.

第五十二条 抵押权与其担保的债权同时存在，债权消灭的，抵押权也消灭。
Art. 52 Le droit d'hypothèque existe à la fois avec la créance principale garantie par elle, si la créance principale s'éteint, le droit d'hypothèque aussi.

第四节 抵押权的实现
Section 4 De la réalisation du droit d'hypothèque

第五十三条 债务履行期届满抵押权人未受清偿的，可以与抵押人协议以抵押物折价或者以拍卖、变卖该抵押物所得的价款受偿；协议不成的，抵押权人可以向人民法院提起诉讼。抵押物折价或者拍卖、变卖后，其价款超过债权数额的部分归抵押人所有，不足部分由债务人清偿。
Art. 53 Si, à l'échéance de l'obligation, le créancier hypothécaire n'est pas désintéressé, il peut, après accord du constituant de l'hypothèque, prendre en paiement le bien hypothéqué ou se désintéresser sur le prix de vente ou d'adjudication du bien hypothéqué ; si (les parties n'ont) pas réussi à conclure une convention, le créancier peut intenter un procès auprès de la Cour populaire.
Après la vente à l'amiable ou l'adjudication du bien hypothéqué ou la prise en paiement, si le prix est supérieur à la créance garantie, la différence appartient au constituant. S'il est inférieur, c'est le débiteur qui se charge de la part insuffisante.

第五十四条 同一财产向两个以上债权人抵押的，拍卖、变卖抵押物所得的价款按照以下规定清偿：
（一）抵押合同以登记生效的，按照抵押物登记的先后顺序清偿；顺序相同的，按照债权比例清偿；
（二）抵押合同自签订之日起生效的，该抵押物已登记的，按照本条第（一）项规定清偿；未登记的，按照合同生效时间的先后顺序清偿，顺序相同的，按照债权比例清偿。抵押物已登记的先于未登记的受偿。
Art. 54 En cas de concurrence de plusieurs hypothèques sur un même bien, le prix provenant de la vente ou de l'adjudication les satisfait selon la disposition suivante :
1) Lorsque les contrats hypothécaires prennent effet dès l'inscription hypothécaire, l'ordre de paiement suit le rang d'inscription ; si le rang est identique, le paiement se fait proportionnellement aux créances ;
2) Lorsque les contrats hypothécaires prennent effet dès la signature du contrat, si les hypothèques sont inscrites, l'alinéa 1er du présent article s'applique ; pour les hypothèques sans inscription, leur rang est déterminé par l'ordre d'entrée en vigueur des contrats. Si l'ordre est identique, le paiement se fait proportionnellement aux créances. Des hypothèques inscrites priment celles sans inscription.

第五十五条 城市房地产抵押合同签订后，土地上新增的房屋不属于抵押物。需要拍卖该抵押的房地产时，可以依法将该土地上新增的房屋与抵押物一同拍卖，但对拍卖新增房屋所得，抵押权人无权优先受偿。
依照本法规定以承包的荒地的土地使用权抵押的，或者以乡（镇）、村企业的厂房等建筑物占用范围内的土地使用权抵押的，在实现抵押权后，未经法定程序不得改变土地集体所有和土地用途。
Art. 55 Dans le cas qu'un bien foncier dans les zones urbaines est hypothéqué, les nouveaux bâtiments, constitués sur les terrains après la signature du contrat hypothécaire, ne sont pas le bien hypothéqué. Lors de l'adjudication, le bien foncier et les nouveaux bâtiments peuvent se mettre aux enchères ensemble, mais le créancier n'a pas le droit de préférence sur le prix des nouveaux bâtiments.
On ne peut illégalement changer la propriété de la collectivité des terrains ni la destination des terrains après la réalisation de l'hypothèque, lorsque l'assiette hypothéquée est le droit d'usage du terrain en friche procédé des contrats forfaitaires ou des terrains qu'occupent les constructions des entreprises, tels que les bâtiments de produit, dans la campagne.

第五十六条 拍卖划拨的国有土地使用权所得的价款，在依法缴纳相当于应缴纳的土地使用权出让金的款额后，抵押权人有优先受偿权。
Art. 56 Le créancier hypothécaire n'a le droit de préférence sur le prix de vente du droit de l'usage du terrain d'Etat alloué qu'après avoir versé la somme correspondante aux frais de concession du droit d'usage de ce terrain.

第五十七条 为债务人抵押担保的第三人，在抵押权人实现抵押权后，有权向债务人追偿。
Art. 57 Après l'exercice de droit d'hypothèque, le constituant hypothécaire, s'il avait grevé son bien d'hypothèque pour garantir la dette d'autrui, a le droit de recours contre le débiteur et lui demander le remboursement.

第五十八条 抵押权因抵押物灭失而消灭。因灭失所得的赔偿金，应当作为抵押财产。
Art. 58 L'hypothèque s'éteint toutes les fois que le bien hypothéqué est détérioré ou perdu. L'indemnité pour la détérioration doit servir à la place du bien hypothèque pour la garantie de la même créance.

第五节 最高额抵押
Section 5 De l'hypothèque à montant maximal

第五十九条 本法所称最高额抵押，是指抵押人与抵押权人协议，在最高债权额限度内，以抵押物对一定期间内连续发生的债作担保。
Art. 59 La soi-disant hypothèque à montant maximal lorsque le créancier hypothécaire et le constituant de l'hypothèque conviennent de, dans la limite d'un montant maximal de créance, affecter le bien hypothéqué à la garantie des créances qui se produiront successivement pendant une période déterminée.

第六十条 借款合同可以附最高额抵押合同。
债权人与债务人就某项商品在一定期间内连续发生交易而签订的合同，可以附最高额抵押合同。

Art. 60 Des contrats de prêt peuvent être accompagnés du contrat de l'hypothèque à montant maximal.
Des contrats de transactions successives d'un genre de marchandise pendant une période déterminée peuvent être accompagnés du contrat de l'hypothèque à montant maximal.

第六十一条 最高额抵押的主合同债权不得转让。
Art. 61 Les créances principales garanties par l'hypothèque à montant maximal ne peuvent être transférées.

第六十二条 最高额抵押除适用本节规定外，适用本章其他规定。
Art. 62 L'hypothèque à montant maximal obéit aux dispositions de cette section ainsi qu'aux autres dispositions du présent chapitre.

第四章 质押
Chapitre 4 Du gage
第一节 动产质押
Section 1 Du gage de meubles

第六十三条 本法所称动产质押，是指债务人或者第三人将其动产移交债权人占有，将该动产作为债权的担保。债务人不履行债务时，债权人有权依照本法规定以该动产折价或者以拍卖、变卖该动产的价款优先受偿。
前款规定的债务人或者第三人为出质人，债权人为质权人，移交的动产为质物。
Art. 63 Un gage de meubles est (l'acte par lequel) le débiteur ou un tiers transfert son bien mobilier au créancier afin de garantir une créance. Lorsque le débiteur n'exécuter pas son obligation, le créancier, conformément à la présente loi, aura le droit de prendre ce bien en paiement ou de se désintéresser par préférence sur le prix de la vente ou d'adjudication de ce bien.
Ce débiteur ou tiers s'appelle constituant du gage, ce créancier s'appelle titulaire du droit de gage (créancier gagiste), le bien mobilier s'appelle bien gagé.

第六十四条 出质人和质权人应当以书面形式订立质押合同。
质押合同自质物移交于质权人占有时生效。
Art. 64 Le constituant du gage et le créancier gagiste doivent conclure le contrat de gage sous la forme écrite.
Le contrat de gage n'entre en vigueur qu'au moment où le bien gagé est mise en possession du créancier gagiste.

第六十五条 质押合同应当包括以下内容：
（一）被担保的主债权种类、数额；
（二）债务人履行债务的期限；
（三）质物的名称、数量、质量、状况；
（四）质押担保的范围；
（五）质物移交的时间；
（六）当事人认为需要约定的其他事项。
质押合同不完全具备前款规定内容的，可以补正。
Art. 65 Le contrat de gage doit comprendre les mentions suivantes :

1) La catégorie et la somme de la créance principale garantie ;
2) Le délai d'exécution de l'obligation du débiteur ;
3) Le nom, la quantité, la qualité, et l'état du bien gagé ;
4) L'étendue de la garantie ;
5) Le moment de la remise du bien gagé ;
6) Les autres contenus que les parties trouvent nécessaires.

A défaut de présenter un ou plusieurs des mentions susmentionnées, le contrat de gage peut être complété par les parties.

第六十六条 出质人和质权人在合同中不得约定在债务履行期届满质权人未受清偿时，质物的所有权转移为质权人所有。

Art. 66 Dans le contrat de gage, le créancier gagiste ne peut conclure avec le constituant du gage une convention par laquelle, à l'échéance de la dette garantie, à défaut de paiement à l'échéance, le bien gagé appartiendra au créancier.

第六十七条 质押担保的范围包括主债权及利息、违约金、损害赔偿金、质物保管费用和实现质权的费用。质押合同另有约定的，按照约定。

Art. 67 Le gage garantit (au créancier) la créance principale et ses intérêts, les dommages intérêts dus forfaitairement selon la clause pénale éventuellement stipulée, les dommages-intérêts, ainsi que les frais de conservation du bien gagé et ceux de réalisation du droit de gage, sauf si le contrat de gage en dispose autrement.

第六十八条 质权人有权收取质物所生的孳息。质押合同另有约定的，按照约定。
前款孳息应当先充抵收取孳息的费用。

Art. 68 Sauf si le contrat du gage en dispose autrement, le créancier gagiste a le droit de percevoir les fruits du bien gagé.

Les fruits prévus à l'alinéa précédent doivent être imputés sur les frais de leur perception.

第六十九条 质权人负有妥善保管质物的义务。因保管不善致使质物灭失或者毁损的，质权人应当承担民事责任。
质权人不能妥善保管质物可能致使其灭失或者毁损的，出质人可以要求质权人将质物提存，或者要求提前清偿债权而返还质物。

Art. 69 Le créancier gagiste est tenu de conserver précieusement la chose remise en gage. En cas de détérioration ou de perte causée par son imprudence (en la conservant), il doit assumer la responsabilité civile.

Lorsque des comportements du créancier sont susceptibles d'entraîner la perte ou la détérioration du bien gagé, le constituant peut se prévaloir de consigner la chose gagée ou réclamer le paiement de sa dette garantie avant la déchéance du terme et la restitution de la chose gagée.

第七十条 质物有损坏或者价值明显减少的可能，足以危害质权人权利的，质权人可以要求出质人提供相应的担保。出质人不提供的，质权人可以拍卖或者变卖质物，并与出质人协议将拍卖或者变卖所得的价款用于提前清偿所担保的债权或者向与出质人约定的第三人提存。

Art. 70 S'il est possible que le bien gagé soit détérioré ou que sa valeur diminue certainement beaucoup, si cette possibilité est suffisante pour compromettre le droit

du créancier gagiste, celui-ci peut demander au constituant du gage de lui fournir une sûreté correspondante. Si le constituant du gage ne lui en fournit pas une, le créancier gagiste a le droit de vendre la chose gagée à l'amiable ou par adjudication, et puis de se désintéresser par préférence sur le prix de vente en avance ou de le consigner chez un tiers convenu.

第七十一条 债务履行期届满债务人履行债务的，或者出质人提前清偿所担保的债权的，质权人应当返还质物。
债务履行期届满质权人未受清偿的，可以与出质人协议以质物折价，也可以依法拍卖、变卖质物。
质物折价或者拍卖、变卖后，其价款超过债权数额的部分归出质人所有，不足部分由债务人清偿。
Art. 71 Si le débiteur a exécuté son obligation à l'échéance ou le constituant a payé en avance la créance garantie, le créancier gagiste a l'obligation de restituer le bien gagé.
Lorsque le débiteur n'exécute pas son obligation à l'échéance, le créancier peut, par voie de convention avec le constituant du gage, prendre en paiement le bien gagé ; il peut aussi se désintéresser sur le prix de vente ou d'adjudication du bien gagé.
Après la prise en paiement ou la vente à l'amiable ou par adjudication, lorsque le prix du bien gagé excède le montant garanti, la différence appartient au constituant ; s'il est insuffisant pour satisfaire la créance, le débiteur est tenu de désintéresser le créancier.

第七十二条 为债务人质押担保的第三人，在质权人实现质权后，有权向债务人追偿。
Art. 72 Si le gage est donné par un tiers au profit du débiteur, ce tiers aura le recours contre le débiteur après la réalisation du droit de gage.

第七十三条 质权因质物灭失而消灭。因灭失所得的赔偿金，应当作为出质财产。
Art. 73 Le gage s'éteint toutes les fois que le bien gagé est détérioré ou perdu.
L'indemnité pour la détérioration doit servir au bien gagé (pour garantir la même créance).

第七十四条 质权与其担保的债权同时存在，债权消灭的，质权也消灭。
Art. 74 Le gage doit exister ensemble avec la créance principale garantie, (par conséquent,) si celle-ci s'éteint, le gage s'éteint également.

第二节 权利质押
Section 2 Du gage de droits

第七十五条 下列权利可以质押：
（一）汇票、支票、本票、债券、存款单、仓单、提单；
（二）依法可以转让的股份、股票；
（三）依法可以转让的商标专用权，专利权、著作权中的财产权；
（四）依法可以质押的其他权利。
Art. 75 Les droits suivants sont susceptibles d'être grevés de gage :
1) La lettre de change, le chèque, le billet à ordre, les obligations, le certificat de placement (d'épargne), le récépissé d'entrepôt, le connaissement ;
2) Les parts cessibles et les actions cessibles ;

3) Les droits patrimoniaux cessibles du droit monopole d'exploitation de marque commerciale, du droit de brevet d'invention et du droit d'auteur ;
4) Les autres droits suivant les autres lois ou les règlements administratifs.

第七十六条 以汇票、支票、本票、债券、存款单、仓单、提单出质的，应当在合同约定的期限内将权利凭证交付质权人。质押合同自权利凭证交付之日起生效。
Art. 76 Lorsque le gage porte sur la lettre de change, le chèque, le billet à ordre, les obligations, le certificat de placement (d'épargne), le récépissé d'entrepôt, ou le connaissement, le constituant doit, conformément au délai fixé dans le contrat, transférer au créancier le titre de droit. Le contrat de gage entre en vigueur à partir du jour du transfert du titre.

第七十七条 以载明兑现或者提货日期的汇票、支票、本票、债券、存款单、仓单、提单出质的，汇票、支票、本票、债券、存款单、仓单、提单兑现或者提货日期先于债务履行期的，质权人可以在债务履行期届满前兑现或者提货，并与出质人协议将兑现的价款或者提取的货物用于提前清偿所担保的债权或者向与出质人约定的第三人提存。
Art. 77 Si la date d'échéance ou de la prise de livraison de la lettre de change, du chèque, du billet à ordre, des obligations, du certificat de placement (d'épargne), du récépissé d'entrepôt ou du connaissement arrive avant l'échéance de l'obligation principale, le créancier peut le(s) encaisser ou prendre la livraison à la date prévue, et, par conséquent, il peut, avec l'accord u constituant du gage, se désintéresser sur le prix encaissé ou les marchandises prises ou les consigner au tiers convenu par le constituant du gage.

第七十八条 以依法可以转让的股票出质的，出质人与质权人应当订立书面合同，并向证券登记机构办理出质登记。质押合同自登记之日起生效。
股票出质后，不得转让，但经出质人与质权人协商同意的可以转让。出质人转让股票所得的价款应当向质权人提前清偿所担保的债权或者向与质权人约定的第三人提存。
以有限责任公司的股份出质的，适用公司法股份转让的有关规定。质押合同自股份出质记载于股东名册之日起生效。
Art. 78 Lorsque le gage porte sur les actions cessibles, le constituant et le créancier gagiste doivent conclure le contrat de gage sous la forme écrite et faire l'inscription de gage auprès du bureau d'inscription des titres. Le contrat de gage entre en vigueur dès l'inscription de gage.
Après la constitution du gage, les actions ne peuvent être cédées, sauf si le constituant et le créancier gagiste en conviennent autrement. Si le constituant transfert les actions, le prix de cession doit servir à payer en avance au créancier la dette (garantie) ou (le) consigner au tiers convenu.
Dans le cas où le gage porte sur les partes de SARL s'applique les dispositions relatives au transfert des actions dans la Loi sur Sociétés. (En ce cas), le contrat de gage entre en vigueur depuis le jour de l'inscription du gage faite sur le registre d'actionnaire.

第七十九条 以依法可以转让的商标专用权，专利权、著作权中的财产权出质的，出质人与质权人应当订立书面合同，并向其管理部门办理出质登记。质押合同自登记之日起生效。
Art. 79 Lorsque le gage porte sur un ou des droits patrimoniaux cessibles du droit monopole d'exploitation de marque commerciale, du droit de brevet d'invention et du

droit d'auteur, les parties doivent conclure contrat de gage sous la forme écrite et faire l'inscription auprès des autorités administratives concernées. Le contrat de gage est parfait à partir du jour où l'inscription de gage est faite.

第八十条 本法第七十九条规定的权利出质后，出质人不得转让或者许可他人使用，但经出质人与质权人协商同意的可以转让或者许可他人使用。出质人所得的转让费、许可费应当向质权人提前清偿所担保的债权或者向与质权人约定的第三人提存。
Art. 80 Si le gage porte sur un ou des droits prévus à l'article 79 dans la présente loi, après la constitution du gage, le constituant ne peut transférer ni permettre aux autres de le(s) utiliser, sauf si le constituant et le créancier gagiste en conviennent autrement. Lorsque le constituant le(s) transmet ou permet aux autres personnes de le(s)utiliser, le prix doit servir à payer en avance au créancier la dette(garantie) ou être consigné à un tiers.

第八十一条 权利质押除适用本节规定外，适用本章第一节的规定。
Art. 81 En dehors de l'application des dispositions de cette section, le gage de droit se réfère aux dispositions relatives au gage de meubles dans la première section du présent chapitre.

第五章 留置
Chapitre 5 Du droit de la rétention

第八十二条 本法所称留置，是指依照本法第八十四条的规定，债权人按照合同约定占有债务人的动产，债务人不按照合同约定的期限履行债务的，债权人有权依照本法规定留置该财产，以该财产折价或者以拍卖、变卖该财产的价款优先受偿。
Art. 82 Le droit de rétention, dans la présente loi, signifie que, lorsque, par application de l'article 84, le créancier, selon les stipulations contractuelles, se trouve en possession d'un meuble du débiteur, si le débiteur n'exécute pas son obligation dans le délai convenu, le créancier a le droit, conformément à la présente loi, de retenir le bien et de se désintéresser de manière prioritaire en prenant en paiement ce bien ou sur le prix de vente ou d'adjudication de celui-ci.

第八十三条 留置担保的范围包括主债权及利息、违约金、损害赔偿金，留置物保管费用和实现留置权的费用。
Art. 83 l'étendue du droit de rétention comprend la créance principale et ses intérêts, les dommages-intérêts dus forfaitairement selon la clause pénale éventuellement stipulée, les dommages-intérêts, ainsi que les frais de la conservation de la chose retenue et ceux de la réalisation du droit de rétention.

第八十四条 因保管合同、运输合同、加工承揽合同发生的债权，债务人不履行债务的，债权人有留置权。
法律规定可以留置的其他合同，适用前款规定。
当事人可以在合同中约定不得留置的物。
Art. 84 Lorsque le débiteur n'exécute pas ses obligations à l'échéance, le créancier dont la créance procédée des contrats de dépôt, de transport, (ou) de façonnage, (peut) avoir le droit de rétention.

Si les autres lois permettent expressément aux créanciers dans le cadre d'autres contrats de réclamer le droit de rétention, l'alinéa précédent s'y applique.
Les parties peuvent dans le contrat convenir d'exclure certains biens de la rétention.

第八十五条 留置的财产为可分物的，留置物的价值应当相当于债务的金额。
Art. 85 Si le bien détenu est divisible, le créancier ne peut retenir qu'une partie de bien dont la valeur est équivalente à la somme de la dette.

第八十六条 留置权人负有妥善保管留置物的义务。因保管不善致使留置物灭失或者毁损的，留置权人应当承担民事责任。
Art. 86 Le rétenteur est obligé de conserver avec soin la chose retenue. Il doit supporter la responsabilité civile pour la perte ou la détérioration de la chose causée par son imprudence en la conservant.

第八十七条 债权人与债务人应当在合同中约定，债权人留置财产后，债务人应当在不少于两个月的期限内履行债务。债权人与债务人在合同中未约定的，债权人留置债务人财产后，应当确定两个月以上的期限，通知债务人在该期限内履行债务。
债务人逾期仍不履行的，债权人可以与债务人协议以留置物折价，也可以依法拍卖、变卖留置物。
留置物折价或者拍卖、变卖后，其价款超过债权数额的部分归债务人所有，不足部分由债务人清偿。
Art. 87 Le créancier et le débiteur doivent conclure ans leur contrat que le débiteur doit exécuter son obligation pendant au moins deux mois à partir de la rétention de la chose faite par le créancier. S'ils n'en conviennent pas, le créancier doit désigner un délai au moins de deux mois à partir de sa rétention de la chose et avertir au débiteur d'exécuter son obligation pendant ce délai.
A l'échéance de ce délai, le créancier peut se désintéresser en prenant en paiement la chose retenue avec l'accord du débiteur ou en matière de la vendre ou de la mettre aux enchères.
Dans le cas de l'alinéa 2 de cet article, si la prise en paiement ou le prix de vente excède la somme de la créance, le créancier doit verser la différence au débiteur ; si cela est insuffisant, le débiteur doit désintéresser le créancier.

第八十八条 留置权因下列原因消灭：
（一）债权消灭的；
（二）债务人另行提供担保并被债权人接受的。
Art. 88 Le droit de rétention s'éteint si :
1) La créance s'éteint ;
2) Le débiteur fournit une autre sûreté et le créancier l'accepte.

第六章 定金
Chapitre 6 Des arrhes

第七章 附则
Chapitre 7 Des positions diverses

I – 3 La traduction partielle de la LDC (合同法部分翻译[2462]).

第五十二条　有下列情形之一的，合同无效：
（一）一方以欺诈、胁迫的手段订立合同，损害国家利益；（二）恶意串通，损害国家、集体或者第三人利益；（三）以合法形式掩盖非法目的；（四）损害社会公共利益；（五）违反法律、行政法规的强制性规定。
Article 52 : Le contrat est nul dans les conditions suivantes :
(1) Une des parties a fait conclure le contrat au moyen de fraude ou de violence, et porte atteintes aux intérêts d'Etat ;
(2) L'existence de collusion, qui porte atteintes à l'intérêt de l'Etat, d'une collectivité ou d'un tiers ;
(3) Dissimulation de motif illégal avec une forme légale ;
(4) Avoir porter atteintes aux intérêts publics de la société ;
(5) Violation des règles impératives des lois et des décrets.

第五十三条　合同中的下列免责条款无效：（一）造成对方人身伤害的；
（二）因故意或者重大过失造成对方财产损失的。
Article 53 : Les clauses exonérant des responsabilités (d'une partie dans les conditions) comme les suivantes sont répétées non écrites :
(1) Avoir causé une lésion au corps de l'autre partie ;
(2) Avoir causé une perte pécuniaire intentionnellement ou par une faute lourde.

第五十四条　下列合同，当事人一方有权请求人民法院或者仲裁机构变更或者撤销：（一）因重大误解订立的；（二）在订立合同时显失公平的。一方以欺诈、胁迫的手段或者乘人之危，使对方在违背真实意思的情况下订立的合同，受损害方有权请求人民法院或者仲裁机构变更或者撤销。当事人请求变更的，人民法院或者仲裁机构不得撤销。
Article 54 : L'une des parties peut demander au Tribunal populaire ou d'une juridique arbitral de modifier ou annuler le contrat :
(1) Passé sur le fondement d'une erreur importante ;
(2) Passé avec d'un déséquilibre significatif.
Lorsqu'une partie a abusé de l'autre par fraude, dol ou en profitant de ces difficultés, et ainsi amener à la conclusion du contrat en violation la volonté de ce dernier ; ce dernier a le droit de demander à un Tribunal populaire ou une juridiction arbitrale de modifier ou d'annuler le contrat ainsi passé.
Lorsque la partie demandant ne sollicite qu'une modification, le tribunal populaire ou la juridiction arbitrale saisie ne saurait annuler le contrat mis en cause.

第七十九条　债权人可以将合同的权利全部或者部分转让给第三人，但有下列情形之一的除外：（一）根据合同性质不得转让；（二）按照当事人约定不得

[2462] V. sur la traduction entière de cette loi : Z.-H. HAN, P.-S. QIAN, T.-Q. MA et C. RONG, Droit chinois des affaires, Hors collection, Dalloz, 2013.

转让；（三）依照法律规定不得转让。
Article 79 : Le créancier peut céder entièrement ou partiellement les droits à l'issue d'un contrat à un tiers, sauf dans les conditions suivantes :
(1) Si la nature du contrat s'oppose à une telle cession ;
(2) Si la convention des parties interdit une telle cession ;
(3) Si la cession de ces droits est prohibée par la loi.
第八十条　债权人转让权利的，应当通知债务人。未经通知，该转让对债务人不发生效力。
债权人转让权利的通知不得撤销，但经受让人同意的除外。
Article 80 : En cas de cession des droits (créances), le créancier doit notifier le débiteur. En cas d'absence de notification, la cession n'est pas opposable au débiteur. La notification sur la cession des droits n'est pas susceptible d'annulation, sauf avec l'accord du cessionnaire.

第八十一条　债权人转让权利的，受让人取得与债权有关的从权利，但该从权利专属于债权人自身的除外。
Article 81 : En cas de cession des droits (créances), le cessionnaire obtient aussi les droits accessoires du droit de la créance, sauf que les droits accessoires soient des droits personnels attachés à la personne du créancier.

第八十二条　债务人接到债权转让通知后，债务人对让与人的抗辩，可以向受让人主张。
Article 82 : Après avoir reçu la notification de la cession de la créance, les exceptions d'inexécution peut être soulevées par le débiteur à l'encontre du cessionnaire.

第八十三条　债务人接到债权转让通知时，债务人对让与人享有债权，并且债务人的债权先于转让的债权到期或者同时到期的，债务人可以向受让人主张抵销。
Article 83 : Lorsqu'au moment de la réception de la notification de la cession de la créance, le débiteur détient un droit de créance à l'encontre du cédant, et ce droit de créance sera échu avant ou concomitamment celui cédé, le débiteur peut solliciter la compensation des créances à l'encontre du cessionnaire.

第八十四条　债务人将合同的义务全部或者部分转移给第三人的，应当经债权人同意。
Article 84 : En cas de cession de la totalité ou d'une partie des obligations contractuelle à une tierce personne, le débiteur doit obtenir l'accord préalable du créancier.

第八十五条　债务人转移义务的，新债务人可以主张原债务人对债权人的抗辩。
Article 85 : En cas de cession d'obligations, le nouveau débiteur peut solliciter les exceptions d'inexécution à la place du débiteur original.

第八十六条　债务人转移义务的，新债务人应当承担与主债务有关的从债务，但该从债务专属于原债务人自身的除外。
Article 86 : En cas de cession d'obligations, le nouveau débiteur doit engager aussi les obligations accessoires d'obligations principales, sauf les obligations accessoires attachées à la personne du débiteur original.

第八十七条　法律、行政法规规定转让权利或者转移义务应当办理批准、登记等手续的，依照其规定。
Article 87 : Lorsque selon les dispositions des lois ou des décrets, la cession des créances ou d'obligations est subordonnée à l'obtention d'un permis ou d'un enregistrement, ces dispositions s'imposent.

合同法司法解释三（2012 年 5 月 10 日：法释〔2012〕7 号）部分翻译：
Traduction partielle de l'Explication Judiciaire de la LDC n° FASHI [2012]7 du 10 mai 2012 :

六、所有权保留
Section 6 La réserve de la propriété

第三十四条 买卖合同当事人主张合同法第一百三十四条关于标的物所有权保留的规定适用于不动产的，人民法院不予支持。
Article 34 : Lorsque les parties contractantes d'une vente prétendent l'application des dispositions de l'article 134 de la LDC concernant la réserve de propriété sur un bien immobilier, le tribunal populaire ne va pas leur faire droit à cette demande.

第三十五条 当事人约定所有权保留，在标的物所有权转移前，买受人有下列情形之一，对出卖人造成损害，出卖人主张取回标的物的，人民法院应予支持：
（一）未按约定支付价款的；
（二）未按约定完成特定条件的；
（三）将标的物出卖、出质或者作出其他不当处分的。
取回的标的物价值显著减少，出卖人要求买受人赔偿损失的，人民法院应予支持。

Article 35 : En cas où une réserve de la propriété est conclue entre les parties, avant le transfert de la propriété, le cédant demande de la restitution d'objet, le tribunal populaire doit faire droit à cette demande dans les conditions suivantes sous conditions que les faits de l'acquéreur portent atteintes aux intérêts du cédant :

1) Le cessionnaire n'a pas payé le prix à terme ;
2) Les conditions à remplir n'ont pas eu lieu ;
3) Le cessionnaire a cédé, mis en gage ou a disposé irrégulièrement l'objet de vente.

Lorsque la valeur du bien restitué se voit diminuer de manière significative, le cédant a, ainsi, demandé l'indemnisation du cessionnaire, le tribunal populaire (saisi) doit faire droit à cette demande.

第三十六条 买受人已经支付标的物总价款的百分之七十五以上，出卖人主张取回标的物的，人民法院不予支持。
在本解释第三十五条第一款第（三）项情形下，第三人依据物权法第一百零六条的规定已经善意取得标的物所有权或者其他物权，出卖人主张取回标的物的，人民法院不予支持。

Article 36 : Lorsque le cessionnaire a payé une somme équivalente d'au moins soixante-quinze pour cent du prix de vente, et le cédant prétend la restitution de l'objet, le tribunal populaire (saisi) ne doit pas faire droit à la demande.

Dans la condition prévue par l'article 35 (3) de cette Explication, une tierce personne a obtenu, conformément aux dispositions de l'article 106 de la LDR, la propriété ou un autre droit réel de l'objet de vente avec la bonne foi, et le cédant prétend la restitution de l'objet, le tribunal populaire (saisi) ne doit pas faire droit à cette demande.

第三十七条 出卖人取回标的物后，买受人在双方约定的或者出卖人指定的回赎期间内，消除出卖人取回标的物的事由，主张回赎标的物的，人民法院应予支持。
买受人在回赎期间内没有回赎标的物的，出卖人可以另行出卖标的物。出卖人另行出卖标的物的，出卖所得价款依次扣除取回和保管费用、再交易费用、利息、未清偿的价金后仍有剩余的，应返还原买受人；如有不足，出卖人要求原买受人清偿的，人民法院应予支持，但原买受人有证据证明出卖人另行出卖的价格明显低于市场价格的除外。

Article 37 : Après la restitution de l'objet, dans la période convenue ou indiquée par le cédant, la cause de la restitution de l'objet sera disparue, et le cessionnaire demande le transfert effectif de la propriété de l'objet, le tribunal populaire (saisi) doit faire droit à la demande.

Dans cette période de « rachat (回赎) », que le cessionnaire n'a pas effectué ce droit de rachat (par faire disparaître les conditions ouvrant le droit à la restitution), le cédant est de droit à revendre l'objet.

Lorsque le cédant revend l'objet, le prix de vente, après avoir déduit les frais servant à la restitution et à la conservation, les frais de re-transaction, les intérêts et la partie du prix impayé, doit être restitué au cessionnaire original, s'il en reste ; en cas d'insuffisance, le cédant prétend le remboursement au cessionnaire original, le tribunal populaire (saisi) doit faire droit à la demande, sauf si ce cessionnaire original peut prouver que le prix de revente est de manière significative inférieur à la valeur vénale.

I – 4 Traduction partielle de la LDR

第四编 担保物权 (Livre IV Les sûretés réelles)

第十五章 一般规定 (Chapitre 15 Dispositions générales)

第一百七十条 担保物权人在债务人不履行到期债务或者发生当事人约定的实现担保物权的情形，依法享有就担保财产优先受偿的权利，但法律另有规定的除外。定义

Art. 170 : Le créancier muni d'une sûreté réelle bénéficie, en cas de défaillance de son débiteur ou dans les autres conditions convenues d'exécution de sûreté réelle, un droit de préférence sur les biens grevés, sauf les dispositions légales contraires.

第一百七十一条 债权人在借贷、买卖等民事活动中，为保障实现其债权，需要担保的，可以依照本法和其他法律的规定设立担保物权。

Art. 171 : Dans les actes de crédits, les ventes ou des autres actes civils, le créancier peut, afin de garantir la réalisation de sa créance, et qu'il y a une nécessité de garantie, constitué, selon les dispositions de cette loi ou des autres lois, une sûreté réelle.

第三人为债务人向债权人提供担保的，可以要求债务人提供反担保。反担保适用本法和其他法律的规定。

Le tiers qui garantit le paiement du débiteur au profit du créancier peut demander au débiteur à constituer une contre-garantie. La contre-garantie doit respecter les dispositions de cette loi et celles des autres lois.

第一百七十二条 设立担保物权，应当依照本法和其他法律的规定订立担保合同。担保合同是主债权债务合同的从合同。主债权债务合同无效，担保合同无效，但法律另有规定的除外。

担保合同被确认无效后，债务人、担保人、债权人有过错的，应当根据其过错各自承担相应的民事责任。

Art. 172 : Pour constituer une sûreté réelle, il faut conclure, selon les dispositions de cette loi ou des autres lois, un contrat de sûreté. Le contrat de sûreté est le contrat accessoire du contrat qui fait naître la créance principale (créance garantie). La nullité du contrat principal rend nul le contrat de sûreté, sauf les dispositions légales contraires.

En cas de nullité du contrat de sûreté, le débiteur, la caution ou le créancier fautif doivent engager la responsabilité civile pour les fautes personnelles.

第一百七十三条 担保物权的担保范围包括主债权及其利息、违约金、损害赔偿金、保管担保财产和实现担保物权的费用。当事人另有约定的，按照约定。

Article 173 : La sûreté réelle couvre la créance principale, les intérêts, les dédits, les dommages-intérêts, les frais de conservation et les frais pour l'exécution de la sûreté. Si les parties en conviennent autrement, il faut respecter le consentement des parties.

第一百七十四条 担保期间，担保财产毁损、灭失或者被征收等，担保物权人可以就获得的保险金、赔偿金或者补偿金等优先受偿。被担保债权的履行期未届满的，也可以提存该保险金、赔偿金或者补偿金等。

Article 174 : Avant l'échéance de la créance garantie, en cas de détérioration, de destruction ou d'expropriation de l'objet de garantie, le créancier bénéficiaire de sûreté bénéficie un droit de préférence portant sur les indemnités d'assurance, les dommages-intérêts ou les subventions indemnitaires. Si la créance garantie n'est pas échue, les indemnités d'assurance, les dommages-intérêts ou les subventions indemnitaires peuvent aussi être déposé dans un compte particulier.

第一百七十五条 第三人提供担保，未经其书面同意，债权人允许债务人转移全部或者部分债务的，担保人不再承担相应的担保责任。

Article 175 : En cas de cautionnement réel, sans accord de la caution par écrit, cette dernière ne s'engage plus de responsabilité de garantie en cas de transmission, totale ou partielle, de la créance garantie.

第一百七十六条 被担保的债权既有物的担保又有人的担保的，债务人不履行到期债务或者发生当事人约定的实现担保物权的情形，债权人应当按照约定实现债权；没有约定或者约定不明确，债务人自己提供物的担保的，债权人应当先就该物的担保实现债权；第三人提供物的担保的，债权人可以就物的担保实现债权，也可以要求保证人承担保证责任。提供担保的第三人承担担保责任后，有权向债务人追偿。

Art. 176 : En cas d'existence d'une sûreté réelle et une sûreté personnelle, et en cas de défaillance du débiteur ou les autres conditions convenues pour l'exécution de la sûreté réelle, le créancier peut réaliser sa créance en respectant les dispositions conventionnelles ; en cas d'absence ou d'ambiguïté de dispositions conventionnelles, et qu'il existe une sûreté réelle portant sur les biens du débiteur, le créancier doit réaliser sa créance en privilégiant d'abord sur ces biens ; en cas de coexistence d'un cautionnement et un cautionnement réel, le créancier peut choisir la sûreté qu'il convient. En cas de paiement effectué par le garant, il dispose un droit de poursuite contre le débiteur.

第一百七十七条 有下列情形之一的，担保物权消灭：

（一）主债权消灭；

（二）担保物权实现；

（三）债权人放弃担保物权；

（四）法律规定担保物权消灭的其他情形。

Article : 177 : La sûreté réelle s'éteint dans les conditions suivantes :

(1) L'extinction de la créance principale ;

(2) L'exécution de la sûreté réelle ;
(3) L'abandon de la sûreté réelle par le créancier bénéficiaire ;
(4) Les autres conditions de l'extinction prévues par les lois.

第一百七十八条 担保法与本法的规定不一致的，适用本法。
Article 178 : En cas de conflit entre les dispositions de la loi réelle et la loi des sûretés, ce sont les dispositions de cette loi qui s'imposent.

第十六章 抵押权 (Les hypothèques ou sûretés sans dépossession)

第一节 一般抵押权 (Les hypothèques ordinaires)

第一百七十九条 为担保债务的履行，债务人或者第三人不转移财产的占有，将该财产抵押给债权人的，债务人不履行到期债务或者发生当事人约定的实现抵押权的情形，债权人有权就该财产优先受偿。

前款规定的债务人或者第三人为抵押人，债权人为抵押权人，提供担保的财产为抵押财产。
Article 179 : Une sûreté réelle sans dépossession (hypothèque) est l'affectation d'un ou plusieurs biens, par le débiteur ou un tiers, pour la garantie d'exécution de la créance, sans dépossession, en accordant au créancier un droit de se faire payer par préférence en cas de défaillance du débiteur ou les autres conditions prévues d'exécution de sûreté.
Dans la disposition susvisée, le débiteur ou le tiers est le constituant, le créancier est le créancier hypothécaire, les biens grevés sont l'objet de l'hypothèque.

第一百八十条 债务人或者第三人有权处分的下列财产可以抵押：

（一）建筑物和其他土地附着物；

（二）建设用地使用权；

（三）以招标、拍卖、公开协商等方式取得的荒地等土地承包经营权；

（四）生产设备、原材料、半成品、产品；

（五）正在建造的建筑物、船舶、航空器；

（六）交通运输工具；

（七）法律、行政法规未禁止抵押的其他财产。

抵押人可以将前款所列财产一并抵押。
Article 180 : Les biens suivants dont le débiteur ou le tiers a le droit de disposition peuvent faire l'objet d'une hypothèque :
(1) Les bâtiments et les autres immeubles par destinations ;
(2) L'usufruit des partiels constructibles ;
(3) Le droit d'exploitation d'un terrain vague obtenu par voie d'adjudication, par vente aux enchères ou par négociation ;

(4) Les outils de production, les matières premières, les produits intermédiaires et les produits ;
(5) Les bâtiments, les navires ou les aéronefs qui sont en train d'être construits ;
(6) Les moyens de transport ;
(7) Les autres biens qui ne sont pas frappés d'interdiction d'être hypothéqués par les lois et les règlements.

第一百八十一条 经当事人书面协议，企业、个体工商户、农业生产经营者可以将现有的以及将有的生产设备、原材料、半成品、产品抵押，债务人不履行到期债务或者发生当事人约定的实现抵押权的情形，债权人有权就实现抵押权时的动产优先受偿。
Art. 181 : Par un écrit entre les parties, une société, un entrepreneur ou un exploiteur des produits d'agricole peut constituer une hypothèque sur l'ensemble de ces outils de production, ces matières premières, ces provisionnements ou ces produits intermédiaires et ces marchandises, présents ou futurs ; en cas de défaillance du débiteur ou les autres conditions prévues par les parties, le créancier a un droit de préférence sur les biens dans la possession du débiteur au moment de l'exécution de sûreté.

第一百八十二条 以建筑物抵押的，该建筑物占用范围内的建设用地使用权一并抵押。以建设用地使用权抵押的，该土地上的建筑物一并抵押。
抵押人未依照前款规定一并抵押的，未抵押的财产视为一并抵押。
Article 182 : En cas d'hypothèque d'un bâtiment, il est censé d'être hypothéqué l'usufruit du partiel constructible avec le bâtiment. En cas d'hypothèque d'un usufruit d'un partiel, les bâtiments au-dessus du partiels doivent être hypothéqués en même temps.
En cas de violation de la disposition susvisée, les biens sont considérés comme d'être hypothéqués en même temps.

第一百八十三条 乡镇、村企业的建设用地使用权不得单独抵押。以乡镇、村企业的厂房等建筑物抵押的，其占用范围内的建设用地使用权一并抵押。
Article 183 : Les entreprises des bourgs ou des villages ne saurait hypothéquer indépendamment leur droit à usage des parcelles. En cas où les bâtiments des entreprises des bourgs ou des villages sont hypothéqués, ils sont considérés comme étaient hypothéqués avec les droits à usage sur les parcelles dans lesquelles les bâtiments sont constitués.

第一百八十四条 下列财产不得抵押：
（一）土地所有权；

（二）耕地、宅基地、自留地、自留山等集体所有的土地使用权，但法律规定可以抵押的除外；

（三）学校、幼儿园、医院等以公益为目的的事业单位、社会团体的教育设施、医疗卫生设施和其他社会公益设施；

（四）所有权、使用权不明或者有争议的财产；

（五）依法被查封、扣押、监管的财产；

（六）法律、行政法规规定不得抵押的其他财产。

Art. 184 : Les biens suivants ne sauraient faire l'objet d'une hypothèque :

(1) La propriété d'un partiel ;
(2) L'usufruit appartenant aux collectivités portant sur les terres cultivables, les partiels constructibles réservés pour les résidences humaines, les parcelles réservée à l'usage individuel ou les montagnes réservée à l'usage individuel, sauf les dispositions contraire expressément prévues par les lois ;
(3) Les équipements des écoles, des écoles maternelles, des hôpitaux ou des autres institutions d'intérêt public, les équipements d'éducation des associations, les équipements d'hygiène et les autres équipements d'intérêt public ;
(4) Les biens dont la propriété ou l'usufruit est en conflit ;
(5) Les biens légitimement saisies, détenus ou consignés ;
(6) Les autres biens qui ne peuvent faire l'objet d'une hypothèque prévus par les lois et les règlements.

第一百八十五条 设立抵押权，当事人应当采取书面形式订立抵押合同。

抵押合同一般包括下列条款：

（一）被担保债权的种类和数额；

（二）债务人履行债务的期限；

（三）抵押财产的名称、数量、质量、状况、所在地、所有权归属或者使用权归属；

（四）担保的范围。

Article 185 : Pour constituer une hypothèque, les parties doivent conclure un contrat par écrit.

En général, un contrat d'hypothèque comporte les clauses suivantes :

(1) La qualité et la quantité de la créance garantie ;
(2) Les dates d'échéance de la créance ;
(3) Le nom, la quantité, la qualité, l'état, le lieu de conservation, l'état de propriété et de l'usufruit des biens grevés ;
(4) Le domaine de la garantie.

第一百八十六条 抵押权人在债务履行期届满前，不得与抵押人约定债务人不履行到期债务时抵押财产归债权人所有。

Article 186 : Avant l'échéance de la créance, le créancier ne saurait convenir avec le constituant qu'en cas de défaillance du débiteur, le créancier a le droit de s'approprier le bien grevé.

第一百八十七条 以本法第一百八十条第一款第一项至第三项规定的财产或者第五项规定的正在建造的建筑物抵押的，应当办理抵押登记。抵押权自登记时设立。

Article 187 : La constitution d'une hypothèque des biens prévus par l'article 180, (1) à (3) ou les bâtiment qui sont en train d'être construits doit être inscrite. L'hypothèque n'est constituée qu'à partir de l'inscription.

第一百八十八条 以本法第一百八十条第一款第四项、第六项规定的财产或者第五项规定的正在建造的船舶、航空器抵押的，抵押权自抵押合同生效时设立；未经登记，不得对抗善意第三人。

Article 188 : Les hypothèques portant sur les biens prévus par l'article 180, (4), (6) ou les navires et les aéronefs qui sont en train de construction sont constituées à partir de la conclusion du contrat, sans inscription, elles ne sont pas opposables à un tiers de bonne foi.

第一百八十九条 企业、个体工商户、农业生产经营者以本法第一百八十一条规定的动产抵押的，应当向抵押人住所地的工商行政管理部门办理登记。抵押权自抵押合同生效时设立；未经登记，不得对抗善意第三人。

依照本法第一百八十一条规定抵押的，不得对抗正常经营活动中已支付合理价款并取得抵押财产的买受人。

Article 189 : L'hypothèque constituée par les sociétés, les entrepreneurs ou les exploitant des produits d'agricole, conformément aux dispositions de l'article 181 de notre loi, doit être inscrites auprès d'une institution administrative de l'industrie et du commerce au ressort duquel se trouve le domicile du constituant. L'hypothèque est constituée dès la conclusion du contrat d'hypothèque ; sans inscription, elle n'est pas opposable aux tiers de bonne foi.

L'hypothèque constituée, conformément aux dispositions de l'article 181, n'est pas opposable aux tiers acquéreurs du bien du débiteur dans une relation normale d'affaires, s'ils ont payé un prix raisonnable.

第一百九十条 订立抵押合同前抵押财产已出租的，原租赁关系不受该抵押权的影响。抵押权设立后抵押财产出租的，该租赁关系不得对抗已登记的抵押权。

Article 190 : La constitution de l'hypothèque ne fait pas obstacle à la location antérieurement constituée sur les biens hypothéqués. La location constituée après celle de l'hypothèque n'est pas opposable à la sûreté légalement publiée.

第一百九十一条 抵押期间，抵押人经抵押权人同意转让抵押财产的，应当将转让所得的价款向抵押权人提前清偿债务或者提存。转让的价款超过债权数额的部分归抵押人所有，不足部分由债务人清偿。

抵押期间，抵押人未经抵押权人同意，不得转让抵押财产，但受让人代为清偿债务消灭抵押权的除外。

Article 191 : Avant l'échéance de la créance garantie, avec l'accord du créancier hypothécaire, le constituant peut aliéner les biens hypothéqués, le prix de vente des biens doit être utilisé pour le paiement de la créance ou déposé dans un compte particulier. Si le prix de vente est supérieur à la créance garantie, le constituant va pouvoir recevoir la partie excédée ; sinon, la partie impayée doit être exécutée par le débiteur.

Avant l'échéance de la créance garantie, sans l'accord expresse du créancier hypothécaire, les biens grevés ne sauraient être transmis, sauf si le cessionnaire satisfaire le créancier pour le débiteur.

第一百九十二条 抵押权不得与债权分离而单独转让或者作为其他债权的担保。债权转让的，担保该债权的抵押权一并转让，但法律另有规定或者当事人另有约定的除外。

Article 192 : L'hypothèque ne saurait être transmise indépendamment de la créance garantie ou être utilisée pour la garantie d'autres créances. En cas de transmission de la créance (principale), l'hypothèque est transmise avec la créance, sauf des dispositions, légales ou conventionnelles, contraires.

第一百九十三条 抵押人的行为足以使抵押财产价值减少的，抵押权人有权要求抵押人停止其行为。抵押财产价值减少的，抵押权人有权要求恢复抵押财产的价值，或者提供与减少的价值相应的担保。

抵押人不恢复抵押财产的价值也不提供担保的，抵押权人有权要求债务人提前清偿债务。

Article 193 : En cas de risque diminution de la valeur des biens hypothéqués à cause des actes du constituant, le créancier hypothécaire a le droit de demander à ce dernier à cesser ces actes. En cas de diminution de la valeur des biens hypothéqués, le créancier hypothécaire a le droit de demander la reconstitution de la valeur des biens hypothéqués, ou de fournir une autre garantie d'une valeur équivalente de la valeur diminuée.

Si le constituant refuse de reconstituer la valeur des biens hypothéqués et de fournir une autre garantie, le créancier hypothécaire a le droit de demander le paiement de la créance non échouée.

第一百九十四条 抵押权人可以放弃抵押权或者抵押权的顺位。抵押权人与抵押人可以协议变更抵押权顺位以及被担保的债权数额等内容，但抵押权的变更，未经其他抵押权人书面同意，不得对其他抵押权人产生不利影响。

Article 194 : Le créancier hypothécaire peut abandonner son droit de préférence ou le rang de sa priorité. Le constituant et le créancier hypothécaire peuvent, par convention, modifier le rang de priorité ou la qualité de la créance garantie, mais cette modification, sans l'accord écrit du créancier hypothécaire, ne saurait porter atteinte aux droits des autres créanciers hypothécaires.

债务人以自己的财产设定抵押，抵押权人放弃该抵押权、抵押权顺位或者变更抵押权的，其他担保人在抵押权人丧失优先受偿权益的范围内免除担保责任，但其他担保人承诺仍然提供担保的除外。

En cas d'hypothèque portant sur les biens du débiteur, et l'abandon de la sûreté, la modification du rang de priorité ou du contenu de l'hypothèque, le garant n'est plus responsable portant sur la partie abandonnée, sauf si la promesse de garantie expresse même si ces incidents auront lieu.

第一百九十五条 债务人不履行到期债务或者发生当事人约定的实现抵押权的情形，抵押权人可以与抵押人协议以抵押财产折价或者以拍卖、变卖该抵押财产所得的价款优先受偿。协议损害其他债权人利益的，其他债权人可以在知道或者应当知道撤销事由之日起一年内请求人民法院撤销该协议。

Article 195 : A défaut de paiement de la dette garantie ou dans les autres conditions convenues par les parties qui autorisent l'exécution de l'hypothèque, le créancier hypothécaire peut convenir, avec le constituant, soit à une dation en paiement sur les biens hypothéqué, soit faire vendre, amicalement ou aux enchères, les biens et de se faire satisfaire par préférence sur le prix de vente. En cas de porter atteinte aux autres créanciers, ces derniers peuvent, dans un délai d'un an à partir de la date de la connaissance de cet acte ou qu'ils auront dû avoir la connaissance de cet acte, demander l'annulation de cet acte auprès de la juridiction compétente.

抵押权人与抵押人未就抵押权实现方式达成协议的，抵押权人可以请求人民法院拍卖、变卖抵押财产。

A défaut d'un accord sur le moyen d'exécution de l'hypothèque, le créancier hypothécaire peut faire ordonner en justice la vente des biens hypothéqués.

抵押财产折价或者变卖的，应当参照市场价格。

En cas de dation en paiement ou de vente amicale, le prix doit référencer au prix vénal.

第一百九十六条 依照本法第一百八十一条规定设定抵押的，抵押财产自下列情形之一发生时确定：

（一）债务履行期届满，债权未实现；

（二）抵押人被宣告破产或者被撤销；

（三）当事人约定的实现抵押权的情形；

（四）严重影响债权实现的其他情形。

Article 196 : Pour les hypothèques constituées conformément aux dispositions de l'article 181, les biens hypothéqués sont déterminés les conditions suivantes :

(1) A l'échéance, la créance n'est pas réalisée ;
(2) La déclaration de la faillite ou la dissolution du constituant ;
(3) Les conditions prévues par les parties de l'exécution de l'hypothèque ;
(4) Les autres conditions qui entravent gravement de la réalisation de la créance garantie.

第一百九十七条 债务人不履行到期债务或者发生当事人约定的实现抵押权的情形，致使抵押财产被人民法院依法扣押的，自扣押之日起抵押权人有权收取该抵押财产的天然孳息或者法定孳息，但抵押权人未通知应当清偿法定孳息的义务人的除外。

Article 197 : A défaut de paiement de la créance garantie ou les autres conditions prévues par les parties qui autorisent l'exécution de l'hypothèque, et que les biens hypothéqués sont saisit par la juridiction compétente, le créancier hypothécaire a le droit de recevoir les fruits naturels ou juridiques de ces biens à partir de la date de la saisie, sauf si le créancier hypothécaire n'a pas effectuer la signification au débiteur des fruits juridiques.

前款规定的孳息应当先充抵收取孳息的费用。

Les fruits susvisé doivent être utilisés, d'abord, pour le paiement des frais de recevoir ces fruits.

第一百九十八条 抵押财产折价或者拍卖、变卖后，其价款超过债权数额的部分归抵押人所有，不足部分由债务人清偿。

Article 198 : A l'issu de l'exécution de l'hypothèque, la somme dépassée de la créance garantie doit être remboursée au débiteur ; le débiteur reste du par la partie insuffisante.

第一百九十九条 同一财产向两个以上债权人抵押的，拍卖、变卖抵押财产所得的价款依照下列规定清偿：

（一）抵押权已登记的，按照登记的先后顺序清偿；顺序相同的，按照债权比例清偿；

（二）抵押权已登记的先于未登记的受偿；

（三）抵押权未登记的，按照债权比例清偿。

Article 199 : Lorsqu'un même bien fait l'objet de plusieurs hypothèques successives, le rang des créanciers est réglé dans l'ordre suivant :

(1) Si les hypothèques sont toutes inscrites, dans l'ordre de l'inscription ; si les inscriptions sont faites au même jour, les créanciers sont réglés au marc le franc ;
(2) L'hypothèque inscrite prime l'hypothèque non inscrite ;
(3) Si les hypothèques sont toutes non inscrites, les créanciers vont se faire payer au marc le franc.

第二百条 建设用地使用权抵押后，该土地上新增的建筑物不属于抵押财产。该建设用地使用权实现抵押权时，应当将该土地上新增的建筑物与建设用地使用权一并处分，但新增建筑物所得的价款，抵押权人无权优先受偿。
Article 200 : En cas d'hypothèque de l'usufruit d'une parcelle constructible, les bâtiments construits postérieurement sur cette parcelle ne sont pas des biens hypothéqués. En cas d'exécution d'une telle hypothèque, les bâtiments construits postérieurement seront exécutés en même temps, mais le créancier hypothécaire n'a pas de droit de préférence sur le prix de vente de ces bâtiments.

第二百零一条 依照本法第一百八十条第一款第三项规定的土地承包经营权抵押的，或者依照本法第一百八十三条规定以乡镇、村企业的厂房等建筑物占用范围内的建设用地使用权一并抵押的，实现抵押权后，未经法定程序，不得改变土地所有权的性质和土地用途。

第二百零二条 抵押权人应当在主债权诉讼时效期间行使抵押权；未行使的，人民法院不予保护。
Article 202 : Le créancier hypothécaire doit faire droit en justice avant la date de péremption de la créance garantie ; sinon, la juridiction compétente ne va pas faire droit à sa demande.

第二节 最高额抵押权 (L'hypothèque à montant maximal)

第二百零三条 为担保债务的履行，债务人或者第三人对一定期间内将要连续发生的债权提供担保财产的，债务人不履行到期债务或者发生当事人约定的实现抵押权的情形，抵押权人有权在最高债权额限度内就该担保财产优先受偿。
Article 203 : Le débiteur ou un tiers peut constituer une hypothèque qui vise à garantir le paiement des créances futurs qui auront lieu avant un certain terme ; en cas de défaut de paiement des créances garanties ou des autres conditions prévues qui autorisent l'exécution de l'hypothèque, le créancier hypothécaire peut se faire payer par préférence sur ce bien avant un plafond prévu.

最高额抵押权设立前已经存在的债权，经当事人同意，可以转入最高额抵押担保的债权范围。
Avec l'accord des parties conventionnelles, une hypothèque peut être utilisée pour la garantie de paiement d'une créance antérieure.

第二百零四条 最高额抵押担保的债权确定前，部分债权转让的，最高额抵押权不得转让，但当事人另有约定的除外。
Article 204 : Avant la détermination des créances garanties de l'hypothèque rechargeable, l'hypothèque ne saurait être transmise avec une partie des créances garanties, sauf si les parties en conviennent contrairement.

第二百零五条 最高额抵押担保的债权确定前，抵押权人与抵押人可以通过协议变更债权确定的期间、债权范围以及最高债权额，但变更的内容不得对其他抵押权人产生不利影响。
Article 205 : Avant la détermination des créances garanties, le créancier hypothécaire peut convenir avec le constituant une modification sur la date de détermination, le domaine de la garantie et le plafond de la garantie, mais une telle modification ne saurait porter atteintes aux autres créanciers hypothécaires.

第二百零六条 有下列情形之一的，抵押权人的债权确定：
（一）约定的债权确定期间届满；
（二）没有约定债权确定期间或者约定不明确，抵押权人或者抵押人自最高额抵押权设立之日起满二年后请求确定债权；
（三）新的债权不可能发生；
（四）抵押财产被查封、扣押；
（五）债务人、抵押人被宣告破产或者被撤销；
（六）法律规定债权确定的其他情形。
Article 206 : Les créances garanties sont déterminées dans les conditions suivantes :
(1) A l'arrivée du terme prévu pour la détermination ;
(2) A défaut ou en cas d'équivoque de la date de détermination, le créancier hypothécaire ou le constituant a le droit, dans un délai de deux ans à partir de la constitution de l'hypothèque, demander la détermination des créances garanties ;
(3) En cas d'impossibilité d'avoir une nouvelle créance ;
(4) En cas de saisie ou de rétention des biens hypothéqués ;
(5) En cas de la faillite ou de dissolution du débiteur ou du constituant ;
(6) Les autres conditions prévues par les lois.

第二百零七条 最高额抵押权除适用本节规定外，适用本章第一节一般抵押权的规定。
Article 207 : L'hypothèque rechargeable doit respecter les dispositions de cette section et les autres dispositions de ce chapitre.

第十七章 质权 (Le gage ou la sûreté réelle avec dépossession)

第一节 动产质权 (Gage sur les meubles corporels)

第二百零八条 为担保债务的履行，债务人或者第三人将其动产出质给债权人占有的，债务人不履行到期债务或者发生当事人约定的实现质权的情形，债权人有权就该动产优先受偿。

前款规定的债务人或者第三人为出质人，债权人为质权人，交付的动产为质押财产。
Article 208 : Le débiteur ou un tiers peut, pour la garantie d'obligation, constitué un gage avec dessaisissement du bien grevé ; le créancier gage peut se faire satisfaire par préférence sur le bien dessaisi en cas du défaut de paiement ou les autres conditions prévues par les parties qui autorisent l'exécution du gage.
Le débiteur ou le tiers susvisé est le constituant du gage, le créancier est le créancier gagiste, le bien dessaisi est le bien gagé.

第二百零九条 法律、行政法规禁止转让的动产不得出质。
Article 209 : Les meubles frappés d'interdiction de cession ne peuvent pas faire l'objet d'un gage.

第二百一十条 设立质权，当事人应当采取书面形式订立质权合同。
Article 210 : Pour la constitution d'un gage, les parties doivent passer le contrat par écrit.

质权合同一般包括下列条款：

（一）被担保债权的种类和数额；

（二）债务人履行债务的期限；

（三）质押财产的名称、数量、质量、状况；

（四）担保的范围；

（五）质押财产交付的时间。

En général, le contrat de gage comporte les clauses suivantes :
(1) La qualité et la quantité de la créance garantie ;
(2) L'échéance de la créance garantie ;
(3) Le nom, la quantité, la qualité et l'état du bien gagé ;
(4) Le domaine de la garantie ;
(5) La date du dessaisissement.

第二百一十一条 质权人在债务履行期届满前，不得与出质人约定债务人不履行到期债务时质押财产归债权人所有。
Article 211 : Avant l'échéance de la créance garantie, le créancier gagiste ne saurait convenir avec le constituant qu'à défaut de paiement, que le créancier a le droit de s'approprier le bien grevé.

第二百一十二条 质权自出质人交付质押财产时设立。
Article 212 : Le gage est parfait lorsque le bien gagé est dessaisi.

第二百一十三条 质权人有权收取质押财产的孳息，但合同另有约定的除外。
Article 213 : Le créancier a le droit de recevoir les fruits du bien gagé, sauf les dispositions conventionnelles contraires.
前款规定的孳息应当先充抵收取孳息的费用。
Les fruits perçus susvisés vont, d'abord, être utilisés dans le remboursement des frais de sa réception.

第二百一十四条 质权人在质权存续期间，未经出质人同意，擅自使用、处分质押财产，给出质人造成损害的，应当承担赔偿责任。
Article 214 : Le créancier gagiste ne saurait utiliser ou disposer les biens gagés sans l'accord du constituant, en cas de violation et des dommages causés au débiteur, il doit engager la responsabilité.

第二百一十五条 质权人负有妥善保管质押财产的义务；因保管不善致使质押财产毁损、灭失的，应当承担赔偿责任。
Article 215 : Le créancier gagiste est tenu d'une obligation de conservation des biens gagés ; il doit s'engager la responsabilité en cas de détérioration ou de destruction des biens gagés à cause de son imprudence.
质权人的行为可能使质押财产毁损、灭失的，出质人可以要求质权人将质押财产提存，或者要求提前清偿债务并返还质押财产。
En cas de risque de détérioration ou de destruction des biens gagés à cause des actes du créancier gagiste, le constituant peut demander d'en déposer autrement, ou demander la restitution des biens gagés en effectuant le paiement en avance.

第二百一十六条 因不能归责于质权人的事由可能使质押财产毁损或者价值明显减少，足以危害质权人权利的，质权人有权要求出质人提供相应的担保；出质人不提供的，质权人可以拍卖、变卖质押财产，并与出质人通过协议将拍卖、变卖所得的价款提前清偿债务或者提存。

Article 216 : S'il est possible que le bine gagé soit détérioré ou que sa valeur diminue certainement beaucoup, si cette possibilité est entrainée par une cause non imputable au créancier, si elle est suffisante pour compromettre le droit du créancier gagiste ; celui-ci peut demander au constituant du gage de lui fournir une sûreté correspondante. Si le constituant du gage ne lui en fournit pas une, le créancier gagiste a le droit de vendre le bien gagé à l'amiable ou par adjudication, et puis, par voie de convention avec le constituant, de se désintéresser par préférence sur le prix de vente en avance ou de le consigner.

第二百一十七条 质权人在质权存续期间，未经出质人同意转质，造成质押财产毁损、灭失的，应当向出质人承担赔偿责任。

Article 217 : Sauf accord du constituant du gage, le créancier gagiste n'a pas le droit de donner en gage le bien gagé, sous peine de responsabilité de réparation des dommages subis par le constituant du gage.

第二百一十八条 质权人可以放弃质权。债务人以自己的财产出质，质权人放弃该质权的，其他担保人在质权人丧失优先受偿权益的范围内免除担保责任，但其他担保人承诺仍然提供担保的除外。

Article 218 : Le créancier peut renoncer son droit de gage.
Lorsqu'un droit de gage porte sur le bien propre du débiteur, si le créancier renonce à ce droit de gage, les autres garantis auront le droit de dispenser leurs engagements de garantie dans le cadre de droit de préférence perte de la part du créancier, sauf si le garant promet à nouveau de tenir son engagement de garantie (après la renonciation).

第二百一十九条 债务人履行债务或者出质人提前清偿所担保的债权的，质权人应当返还质押财产。

债务人不履行到期债务或者发生当事人约定的实现质权的情形，质权人可以与出质人协议以质押财产折价，也可以就拍卖、变卖质押财产所得的价款优先受偿。

质押财产折价或者变卖的，应当参照市场价格。

Article 219 : Si le débiteur a exécuté son obligation ou le constituant a payé en avance la créance garantie, le créancier gagiste a l'obligation de resituer le bien gagé.
Lorsque le débiteur n'exécute pas son obligation échue ou que des cas de la réalisation du droit de gage prévus par les parties se présentent, le créancier peut, par voie de convention avec le constituant du gage, prendre en paiement le bien gagé ; il peut aussi se désintéresser du prix de vente ou d'adjudication du bien gagé.
On doit se référer au prix vénal lorsque l'on vend à l'amiable le bien gagé ou lorsqu'on le prend en paiement.

第二百二十条 出质人可以请求质权人在债务履行期届满后及时行使质权；质权人不行使的，出质人可以请求人民法院拍卖、变卖质押财产。

出质人请求质权人及时行使质权，因质权人怠于行使权利造成损害的，由质权人承担赔偿责任。

Article 220 : Le constituant du gage peut demander au créancier gagiste d'exercer promptement le droit de gage après l'échéance de la dette garantie. Si le créancier ne l'exerce pas, le constituant a le droit de demander en justice de vendre le bien gagé à l'amiable ou par adjudication.

Si le constituant demande au créancier d'exercer promptement le droit de gage, le créancier sera tenu de réparer les dommages-intérêts causés par son retard.

第二百二十一条 质押财产折价或者拍卖、变卖后，其价款超过债权数额的部分归出质人所有，不足部分由债务人清偿。

Article 221 : Après la prise en paiement ou la vente à l'amiable ou par adjudication, lorsque le prix du bien gagé excède le montant garanti, la différence appartient au constituant, s'il est insuffisant pour satisfaire la créance, le débiteur est tenu de désintéresser le créancier.

第二百二十二条 出质人与质权人可以协议设立最高额质权。

Article 222 : Le constituant peut convenir avec le créancier gagiste un gage à montant maximal.

最高额质权除适用本节有关规定外，参照本法第十六章第二节最高额抵押权的规定。

Les dispositions de ce chapitre sont applicables au gage à montant maximal, et il peut se faire aussi selon les dispositions du chapitre 16, section 2 de cette loi.

第二节 权利质权 (Gage des droits ou des biens incorporels)

第二百二十三条 债务人或者第三人有权处分的下列权利可以出质：

（一）汇票、支票、本票；

（二）债券、存款单；

（三）仓单、提单；

（四）可以转让的基金份额、股权；

（五）可以转让的注册商标专用权、专利权、著作权等知识产权中的财产权；

（六）应收账款；

（七）法律、行政法规规定可以出质的其他财产权利。

Article 223 : Les droits dont le débiteur ou un tiers dispose un droit de disposition peuvent faire l'objet d'un gage :

(1) Les lettres de change, les chèques, les billets à ordre ;

(2) Les titres de créance, les titres de dépôts ;
(3) Les warrants de dépôt, les polices de chargement ;
(4) Les parts de fonds et les parts sociales transmissibles ;
(5) Le droit exclusif d'une marque, le brevet et les autres droits intellectuels transmissibles ;
(6) Les créances actives ;
(7) Les autres droits patrimoniaux qui peuvent faire l'objet d'un gage prévus par les lois et les règlements.

第二百二十四条 以汇票、支票、本票、债券、存款单、仓单、提单出质的，当事人应当订立书面合同。质权自权利凭证交付质权人时设立；没有权利凭证的，质权自有关部门办理出质登记时设立。
Article 224 : Le gage portant sur les lettres de charge, les chèques, les billets à ordre, les titres de créances, les titres de dépôts, les warrants de dépôt et les polices de chargement doit être constitué par un contrat écrit. Le gage est établi par le dessaisissement du titre ; en absence d'un titre, le gage est constitué lors de l'inscription auprès d'une institution compétente.

第二百二十五条 汇票、支票、本票、债券、存款单、仓单、提单的兑现日期或者提货日期先于主债权到期的，质权人可以兑现或者提货，并与出质人协议将兑现的价款或者提取的货物提前清偿债务或者提存。
Article 225 : Lorsque la date d'échéance des droits gagés est antérieure à celle de la créance garantie, le créancier gagiste a le droit de recevoir le paiement ou les biens déposés, et de convenir avec le constituant sur le moyen d'exécution : soit d'effectuer une compensation par la somme reçu avec la créance garantie, ou de les déposer autrement.

第二百二十六条 以基金份额、股权出质的，当事人应当订立书面合同。以基金份额、证券登记结算机构登记的股权出质的，质权自证券登记结算机构办理出质登记时设立；以其他股权出质的，质权自工商行政管理部门办理出质登记时设立。
Article 226 : Pour la constitution du gage portant sur les parts de fonds ou les parts sociales, les parties doivent passer un contrat par écrit. Le gage est établi lorsque l'inscription est faite auprès d'une institution compétente pour enregistrer et liquider s'il porte sur les titres de fonds ou de valeurs ; il est établi par l'inscription faite auprès d'une institution administrative de l'industrie et du commerce s'il porte sur les autres parts sociales.
基金份额、股权出质后，不得转让，但经出质人与质权人协商同意的除外。出质人转让基金份额、股权所得的价款，应当向质权人提前清偿债务或者提存。

Les parts gagés ne sauraient être transmises, sauf l'accord entre le constituant et le créancier gagiste. La contrepartie obtenue par une cession de parts de fonds ou de parts sociales doit être utilisée pour le paiement de la créance ou déposée séparément.

第二百二十七条 以注册商标专用权、专利权、著作权等知识产权中的财产权出质的，当事人应当订立书面合同。质权自有关主管部门办理出质登记时设立。知识产权中的财产权出质后，出质人不得转让或者许可他人使用，但经出质人与质权人协商同意的除外。出质人转让或者许可他人使用出质的知识产权中的财产权所得的价款，应当向质权人提前清偿债务或者提存。

Art. 227 : Pour la constitution d'un gage portant sur un droit exclusif d'une marque, un brevet ou un droit d'auteur, les parties doivent conclure le contrat par écrit. Le gage est établi par l'inscription auprès d'une institution administrative compétente.
Le constituant ne saurait céder les droits intellectuels gagés, sauf l'accord entre le constituant et le créancier gagiste. La contrepartie obtenue par la cession de ces droits intellectuels doit être utilisée pour le paiement de la créance ou déposée séparément.

第二百二十八条 以应收账款出质的，当事人应当订立书面合同。质权自信贷征信机构办理出质登记时设立。

应收账款出质后，不得转让，但经出质人与质权人协商同意的除外。出质人转让应收账款所得的价款，应当向质权人提前清偿债务或者提存。

Article 228 : Pour la constitution d'un gage portant sur les créances actives, les parties doivent conclure le contrat par écrit. Le gage est établi par l'inscription auprès de l'institution d'évaluation de crédit.
Le constituant ne saurait céder les créances actives gagées, sauf l'accord entre le constituant et le créancier gagiste. La contrepartie obtenue par la cession de ces créances actives gagées doit être utilisée pour le paiement de la créance ou déposée séparément.

第二百二十九条 权利质权除适用本节规定外，适用本章第一节动产质权的规定。

Article 229 : Sauf les dispositions de cette section, les dispositions de la première section portant sur le gage des meubles corporels sont applicables au gage des meubles incorporels.

第十八章 留置权(Droit de rétention)

第二百三十条 债务人不履行到期债务，债权人可以留置已经合法占有的债务人的动产，并有权就该动产优先受偿。

前款规定的债权人为留置权人，占有的动产为留置财产。

Art. 230 : A défaut de paiement de la créance, le créancier peut retenir les meubles dont il a obtenu légalement la détention, et il bénéficie un droit de préférence sur ces biens pour se faire satisfaire.
Le créancier susvisé est le créancier rétenteur, les meubles détenus sont les biens retenus.

第二百三十一条 债权人留置的动产，应当与债权属于同一法律关系，但企业之间留置的除外。
Article 231 : La rétention des meubles par le créancier et la créance garantie doivent être née d'un même rapport juridique, sauf dans le cas d'une rétention entre les sociétés.

第二百三十二条 法律规定或者当事人约定不得留置的动产，不得留置。
Article 232 : Les meubles peuvent faire l'objet d'une interdiction de rétention, une telle interdiction peut être prévue par la loi ou par les clauses conventionnelles.

第二百三十三条 留置财产为可分物的，留置财产的价值应当相当于债务的金额。
Article 233 : Lorsque les biens retenus sont divisibles, la valeur de biens retenus doit correspondre à la somme de la créance garantie.

第二百三十四条 留置权人负有妥善保管留置财产的义务；因保管不善致使留置财产毁损、灭失的，应当承担赔偿责任。
Article 234 : Le créancier rétenteur est tenu d'une obligation de conservation des biens retenus ; il doit engager sa responsabilité en cas de détérioration ou de destruction des biens retenus à cause de son imprudence.

第二百三十五条 留置权人有权收取留置财产的孳息。
前款规定的孳息应当先充抵收取孳息的费用。
Article 235 : Le créancier rétenteur a le droit de percevoir les fruits des biens retenus.
Les fruits susvisés doivent être d'abord utilisés pour le paiement des frais à l'occasion de la réception.

第二百三十六条 留置权人与债务人应当约定留置财产后的债务履行期间；没有约定或者约定不明确的，留置权人应当给债务人两个月以上履行债务的期间，但鲜活易腐等不易保管的动产除外。债务人逾期未履行的，留置权人可以与债务人协议以留置财产折价，也可以就拍卖、变卖留置财产所得的价款优先受偿。
留置财产折价或者变卖的，应当参照市场价格。

Article 236 : Le créancier rétenteur et le débiteur peuvent convenir un délai d'exécution de la créance après la détention des biens ; à défaut ou en cas d'équivoque des clauses, le créancier rétenteur doit donner au moins un délai de deux mois pour que le débiteur puisse exécuter ses obligations, sauf si les biens retenus sont des biens qui ne peuvent pas conserver pour longtemps. En cas de défaut de paiement, le créancier rétenteur peut convenir avec le débiteur une dation en paiement sur les biens retenus, ou de les vendre en bénéficiant le droit de préférence.
La dation en paiement ou la vente amicale des biens retenus doit être effectuée selon le prix vénal.

第二百三十七条 债务人可以请求留置权人在债务履行期届满后行使留置权；留置权人不行使的，债务人可以请求人民法院拍卖、变卖留置财产。
Article 237 : Le débiteur peut demander au créancier à exécuter son droit de rétention après l'échéance de la créance garantie ; en cas d'inexécution du droit de rétention par le créancier rétenteur, le débiteur peut demander à la juridiction populaire à faire vendre, amicalement ou aux enchères, ces biens, objet de rétention.

第二百三十八条 留置财产折价或者拍卖、变卖后，其价款超过债权数额的部分归债务人所有，不足部分由债务人清偿。
Article 238 : Après la vente des biens retenus, la partie supérieure à la créance garantie doit être remboursée au débiteur, la partie inférieure doit être payée par le débiteur.

第二百三十九条 同一动产上已设立抵押权或者质权，该动产又被留置的，留置权人优先受偿。
Article 239 : Lorsqu'un même meuble (corporel) fait l'objet d'une hypothèque ou d'un gage, et il est ultérieurement retenu, le créancier rétenteur va être payé par priorité.

第二百四十条 留置权人对留置财产丧失占有或者留置权人接受债务人另行提供担保的，留置权消灭。
Article 240 : En cas de la perte de détention des biens retenus ou de l'acceptation d'une autre garantie fournie par le débiteur, le droit de rétention s'éteint.

II - Les traductions

II – 1 Traduction de l'intitulé des normes

Intiutlé en	Termes traduits en	Dates	Adopté(e) par

chinois	français		
1982 年宪法	Constitution de 1982	Adoptée, promulguée et entrée en vigueur le 4 décembre 1982, amendée le 12 avril 1988, le 29 mars 1993, le 15 mars 1999 et le 14 mars 2004.	*APN*
立法法	Loi sur la législation	Adopté et promulguée le 15 mars 2000, entrée en vigueur le 1er juillet 2000.	*APN*
民法通则	Principes généraux du droit civil (PGDC)	Adoptée et promulguée le 12 avril 1986, et entrée en vigueur le 1er janvier 1987.	*APN*
物权法	Loi sur les droits réels (LDR)	Adoptée et promulguée le 16 mars 2007, et entrée en vigueur le 1er octobre 2007.	*APN*
经济合同法	Loi sur les contrats économiques (abrogée)	Adoptée et promulguée le 13 décembre 1981, entrée en vigueur le 1er juillet 1982, amendée le 2 septembre 1993, abolie le 1er octobre 1999.	*APN*
技术合同法	Loi sur les contrats	Adoptée et	*CAPN*

	techniques (abrogée)	promulguée le 23 juin 1987, entrée en vigueur le 1er novembre 1987, abrogée le 1er octobre 1999.	
涉外经济合同法	Loi sur les contrats économiques avec l'étranger (abrogée)	Adoptée et promulguée le 21 mars 1985, entrée en vigueur le 1er juillet 1985, abrogée le 1er octobre 1999.	*CAPN*
合同法	Loi sur les contrats (LC)	Adoptée et promulguée le 15 mars 1999, entrée en vigueur le 1er octobre 1999.	*APN*
担保法	Loi sur les sûretés (LS)	Adoptée et promulguée le 30 juin 1995, entrée en vigueur le 1er octobre 1995.	*CAPN*
1950 年婚姻法	Loi sur le mariage de 1950 (abrogée)	Adoptée le 13 avril 1950, promulguée le 30 avril 1950, entrée en vigueur le 1er mai 1950 et abrogée le 1er janvier 1981.	*Comité du Gouvernement populaire central*
婚姻家庭法	Loi sur le mariage et la famille	Adoptée et promulguée le 10 septembre1980, entrée	*APN*

		en vigueur le 1er janvier 1981, amendée le 28 avril 2001.	
商标法	Loi sur les marques	Adoptée et promulguée le 23 août 1982, entrée en vigueur le 1er mars 1983, amendée le 22 février 1993, et le 27 octobre 2001.	*CAPN*
专利法	Loi sur le brevet d'invention	Adoptée et promulguée le 12 mars 1984, entrée en vigueur le 1er avril 1985, amendée le 4 septembre 1992 et le 25 août 2000.	*CAPN*
著作权法	Loi sur les droits d'auteurs	Adoptée et promulguée le 7 septembre 1990, entrée en vigueur le 1er juin 1991, amendée le 27 octobre 2001.	*CAPN*
公司法	Loi sur les sociétés	Adoptée et promulguée le 29 décembre 1993, entrée en vigueur le 1er juillet 1994, amendée le 25 décembre 1999 et le 27 octobre 2005.	*CAPN*
企业破产法	Loi sur le droit de la	Adoptée et	*CAPN*

	faillite des entreprises (LDF)	promulguée le 27 août 2006, entrée en vigueur le 1er juin 2007.	
企业破产法（试行）	Loi sur le droit de la faillite des entreprises (application expérimentale) (abrogée)	Adoptée et promulguée le 2 décembre 1986, entrée en vigueur le 1er octobre 1988 et abrogée le 1er juin 2007.	*CPAN*
票据法	Loi sur les effets de commerce	Adoptée et promulguée le 10 mai 1995, entrée en vigueur le 1er janvier 1996, amendée le 28 août 2004	*CAPN*
证券法	Loi sur les valeurs mobilières	Adoptée et promulguée le 29 décembre 1998, entrée en vigueur le 1er juillet 1999 et amendée le 27 octobre 2005.	*CAPN*
保险法	Loi sur les assurances	Adoptée, promulguée et entrée en vigueur le 28 décembre 2002.	*CAPN*
海商法	Loi sur le commerce maritime (LCM)	Adoptée et promulguée le 7 novembre 1992, entrée en vigueur le 1er juillet 1993.	*CAPN*

消费者权益保护法	Loi sur la protection des consommateurs	Adoptée et promulguée le 31 décembre 1993, entrée en vigueur le 1er janvier 1994.	*CAPN*
境内机构对外担保管理办法实施细则	Règlement détaillé sur l'application des Méthodes de l'administration des sûretés à l'étranger consenties par les établissements internes	adopté, promulgué et entrée en vigueur le 21 décembre 1997.	*Bureau national d'administration de devise*
民用航空器权利登记条例	Réglementation sur l'inscription du droit sur l'aéronef civil	Promulguée et appliquée le 21 octobre 1997	*CAE*
船舶登记条例	Réglementation sur l'inscription des navires	Promulguée le 2 juin 1994, appliquée le 1er janvier 1995	*CAE*
渔业船舶登记办法	Méthodes de l'inscription des bateaux de pêche	Entrée en vigueur le 1er juin 1996	*Ministère de l'agriculture*
著作权质押合同登记办法	Méthodes de l'inscription des contrats de gage du droit d'auteur	Promulgués et appliqués le 23 septembre 1996	*Bureau national du copyright*
企业动产抵押物登记管理办法	Méthodes de l'inscription des gages mobiliers des entreprises	Promulguées et entrées en vigueur le 18 octobre 1995	*Bureau national administratif des industries et du commerce*
公证机构办	Méthodes des	Promulguée et	*Ministère de*

理抵押登记办法	inscriptions hypothécaires tenues par les organes authentiques	appliquée le 20 février 2002	*justice*
抵押大款合同公证程序细则	Règles détaillées sur la procédure notariale du contrat de prêt hypothécaire	Promulguées et appliquées le 31 décembre 1992	*Ministère de justice*
专利权质押合同顶级管理暂行办法	Pratique provisoire administrative sur l'inscription des contrats de gage des propriétés industrielles	Appliquée le 1er octobre 1996	*Bureau des propriétés industrielles*
关于《中华人民共和国担保法》若干问题的解释	Explications sur certaines questions dans l'application de la Loi sur les sûretés de la RPC (EJ 2000/44)	Adoptées le 29 septembre 2000, promulguées le 8 décembre 2000, appliquées le 13 décembre 2000.	*Cour Suprême*
关于人民法院审理贷款按键的若干意见	Certaines opinions sur le traitement des affaires portant sur les prêts	Adoptées le 2 juillet 1991, promulguées et appliquées le 13 août 1991	*Cour Suprême*
最高人民法院关于审理涉及金融资产管理公司收购、管理、处置国有银行不良	Dispositions sur certaines questions de l'application des lois concernant les procès relatifs à l'achat, à l'administration, à la disposition des créances douteuses	Adoptées le 3 avril 2001 et promulguées le 11 avril, appliquées le 23 avril 2001.	*Cour Suprême*

资产的案件适用法律若干问题的规定	bancaires fait par les sociétés du ménagement des actifs		

II – 2 Glossaire franco-chinois de certains termes utilisés dans la recherche

Chinois	Chinois (Pin yin)	Français
按份之债	An Fen Zhi Zhai	Obligation conjointe
保险金	Bao Xian Jin	Prime (indemnité) d'assurance
保证	Bao Zheng	cautionnement
保证合同	Bao Zheng He Tong	Contrat de cautionnement
保证期间	Bao Zheng Qi Jian	Délai de cautionnement
保证人	Bao Zheng Ren	caution
保证责任	Bao Zheng Ze Ren	responsabilité de cautionnement
本票	Ben Piao	Billet à ordre
变卖	Bian Mai	Vente amiable ou vente à l'amiable
表见理论	Biao Jian Li Lun	Théorie de l'apparence
补偿金	Bu Chang Jin	indemnité
不当得利	Bu Dang De Li	Enrichissment sans cause
财产权	Cai Chan Quan	Droits patrimoniaux
财团抵押	Cai Tuan Di Ya	Hypothèque des biens d'entreprise/hypothèque de l'inventaire des biens d'entreprise
舱单	Cang Dan	récépissé d'entrepôt

船舶优先权	Chuan Bo You Xian Quan	Privilege sur le navire
存款单	Cun Kuan Dan	Certificats de placement (d'épargne)
担保	Dan Bao	Sûreté
担保人	Dan Bao Ren	Garant
担保物权	Dan Bao Wu Quan	Droits réels des sûretés (sûreté réelle)
抵押登记	Di Ya Deng Ji	Inscription hypothécaire
抵消	Di Xiao	Compensation
动产登记	Dong Chan Deng Ji	Inscription mobilière
动产抵押（中国法）	Dong Chan Di Ya	Gage des meubles corporels (en droit chinois)
恶意	E Yi	De mauvaise foi
反担保	Fan Dan Bao	Contre-garantie
浮动抵押	Fu Dong Di Ya	Hypothèque flottante/floating charge
公示原则	Gong Shi Yuan Ze	Principe de publicité
公序良俗	Gong Xu Liang Su	L'ordre public et les bonnes mœurs
合意	He Yi	Consentement
汇票	Hui Piao	Lettre de change
基金份额	Ji Jin Fen E	Parts du fonds
金钱担保	Jin Qian Dan Bao	Sûreté sur une somme d'argent (rappr. Gage d'espèce du droit français)
可转让公司债权	Ke Zhuan Rang Gong Si Zhai Quan	Les créances cessibles d'entreprises
连带保证	Lian Dai bao Zheng	Cautionnement solidaire
连带责任	Lian Dai Ze Ren	responsabilité solidaire
留置财产	Liu Zhi Cai Chan	Bien retenu

留置权	Liu Zhi Quan	Droit de rétention
流质（流押）条款	Liu Zhi (Liu Ya) Tiao Kuan	Pacte commissoire
拍卖	Pai Mai	Vente aux enchère/vente par adjudication
破产	Po Chan	Faillite
牵连关系	Qian Lian Guan Xi	Lien de connexité
让与担保	Rang Yu Dan Bao	Cession-garantie/cession à titre de garantie
善意	Shan Yi	De bonne foi
商业票据	Shang Ye Piao Ju	Effet de commerce
知识产权	Zhi Shi Chan Quan	Propriété intellectuelle
司法解释	Si Fa Jie Shi	Explication judiciaire
损害赔偿	Sun Hai Pei Chang	Dommages et intérêts
所有权保留	Suo You Quan Bao Liu	Reserve de propriété
特定原则	Te Ding Yuan Ze	Principe de la spécialité
提存	Ti Cun	consignation
违约金条款	Wei Yue Jin Tiao Kuan	Clause pénale
物权	Wu Quan	Droit réel
物权法	Wu Quan Fa	Loi sur les droits réels (LDR)
物权法定	Wu Quan Fa Ding	(principe de) numerus clausus des droits réels
物上代位性	Wu Shang Dai Wei Xing	Subrogation réelle
无效(的)	Wu Xiao	nullité, nul(le)
无因管理	Wu Yin Guan Li	Gestion d'affaire
押金	Ya Jin	Dépôt de garantie
一般保证	Yi Ban Bao Zheng	Cautionnement simple/ordinaire

意定保证	Yi Ding Bao Zheng	Cautionnement conventionnel
意思自治（原则）	Yi Si Zi Zhi (Yuan Ze)	(Principe) d'autonomie de la volonté
义务	Yi Wu	Obligations
应收账款	Ying Shou Zhang Kuan	Créance active (effet à recevoir)
优先受偿权	You Xian Shou Chang Quan	Droit de préférence
优先权	You Xian Quan	Privilège
债券	Zhai Quan	Obligations
占有转移	Zhuan Yi Zhan You	Dépossession
折价	Zhe Jia	Prise en paiement (rappr. dation en paiement)
支票	Zhi Piao	chèque
质权人	Zhi Quan Ren	Créancier gagiste
质押财产	Zhi Ya Cai Chan	Bien gagé
著作权	Zhu Zuo Quan	Droit d'auteur
专利权	Zhuan Li Quan	Droit de brevet d'invention
准物权	Zhun Wu Quan	Quasi-droit réel
最高额保证	Zui Gao E Bao Zheng	Cautionnement de montant maximal/cautionnement de montant limité
最高额抵押	Zui Gao E Di Ya	Hypothèque à montant maximal/hypothèque à montant limité
最高额质押	Zui Gao E Zhi Ya	Gage à montant maximal/gage à montant limité

Bibliographie

Les ouvrages généraux :

Ch. Albiges et M.-P. Dumont
Droit des sûretés : Dalloz 3e éd. 2013, Paris

P. Ancel
Droit des sûretés : Litec 2006, Paris

Ch. Atias
Droit civil, Les biens : LexisNexis, 12e éd. 2014, Paris

Ch. Aubry et Ch. Rau
Cours de droit civil français, t. III : Dalloz, 6e éd. 1938, par Bartin, et 7e éd. 1968, par Esmein, Paris

L. Aynès et P. Crocq
Les sûretés, La publicité foncière : LGDJ, 7e éd. 2013, Paris

M. Billiau
La transmission des créances et des dettes : LGDJ 2002, Paris

Th. Bonneau
Droit bancaire : Monchrestien, 9e éd., 2011, Paris

M. Cabrillac , C. Mouly , S. Cabrillac et P. Pétel
Droit des sûretés : Litec 2010, 9e éd, Paris

J. Calais-Auloy et H. Temple
Droit de la consommation : Dalloz, 9e éd. 2015, Paris

J. Carbonnier
Les obligations, 22e éd., PUF, t. 4, 2000
Droit civil, t. 2, Les biens, Les obligations : PUF, coll. Quadrige, 2004, Paris

A. Colin et H. Capitant
Cours élémentaire de droit civil, par Julliot de La Morandière : Dalloz, 10e éd. 1953, Paris

G. Cornu
Droit civil, Les biens, 13e éd. Monchrestien 2007

B. Courmont
Chine, La grande séduction, Essai sur le soft power chinois : CHOISEUL,2009, Paris.

M. Cozian , A. Viandier et F. Deboissy
Droit des sociétés : Litec, 21e éd. 2008

M. Dagot
Les sûretés : Litec 1981

J. Devèze , A. Couret et G. Hirigoyen
Droit du Financement : Lamy 2008, Paris

J. Flour , J.-L. Aubert et E. Savaux
Les obligations, t. 1, L'acte juridique : Dalloz-Sirey, 13e éd. 2008, Paris
Les obligations, Le rapport d'obligation : Sirey, 4e éd., 2006, Paris

J. Français
Droit civil, Les obligations : Économica, Paris

Ch. Gavalda et J. Stoufflet
Droit bancaire : Litec 2005, Paris

G. Cornu
Droit civil, Les biens : Montchrestien, 13e éd. 2007, Paris

W. Dross
Droit civil, Les choses : LGDJ, 2012, Paris

A. Jacquemont
Droits des entreprises en difficulté, LexisNexis-Litec, 6e éd. 2009

M. Jeantin , P. Le Cannu et T. Granier
Droit commercial : Dalloz, 2006, Paris

M.-N. Jobard-Bachelier, M. Bourassin et V. Brémond
Droit des sûretés : Sirey, 4e éd., 2014, Paris

L. JOSSERAND
Cours de droit civil positif français, t. 2, *Théorie générale des obligations. Les principaux contrats du droit civil. Les sûretés*, Sirey, 3ème éd., 1939

F. LAURENT
Principes de droit civil français, t. 30, Bruylant-Christophe & Cie, 3e éd., 1878

Ch. Larroumet
Droit civil, t. 1, Introduction à l'étude du droit privé : Economica, 5e éd. 2006

A. Leborgne
Voies d'exécution et procédures de distribution : Dalloz, 1re éd. 2009

P.-M. Le Corre
Droit et pratique des procédures collectives : Dalloz action pratique 2010-2011

D. Legeais
Les garanties conventionnelles sur créances : préface Ph. Rémy, avant-propos J. Stoufflet : Éonomica, 1986, Paris
Sûretés et garanties du crédit : LGDJ, 9e éd. 2013, Paris

A. Lienhard
Sauvegarde des entreprises en difficulté : Delmas, 2006, Paris

Ph. Malaurie et L. Aynès
Droit civil, Les biens : Defrénois, 3e éd. 2007, Paris
Droit civil, Obligations : Cujas, 9e éd. 1998, Paris
Droit civil, Les régimes matrimoniaux, 2e éd., Defrénois, 2007, Paris

Ph. Malaurie, L. Aynès et Ph. Stoffel-Munck
Les obligations, 6e éd. LGDJ 2013, Paris

G. Marty, P. Raynaud et Ph. Jestaz
Droit civil, Les sûretés, La publicité foncière : Sirey, 2e éd., 1987, Paris
Droit civil, t. 2, Les obligations, le régime : Sirey, 2e éd. 1989, Paris

H., J. et L. Mazeaud et F. Chabas
Leçons de droit civil, t. III, 1er vol. : Montchrestien 1999, par Y. Picod, Paris

J. Mestre et M.-E. Pancrazi
Droit commercial : LGDJ coll. Manuel, 28e éd., 2009, Paris

J. Mestre, E. Putman et M. Billiau
Traité de droit civil, ss dir. J. Ghestin, Droit civil, Droit commun des sûretés, théorie générale : LGDJ 1996, Paris
Traité de droit civil, ss dir. J. Ghestin,Droit civil, Droit spécial des sûretés réelles T. 2 : LGDJ 1996, Paris

M. Mignot
Droit des sûretés : Montchrestien 2e éd., 2010, Paris

F. Pérochon
Entreprises en difficulté, 10e éd., LGDJ 2014, Paris

F. Pérochon et R. Bonhomme
Entreprises en difficulté. Instruments de crédit et de paiement : LGDJ, 2006, 7e éd., Paris

R. Perrot et Ph. Théry
Procédures civiles d'exécution : Dalloz, 2e éd. 2005, Paris

Ph. Pétel
Procédures collectives : Dalloz, 5e éd. 2006, Paris

G. Petite
Droit des sûretés : 9e éd. 2015-2016, Lextenso, 2015, Paris

Y. Picod
Droit des sûretés : PUF, Thémis 2e 2d. 2011, Paris

Y. PICOD et H. DAVO
Droit de la consommation, 3e éd. 2015, Dalloz, Paris

S. Piedelièvre
Les sûretés : Compact droit : A. Colin, 4e éd. 2004, Paris
Droit des sûretés : Ellipses, 2008, Paris

G. Piette
Droit des sûretés : Gualino 2007, Paris

Planiol
Traité élémentaire de droit civil, t. 2, 4e éd., LGDJ, Paris

M. Planiol et G. Ripert
Traité pratique de droit civil français, t. VI, par Esmein : LGDJ, 2e éd. 1952, Paris

G. Ripert et J. Boulanger
Traité de droit civil français d'après le traité de Planiol, t. III : LGDJ 1958

G. Ripert et R. Roblot
Traité de droit commercial, t. 1, 1er vol. : LGDJ, 19e éd. par L. Vogel et M. Germain, 2009, Paris

J.-L. Rives-Lange et M. Contamine-Raynaud
Droit bancaire : Dalloz, 1995

Ph. Roussel Galle
La réforme du droit des entreprises en difficulté par la loi de sauvegarde des entreprises du 26 juillet 2005 : Litec 2005, Paris

C. Saint-Alary-Houin
Droit des entreprises en difficultés : Domat 2009, Paris

S. Schiller
Droit des biens : Dalloz, 5e éd. 2011, Paris

J.-B. Seube
Droit des sûretés : Dalloz, 6e éd., 2012, Paris

Ph. Simler et Ph. Delebecque
Les sûretés, La publicité foncière : Dalloz, 6e éd., 2012, Paris

B. Starck, H. Roland et L. Boyer
Les Obligations, tome 2 : *Contrat*, Litec, 6e éd. 1998

Y. Strickler
Les biens : PUF, 2006, Paris

F. Terré
Introduction générale au droit : Dalloz, 7e éd. 2006, Paris

F. Terré [dir.]
Pour une réforme du droit des contrats, Dalloz 2008, Paris

F. Terré et Ph. Simler
Droit civil, les biens : Dalloz, 7e éd. 2006, Paris
Droit civil, Les régimes matrimoniaux : Dalloz, 5e éd. 2008, Paris

F. Terré, Ph. Simler et Y. Lequette
Droit civil, Les obligations : Dalloz, 10e éd. 2009, Paris

Ph. Thery
Sûretés et publicités foncières : PUF, 1998, Paris

J. Vallansan
Difficultés des entreprises : Litec, 4e éd. 2006, Paris

V. VIGNEAU, G.-X. BOURIN et C. CARDINI
Droit du surendettement des particuliers, Droit et professionnels, 2e éd. 2012, LexisNexis, Paris

F. Zenati-Castaing et Th. Revet
Les biens : PUF, 3e éd. 2008, Paris

Les ouvrages spéciaux et thèses :

Ch. Albiges et M.-P. Dumont-Lefranc
Droit des sûreté, cours & travaux dirigés: Dalloz 3e éd. 2011, Paris

P. Ancel
« Nouvelles sûretés pour créanciers échaudés », Rapport, *in 16e entretiens de Nanterre des 17 et 18 mars 1989, JCP E* ; 1989, *Cah. Dr. entr.*, suppl., n° 5, p. 3

J.-J. Ansault
Le cautionnement réel, Defrénois, 2009, préf. P. Crocq, Paris

M. Attal
La reconnaissance des sûretés mobilières conventionnelles étrangères dans l'ordre juridique français : Defrénois, 2005, Paris

A. Aynès
Le droit de rétention, unité ou pluralité, préface de C. Larroumet : Economica 2005, Paris

D. Bakouche
L'excès en droit civil : LGDJ, 2005, préf. M. Gobert, Paris

H. Batiffol
La crise du contrat, Archives philo. Droit, t. 13, 1968

R. BAUCHARD
Publicité et spécialité des hypothèques, étude critique de la législation actuelle envisagée au point de vue économique, thèse, Poitiers, Librairie des Facultés, A. Michalon, 1907

P. Berlioz
La notion de bien : LGDJ, 2007, bibliothèque de droit privé, t. 489, préf. L. Aynès, Paris

E.-M. Bey
De la symbiotique dans le leasing et crédit-bail mobilier : Dalloz 1970, Paris

E.-M. Bey et C. Gavalda
Le crédit-bail mobilier : PUF 1981, Paris

P. Bores
Les cas d'application du droit de rétention : Thèse Paris, 1913

N. Borga
L'ordre public et les sûretés conventionnelles, Contribution à l'étude de la diversité des sûretés : Dalloz, 2009, préf. S. Porchy-Simon, Paris

L. Bougerol-Prud'homme
Exclusivité et garanties de paiement : LGDJ, 2012, Biblithèque de droit privé, T. 538, Paris

M. Bourassin
L'efficacité des garanties personnelles : LGDJ, 2006, Bibl. dr. privé, T. 456, préf. M.-N. Jobard-Bachelier et V. Brémond, Paris

M. Cabrillac
La protection des créanciers dans les sûretés mobilières conventionnelles sans dépossession : Sirey 1954

R. Cassin
De l'exception tirée de l'inexécution dans les rapports synallagmatiques et de ses relations avec le droit de rétention, la compensation et la résolution : Thèse Paris, 1914

A. Caussin
La location de biens d'équipement, facteur d'expansion et de modernisation : Louvain 1969

G. Chantepie
La lésion, LGDJ, 2006, préf. G. Viney, Paris

Y. Al chiekh radhi
Le droit de rétention d'après les législations française et suisse : Thèse Lausanne, 1957

A.-S. Choné
Les abus de domination-Essai en droit des contrats et en droit de la concurrence : préf. B. Teyssié, Economica, 2010, Paris

J. Coillot
Initiation au leasing ou crédit-bail, documents actuels : éd. Delmas 1970, Paris

P. Crocq
Propriété et garantie, Préface M. Gobert : LGDJ, 1995, Paris

M. Dagot
Nantissement sur fonds de commerce et autres : Litec, 1994, Paris
Les sûretés judiciaires provisoires, Litec, 1994, Paris

C. Dauchez
Le principe de la spécialité en droit des sûretés réelles, Thèse Paris II, 2013

A. DECOCQ
Essai d'une théorie générale des droits sur la personne, préf. G. Levasseur, 1960, LGDJ, Paris

A. Dejoie et F. Phan Thanh
« Le fonds de commerce et le fonds artisanal, Le temps de la simplification » *: Propriétés incorporelles* : 105e congrès des notaires de France, Lille, 17-19 mai 2009, n° 1429, p. 231

G. Delvas
Du pignus nominis. Du gage des choses incorporelles, Thèse Paris, 1892

A. Derrida
Recherche sur le fondement du droit de rétention : Thèse Alger, 1940

J. Derruppé
Le fonds de commerce : Dalloz coll. Connaissance du droit 1994, Paris

Ph. Dupichot
Le pouvoir des volontés individuelles en droit des sûretés : Thèse Paris II, 2003 ; Panthéon-Assas éd., 2005, préf. M. Grimaldi

J.-F. Durand
Le droit de rétention : Thèse Paris II, 1979

A. Elekes
De quelques différences dans l'application du droit de rétention d'après la jurisprudence française et allemande : Thèse Paris, 1929

F. Ferrand
Droit privé allemand, Dalloz, 1997

P.-Y. Gadhoun
La liberté contractuelle dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel, préf. D. Rousseau, Nouvelle collection de thèse, Dalloz 2008

G. Goubeaux
La règle de l'accessoire en droit privé : Bibl. dr. privé, t. XCIII, LGDJ, 1969, Paris

J.-L. Goutal
Essai sur le principe de l'effet relatif du contrat, préf. H. Batiffol, LGDJ 1981, Bibli. Dr. privé, t. 171, Paris

D. Grimaud
Le caractère accessoire du cautionnement : préf. D. Legeais, PUAM, 2001, Paris

A. Hommel
Le droit de rétention, Essai d'une théorie en droit français : Thèse Strasbourg, 1928

Ch. Gijsbers

Sûretés réelles et droit des biens, préf. M. Grimaldi, Economica, 2016, Paris

F.-X. Grignon-Derenne
Contribution à l'étude des accessoires de la créance, Thèse Paris II, 1999

S. Guinchard
L'affectation des biens en droit privé français, Préface R. Nerson : LGDJ, 1976, Paris

Ch. Jamin, et D. Mazeaud (dir.)
La nouvelle crise du contrat, Dalloz, 2003, Paris

C. Juillet
Les accessoires de la créance : Defrénois, 2012, préf. Ch. Larroumet, Paris

D. Khayat
Le droit du surendettement des particuliers, LGDJ, 1997, Paris

S. Le Cac-Pech
La proportionnalité en droit privé des contrats : LGDJ 2000, Bibliothèque de droit privé, t. 335, préf. H. Muir-Watt, Paris

D. Legeais
Les garanties conventionnelles sur créances : Economica 1986, préface P. Rémy, n° 130, p. 80
Sûretés et garanties du crédit : LGDJ 2002, n° 634

D. Legeais et Rlibchaber
Recherches sur la monnaie en droit privé, préface de P. Mayer : LGDJ 1992

F. Lemeunier
Fonds de commerce : Delmas 2007, 17e éd

C. Lisanti-Kalczynski
Les sûretés conventionnelles sur meubles incorporels : Litec 2001

P.-G. Marly
Fongibilité et volonté individuelle - Étude sur la qualification juridique des biens : LGDJ, 2004, Bibl. de l'Institut André Tunc, t. 4, Paris

P. Mazière
Le principe d'égalité en droit privé : préf. B. Teyssié, PUAM 2003, Paris

M. Mekki
L'intérêt général et le contrat : LGDJ 2004, Bibliothèque de droit privé, t. 411, préf. J. Ghestin, Paris

B. Maubru

La transmissibilité de l'hypothèque, Thèse Toulouse, 1974

N. Molfessis
Le Conseil constitutionnel et le droit privé, préf. M. Bobert, LDGJ 1997

C. Ouerdane-Aubert de Vincelles
Altération du consentement et efficacité des sanctions contractuelles, Dalloz, 2002, Nouv. Bibl. de Thèses, vol. 19, préf. Y. Lequette, Paris

A. Pélissier
Possession et meubles incorporels : Nouvelle biblio. des thèses, Dalloz 2001

F. Pérochon
La réserve de propriété dans la vente de meubles corporels : Bibliothèque de droit de l'entreprise, vol. 21 : Litec, 1988

Y. Picod
Le devoir de loyauté dans l'exécution du contrat, LGDJ, 1989, Paris

P. Pinot
Essai d'une théorie du droit de rétention au point de vue législatif : Thèse Paris, 1908

P. Pogonato
Du droit de rétention : Thèse Paris, 1909

G. Popesco
Le droit de rétention en droit anglais : Thèse Paris, 1930

J. Prévost
Le rôle de la volonté dans la formation de l'obligation civile ; étude de doctrine, jurisprudence et pratique du droit médiéval au droit moderne, Thèse Paris, 1939

V. Ranouil
L'autonomie de la volonté, naissance et évolution d'un concept, préf. J.-Ph. Lévy, PUF, 1980

E. Robine
La clause de réserve de propriété depuis la loi du 12 mai 1980 : Jurispr. fr., t. 7, Litec, 1990

F. ROY
De la spécialité du gage hypothécaire en droit français, thèse Bordeaux, Rochefort, 1895

N. Rzepecki
Droit de la consommation et théorie générale du contrat, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 2002, préf. G. WIEDERKEHR

O. Salati
Le juge face aux sûretés réelles non judiciaires, PUAM, 2000, *préf.* E. Putman, Paris

A. SALLE
De la spécialité de l'hypothèque, thèse, Paris, Librairie de la Société du Recueil Général des Lois et des Arrêts, L. Larose, 1904

Ph. Salvage
La rétention : Thèse Grenoble, 1968

L. Sautonie-Laguionie
La fraude paulienne, préf. G. Wicker, LGDJ 2008, Bibli. de dr. privé, t. 500, Paris

R. Savatier
Les métamorphoses économiques et sociales, Dalloz, 3e éd., 1964, Paris

R. Serick
Les sûretés réelles mobilières en droit allemand, Vue d'ensemble et principes généraux, LGDJ, 1990, Paris

G. TACQUET
De la spécialité de l'hypothèque conventionnelle, thèse, Lille, Imprimerie Victor Ducoulombier, 1897

R. Tison
Le principe de l'autonomie de la volonté dans l'ancien droit français, Thèse Paris, 1931

S. Torck
Essai d'une théorie générale des droits sur choses fongibles : Thèse Paris II, 2001

G. Wicker
Les fictions juridiques, contribution à l'analyse de l'acte juridique, préf. J. Amiel-Donat, LGDJ, Bibli. Dr. Priv., t. 253, 1997

Cl. Witz
La fiducie en droit privé français, préf. de D. Schmidt : Économica 1980, Paris

Les articles et les chroniques :

J. Acquaviva et A. Bac
« La pratique de la réserve de propriété » : *Act. fid.*, n° 745, oct. 1991, p. 23 et n° 746, nov. 1991, p. 36

J. Acquaviva et C. Bacrot
« La clause de réserve de propriété en droit des affaires » : *Gaz. Pal.* 1980, chron. p. 526

J.-F. Adelle
La cession Dailly est-elle réservé aux banques communautaires ? : *Banque et droit* mai-juin 2003, p. 3
L'adaptation de la fiducie a-t-elle remédié à la prohibition des cessions de créances en garantie de droit commun ? : *RD bancaire et fin.* mars-avr. 2007, p. 48

L. AESCHLIMANN et B. FOEX
« Sûretés mobilières : limites et réforme du droit suisse », p. 27, *in Journée 2005 de droit bancaire et financier*, sous la direction de L. THEVENOZ et C. BOVET, accessible sur http://www.swlegal.ch (dernier accès le 10 mai 2014).

S. Alamowitch
« Le gage espèce » : *LPA* 26 août 1994, n° 102.

Ch. Albiges
« Abrogation des dispositions relatives à l'hypothèque rechargeable » : *RTD imm.* n° 2, 2014, p. 11 à 12

J.-C. Amiot
« Le délai de revendication de l'article 115 de la loi du 25 janvier 1985 s'applique-t-il au crédit-bailleur mobilier ? » : *RD bancaire et bourse*, nov.-déc. 1988, n° 10, p. 182
Les embûches de l'hypothèque judiciaire provisoire : *RD bancaire et bourse* 1989, p. 78
Le nantissement sur le matériel de la loi du 18 janvier 1951 et le gage sur véhicule du décret du 30 septembre 1953 satisfont-ils encore les établissements de crédit ? : *RD bancaire et bourse* 1989, p. 191

G. Amlon
« L'attribution judiciaire du gage en cas de procédures collectives » : *JCP N* 1991, I, p. 261

M.-E. Ancel
« Le droit français des sûretés réelles en quête d'un second souffle », *Banque et droit*, septembre-octobre 2004, p. 6.
« Sûretés réelles en droit international privé » : *Lamy - Droit des sûretés*, 2007, Étude 290

L. Andreu
« L'hypothèque rechargeable ressuscitée », *JCP G* 2015, p. 134 à 135.

G. Ansaloni
Sur l'opposabilité du gage sans dépossession de droit commun : *JCP E* 2009, 1673

J.-J. Ansault
« Le gage du Code civil : gage de droit commun ou droit commun du gage ? » : *in* Colloque « Les sûretés réelles en quête de droit commun », *RD ban. et fin.*, n° 5, sept. 2014, dossier 39.
« La fiducie-sûreté ressuscitée ! » : *Journ. sociétés*, mai 2009, p. 23 et s.
« Fiducie-sûreté et sûretés réelles traditionnelles : que choisir ? », *Dr. & Patr. 2010/192*.

L. Arcelin-Lecuyer
« La redondance informative ou le bon sens oublié » : *Contrats, conc. consom.* 2011, étude 9.

M. Armand-Prévost et D. Richard
« Le contrat déstabilisé (de l'autonomie de la volonté au dirigisme contractuel) », *JCP G*, 1979, I, 2952

Arrault , Lafond et Sénéchal
« La détention et la distribution du prix de vente d'un immeuble » : *Inafon-Cridon*, Bordeaux-Toulouse, 1985, p. 5 s

M. Attal
De la validité et des utilités de la cession de créance future à titre de garantie : *Dr. et patr.* 2005, n°137, p. 34

F. Auckenthaler
Cession de créance à titre de garantie : le serpent de mer se déchaîne : *JCP E* 2007, 2187

A. Aynès
« Droit de rétention », *in Lamy droit des sûretés* : étude n° 227
« Le droit de rétention conventionnel : quelle efficacité ? » : *Dr. et patr.* nov. 2005, n° 142, p. 40
« Consécration légale des droits de rétention » : *D.* 2006, p. 1301
« L'extension du droit de rétention dans le projet de réforme des procédures collectives » : *JCP G* 2008, act. 300
« Précisions sur le sort du gage sans dépossession en cas de procédure collective » : *JCP G* 2009, I, 119
« Le gage de biens corporels » : *Rev. Lamy dr. civ.* juill.-août 2006, suppl. p. 7
« La réforme des sûretés après neuf mois de pratique » : *Rev. Lamy dr. aff.* mars 2007
« Suppression de l'hypothèque rechargeable », *Dr. et patr.* n° 241, 2014, p. 103.
« Quelques aspects du régime juridique des sûretés réelles pour autrui » : *in Liber Amicorum Ch. Larroumet*, Economica 2010, p. 1 et s.

L. Aynès
« Le droit des sûretés en 2002 » : *Dr. et patr.* 2003, n° 113, p. 73
« Le nantissement de créances, entre gage et fiducie » : *Dr et patr.*, sept. 2007, p. 66

« Le gage des meubles corporels » : *LDC* 2006, n° 2166
« Le nouveau droit du gage » : *Droit et Patr.*, juill-août 2007, p. 49

L. Aynès et P.-Y. Gautier
« De l'application stricte des privilèges » : *D.* 1994, chron. p. 13

A. Bac
« De la notion de contrat en cours dans le cadre des procédures collectives et de ses grandes conséquences, notamment pour les cautions » : *JCP E* 2000, p. 22

H. BALAGUY
« La faillite personnelle aux Etats-Unis », *Revue d'économie financière* 2000/56, p. 127 à 136.

A. Bardet-Blanvillain
Le droit de rétention : un domaine en deux dimensions : *LPA* 25 mars 2005, p. 9

O. Barret
Rép. Dr. imm. Dalloz, V° « Vente »

J.-L. BAUDOUIN
« Justice et équilibre : la nouvelle moralité contractuelle du droit civil québécois » : *in* Mélanges offerts à J. Ghestin, *Le Contrat au début du XXIe siècle*, 2001, LGDJ, p. 29 et s.

D. Bazin-Beust
« Une analyse du pacte commissoire… ou prudence est mère de sûreté chez les financeurs ? » : *LPA*, 19 mai 2011, n° 99, p. 50 s.

Y. Beckers
« Quel gage pour les établissements de crédit ? Gage de droit commun sans dépossession ou gage de stocks ? » : *RD ban. et fin.* 2014, meilleure pratique 4.

M. Behar-Touchais
« Existe-t-il un principe de proportionnalité en droit privé », Colloque du 20 mars 1998, « Rapport introductif », *LPA*, n° spécial du 30 septembre 1998, p. 3.

J.-L. Bergel
« Du *numerus clausus* des droits réels ? », *RDI* 2010, p. 409.

F. Berger
« Le crédit-bail de fonds de commerce » : *Rev. cons. jur.* n° 20, juill. 1986, p. 11

J. Bertran de Balanda et A. Sorensena
« La fiducie : un enfer pavé de bonnes intentions ? Essai d'analyse critique de la loi de février 2007 du point de vue des sûretés », *RLDA*, 2007/7

E.-M. Bey
« Aspects juridiques de la convention de crédit-bail mobilier » : *JCP CI*, 1969, 86634
« De la publicité des opérations de crédit-bail mobilier » : *JCP CI* 1973, II, 10869
« Un nouveau mode de financement : le « parenting » ? »: *JCP G* 1981, I, 3043
« Le crédit-bail et la cession-bail envisagés comme sûretés » : *RJ com.* 1982, numéro spécial « L'évolution du droit des sûretés », p. 48
« La location financière dans la réforme bancaire »: *JCP E* 1986, II, 14630
« Le financement des logiciels : peut-on louer ou donner financièrement à bail un logiciel ? » : *Gaz. Pal.* 1985, 2, doctr. p. 396
« Des conséquences de la jurisprudence de la chambre mixte de la Cour de cassation du 23 novembre 1990 sur la symbiotique du crédit-bail » : *Gaz. Pal.* 1992, 2, doctr. p. 568

Ph. Bihr
« L'opposabilité aux tiers du gage constitué sur un véhicule automobile » : *D.* 1970, chron. p. 69

M. Billiau
« Le nouveau gage des comptes d'instruments financiers » : *JCP E* 1996, I, 596
« Réflexions sur le gage » : *JCP G* 1996, I, 3897

G. Blanluet et J.- P. Le Gall
« La fiducie, une œuvre inachevée. – Un appel à une réforme après la loi du 19 février 2007 » : *JCP G* 4 juillet 2007, I, 169.

P. Bloch
« L'obligation de transférer la propriété dans la vente » : *RTD civ.* 1988, p. 673

C. Bolze
« L'unité du lien de connexité en droit des obligations » : *RRJ* 1988, p. 303

N. Borga
« Regard sur les sûretés dans l'ordonnance du 18 décembre 2008 » : *RD bancaire et fin.* 2009, p. 19

J. Bossan
« La considération de la personne du créancier » : *LPA* 3 mars 2008, p. 4 et s.

L. Bougerol
« Sûretés préférentielles et sûretés exclusives, une autre *summa divisio* ? », *RD ban. et Fin.*, sept. 2014, n° 5, dossier 36.

D. Boulanger
« L'entrepreneur immobilier et le droit de rétention » : *JCP N* 2000, p. 363

B. Bouloc

« Gage sur stocks », *RTD com.* 2013, p. 328, note sous Com. 19 févr. 2013, n° 11-21.763

M. Bourassin
« La force d'attraction du gage des stocks » : *D.* 2013, Chron. p. 1363

G.-X. Bourin
« Quelques aspects du contrôle par la Cour de cassation de la fin de non-recevoir tirée de l'absence de bonne foi dans le surendettement des particuliers » : *Dr. et proc.* janv.-févr. 2006, n° 1, p. 5
« La présomption de bonne foi dans le droit du surendettement [argumentaire en faveur d'un revirement de jurisprudence] », *Dr. et proc.* 2007, p. 184.

P. Bouteiller
« Le nouveau droit des sûretés mobilières établi par l'ordonnance n° 2006-346 du 23 mars 2006 » : *Rev. Lamy Dr. affaires* 2006, n° 6, p. 39
« Le gage de stocks de biens ou de marchandises » : *JCP E* 2006, n° 18, p. 8085
« L'utilisation du contrat d'assurance-vie comme instrument de garantie » : *JCP E* 2001, prat. p. 646
« La remise en garantie de l'épargne salariale » : *JCP E* 2000, prat. p. 352
« La publicité des gages sans dépossession » : *JCP E* 2007, 1112
« Le gage » : *J.-Cl. Banque-Crédit-Bourse,* Fasc. 765
« Loi n° 2007-211 du 19 févr. 2007 instituant la fiducie » : *JCP E* 2007, 1404
« Les dispositions complétant l'arsenal législatif relatif au traitement du surendettement apportées par la loi de programmation de cohésion sociale » : *JCP E* 2005, n° 5, p. 166.

Ch. Bravard
« Les greffiers des tribunaux de commerce au centre du dispositif légal des sûretés mobilières - publicité et prévention » : *Rev. proc. coll.* nov. 2009, dossier 19

V. Brémond
« Le cautionnement réel est aussi…un cautionnement » : *JCP N* 2002, I, 1640.
« L'affectation d'un bien commun en garantie de la dette d'un tiers» : *JCP N*, 2006, I, 1255

J.-D. Bretzner
« La clause de réserve de propriété et les nullités de la période suspecte » : *Rev. proc. coll.* 1991, p. 377

S. Bros
« Le gage-espèces » : *Dr. et patr.*, juill.-août 2007, p. 77

D. Bureau
« Le gage-espèces » : *Dr. et patr.* 1999, n° 77, p. 22
« Le gage-espèces : une sûreté atteignant sa maturité ? » : *Dr. et patr.* déc. 1999, n° 77, p. 22

« La fin d'un îlot de résistance : le règlement du Conseil relatif aux procédures d'insolvabilité » : *Rev. crit. DIP* 2002, p. 613, spéc. n° 78 s

Cabanac
Le droit de rétention du syndic de copropriété impayé de ses avances sur les archives du syndicat : *Rev. éco. et dr. imm.* 1973, p. 2

M. Cabrillac
« La cohabitation de la traite et du bordereau "Dailly" » : *RD bancaire et fin.* 1987, n° 3
« Les conflits entre les cessionnaires d'une même créance transmise par bordereau » : *D.* 1990, chron. p. 127
« Les ambiguïtés de l'égalité entre les créanciers », *Mélanges en hommage à A. Breton et F. Derrida* : Dalloz 1991, p. 31
« Les sûretés conventionnelles sur l'argent », *mélanges offerts à J. Derrupé* : GLN Joly Litec 1991, p. 333
« La reconnaissance en France des sûretés réelles sans dépossession constituées à l'étranger » : *Rev. crit. DIP* 1979, p. 487
« Les accessoires de la créance », *Études A. Weill* : Dalloz - Litec, 1983, p. 107
« Réserve de propriété, bordereau Dailly et créance du prix de revente » : *D.* 1988, chron. p. 225

M. Cabrillac et Ph. Pétel
« Juin 1994, le printemps des sûretés réelles ? » : *D.* 1994, chron. p. 243

S. Cabrillac
« Le gage sur stock du code de commerce » : *in Evolution des sûretés réelles, regards croisés Université-Notariat*, Litec, coll. Colloques et débats, 2008, p. 45.

O. Cachard
« Réforme du privilège du commissionnaire et de celui du transporteur ou voiturier », *in Mél. Goubeaux* : Dalloz-LGDJ, 2009, p. 55

E. Cadou
« Justice privée et procédures collectives » : *RTD com.* 2000, p. 816

J. Calais-Auloy
Rép. com. Dalloz, 2e éd., V° « Crédit-bail ».

M.-J. Campana
« Variations sur la clause de réserve de propriété », *in Mél. Farjat* : éd. Frison-Roche, 1999, p. 53

M.-J. Campana et J.-M. Calendini
Droit de rétention et procédures collectives, la dissipation des dernières ambiguïtés ? : *JCP E* 1998, p. 1083

Ch. Carbonnel
« Le pacte commissoire en matière immobilière ou la réforme inachevée » : *JCP N* 2007, n° 51-52, p. 1335 s.

N. Catala-Franjou
De la nature juridique du droit de rétention : *RTD civ.* 1967, p. 9 s

P. Catala
« La transformation du patrimoine dans le droit civil » : *RTD civ*. 1966, p. 185 et s.

A. Cerles
« Cession de créance et bordereau Dailly » : *RD bancaire et bourse* 1993, p. 201
« Le point sur la protection de la caution personnelle », *Dr. et patr.*, juill.-août 2003, p. 54.
« La fiducie, nouvelle reine des sûretés ? » : *JCP E*, n° 36, 2007, p. 19 et s.

F. Chabas et P.-J. Claux
Disparition et renaissance du droit de rétention en cas de remise puis de restitution de la chose : *D.* 1972, chron. p. 19 s

J.-P. Chazal
« L'usufruit d'un fonds de commerce » : *Defrénois* 2001, art. 37297, p. 167

P. Cordier
« L'incidence de la publicité des contrats de crédit-bail mobilier en cas d'ouverture d'une procédure collective du preneur » : *RJDA* 11/1999, p. 839

J.-L. Courtier
« Crédit-bail mobilier et action en revendication de l'article 115 de la loi du 25 janvier 1985 » : *LPA*, 14 janv. 1994, p. 12

Cossard et Paris
« Le droit de rétention des membres de l'Ordre des experts-comptables et des comptables agréés » : *RF compt.* mars 1972, p. 88 s

A. COURET
« Endettement et financement de l'entreprise », *Gaz. Pal.*, 1999 (2ème sem.), p. 1360.

F. Crédot et Y. Gérard
« La loi du 2 janvier 1981 facilitant le crédit aux entreprises » : *LPA* 10 déc. 1982, p. 19
« Aspects bancaires de la réforme des procédures civiles d'exécution » : *RD bancaire et bourse* 1993, p. 2

P. Crocq
« L'efficacité incertaine du « Dailly » » : *Dr. et patr.* 7-8/2002, p. 80
« Sûretés et proportionnalité » *: in Études P. Simler* : Litec-Dalloz 2007, p. 308

« La cession de créance à titre de garantie » : *Lamy Sûreté* 2002, n°262
« La réforme des procédures collectives et le droit des sûretés » : *D. 2006.* Chron. 1307-1308
« Le cautionnement réel et les affres de la polysémie » : *RTD civ.* 1999, p. 152
« Le nantissement de créance » : *Rev. Lamy dr. aff.,* juill. 2006, p. 13
« Gage de choses fongibles du code civil ou gage des stocks du code de commerce : le choix est-il possible ? » : *RTD civ.* 2011. 785
« Le gage avec ou sans dépossession, après la loi du 4 août 2008 et l'ordonnance du 18 décembre 2008 » : *Cah. dr. entr.* 2009, 21
Rép. civ., Dalloz V° « Gage »
« La réforme des sûretés mobilières » : *in Le droit des sûretés à l'épreuve des réformes* : Droit et procédure, 2007, Paris
« La clause de réserve de propriété et le nouvel art. 153-4 de la loi du 25 janv. 1985 : la porte ouverte à la fraude » : *LPA* 14 sept. 1994, p. 91
« La revente, après l'ouverture d'une procédure collective, de l'objet d'une réserve de propriété » : *in Mél. AEDBF-France* : Banque éditeur, 2001, t. III, p. 109
« Dix ans après : l'évolution des propriétés-garanties » : *in Ruptures, mouvements et continuité du droit : autour de Michelle Gobert* : Économica, 2004, p. 357
« Le principe de spécialité des sûretés réelles : chronique d'un déclin annoncé » : *Dr. & Patri.*, avril 2001, p. 60
« L'évolution des garanties du paiement : de la diversité à l'unité » : *in* Mélanges *Christian Mouly*, t. 2, Litec, 1998
« La sûreté réelle pour autrui est nécessairement proportionnée aux facultés de celui qui la consent » : *RTD civ.* 2008, p. 700.
« Lacunes et limites de la loi au regard du droit des sûretés » : *D.* 2007, p. 1354 et s.
« Sûretés mobilières. – Clause de réserve de propriété », *J.-Cl. Civil Code Art. 2367 à 2372*
« L'ordonnance du 18 décembre 2008 et le droit des sûretés » : *JCP E 2009*, 1313
« La nouvelle fiducie-sûreté : une porte ouverte sur une prochaine crise de *subprimes* en France ? » : *D. 2009*, p. 716.

A. Crosio
« Le nantissement de matériel professionnel » : *LPA* 29 juin 1984

H. Croze
« La loi n° 91-650 du 9 juillet 1991 portant réforme des procédures civiles d'exécution : le nouveau droit commun de l'exécution forcée » : *JCP G* 1992. I. 3555, n° 11, p. 62.
« Le nantissement du droit d'exploitation des logiciels » : *JCP E* 1996, I, 546

G. Cuniberti
« Le gage-espèce (De l'accession en matière monétaire) » : *LPA* 5 nov. 1999, n° 221, p. 4

A. Dadoun
« La date du transfert de propriété en exécution du pacte commissoire » : *Dr. et patr.* 2009, 187, p. 42 s.

M. Dagot
« La novation par changement de débiteur et le droit hypothécaire » : *JCP G* 1975, I, 2693
« Les modifications de la copropriété et le droit de la publicité foncière » : *JCP G* 1979, I, 2942
« L'arrêt du cours des inscriptions, article 2147, portée de la règle » : *JCP G* 1979, I, 2924
« L'hypothèque de l'immeuble indivis après la loi du 31 décembre 1976 » : *JCP G* 1980, I, 2994
« Sûretés réelles contre sûretés personnelles » : *JCP N* 1986, doctr., p. 93
« Publicité foncière et redressement judiciaire » : *JCP G* 1986, I, 3262
« La renonciation anticipée à l'action résolutoire de la vente d'immeuble » : *JCP N* 1986, p. 361
« Naissance du privilège de prêteur de deniers » : *JCP G* 1987, I, 3296
« Les mainlevées à monopole » : *JCP N* 1989, I, p. 145
« Le document hypothécaire normalisé, pour une nouvelle présentation des actes notariés » : *JCP N* 1991, I, p. 97
« Le nouveau régime des inscriptions provisoires d'hypothèque et de nantissement » : *JCP N* 1994, I, 3052

J.-J. Daigre
« Précisions relatives au gage de comptes d'instruments financiers » : *Dr. sociétés* 1997, chron. p. 4

R. Dammann
« La réforme des sûretés mobilières, une occasion manquée » : *D.* 2006, p. 1298
« Avantages et inconvénients de la fiducie en cas de procédure collective » : *RLDC, mai 2009*, p. 60
« Les enjeux de la réforme des comités de créanciers », *JCP E 2009*, 2094

R. Dammann et G. Podeur
« Le nouveau paysage du droit des sûretés : première étape de la réforme de la fiducie et du gage sans dépossession » : *D.*2008, p. 2300
« Cession de créance à titre de garantie : la révolution n'a pas eu lieu » : *D.* 2007, Point de vue, 319
« Gage des stocks : caractère impératif du Code de commerce » : *D.* 2013, p. 493.

R. Dammann et M. Robinet
« Avantages et inconvénients de la fiducie en cas de procédure collective » : *RLDC* 2009/60

L. D'avout et B. Mallet-Bricout
« La liberté de création des droits réels aujourd'hui », *D.* 2013, p. 53 et s

F.-K. Deckon
« La notification de la cession de créances professionnelles » : *RTD com.* 2005, p. 649

A. Dejoie et F. Phan Thanh
« Le fonds de commerce et le fonds artisanal, Le temps de la simplification » *: Propriétés incorporelles* : 105e congrès des notaires de France, Lille, 17-19 mai 2009, n° 1429, p. 231

M. Deleau-Deshayes
« Le privilège des ouvriers, fournisseurs et sous-traitants de l'entrepreneur des travaux publics, dit privilège de « pluviôse » » : *RJ com.* 1970, p. 239

Ph. Delebecque
« Les sûretés dans les nouvelles procédures collectives » : *JCP N* 1986, I, p. 188
« Les sûretés dans les nouvelles procédures collectives » : *JCP N* 1990, II, p. 185
« Les aspects nouveaux des sûretés judiciaires » : *LPA* 6 janv. 1993, p. 93
« L'attribution du bien, l'originalité du gage commercial, le gage commercial » : *RJ com.* 1994, n° spéc. nov. p. 124
« Sûretés réelles et procédure collective » : *Dr. et patr.* juill.-août 2002, n° 106, p. 49
« La rétention conventionnelle est en marche » : *JCP G* 2005, I, 135
« La propriété en tant que sûreté dans les procédures collectives » : *RJ com.* 1994, p. 385

P. Deniau et P. Rouast-Bertier
« Les sûretés réelles dans les financements de projet après l'ordonnance du 23 mars 2006 » : *RD bancaire et fin.* 2008, étude 13

Dennery
« De l'extension conventionnelle du droit de rétention, spécialement en cas de faillite du débiteur » : *Rev. gén. dr. Faillite* 1937, p. 452 s

F. Derrida
« La dématérialisation du droit de rétention » : *in Mélanges Voirin*, 1967, p. 177 s
« À propos de la clause de réserve de propriété dans les ventes immobilières à crédit » : *Defrénois* 1989, art. 34590, p. 1089
« La clause de réserve de propriété et le droit de la faillite, in « La clause de réserve de propriété » (colloque de Paris, 1980, organisé par la Fondation Nationale pour le Droit de l'Entreprise) : Litec, 1981, Act. dr. entr., vol. 12, p. 81
« La clause de réserve de propriété et le droit des procédures collectives » : *D.* 1980, chron. p. 293
« Très brefs propos sur la réforme de la « faillite » » : *D.* 1993, chron. p. 321

F. Derrida et Ch. Hannoun
Étude : *Rép. civ.*, Dalloz 2000, V° « Rétention »

F. Derrida et J.-P. Sortais
« La réforme du droit des entreprises en difficulté. Premier aperçu » : *D.* 1994, chron. p. 267

J. Derruppé
« Le fonds de commerce et le leasing. Loi du 6 janvier 1986 » : *RTD com.* 1986, p. 230

Ph. Devesa
« La rétention de documents : contribution à la notion générale de rétention » : *LPA* 1995, n° 73, p. 11

J. Devèze
« Les créanciers titulaires d'un gage, d'un nantissement et d'un droit de rétention » : *Ann. Fac.* Toulouse 1990, p. 209 ; *LPA* 28 juin 1991, p. 40

P.-J. Doll
« Au sujet du droit de rétention des experts-comptables et comptables agréés » : *Gaz. Pal.* 1970, 1, doctr. p. 123

U. Drobnig
« La réforme française du droit des sûretés réelles » : *D.* 2007, p. 1488

W. Dross
« Une approche structurale de la propriété » : *RTD Civ*. 2012, p. 419 et s.

J.-P. Dumas
« La jurisprudence met-elle en péril la loi « Dailly » ? » : *D. affaires* 1996, chron. p. 251

J.-P. Dumas et M. Cohen-Branche
« Cession et nantissement de créances professionnelles » : *Rép. com. Dalloz* févr. 2006

Ph. Dupichot
« Propriété et garantie au lendemain de l'ordonnance relative aux sûretés » : *RLDC* suppl. juill-août 2006, p. 17
« Opération fiducie sur le sol français », *JCP E* 2007, art. 134
« Le nantissement un an après » : *LPA* 27 mars 2008, n° 63, p. 27, n° 32.
« Sûretés réelles » : *Dr. et patr.* 2014, n° 233, p. 68 et 69
« La fiducie-sûreté en pleine lumière. – à propos de l'ordonnance du 30 janvier 2009 » : *JCP G 2009*, I, 132

J. El Hakim
« Le conflit du titulaire d'un gage sur une automobile avec le réparateur de la voiture » : *D.* 1971, chron. p. 177

J.-F. Etheve
« L'hypothèque » : *LPA* 27 mars 2008, p. 49.

B. Fages

« Comportement raisonnable » : *in* C. PRIETO [dir.], *Regards croisés sur les Principes du Droit européen du contrat et sur le Droit français*, avant-propos J. Mestre, 2003, PUAM, p. 127

D. Fasquelle
« Le nantissement des valeurs mobilières » : *RTD com.* 1995, p. 1

Fouilloux
« Une jurisprudence de longue portée, la rétention des marchés publics » : *Gaz. Pal.* 1979, I, doctr. p. 102

A. Fournier
Rép. civ. Dalloz, V° « hypothèque », 2007

J. François
« Les créances sont-elles des biens ? » : *in Liber Amicorum Christian LARROUMET*, Economica 2010, Paris
« L'exercice du privilège et du droit de rétention du commissionnaire de transport sur les marchandises n'appartenant pas au débiteur » : *RJ com.* 1995, p. 129

C. Gabet-Sabatier
« Le rôle de la connexité dans l'évolution du droit des obligations » : *RTD civ.* 1980, p. 39

A. Gallois
« Quelle proportionnalité pour les sûretés réelles », *D. 2010*, p. 335 et s.

P.-Y. Gautier
« Contre Bentham : l'inutile et le droit », *RTD civ.* 1995. 797
« Rapport de synthèse au Colloque de l'Association française de la philosophie du droit sur le thème de l'immatériel » : APD, t. 43, *Le droit et l'immatériel*, Sirey 1999, p. 233.

Ch. Gavalda
« La cession et le nantissement d'un banquier des créances professionnelles » : *D.* 1981, chron. p. 199 et p. 329
« Sécurité et précarité de la cession de créances par voie Dailly : la signature manuscrite des bordereaux, la portée d'une notification et la liberté d'acceptation de la cession » : *JCP E* 1989, II, 15734
« Le crédit-bail et les difficultés financières » : *Rev. Lexilease* 1989, p. 6

I. Gavanon
« Le nantissement de logiciel dans la loi du 10 mai 1994 : quelques commentaires sur une version bêta » : *JCP N* 1996, I, 146， *JCP E*; 1995, I, 472

Y. Gérard
« La pratique commerciale du gage sans dépossession » : *RJ com.* n° spéc., nov. 1994,

p. 52

N. Gerbay
« Une place pour un droit de rétention "*ex dispari causa*"... ? » : *Gaz. Pal.* 18-20 janv. 2009, p. 3

J. Ghestin
« Réflexions d'un civiliste sur la clause de réserve de propriété » : *D.* 1981, chron. p. 1

A. Ghozi
« Sur la dualité du droit de rétention » : *in Mélanges M. Catala*, Litec 2001, p. 719
« Nature juridique et transmissibilité de la clause de réserve de propriété » : *D.* 1986, chron. p. 317

Ch. Gijsbers
« Hypothèque rechargeable : rétablissement pour les professionnels par la loi du 20 décembre 2014 » : *D.* 2015, p. 69 et s.
« Requiem pour l'hypothèque rechargeable » : *RLDC* 2014/113, n° 5341.

C. Ginestet
« La qualification des sûretés » : *Defrénois* 1999, p. 80 et 203

S. Gjidara-Decaix
« La vie à deux et le surendettement » : *Rev. proc. coll.* 2004, p. 336.

G. Goubeaux
« L'extension de la protection possessoire au profit des détenteurs » : *Defrénois* 1976, art. 31062, p. 374

A. Gourio
« L'hypothèque rechargeable » : *RD ban. et fin.* sept.- oct. 2006, p. 39 et s.

O. Gout
« Renaissance de l'hypothèque rechargeable » : *RTD imm.* n° 1, 2015, p. 19 à 20.

A. Grafmeyer
« La transmission automatique de la propriété réservée » : *Banque et droit* 1988, n° 1, p. 14

J. Grafmeyer
« Rétention et attribution à l'épreuve de la loi du 25 janvier 1985 » : *Banque et droit* 1989, n° 4, p. 91

M. Grimaldi
« Hypothèque rechargeable et prêt viager hypothécaire » : *D.* 2006, p. 1294

M. Grimaldi et R. Dammann
« La fiducie sur ordonnances » : *D.* 2009, p. 670 et s.

A. Gogos-Gintrand
« Le pacte commissoire : une institution dangereuse par nature » : *Revue de la recherche juridique, Droit prospectif*, 1er sept. 2011, p. 401 s.

F. Gura
« Le cautionnement réel » : *JCP G* 1984, I, 3167

M. Guibal
« De la proportionnalité » : *AJDA*, octobre 1978, p. 477

J.-M. Hauptmann
« La cession « Dailly » en disgrâce auprès des juges suprêmes » : *RJ com.* 1992, n° 2, p. 45

S. Hébert
« Le pacte commissoire après l'ordonnance du 23 mars 2006 » : *D.* 2007, p. 2052

J. Hémard
« Les droits du créancier au profit duquel un véhicule a été constitué en gage » : *D.* 1963, chron. p. 49
« La restauration des droits du créancier gagiste par la jurisprudence française » : *in Mélanges Secrétan* 1964, p. 95 s

J.-M. Hocquard
« Le pacte commissoire en matière immobilière : une fausse bonne idée ? » : *Dr. et patr.* 2005, 142, p. 80

A.-S. Hocquet-de-Lajartre
« La protection du débiteur cédé dans la cession Dailly » : *RTD com.* 1996, p. 211

D. Houtcieff
« Le gage commercial » : *Rép. com.* Dalloz
« Les dispositions applicables au cautionnement issues de la loi sur l'initiative économique » : *JCP G* 2003, I, 161

J. Issa-Sayegh
J.-Cl. Civil Code art. 1235 à 1248, Fasc. 30 : « Contrat et obligation. – Extinction des obligations. – Paiement : objet et moyens », 2011(dernière mise à jour : 10 juin 2013)

Ch. Jacomin, et B. Lacourte
« De l'intérêt du pacte commissoire dans les sûretés réelles » : *RLDC 2012*, n° 99, p. 25.

P.-A. Jeanneney et L. Ayache
« Cessions Dailly et créances publiques » : *Banque et droit,* nov-déc. 2004, p. 26 et s

G. Jiogue
« Le droit de rétention conventionnel : étude de droit français et de droit OHADA » : *RRJ* avr. 2007, p. 1765

R. Juan
« Quatre ans de jurisprudence sur la clause de réserve de propriété (1984-1987) » : *Cah. dr. entr.* 1987, n° 4, p. 14

Ch. Juillet
« Les sûretés réelles traditionnelles entre passé et avenir » : *Liber amicorum Ch. Larroumet, Economica* 2010, p. 241 s
« Rapport introductif » : *in* Colloque « Les sûretés réelles en quête de droit commun », *Rev. dr. ban. et fin.,* n° 5 sept. 2014, dossier 33.

M. Julienne
« Le régime du gage : droit commun du nantissement ? » : *in* Colloque « Les sûretés réelles en quête de droit commun », *RD ban. et fin.* n° 5, sept. 2014, dossier 40.

Cl. KLEITZ
« Fichier positif : tu veux ou tu veux pas ? » : *Gaz. Pal.*, 11 août 2011 n° 223, p. 3

K. Kreuzer
« La reconnaissance des sûretés mobilières conventionnelles étrangères » : *Rev. crit. DIP* 1995, p. 465

S. Lancoulesco et H. Morand
« Portée du privilège du syndicat de copropriété et effets de l'opposition chez le notaire » : *Gaz. Pal.* 1972, 2, doctr. p. 540

V. Larribau-Terneyre
« La pluralité des régimes de gage » : *Rev. Lamy dr. aff.* 14/2007, n° 851 ou *RLDA* mars 2007, p. 73.

Ch. Larroumet
« Le conflit entre cessionnaires successifs d'une créance transmise par bordereau » : *JCP E* 1990, II, 15877

A. Laude
« La fongibilité » : *RTD com.* 1995, p. 314

M. Leblanc
« Le nantissement du fonds artisanal » : *RD rur.* 1997, p. 99

P.-M. Le Corre

« L'invincibilité du droit de rétention dans les procédures collectives » : *D.* 2001, p. 2815
« La propriété de l'établissement de crédit face à l'article 115 de la loi du 25 janvier 1985 » : *LPA* 4 mars 1992, p. 9
« Les créanciers gagistes face au redressement judiciaire et la règle du concours » : *Rev. proc. coll.* 1990, p. 21
« La transmission de la charge de la sûreté en plan de cession » : *LPA* 7 oct. 1994, p. 4
« Les incidences de la réforme du droit des sûretés sur les créanciers confrontés aux procédures collectives » : *JCP E* 2007, 1185
« La mesure de l'efficacité des gages sans dépossession dans les procédures collectives » : *JCP E* 2009, 1204
« Un exemple d'exclusivité : le droit de rétention fictif du gagiste sans dépossession », *in les sûretés réelles et le droit des procédures collectives* : CRAJEFE Nice 2010

P. Leclerc
« Les titres dématérialisés de paiement et de crédit » : *in Mélanges P. Catala*, p. 791
« La dématérialisation des écrits cambiaires et des actes authentiques », *in Mélanges P. Bézard*, 2002, p. 189

E. Le Corre-Broly
« Le droit de rétention sur documents d'immatriculation » : *D. affaires* 1998, p. 1802
« La publicité du contrat de crédit-bail mobilier et sa sanction en cas de procédure collective du locataire »: *JCP E* 1997, n° 3, p. 621

E. Le Corre-Broly et P.-M. Le Corre
« L'analyse jurisprudentielle de la demande en acquiescement de revendication » : *D.* 2002, chron. p. 949

H. Le Dauphin
« La clause de réserve de propriété dans la jurisprudence de la Cour de cassation, Rapport de la Cour de cassation 1988 »: *La Doc. fr.* 1989, p. 125

F. Leduc
« Le gage de propriété : mythe ou réalité ? » : *RTD civ.* 1995, p. 249
« Du gage » : *RD bancaire et fin.* mars-avril 2006, p. 43
« Des techniques d'affectation des soldes de compte » : *D.* 1987, chron. p. 229
« De la nature corporelle des valeurs mobilières et autres droits scripturaux » : *D.* 1996, p. 47
« De l'inscription en compte d'actifs scripturaux » : *in Mélanges AEDBF France*, t. II, 1999, p. 285

X. Legarde
« Prévenir le surendettement des particuliers » : *JCP G,* n° 38, 18 Septembre 2002, I, 163.

D. Legeais
« Gage de comptes d'instruments financiers » : *RD bancaire et bourse* 1997, n° 64, p.

225
« Le principe de proportionnalité entre l'engagement des garants et ses ressources » : *SJEA*, n° 44, 30 Octobre 1997, 1007.
« Le principe de proportionnalité entre l'engagement d'un garant et ses ressources » : *JCP E*, 1997, II, 1007
« Principe de proportionnalité : le cas du contrat de crédit avec constitution de garantie » : *LPA* 30 sept. 1998, p. 38 et s.
« Réserve de propriété et cession Dailly : bilan contrasté de la propriété garantie » : *in Mélanges en l'honneur de D.Schmidt, Liber amicorum* 2005, Joly éditions, p. 347
« Les rapports de l'établissement de crédit cessionnaire de créances professionnelles et des débiteurs cédés » : *RD bancaire et bourse* 1990, p. 149
« L'avenir du "Dailly" », *in Mélanges AEDBF III*, 2001, p. 219
« Le "Dailly" et la réserve de propriété. Bilan d'un destin parallèle », *in Mélanges D. Schmidt*, Joly 2005
« Droit de rétention du créancier gagiste » : *RD ban. et fin.* 2008, comm. 139.
« Le nantissement de créances » : *Dr. et patr.*, juill.-août 2007, p. 54
« Le gage-espèces après la réforme des sûretés » : *Dr. et patrimoine* sept. 2007, p. 70
« Le gage de meubles corporels » : *JCP G* 2006, I, 4
« La réforme du gage » : *JCP E* 2006, n° spécial, p. 12
« Gage sur stocks », *RTD com.* 2006, p. 639.
J.-Cl. Commercial, fasc. 357 : « cession et nantissement de créances professionnelles - Conditions de réalisation de l'opération »
« Abrogation de l'article 2422 du Code civil relatif à l'hypothèque rechargeable » : *RD ban. et fin.* n° 2, 2014, p. 48

F. Legrand
« Droit de propriété et droit de rétention » : *Rev. Lamy dr. aff.* 14/2007, n° 858
« Que reste-t-il du registre national des crédits aux particuliers : du mythe à la (dure) réalité » : *LPA*, 12 juillet 2013, n° 139

P. Le Maigat
« La protection du débiteur cédé face au caractère occulte de la "cession Dailly" » : *RD bancaire et fin.* mars-avr. 2002, p. 92

S.-G. Li (李世刚)
« La loi de la Répbulique populaire de Chine sur les droits réels : principes fondamentaux et notions de base » : *RIDC*, 2009-1

R. Libchaber
« Gage sur sommes d'argent » : *Lamy droit des sûretés*, étude 268

C. Lisanti
« Quelques remarques à propos des sûretés sur les meubles incorporels dans l'ordonnance n° 2006-346 du 23 mars 2006 »: *D.* 2006, p. 2671

J.-M. Leloup
Rép. dr. international Dalloz V° « Leasing »

F. Léonard
« La cession de créances futures dans le cadre de la loi Dailly » : *Droit prospectif*, 2002, n° 1, p. 150

M. Lescaillon
« Le droit de rétention » : *Rev. huissiers* 1987, p. 745

L. Leneveur
« La liberté contractuelle en droit privé : les notions de bases (autonomie de volonté, liberté contractuelle, capacité…) », *AJDA* 1998, p. 676.

G.-A. Likillimba
« La possession *corpore alieno* » : *RTD civ.* 2005, p. 3

Lison
« Le droit de rétention de la marchandise dans le crédit documentaire » : *Banque* 1954, p. 56 s

G. Loiseau
« Typologie des choses hors du commerce » : *RTD civ.* 2000, p. 47

C. Lopard
« Le gagiste a non-domino » : *LPA* 22 janv. 2004, n° 16, p. 5

J. Lot
« Le droit de rétention pour le syndic de copropriété sur les archives et documents du syndicat » : *Gaz. Pal.* 1970, 1, doctr. p. 131

F.-X. Lucas
« L'efficacité des sûretés réelles et les difficultés de l'entreprise » : *Rev. proc. coll. 2009*, dossier 17.

S. Lucas-Raffali
« Le corpus virtuel » : *RRJ* avr. 2000, p. 1461

F. Macorig-Venier
« Le pacte commissoire » : *Rev. Lamy dr. aff.* mars 2007, p. 79
« L'alternative de la cession des biens grevés : l'attribution en propriété », *Rev. proc. coll.*, n° 2, mars 2015, dossiers 30.

D. Mainguy
« L'article 115 de la loi du 25 janvier 1985 s'applique à toutes les revendications exercées par le propriétaire d'un bien mais seulement d'un propriétaire d'un bien » : *D.* 2000, p. 66.

C. Malechi

« Le bordereau Dailly à l'épreuve du droit des procédures collectives », *in Mélanges Y. Guyon*, Dalloz 2003, p. 767

Th. Margellos
« Les effets de la clause de réserve de propriété dans les procédures collectives en Europe » : *Cah. jur. fisc. exp.* 2004, n° 4, p. 933

P.-G. Marly
« Fiducie-sûreté sur titre vs nantissement de compte-titres », *RTDF 2009*, p. 72.

D. Martin
« Du conflit relatif à la créance du prix de revente d'une marchandise acquise avec réserve de propriété » : *D.* 1986, chron. p. 323
« L'article 34, alinéa 2 de la loi du 25 janvier 1985 est-il applicable au gage ? » : *D.* 1986, chron. p. 235
« De la survie du gage à la cession de l'entreprise » : *RJ com.* 1987, p. 81
« L'antichrèse » : *JCP N* 1987, I, 299
« De la rétention d'actif en cas de cession d'entreprise » : *RD bancaire et bourse* 1989, p. 111
« Du gage d'actifs scripturaux » : *D.* 1996, chron., p. 263
« Location et possession du bien loué et revendu » : *JCP G* 1998, p. 538

D. Martin et H. Synvet
« Le paiement à autrui de la créance professionnelle » : *JCP E* 1987, II, 14940

A. Martin-Serf
« L'interprétation extensive des sûretés réelles en droit commercial » : *RTD com.* 1980, p. 677
« Réserve de propriété. Sort du créancier bénéficiaire d'une clause de réserve de propriété en présence d'un créancier gagiste sur stocks » : *RTD Com*. 2008 p. 867

Véronique Martineau-Bourgninaud
« La cessation des paiements, notion fonctionnelle », *RTD Com*. 2002, p. 245.

M.-E. Mathieu
« Brefs propos sur la disparition du cautionnement hypothécaire » : *RD banc. fin*. Juill.-août 2008, 31

Marie-Laure Mathieu
« La liberté contractuelle » *in Libertés et droits fondamentaux*, Rémy Cabrillac (dir.), Marie-Anne Frison-Roche, Thierry Revet, 18e éd. Dalloz 2012, p. 763 et s.

E. Massin
« Le leasing dénommé crédit-bail » : *RJ com.* 1972, p. 38

N. Mathey et J. Werner
« La loi relative à la consommation. Aspect de droit bancaire » : *RD ban. et fin.* n° 2,

2014, p. 9 et s.

D. Mazeaud
« Le principe de proportionnalité et la formation du contrat » : *in* Actes du colloque du 20 mars 1998, « Existe-t-il un principe de proportionnalité en droit privé », *LPA*, 30 sept. 1998, p. 12

B. Mera
« Le leasing en France » : *RTD com.* 1966, p. 49

Ph. Merle
« L'interprétation jurisprudentielle de la clause de réserve de propriété » : *Banque*, juill. 1986, n° 463, p. 644

G. Meissner
« L'opposabilité de la propriété mobilière aux tiers en droit allemand et spécialement de la réserve de propriété » : *Gaz. Pal.* 1972, I. doctr. 369.

J. Mestre
« Le gage des choses futures » : *D.* 1982, chron. p. 141

M. Mignot
« Le nantissement de quota d'émission de gaz à effet de serre » : *RD ban. et fin.* 2009, étude 26, n° 20 et s.
« Le devenir de la sûreté réelle pour autrui dans la jurisprudence » : *JCP N* 2012, 1340, n° 2

N. Molfessis
« Le principe de proportionnalité en matière de garanties », *Banque et Droit*, mai-juin 2000, 4

G. Montégudet
« Droit de rétention et procédures collectives » : *Rev. Lamy dr. aff.* 9/1998, n° 541

H. Motulsky
« De l'impossibilité de constituer un « Trust » anglo-saxon sous l'empire de la loi française », *Rev. Crit. DIP*, 1948, p. 451 et s.

C. Mouly
« Le gage commercial » : *RJ com.* 1994, n° spécial
« Procédure collectives : assainir le régime des sûretés », *in Etudes R. Roblot*, LGDJ 1984, p. 529 et s.

S. Néri
« Le principe de proportionnalité dans la jurisprudence de la Cour relative au droit communautaire agricole », *RTD Eur.*, 1981, p. 652

F. Macorig-Venier
« Immeuble et droit de rétention », *Mélanges R. Saint-Alary* : Éd. Législatives, PU Sciences sociales Toulouse 2006, p. 333
« Le pacte commissoire (et les sûretés réelles mobilières) », *RLDA* 2007/14.

B. Mallet-Bricout
« Quelle efficacité pour la nouvelle fiducie-sûreté ? » : *Dr. & patr. 2009*, n° 185, p. 79

Ph. Malinvaud
« Le privilège du bailleur et les meubles qui n'appartiennent pas au preneur », *Mél. Voirin* : LGDJ, 1966, p. 576.

J. Mande-Djapou
« La notion étroite du droit de rétention » : *JCP G* 1976, I, 2760

N. Martial-Braz
« Sûreté avec ou sans dépossession, une summa divisio désuète ? » : *in* Colloque
« Les sûreté réelles en quête de droit commun », *RD ban. et fin.*, n° 5, sept. 2014, dossier 35
« Grandeur et décadences du droit de rétention » : *RLDC* 2011, n° 81, p. 29.

D. Martin
« De la nature corporelle des valeurs mobilières et autres droits scripturaux » : *D.* 1996, chron. p. 48
« L'article 34 de la loi du 25 janvier 1985 est-il applicable aux gages ? » : *D.* 1986, chron. p. 325

D.-R. Martin
« Du gage d'actifs scripturaux » : *D.* 1996, chron. p. 263

J. Mestre
« Le gage des choses futures » : *D.* 1982, chron. p. 141
« Réflexion sur l'abus du droit de recouvrer sa créance » : *in Mélanges P. Raynaud*, Dalloz-Sirey, 1985, p. 439 et s.

A. MOLE
« Créer un fichier positif des crédits ? », *Droit et patr.* 2010, n° 197, p.28.

F. Moulière
« Nantissement de créances futures, nouveau contrat aléatoire », *RTD com.* 2011, p. 677.

P. Neveu
« Compensation judiciaire et loi "Dailly" »: *Banque et droit* 1989, n° 5, p. 139

Cl. Ophele-Rossetto
« Clause de réserve de propriété et protection pénale des biens » : *RTD com*. 1995, p. 87

G. Paisant
« La réforme de la procédure de traitement du surendettement par la loi du 1er août 2003 sur la ville et la rénovation urbaine » : *RTD com*. 2003, p. 671.

M.-E. Pancrazi-Tian
« Les conflits sur créances » : *Dr. et patr.* 9/1998, p. 59

C. Pérès
« La liberté contractuelle et le Conseil constitutionnel », note sous Conseil constitutionnel, 13 juin 2013, n° 2013-672 DC, *Revue des contrats*, 2013/4, p.1285 s.

F. Pérochon
« Le droit de rétention, accessoire de la créance », *Mélanges M. Cabrillac* : Dalloz 1999, p. 379
« Les interdictions de paiement et le traitement des sûretés réelles » : *D.* 2009, p. 651
« La clause de réserve de propriété », *in « Les principales clauses des contrats conclus entre professionnels », colloque de l'Institut de Droit des Affaires d'Aix-en Provence, 17-18 mai 1990* : Presses universitaires d'Aix-Marseille 1990, p. 35
« La revendication favorisée » : *D.* 1994, chron. p. 251
« Revendications et restitutions selon le décret du 21 oct. 1994 » : *LPA* 14 juin 1995, p. 32
« La revendication du prix de revente » : *D. Affaires* 1996, p. 1402

S. Perus
« Des aspects pratiques du pacte commissoire » : *RLDC* 2008, n° 50, p. 29 s.

S. Pesenti
« Le principe de proportionnalité en droit des sûretés » : *LPA* 11 mars 2004, n° 51, p. 13

Ph. Pétel
« Le nouveau droit des entreprises en difficulté » : acte II. Commentaire de l'ordonnance n° 2008-1345 du 18 décembre 2008 : *JCP G* 2009, I, 110
« La procédure de rétablissement personnel et les procédures collectives du Code de commerce » : *Contrats, conc. consom*. 2005, dossier 15, p. 29.

Y. Picod
« Surendettement des particuliers » : *JCP G* n° 27, 3 juillet 1991, II 21702.

G. Piette
« Une nouvelle proportionnalité dans les sûretés : brèves observations sur l'article L. 650-1 du code de commerce » : *RLDC*, juin 2006. 27

P. Piedelièvre
« Le droit à l'effacement des dettes » : *Defrénois* 2004, art. 37852, p. 14.

S. Piedelièvre
« Droit des sûretés et droit de la consommation » : *Dr. et patri*., sept.1997, 56
« La réduction des inscriptions hypothécaires excessives » : *Defrénois* 2000, art. 37190.
« L'efficacité du droit de rétention face aux autres sûretés réelles » : *Rev. huissiers*, sept. 2001, n° 20
« Le nouvel article 2286, 4°, du Code civil » : *D.* 2008, p. 2950
« Remarques sur le rôle perturbateur du droit de rétention dans le droit des sûretés immobilières » : *Dr. et patr.* avr. 2000, p. 42

G. Piette
« Le nantissement de meubles incorporels » : *Rev. Lamy dr. aff.*, mars 2007, p. 90

D. Pigot
« Crédit-bail, Engagement de reprise par vent ou par location » : *JCP E* 2000, p. 70

C. Pourquier
« La rétention du gagiste ou la supériorité du fait sur le droit » : *RTD com.* 2000, p. 569
« Faculté de rétention et procédures collectives » : *D. affaires* 1998, n° 119, p. 936

S. Prigent
« L'hypothèque rechargeable (analyse et formules) » : *Defrénois* 2007, p. 1268

A. Provansal
« L'hypothèque rechargeable ou le style baroque » : *Gaz. Pal.* 2-3 mars 2007, p. 8

P. Puig
« Le contrôle de proportionnalité en droit des affaires », *LPA*, 5 mars 2009, n° 46, p. 93.

F. Rangeon
« Réflexion sur l'efficacité du droit », in *Les usages sociaux du droit*, PUF, 1989, p. 126

J. Revel
« La garantie de la dette d'autrui et le droit du régime matrimonial » : *D.* 2006, 1309.

S. Rezek
« Du principe de spécialité des inscriptions grevant un fonds de commerce » : *JCP N* 2004, I, 1401
« Privilège de vendeur ou de nantissement de fonds de commerce » : *JCP N* 2005, 1090

Robine
« Le gage de compte d'instruments financiers » : *Dr. et patrimoine*, juill.-août 2002, n° 106, p. 70

R. Roblot
« Les sûretés mobilières sans déplacement in Le droit privé français au milieu du XXe siècle » : *in Étude G. Ripert*, t. 2, Paris 1950, p. 362

J. Rochfeld
« Du statut du droit contractuelle « de protection de la partie faible » : les interférences du droit des contrats, du droit du marché et des droits de l'homme » : *in Mélanges G. Viney*, LGDJ 2008, p. 835

B. Roman
« Le patrimoine dans l'avant-projet de réforme du droit des biens, Examen critique » : *Defrénois* 2009, doctr., n° 38906
« La notion juridique de patrimoine, Brèves notations civilistes sur le verbe avoir » : *RTD civ.* 1994, p. 801 s
« Les moyens de défense de la caution : l'importance accrue des aspects procéduraux » : *Dr. et patr.* 2004, p. 50 et s.

Ph. Roussel-Galle
« L'avant-projet d'ordonnance portant diverses dispositions en faveur des entreprises en difficulté » : *JCP G 2008*, act. 250

Ph. Roussel-Galle et J.-L. Vallens
« Le paiement dans les procédures collectives », *in* M. Mignot et J. Lassere Capdeville (dir.), *Le paiement*, L'Harmattan, Paris, 2014, p. 205 et s.

R. Routier
« Les retouches de l'article L. 650-1 du code de commerce », *Gaz. Pal.* 8-10 mars 2009, 837

C. Saint-Alary-Houin
« Le transfert de la charge du nantissement » : *RJ com.* 1992, p. 152 s

C. Savary
« La pratique de la cession de fonds de commerce et ses difficultés » : *Defrénois* 1984, art. 33308 et 33322, p. 673 et 753

O. Savary et E. Dubuisson
« Les fonds du XXIe siècle. Le temps de l'innovation » : 105e congrès annuel des notaires de France, Lille 17-20 mai 2009, spéc. n° 43 à 49, p. 1161

B. Savoure
« Le point sur les cautions réelles » : *Dr. et patrimoine* juill.-août 2003, p. 72

Ch. Scapel
« Le droit de rétention en droit positif » : *RTD civ.* 1981, p. 538 s

D. Schmidt et Ph. Grabling
« La loi du 2 janvier 1981 facilitant le crédit aux entreprises » : *D.* 1981, chron. p. 217

R.-N. Schütz
« La Convention d'Ottawa sur le crédit-bail international » : *Contrats, conc., consom.* 1996, chron. n° 3

A. Sériaux
Rép. civ. Dalloz, V° « Patrimoine »
« Nulle chose sans maître » : Enquête sur un principe immanent de l'ordre juridique, Mélanges G. Goubeaux, 2009, Dalloz, p. 483.

Ph. Simler
« Dispositions générales du Livre IV nouveau du Code civil » : *JCP G* 2006, I, 2
« La réforme du droit des sûretés, Un Livre IV nouveau du Code civil »: *JCP G* 2006, I, 124
« Commentaire de l'ordonnance n° 2006-346 relative aux sûretés » : *RD bancaire et fin.* 2006, p. 53
« Le cautionnement réel est réellement, aussi, un cautionnement » : *RJDA* 3/2001, p. 235 et *JCP G* 2001, I, 367
« Rapport de synthèse générale », Journées Porto, *in Les garanties de financement*.

B. Soinne
« La réforme de la loi de 1985 » : premières réflexions : *LPA*, 11 juill. 1994, n° 82, p. 9
« La réforme du droit des entreprises en difficultés : la loi du 10 juin 1994 » : n° spécial, *LPA*, 14 sept. 1994, n° 110

P. Stoffel-Munck
« Premier bilan de la réforme des sûretés en droit français » : *Dr. et patr.* 2012, n° 213, p. 56.

M. Storck
« De la nature juridique des fonds communs de placement », *in Mélanges en l'honneur du Professeur Gilles Goubeaux* : LGDJ 2009, à paraître
« Revendication des marchandises et sort d'un contrat de vente conclu avec une clause de réserve de propriété » : *D.* 1988, chron. p. 131

J. Stoufflet
« Les financements par cession de créances futures, étude en droit français » : *RD bancaire et fin.* 2003, p. 67
« Le nantissement de biens incorporels » : *JCP E* 2006, suppl. au n° 20

H. Synvet
« Nouvelles variations sur le conflit opposant banquiers et cessionnaires » : *JCP G* 1990, I, 3425
« Le nantissement de compte » : *Dr. et patr.*, juill.-août 2007, p. 62
« Le nantissement de biens incorporels » : *Dr. et patri.* 2005, n° 180, p. 64

G. Teboul
« La nouvelle réforme du droit des entreprises en difficulté : le projet d'ordonnance » : *Gaz. Pal. 2008*, n° 97-99, p. 2.

Ph. Terneyre
« La liberté contractuelle est-elle un droit fondamental ? Le point de vue constitutionnel », *AJDA* 1998, p. 667

F. Terré
« La proportionnalité comme principe ? » : *JCP G* 15 juin 2009, 31, p. 52

D. Terré-Fornacciari
« L'autonomie de la volonté », *Rev. sc. morales et politiques* 1995, p. 256.

Ph. Théry
« La différenciation du professionnel et du particulier », *Dr. et patr*., avril 2001, p. 57

H. Thuillier
« L'inscription de nantissement sur un fonds de commerce requiert-elle l'immatriculation du débiteur ? » : *JCP N* 1990, prat. 1543

A.-M. Tolédo-Wolfsohn
Rép. Civ. V° « Compensation »

S. Torck
« Les garanties réelles mobilières sur biens fongibles après l'ordonnance du 23 mars 2006 » : *RD bancaire et fin.* 2006-4, p. 39
« Les sûretés sur sommes d'argent après l'ordonnance du 23 mars 2006 portant réforme du droit des sûretés et la loi sur la fiducie du 19 février 2007 » : *RD bancaire et fin.* janv. 2008, étude 2.

Ph. Le Tourneau et M. Poumarède
Rép. Civ. V° « Bonne foi »

M. Vasseur
« L'application de la loi Dailly : escompte à Cession de créance en propriété ou à titre de garantie ou bien l'un ou l'autre suivant le cas » : *D.* 1982, chron. p. 273
« Les conséquences sur le contrat de crédit-bail de la résolution du contrat de vente matériel » : *Banque et droit* 1991, n° 18, p. 139

H. de Vauplane et S. Mouy

« Le nouveau gage de compte d'instrument financier » : *Banque* 1996, n° 573, p. 54
« Commentaires de l'ordonnance du 23 mars 2006 relative aux sûretés » : *JCP E* 2006, n° spéc. suppl. n° 20-21 mai 2006

Verignon
« Le droit de rétention. Les garanties du financement, Travaux » : *82e Congrès des notaires de France* 1986, p. 521

Virassamy
« Les clauses contractuelles aménageant l'après-contrat de crédit-bail résolu ou résilié » : *JCP E* 1992, I, p. 137

F. Viterbo
« Le sort de la réserve de propriété en période de règlement amiable » : *Banque et droit* 1999, n° 65, p. 3

A. Weill
« La femme commune et le crédit du ménage » : *in Le droit privé français au milieu du XXe siècle – Etudes offertes à G. Ripert*, t. 1, LGDJ 1950, p. 381.

A. Weill et R. Maus
« Le nantissement judiciaire des fonds de commerce » : *D.* 1956, chron. p. 87

G. Wicker et P. Gaubil
« L'efficacité du gage automobile non inscrit » : *D.* 1997, chron., p. 1

G. Wiederkehr
« Pacte commissoire et sûretés conventionnelles » : *in études A. Jauffret*, LGDJ 1974, p. 665 ou *Mél. Jauffret* , Faculté de Droit et de Sciences Politiques d'Aix-Marseille, 1974, p. 661

C. Witz
« Le droit des sûretés réelles mobilières en République fédérale d'Allemagne » : *RIDC*, 1- 1986, p. 27 et s.
« Réflexion sur la fiducie-sûreté » : *JCP E*, 1993, I, 244.

F. Zénati-Castaing
« La propriété, mécanisme fondamental du droit » : *RTD civ.* 2006, p. 445.
« Mise en perspective et perspectives de la théorie du patrimoine » : *RTD civ.* 2003, p. 667 s

Z. Zerbo
« Privilège et droit de rétention du voiturier, halte à la confusion ! » : *D.* 2001, p. 2290

Rapports :

Association française des sociétés financières
Rapport du 14 juin 1999, p. 54 et s

Commissariat général au plan
Institutions nouvelles pour le développement de l'entreprise, Rapport général, particulièrement le rapport de la Commission prospective du crédit-bail, sous la présidence de Jean Stoufflet

Colloque national sur la nouvelle réforme de la prévention et du traitement des entreprises en difficulté
Paris, 13 sept. 1994 : *Rev. proc. coll.* 1994, n° 4
(Colloque, Paris 12-13 oct. 1994)
Le nouveau droit des défaillances d'entreprises : Dalloz, Coll. Thèmes et commentaires, 1995
(Colloque CRAJEFE, Nice Sophia-Antipolis, 11 mars 1995)
La réforme du droit des entreprises en difficulté : les principales innovations du décret du 21 octobre 1994, Les réformes du nouveau droit de l'entreprise, Commentaires des lois du 11 février 1994 relative à l'initiative et à l'entreprise individuelle et du 10 juin 1994 relative à la prévention et au traitement des difficultés des entreprises, Centre de droit des affaires de l'Université des sciences sociales de Toulouse I : Montchrestien, 1995

Faut-il retarder le transfert de propriété ? : *Cah. dr. entr.* 1995, n° 5, (Colloque, Montpellier, 28 avr. 1995)
Rapport GRIMALDI du 28 mars 2005

P. Catala
Avant-projet de réforme des obligations et de la prescription, La documentation française, 2006.

Ouvrages en anglais :

P. Jagersma et T. Sanders
Leasing and Marketing : Syntax Publisher, PU de Tilburg, Hollande, 1996

Leaseurope et A. Andersen
Leasing in Europe : PU de Cambridge, 1992

Leaseurope , Coopers et Lybrand
Practical Guide to Leasing : PU de Cambridge, 1994

Ouvrages en chinois:

H.-B. CHEN (陈华彬)
Les théories du droit réel (物权法原理), Chinese Academy of Governance Press (*国家行政学院出版社*), Pékin, 1998

X. CHENG (程啸)
Droit réel, Les sûretés réelles (物权法-担保物权篇), préf. WANG Liming, LAW PRESS (*法律出版社*), Chine, 2005

J.-Y. CUI (崔建远) et W.-X. ZHONG (中卫星)
La recherche sur les difficultés rencontrées dans la législation portant sur le droit réel (*我国物权立法难点问题研究*)，Press of Universty of Qinghua (*清华大学出版社*)，juin 2005, Pékin

CUI Wenxing (崔文星)
Du droit réel (*物权法专论*) : LAW PRESS (*法律出版社*), 2011, Pékin

S.-P. GAO (高胜平)
Droit réel, Droit des sûretés réelles (*物权法-担保物权编*), China University of Renmin Press (*中国人民大学出版社*), 2007, Pékin
La recherche comparative des sûretés réelles mobilières (动产担保交易制度比较研究), Press of China University of Renmin (*中国人民大学出版社*), Pékin, 2008

R.-M. GUO (郭瑞明)
Droit des sûretés (*担保法*), Law Press(*法律出版社*), 2004, Pékin

K.-G. LI (李开国)
De la recherche des questions fondamentales du droit civil (民法基本问题研究), Law Press (*法律出版社*), pékin, 1997

S.-G. LI (李世刚)
Security law reform in France (法国担保法改革), Law press (*法律出版社*), China, 2011

H.-X. LIANG 梁慧星 [dir.]
De la recherche du droit réel chinois (中国物权法研究), Law Press (*法律出版社*), Pékin, 1998
L'Avant-projet du Code civil chinois avec les raisonnements, Droits réels (中国民法典草案建议稿附理由・物权编), Law Press (*法律出版社*), 2004, Pékin

B.-Y. LIU (刘保玉)
Droit réel (物权法) , Shanghai People's Press(*上海人民出版社*), 2003, Shanghai

Y.-D. LU (陆永棣)
Les commentaires et les analyses des pratiques du crédit de financement (*金融贷款担保案例评析*)，Law Press (*法律出版社*), 2000, Pékin.

J.-J. MA (马俊驹) et B.-H. CHEN (陈本寒)[dir.]
Droit réel (物权法) : Press of University of Fudan (*复旦大学出版社*), Shanghai, 2007

J.-J. MA (马俊驹) et Y.-M. YU (余延满)
Les théories générales du droit civil (民法原论), Law Press (*法律出版社*), 2005

Y. MA (马原)
Les nouvelles questions et arrêts du domaine immobilier (房地产案件新问题与判例)，Press of Tribunal populaire (*人民法院出版社*), Pékin 2007

Z.-H. QU（曲宗洪）
La concordance de la créance et le droit réel, la réserve de propriété en droit comparé（*债权与物权的契合*）, Law press（法律出版社）, 2010, Pékin

P. SUN, Q.-L. WANG et X.-F. FAN (孙鹏，王勤劳，范雪飞)
La théorie des sûretés réelles (*担保物权法原理(*, China University of Renmin Press (*中国人民大学出版社*), 2009, Pékin

C. WANG (王闯)
De la recherche du régime de la cession à titre de garantie (让与担保法律制度研究), Law Press (*法律出版社*),2000, Pékin

L.-M. WANG (王利明)
La recherche du droit réel (*物权法研究*) , Press of China University of Renmin (*中国人民大学出版社*), 2002
Droit civil (民法), China University of Renmin Press (*中国人民大学出版社*), 2000, Pékin

Z.-J. WANG (王泽鉴)
Droit réel, t.1, Principes généraux, Le droit de propriété (民法物权第一册· 通则·所有权), Press of China University of Political science and Law (*中国政法大学出版社*), Pékn, 2001

M.-D. SHEN, et D.-T. FENG(沈达明・冯大同)
Droit international sur le crédit et la pratique, International Business & Economic Education Press, 1985 (国际资金融通的法律与务实，对外经贸教育出版社, 1985年版)

S.-K. SHI (史尚宽)
La théorie générale des obligations (*债法总论*), China University of Political Science and Law (*中国政法大学出版社*), 2000, Pékin

Y.-Q. SUN (苏永钦)
Rationalisme économique dans l'autonomie du droit privé (*私法自治中的经济理性*), Press of China University of Renmin (*中国人民大学出版社*), Pékin, 2004

X.-Z. SUN (孙宪忠)
Droit réel (物权法), Social Sciences Documentation Press(*社会科学文献出版社*), Pékin, 2005

Q. WU (dir.) 吴谦（主编）
Property Law of the People's Republic of China, Commentary & Application（中华人民共和国物权法注释全书）, Law Press（*法律出版社*）, Pékin

Z.-Q. XIE (谢在全)
Droit civil, Droit réel II 民法物权论 (下册) , China University of science politial and law Press(*中国政法大学出版社*), 1999, Pékin

M.-Y. XU (许明月)
La recherche sur le régime de l'hypothèque (*抵押权制度研究*), Law Press (*法律出版社*), 1998, Pékin

W.-S. XU (徐武生)
Les théories et les pratiques du droit des sûretés (担保法原理与实践), China industry and commerce Press (*中国工商出版社*), Pékin, 1999

J.-Q. YE (叶金强)
Les théories du droit des sûretés (担保法原理), Science Press (*科学出版社*), Pékin, 2002

H.-Y. YU et N. DING [dir.] (于海涌、丁南主编)
Droit réel (*物权法*), University of Zhongshan Press (*中山大学出版社*), 2007, Guangzhou

Y. ZHU (朱岩), S.-P. GAO (高胜平) et X. CHEN (陈鑫)
Commentaire de la LDR (*中国物权法评注*), Press of Beijing University (*北京大学出版社*), 2007, Pékin

H.-L. ZOU et M. CHANG (邹海林，常敏)
La théorie et la pratique des garanties de créance (*债权担保的理论与实务*), Social

Sciences Academic Press (*社会科学文献出版社*), 2005, Pékin
Les modes et l'application des garanties des créances (*债权担保的方式与应用*), Law Press(*法律出版社*), 1998, Pékin

Autres sources en chinois:

B.-D. CAI,
« L'émergence des surendettements, l'appel à la législation de procédure de surendettement »(*负翁大量涌现，个人破产需立法*), *Revue hebdomadaire de l'économie chinoise*(*中国经济周刊*), 2005 (42), p. 30 à 31.

R.-J. CAI (蔡人俊)
« D'une éclaircie des nullités absolues et des nullités relatives dans la nouvelle Loi de la faillite 解(*读新企业破产法撤销权制度与无效行为制度*) », *Journal of the east China University of Politics and Law* (*华东政法学院学报*), 2006 (6), p. 119 et s.

X. CHEN (陈曦)
La recherche sur des questions du pacte commissoire (流质契约问题研究), mémoire de droit de South-western University of Finance and Econimics, 2007

X. CHEN (程啸)
« On the concurrence of warrants and Real Rignts with Warrants » (*保证与担保物权并存之研究*), *Jurists Review*(*法学家*), 2005 (6), p. 65 et s.

K.-J. DONG (董开军)
«La nature des sûretés réelles (*担保物权的性质*) », *Chinese Journal of Law* (*法学研究*), 1992 (1), p. 28 et s.

X.-L. DONG (董学立)
« L'uniformisation de notre droit des sûretés réelles mobilières conventionnelles (*我国意定动产担保物权法的一元化*) », *Chinese Journal of law(法学研究*), n° 6, 2014, p. 99 à 115

K. DUAN (段匡)
« Le numerus clausus des droits réels en droit allemand, droit français et droit japonais (*德国、法国及日本法中的物权法定主义*) », *in* LIANG Huixing (梁慧星) [dir.], *民商法论丛*, vol. 7, Law Press (法律出版社), Pékin, 1997

A.-L. FEI (费安玲)
« Du droit de défense de la caution » (*论保证人抗辩权*), *Political and Legal Forum* (*政法论坛*), n° 1, 2000

S.-P. GAO (高胜平)

« Quelques problèmes rencontrés dans l'élaboration d'interprétation judiciaire du droit des sûreté(*担保物权司法解释起草中的几个争议问题*) », Séminaire du 28 juin 2014, à Zhongnan University of Economics and Law (disponible sur : http://www.privatelaw.com.cn/Web_P/N_Show/?PID=9782).

A.-M. GU (辜安明)
« De la discussion des questions de la réserve de propriété dans le contrat de vente (*买卖合同中的所有权保留制度的若干问题论析*) », *Social science in Ningxia* (*宁夏社会科学*), n° 5, mai 2002, p. 25 et s.

T. GUAN (关涛)
« Le problème du droit d'être payé par préférence en cas de coexistence de la réserve de propriété et du gage (*关于所有权保留与质权竞存时的优先受偿问题*) », *Journal of Yantai University* (*烟台大学报*), oct. 2013, p. 47 et s.

W.-X. HE
« On the Individual Bankruptcy System of Germany and Relevant Thoughts », *Journal of Jiangnan University*(Humanities & Social Sciences), déc. 2008, vol. 7, n° 6

H.-G. HUANG (黄和刚), L.-H. LIU (刘丽宏) et F.-Z. LI (李富忠)
« De la nécessité de la création du régime de cession-garantie en Chine(*论在我国建立让与担保制度的必要性*) », *Chinese and foreign entrepreneurs* (*中外企业家*), 2010 (14), p. 168 et s.

X.-X. HUANG (黄学贤)
« Study on the Principle of Proportionality of Administration Law (*行政法中的比例原则简论*) », *Law science journal of Northwest University of Politics and law*, 2001 (1), p. 72 à 78.

S.-X. HUANG (黄世席)
« Application of the principle of proportionnality in the doping-related cases (*比例原则在兴奋剂违规处罚中的适用*) », *Journal of TUS* (*天津体育学院报*), 2013, 28(2), p. 162 et s.

X.-P. JI (季秀平)
« De la levée de la prohibition du pacte commissoire (*轮流之契约的解禁*)», *HEBEI Science of Law(河北法学)*, 2005, n° 4, p. 23 s.

P. JIANG (江平)
« Des conseils sur la rédaction du Code civil » (*关于制定民法典的几点意见*), *Law Science* (*法律科学*) 1998(3).

Y. JIANG(姜颖) et W.-P. LI (李文沛)

« On the application of the principe of proportionnality in the discharge of the labor contract (*试论比例原则在劳动合同解除中的应用*) », *Hebei Law science (河北法学)*, 2012, n° 8, p. 76 et s.

Z.-Y. JIANG (姜志远) et Y.-W. ZHOU (周玉文)
« Il faut ériger le régime des privilèges dans la législation des droits réels » (*我国物权立法应设立优先权*), *Law science magazine* (*法学杂志*), 2006 (4), p. 53 et s.

X. JIANG (姜昕)
« On legitimate basis for pronciple of proportionality(*论比例原则的正当性基础*) », *Law science magazine*（*法学杂志*）, 2008(4), p. 155 à 157

L.-Y. KANG (康莉莹)
« Les réflexions sur l'objet de la réserve de propriété (*所有权保留客体的思考*) », *Heibei law science* (*河北法学*), juillet 2006, p. 44 et s.

C.-H. LI (李储华)
« Comment traiter les questions sur la coexistence d'hypothèque et de cautionnement pour la garantie d'une même créance » (*同一债权上同时设立抵押与保证如何处理*)，*Journal of people's court* (*人民法院报*)，5 mai 2002

L.-M. LI (李黎明)
« De la prohibition du pacte commissoire (*论流质契约之禁止*) », *Journal of Hubei University of Economics(湖北经济学院学报)*, avr. 2010, n° 4, p. 74 s.

M.-F. LI (李明发)
« Des questions sur l'hypothèque (*抵押权若干问题探讨*) », *Hebei Law Science*(*河北法学*), 1998 (3)

Q.-Q. LI (李倩倩)
De la manifestation du principe de l'autonomie de la volonté dans les sûretés réelles (*论担保物权中意思自治原则的体现*)，thèse de l'Université d'Anhui, 2013

W. LI (李维)
« De la novation de la créance et des questions relatives (*债务更新及相关问题的探讨*) », *Law Science Magazine* (法学杂志), 2003 (5), p. 75 et s.

LI Yongjun (李永军)
« De l'effet de la procédure de la faillite et des réflexions (*我国《企业破产法》上破产程序开始的效力及其反思*) », *Law Science Magazine* (*法学杂志*), 2011 (2), disponible sur le site : http://article.chinalawinfo.com/ArticleHtml/Article_63405.shtml

C.-J. LIU (刘成江)

« Comment perfectionner la législation en matière de sûreté réelle »(*如何完善我国担保物权的立法价值*), v. disponible sur le site: http://m.law-lib.com/lw/lw_view.asp?no=10680.

G.-X. LIU (刘贵祥)
« Les questions à faire face dans le jugement et la pratique sur l'application de la Loi des droits réels (*物权法关于担保物权的创新及审判务实面临的问题*) » , *Journal of Law Application* (法律适用), n° 9, 2007

P. LIU（刘萍）
Successful models on movable collateral innotion in China(中国动产担保创新经典案例)

:China Citic Press (中信出版社), 2010, Pékin

OHMI Koji
Le droit réel des sûretés, Traduit par ZHU Ya, WANG Weijun, FANG Zhaorong, Law Press, 2001

Z.-Y. SONG (宋宗宇)
La recherche sur le régime des privilèges (*优先权制度研究*), thèse, South-west University of political science and law (*西南政法大学*), 2006. p. 145 et s.

D.-Y. SUN (孙东雅)
La recherche sur les privilèges de droit commun (民事优先权研究), thèse, China University of of political science and law (中国政法大学), 2003

J.-J. SUN (孙健军) et R.-Z. CAO (曹如中)
« De la nature et le contenu du principe de la prohibition de l'abus de droit (*试论禁止权力滥用原则的本质内涵*) », *JOURNAL OF NANJING PARTY INSTITUTE OF CPC AND NANJING ADMINISTRATION INSTITUTE (中共南京市委党校学报)*, 2004 (5), 47 à 49.

H.-Y. TANG (唐海燕)
« La recherche comparative de l'hypothèque flottante avec l'hypothèque de fonds » (财团抵押与浮动抵押之比较研究), *Journal of Sichuan College of Education* (四川教育学院学报), 2002(5), p. 39 et s.

B.-S. WANG (王宝树)
L'avant-projet sur les règles communes de droit commercial (中华人民共和国商事通则) : http://www.icaijing.com/laws/article4829211.

B. WANG (王炳)
« Du principe de la proportionnalité entre la difficulté de la création et la protection de la propriété intellectuelle (*论知识生产难度与知识产权保护成比例原则*) », *Industry into Economic Issues(经济问题探索)*, 2009 (9), p. 137 à 140.

C. WANG(王闯)
« Conflits et Innovation, des questions dans l'application du droit réel et droit des sûretés » (*冲突与创新 ——物权法与担保法衔接适用中的几个问题*) : http://wenku.baidu.com/view/bffa65c24028915f804dc2c4.html.

J. WANG (王捷)
« Des actes annulables prévus par la Loi de la faillite de la République populaire de Chine (*论《中华人民共和国企业破产法》中的可撤销的行为*) », *Entreprise Science And Technology & Development* (*企业科技与发展*), 2014 (7), p. 47 et s.

M.-Y. WANG (王名扬) et J.-B. FENG (冯俊波)
« Du principe de la proportionnalité (*论比例原则*) », *Presentday law science* (*时代法学*), 2005(4), p. 20 à 25

X.-X. WANG (王欣新)
« De la recherche des nullités dans la procédure de faillite (*破产撤销权研究*) », *China Legal Science* (*中国法学*), 2007 (5), p. 147 et s.

X. WANG (王旭)
De la recherche sur le régime du gage sur gage (*责任转质制度研究*), Mémoire, University of Zhengzhou, 2010

Y. WANG (王晔)
« De la nécessité de la levée de la prohibition du pacte commissoire (*论我国解禁流质契约的必要性*) », *JOURNAL OF CENTRAL SOUTH UNIVERSITY OF FORESTRY & TECHNOLOGY* (Social Sciences), déc. 2013, p. 102 s.

Z.-J. WANG (王泽鉴)
《Trente ans du droit des sûretés réelles mobilières (*动产担保交易法三十年*)》, *in* WANG Zejian : *王泽鉴法学全集*, Vol. 8 , China University of science politial and law Press (*中国政法大学出版社*), 2003, p. 334.

C.-X. WEN (文超祥) et W.-D. MA (马武定)
« On the institutional significance of proportion principle in the implementation of urban and rural plan (*论比例原则在城乡规划实施中的制定意义*) », *Urban Planning Forum* (*城市规划论坛*), 2013 (3), p. 70 à 76.

K.-F. WEN (温凯丰)
« Sur la faisabilité de la cession de créance à titre de garantie » (*浅析债权让与担保的可行性*), *Legality Vision* (*法制博览*), 2013 (6), p. 84 et s.

L. XU (徐磊)
« Legal analysis on the coexistence of guarantee and sponsion in the same creditor's

rignt » (*同一债权上保证与物的担保并存之法律分析—兼评«担保法»第28条与«担保法解释»第38条及«物权法»第176条*), *Law science magazine* (*法学杂志*), n° 3, 2008, p. 125 et s.

Z.-Y. XU (许增裕)

« De la réflexion sur le principe de la prohibition de l'abus de droit civil (*对禁止民事权利滥用原则的思考*) », disponible sur la site internet : http://article.chinalawinfo.com/ArticleHtml/Article_49416.shtml

B. XUE (薛波) et F.-Q. GUO (郭富清)

« On the Consortium Charge System Construction under the Civil Code Compiling » (*民法典编纂背景下财团抵押权制度之体系构建*), *Journal of Henan University of Economics and Law* (*河南财经政法大学学报*), 2015(4), p. 76 et s.

H. YANG (杨红)

« De l'autorisation du pacte commissoire par le droit réel chinois (*论我国物权法应承认流质契约*) », disponible sur : http://www.privatelaw.com.cn/Web_P/N_Show/?PID=3565.

C. YU (于春)

De la garantie flottante (*论浮动担保*), Mémoire de l'Université de Heilongjiang, 2001, disponible sur : http://cdmd.cnki.com.cn/Article/CDMD-10212-2001005497.htm.

D.-P. ZENG (曾大鹏)

« Les principes généraux du droit commercial : la promotion ou l'abandon de la distinction ou l'unification du droit civil et du droit commercial » (*商法通则：扬弃民商分立与民商合一*), 2008, (*北大法律信息网*), disponible sur : http://article.chinalawinfo.com:81/articles_print.asp?articleid=45412 .

X.-D. ZENG (曾晓东)

« De la recherche des questions portant sur la réserve de la propriété (*所有权保留制度若干问题探究*)», *Law and Economy* (*法制与经济*), 2013 (2), p. 19 et s.

C.-Q. ZHANG (张长青) et Z.-G. XI (席志国)

« La recherche sur la compatibilité de la cession à titre de garantie – L'affirmation ou non de la cession à titre de garantie par notre droit réel (*让与担保之妥适性研究--我国物权法是否应当确立让与担保制度*)», *Journal of China University of Political Science and Law*(*中国政法大学学报*), mars 2005, p. 169 s.

G.-W. ZHANG (张冠伟)

De la perfection du régime de An Jie (*论我国商品房按揭法律制度的完善*), Mémoire, University of Anhui (安徽大学), 2008

J. ZHANG (张经)

«Les trois principes dans l'application du principe de la liberté contractuelle (*"契约*

自由”原则在中国适用的三原则) », disponible sur : http://www.saic.gov.cn/yjzx/gzyj/gzyj_lltt/201203/t20120301_124354.html

Y.-L. ZHANG (张艳丽)
« L'analyse sur les éléments constitutifs des actes de nullité relative dans la procédure de faillite(*破产可撤销行为构成要件分析*) » , *Law Science Magazine* (*法学杂志*), 2007 (3), p. 71 et s.

J.-Q. ZHONG (钟金仟) et C.-X. SUN Changxing (孙昌兴)
« Financing Garantee : Transferring garantee system » (*论中小企业融资担保方式的案例：让与担保制度*), *Journal of Zhangjiakou Vocational and Technical College(张家口职业技术学院学报)*, décembre 2012, p. 17 et s.

J.-W. ZHU (朱景文)
« Le système du droit chinois : la structure, les spécialités et la tendance (*中国特色社会主义法律体系：结构、特色和趋势*) », *Chinese Social Science* (*中国社会科学*), 2011 (3)

X.-J. ZONG (宗学军)
« La théorie et la pratique de la vente avec la propriété réservée en Chine (*我国所有权保留买卖制度的理论与实践*) », *Xinjiang Social Science* (*新疆社会科学*), 2005 (2), p. 67 et s.

Droit réel, le contexte de la législation et des idées diverses, par Commission législative de la Comité permanent de l'Assemblée populaire nationale de Chine (*物权法，立法背景与观点全集， 全国人民代表大会常务委员会法制工作委员会民法室 编著*), Law press (*法律出版社*), 2007, Pékin

Site internet en français et en chinois:

http://baike.baidu.com/view/322907.htm: sur le principe d'équité

http://www.34law.com/lawfg/twsy/65/print_4789.shtml: sur L'explication de l'article 176 de la LDR.

https://www.banque-france.fr/fileadmin/user_upload/banque_de_france/La_Banque_de_France/pdf/Fiche_425_B-financement-des-stocks.pdf : Fiche n° 425-B de la Banque de France.

http://news.xinhuanet.com/world/2013-12/07/c_125821857.htm
http://www.banque-france.fr/ccsf/fr/publications/telechar/autres/chapitre2-athling-lcc.pdf
http://finance.chinanews.com/fortune/2012/08-20/4120307.shtml
http://money.163.com/13/0712/06/93IJ6CLI00253B0H.html

http://news.10jqka.com.cn/20130716/c536942953.shtml
http://npc.people.com.cn/GB/17488717.html)
http://www.hb.xinhuanet.com/newscenter/2009-03/04/content_15857449.htm;
http://npc.people.com.cn/GB/28320/116286/116591/6991706.html
http://www.lawtime.cn/info/pochan/grpc/2010062445844.html.
http://baike.baidu.com/view/3234552.htm
https://www.cia.gov/library/publications/the-world-factbook/fields/2129.html
http://www.cnki.net/KCMS/detail/detail.aspx?filename=N2008020029000132&dbname=CYFD&v=MDAxNTNPc09EMzVXdXg0UjdqMStUUW5yM3hZOWU3VGhNTldkWitkc0Z5bm5Vci9CSUZrUWFBPT1LMSs3SHJ1NEhOSE1yWVpGWg==
http://baike.baidu.com/view/3234552.htm.
http://france-inflation.com/graph_chomage.php#graphique_chomage.
http://baike.baidu.com/view/1297550.htm.
http://www.latribune.fr/actualites/economie/france/20130222trib000750452/980-euros-c-est-le-montant-mensuel-moyen-brut-de-l-indemnisation-chomage.html.
http://news.xinhuanet.com/politics/2012-02/09/c_122679984.htm;
http://finance.sina.com.cn/china/20131011/104616959086.shtml
http://www.npc.gov.cn/npc/zt/2008-12/23/content_1463573.htm.
http://www.chinadaily.com.cn/micro-reading/dzh/2013-07-17/content_9605267.html
http://politics.people.com.cn/n1/2015/1216/c1001-27937498.html
http://news.xinhuanet.com/fortune/2015-04/15/c_127692398.htm

La Jurisprudence et les commentaires:

Cass. Req., 18 mai 1831, S. 1931, 1, 221.
Cass. Req., 13 févr. 1834, *DP* 1834, I, p. 218; *S.* 1834, 1, p. 205; F. Terré, Ph. Simler et Y. Lequette, *Les grands arrêts de la jurisprudence civile*, t. 1, Dalloz, 11e éd. 2000, n° 60, p. 311 et s.
Civ., 26 déc. 1853, *DP*, 1855, 1, p. 200
Cass. Req. 5 nov. 1860, *DP*, 1861, I, p. 300
Cass. req. 16 avr. 1866, *D.* 1866. 1. 490.
Civ., 29 mai 1866, *S.* 1866, 1, 393.
Cass. Req., 25 oct. 1886, *S.* 1887, 1, p. 373.
Cass. Req., 19 mars 1872, *S.* 1872, 1, p. 238.
Req., 31 janv. 1883, *DP* 1883, 1, 316.
Civ., 12 déc. 1899, S. 1901, 1, p. 497, note A. Tissier.
Cass. civ. 9 janv. 1905, *S.* 1907. 1. 11 ; Cass. req. 10 mars 1915, *S.* 1916. 1. 5, note Ch. Lyon-Caen
Cass. req. 10 mars 1915, *S.* 1915, 1, 5, note Lyon-Caen ; *D.* 1916. 1. 241 ; *RTD civ.* 1915. 528 et *RTD civ.* 1916. 163, obs. R. Demogue.
Civ. 17 juin 1918, *S.* 1922, 1, 313, note Rousseau
Orléons, 5 déc. 1919, *DP* 1921, 2, 67.
T. com. Cherbourg, 6 janv. 1922, *Gaz. Pal.* 1922, 1, 369.
Com., 10 juin 1949, *Bull. civ.* I, n° 225 ; *JCP*, 1949, II, 5106, note R. Cabrillac
Civ. 1re , 17 nov. 1959, n° 58-11.375, *Bull. civ.* I, n° 480 ; *D.* 1960. Somm. 37 ; *RTD civ.* 1960. 138, n° 5, obs. H. Solus ; *Banque* 1980. 160, obs. X. Marin.
Civ. 3e, 4 avr. 1968, *Bull. civ.* III, n° 148.

Com., 11 juin 1968, *Bull. civ.* IV, n° 189
TGI Bordeaux, 13 févr. 1969, *D.* 1969, p. 334, note J. Ghestin.
Civ. 3e, 15 févr. 1972, n° 70-13.094, D. 1972, p. 463, note E. Frank.
Civ. 3e, 23 janv. 1973, n° 71-14.197, *Bull. civ.* III, n° 69 ; *D.* 1973, p. 427 ; *JCP* 1975, II, 18032 ; *Defrénois*, 1973, p. 1165.
Cass. com., 11 juin 1974, *Bull. civ.* IV, n° 190 ; Cass. com. 23 oct. 1984, *Bull. civ.* IV, n° 278.
Cass. Ass. Plén, 13 févr. 1976, *Bulletin des arrêts d'assemblée plénière*, n° 3 ; *D.* 1976, p. 237, concl. R. Schmelk, note F. Derrida, obs. A. Honorat ; *JCP* 1977, II, 18518, note Ch. Gavalda.
Civ. 3e, 14 déc. 1976, *Bull. civ. III*, n° 463.
Civ. 1re, 25 oct. 1977, *Bull. civ.* I, n° 388.
Com., 12 juin 1978, *Bull. civ.* 1978, IV, n° 159 ; *RTD com.* 1979, p. 275, obs. M. Cabrillac et J.-L. Rives-Lange.
Civ.1re, 21 juin 1978, n° 76-14.524, *Bull. civ.* I, n° 236
Civ. 1re, 7 févr. 1979, *Bull. civ*. *I*, n° 49.
Civ. 1re, 6 mars 1979, n° 77-11. 840, *Bull. civ.* I, n° 78; *JCP* 1979, II, 19140, concl. P. Gulphe ; *Defrénois* 1980, art. 32267, p. 590, obs. J.-L. Aubert.
Com., 15 mai 1979, *Bull. civ.* IV, n° 158
Com., 17 nov. 1982, *Bull. civ.* 1982, IV, n° 357; *JCP G* 1984, II, 20216, n° 8 et s., note Ph. Delebecque et Ch. Mouly; *Defrénois*, 1984, 368, obs. J.-L. Aubert.
Com., 3 nov. 1983, pourvoi n° 82-13.297 ; *RTD civ.* 1984, p. 526, obs. Ph. Rémy ; *JCP* 1984, II, 20234, note, J. Mestre
Civ. 3e, 18 janv. 1984, *D.* 1985, p. 504, note F. Zénati.
Civ. 3e, 21 févr. 1984, *Bull. civ. III*, n° 84.
Com. 19 févr. 1985, *Bull. civ. 1985, IV,* n° 68, p. 59 ; D. 1986, *inf. rap.* p. 169, 8e espèce, obs. F. Derrida.
CA Agen, 27 févr. 1985, *JCP* 1986. II, n° 20604, note A. M. Sohmbourgeois.
Civ. 1re, 18 avr. 1985, *Bull. civ.* 1985, I, n° 114 ;
CA Rouen, 6 mars 1986, *D. 1988*, Somm. 279, obs. Vasseur.
Civ. 1re, 4 mars 1986, *Bull. civ. I*, n° 53.
Cass. com., 15 mars 1988, n° 86-13.687, *RTD civ.* 1988, p. 791, obs. M. Bandrac ; *RD ban. et fin.* 1988, n° 8, p. 129, obs. F.-J. Credot et Y. Gérard ; *RD bancaire et fin.* 1988, n° 7, p. 103, obs. F. Dekeuwer-Defossez; *JCP G* 1989, II, 21348, note M.-L. Morançais-Demester ; *D.* 1988, jur., p. 330, note F. Pérochon ; *Banque* 1988, p. 699, obs. J.-L. Rives-Lange ; *Gaz. Pal*. 1988, 1, p. 244, note B. Soinne.
Cass. com., 11 juill. 1988, n° 87-10.834, *Bull. civ.* IV, n° 237, *RD ban. et fin.* 1988, n° 10, p. 206, obs. F. Dekeuwer-Defossez ; *RTD com.* 1988, p. 656, obs. M. Cabrillac et B. Teyssié, ; *Rev. proc. coll.* 1989, p. 66, obs. Ph. Delebecque, *RTD com.* 1988, p. 698, obs. A. Martin-Serf, *Banque* 1988, p. 932, obs. J.-L. Rives-Lange.
Com., 13 juin 1989, *Bull. civ.* 1989, IV, n° 183.
Com., 3 octobre 1989, *Bull. civ.* IV, n° 244 ; *JCP G*, 1990, II, 21454, note M. Behar-Touchais
Com., 14 novembre 1989, *Banque* 1990, 314
Com., 28 décembre 1989, *Bull. civ.* IV, n° 300 ; *Defrénois* 1990, 814, obs. L. Aynès.
Com., 26 févr. 1991 (3 arrêts), n° 89-12208, n° 89-15242, n° 89-18046.
Civ. 1re, 5 mai 1991, n° 89-17167.

CA Lyon, 7 mai 1992 : *BICC 1993*, n° 157.
Civ. 1re, 25 mai 1992, *Bull. civ.* 1992, I, n° 154.
Com., 16 févr. 1993, Bull. Civ. IV, n° 58; Defrénois 1993, art. 35617, n° 95, note L. Aynès
Com., 16 nov. 1993, *RJDA*, avril 1994, n° 438; *JCP E* 1994, *pan.* 106 ; *RTD com*, 1995, 291, obs. D. Villani.
Civ. 1re, 17 nov. 1993, *Bull. civ.* I, n° 322
Civ. 2e, 12 janv. 1994, *Bull. civ. II*, n° 22.
Com., 2 nov. 1994, *Bull. civ*. 1994, IV, n° 321; *Defrénois*, 1995, p. 423, obs. L. Aynès ; *JCP G* 1995, I, 3851, n° 13, obs. Ph. Delebecque.
Com., 8 nov. 1994, *RTD com. 1995*, p. 455, obs. Cabrillac.
Civ. 1re, 11 avr. 1995, *Bull. civ*. I, n° 165; JCP 1995, I, 3889, obs. Ph. Simler; *Cah. gest. patrimoine* 1995, 9, obs. F. Lucet, ; *D.* 1995, Somm. 327, obs. M. Grimaldi ; *D.* 1996, Somm. 204, obs. S. Piedelièvre ; *Defrénois* 1995, 1484, obs. G. Champenois ; *RTD civ.* 1997, 726, obs. B. Vareille
Com., 13 juin 1995, n° 93-18.375, *D.* 1996, p. 211.
Cass. com., 9 janv. 1996, n° 93-12.667, *JCP G* 1996, I, 3935, n° 19, obs. M. Cabrillac; *JCP E* 1996, I, 554; *RTD civ.* 1996, p. 436, obs. P. Crocq ; *D.* 1996, p. 184, note F. Derrida
Com. 9 avr. 1996, *D.* 1996. jur. 399, note C. Larroumet, et Somm. 385, obs. S. Piedelièvre ; *RTD civ.* 1996. 669 et 954, obs. P. Crocq ; *RTD com.* 1996. 509, obs. M. Cabrillac, et 1997. 135, obs. B. Bouloc.
Civ. 1re, 4 juin 1996, Bull. civ. 1996, I, n° 236.
Civ. 1re, 18 mars 1997, *Bull. civ.* 1997, I, n° 96 ;
Com., 20 mai 1997, *Bull. civ.* IV, n° 150 ; *RTD Com*. 1998 p. 192, note B. Bouloc
Civ. 1re, 6 juin 1997, *JCP G* 1997, IV, 1330
Com., 17 juin 1997, n° 95-14.105, *Bull. Civ*. IV, n° 188; *JCP E* 1997, II, 1007, note D. Legeais ; *Defrénois* 1997, 1424, obs. Aynès ; *RTD civ*. 1998, p. 100, obs. J. Mestre ; *RTD civ*. 1998, p. 157, obs. P. Crocq ; *RTD civ.* 1998, p. 421 ; *RTD com.* 1997, p. 662, obs. M. Cabrillac.
Civ 2e, 9 juill. 1997, *Bull. civ*. II, n° 217; *JCP G* 1998, I, 103, n° 29, obs. Ph. Delebecque; *Gaz. Pal.* 1998, 2, somm., p. 574, obs. M. Véron
CA Verseilles, 31 oct. 1997, *RTD civ.* 1998, 421, obs. P. Crocq.
CA Lyon, 16 janv.1998, *JCP G* 1999, I 116, n° 6, obs. Ph. Delebecque et Ph. Simler.
Civ. 1re, 13 mai 1998, *Bull. civ.* I, n° 172; *JCP N* 1998, 1667, note S. Piedelièvre ; *JCP* 1999, I, 116, obs. Ph. Simler; *RTD civ.* 1999, 152, obs. P. Crocq.
Com., 9 juin 1998, *Bull. civ.* IV, n° 9.
Cass. 1re civ., 17 nov. 1998, *Contrats, conc. consom.* 1999, comm. 48, note G. Raymond.
CA Paris, 27 nov. 1998, *JCP G* 1999, I 116, n° 6, obs. Ph. Delebecque et Ph. Simler ; *JCP G* 1999, II, 10092, obs. J. Casey ; *JCP E*, 1999, 105, obs. J. Casey.
Civ. 1re, 26 mai 1999, *JCP* 1999, I, 156, obs. Ph. Simler ; *RTD civ*. 1999, 366, obs. P. Crocq ; *Defrénois* 2000, 439, obs. G. Champenois ; *D.* 2000, 703, note V. Brémond ; *Dr. fam.* Juillet-août 1999, comm. N° 84, obs. B. Beigner ; *RJPF* 1999, n° 6/35, p. 18, obs. F. Vauvillé ; *Banque et droit*, sept.-oct. 2000, p. 43, obs. F. Jacob
CA Paris, 4 février 2000, *RJDA* 9 octobre 2000, n° 888.
CA Paris, 12 mai 2000, *Banque et droit* 2000, comm. 197, obs. J.-P. M.

Com., 10 oct. 2000, n° 97-12.910 ; *D.* 2000, AJ, p. 424; *JCP* 2001, I, 315, n° 18, obs. Ph. Delebecque.
Com., 29 mai 2001, n° 98-21.126: Juris-Data n° 2001-010018 ; *RTD civ.* 2001, p. 930, obs. P. Crocq ; *Contrats, conc. consom.* 2001, comm. 133, obs. L. Leveneur. - Cass. com., 5 nov. 2003, n° 00-21.357 : Juris-Data n° 2003-020806 ; *Bull. civ.* 2003, IV, n° 162 ; *D.* 2003, p. 2965 ; *RTD com*. 2004, p. 600, obs. A. Martin-Serf.
Com., 23 janvier 2001, *Bull. civ.* IV, n° 20 ; *D.* 2001, AJ. 779, obs. A. Lienhard
Com., 23 oct. 2001, *Bull. civ. IV*, n° 172 ; *D. 2001*, AJ 3430, obs. A. Lienhard.
Cass. 1re civ., 15 janv. 2002, *Bull. civ.* 2002, I, n° 16.
Com., 26 mars 2002, n° 98-23378.
Civ. 1re, 15 mai 2002, *Bull. civ.* 1, n° 127, 128 et 129 ; *JCP* 2002, I 162, n° 3, obs. Ph. Simler, et *JCP* 2002, II, 10109, concl. C. Petit, et note S. Piedelièvre ; *D.* 2002, 1780, note C. Barberot, et Somm. 333, obs. L. Aynès ; *Defrénois* 2002, 1208, obs. J. François, et *Defrénois* 2003, art. 37691, obs. Ph. Théry ; *RTD civ.* 2002, 546, obs. P. Crocq
L'arrêt Nahoum, Com. 8 oct. 2002, *Bull. civ.* IV, n° 136.
Com., 13 nov. 2002, n° 99-15.819 cité par Ph. Dupichot, *Le pouvoir des volontés individuelles en droit des sûretés*, préf. M. Grimaldi, éd. Panthéon-Assas, 2005, p. 532, note de bas pas n° 67.
Com., 19 nov. 2002, *Bull. civ.* 2002 IV, n° 172.
Civ. 1re, 29 nov. 2002, *Bull. civ.* 2002, I, n° 253.
Com., 18 mars 2003, *RTD com.* 2003, 418, obs. Ph. Delebecque
CE, 2 juillet 2003, *AJDA*, 2003, 1780, concl. G. Bachelier ; *JCP G* 2003, II, 10180, note, J. Martin et P.-Y. Nauleau ; *JCP éd. A* 2003, p. 1225, note J. Moreau ; *JCP G* 2004, I, 125, n° 1, obs, H. Perinet-Marquet; *RTD civ.* 2004, 324, obs. P. Crocq
Civ. 1re, 9 juill. 2003, n° 01-14.082, *Bull. civ*. I, n° 167.
Com., 24 sept. 2003, *JCP* 2004, I, 141, n° 5, obs. Ph. Simler
Com.,13 nov. 2003, *RD banc. fin. 2004*, n° 165, obs. Cerles ; RJDA 2004, n° 466.
Com., 2 juin 2004, pourvoi n° 01-15.140, *RD ban. et fin.* juill./août 2004, n° 164, obs. D. Legeais
Cass. 2e civ., 8 juill. 2004, JurisData n° 2004-024675; *Rev. proc. coll.* 2006, p. 27, n° 1, note S. Gjidara-Decaix
Ass. Plén. 6 déc. 2004, *D.* 2005, 227, note L. Aynès.
TGI Paris, 20 janv. 2005 : JurisData n° 2005-268748 ; *Contrats, conc. consom.* 2005, comm. 121, note G. Raymond
Cass. 1re civ., 10 févr. 2005, n° 02-04.102, JurisData n° 2005-026890 ; *Contrats, conc. consom.* 2005, comm. 121, note G. Raymond
Com., 15 nov. 2005, n° 03-18.437, *JCP G* 2006, I, 131, n° 14, obs. Ph. Simler; *Dr. & patr.* 2006, n° 145, p. 125, obs. Ph. Dupichot.
Cass., ch. mixte, 2 déc. 2005, *D.* 2006. AJ. 61, obs. V. Avena-Robardet, Jur. 729, concl. J. Sainte-Rose et note L. Aynès, Pan. 1414, obs. J.-J. Lemouland et D. Vigneau, et Pan. 2855, obs. P. Crocq ; *RTD civ*. 2006. 357, obs. B. Vareille, et 594, obs. P. Crocq ; *RTD com.* 2006. 465, obs. D. Legeais ; *JCP* 2005. II. 10183, note P. Simler ; *JCP E* 2006. 1056, note S. Piedelièvre ; *Banque et Droit* 2006. 55, obs. Jacob ; *Defrénois* 2006. 1600, obs. G. Champenois ; *RDC* 2006. 454, obs. M. Grimaldi, 458, obs. D. Houtcieff ; *adde*, B. Beignier, « Bicentenaire d'Austerlitz : le Trafalgar du cautionnement réel », *Dr. fam*. 2006. 10.

Civ. 1re, 13 déc. 2005, *JCP E* 2006, 2743, notre Lamoureux ; *RTD civ*. 2006, p. 557, obs. J. Mestre et B. Fages.
Civ. 3e, 15 févr. 2006, *Bull. civ.* III, n° 35 ; *D.* 2006. AJ. 716, obs. V. Avena-Robardet ; *RTD com.* 2006. 465, obs. D. Legeais ; *JCP* 2006. I. 195, obs. P. Simler ; *RD banc. fin.* 2006. 63, obs. D. Legeais
Com., 21 févr. 2006, *Bull. civ.* IV, n° 42 ; *D.* 2006. Jur. 1543, note V. Bonnet ; *RTD com.* 2006. 465, obs. D. Legeais ; 7 mars 2006, *Bull. civ.* IV, n° 59 ; *D.* 2006. AJ. 782, obs. A. Lienhard ; *RTD com.* 2006. 465, obs. D. Legeais, et 660, obs. A. Martin-Serf ; *RD banc. fin.* 2006. 101, obs. D. Legeais
Cass. 2e civ., 22 mars 2006 , JurisData n° 2006-032867 ; *RTD com*. 2006, p. 680, note G. Paisant
Com., 3 mai 2006, n° 04-17.283, 04-17.396, JurisData n° 2006-033319 ; *Bull. civ.* 2006, IV, n° 104 ; *D*. 2006, 1693, note D. Houtcieff ; *Defrénois* 2006, p. 1386, obs. S. Piédelièvre
Civ. 1re, 5 juillet 2006, *Bull. civ*. 2006, I, n° 357; *JCP G* 2006, I, n° 176, obs. A.-S. Barthez.
Com. 7 juin 2006, *RD Banc. fin. 2006*, n° 187, obs. Crédot et Samin.
Cass. 2e civ., 14 déc. 2006, n° 05-04.051, JurisData n° 2006-036452; *Bull. civ.* 2006, II, n° 355; *D.* 2007, p. 891, obs. V. Vigneau; *RTD com.* 2007, p. 245, note G. Paisant ; Cass. 2e civ., 22 mars 2007, *Contrats, conc. consom.* 2007, comm. 194, note G. Raymond; Cass. 2e civ., 5 févr. 2009, *Rev. proc. coll.* 2009, comm. 65, note S. Gjidara-Decaix.
Civ. 2e, 17 janv. 2007, *D.* 2008, 576, obs. P.-M. Le Corre.
Civ. 1re, 20 févr. 2007, *D.* 2007. AJ. 937, obs. V. Avean-Robardet et Pan. 2126, obs. J. Revel ; AJ Famille 2007. 229. obs. P. Hilt ; *JCP* 2007. IV. 1632.
Cass. 2e civ., 8 mars 2007, Bull. civ. II, n° 62
Com., 13 mars 2007, *D.* 2008, 576, obs. P.-M. Le Corre.
Cass. 2e civ., 22 mars 2007, *Rev. proc. coll.* 2007, p. 208, n° 1, note S. Gjidara-Decaix.
Com., 5 juin 2007, *Bull. civ.* 2007, IV, n° 154.
Cass. 2e civ., 7 juin 2007, JurisData n° 2007-15732 ; *Rev. proc. coll.* 2007, p. 208, n° 2, note S. Gjidara-Decaix
Civ. 1re, 28 juin 2007, n° 06-13714.
Com., 9 oct. 2007 : *Bull. civ. IV*, n° 215; *D. 2007*, AJ 2615; *RTD com. 2007*, p. 423, obs. D. Legeais.
Com., 11 déc. 2007, n° 06-14.486, F-D : JurisData n° 2007-041960 ; *Act. proc. coll.* 2008-2, comm. 26
CA Angers, 5 févr. 2008, JurisData n° 2008-367837 ; *Rev. proc. coll.* 2009, comm. 65, note S. Gjidara-Decaix.
Colmar, 18 mars 2008, JurisData n° 2008-361772.
Civ. 1re, 7 mai 2008, n° 07-11.692, P+B ; *RLDC* 2008 (« Qui dit sûreté réelle pour autrui, dit l'absence de disproportion de l'engagement … »), 50 ; *D.* 2008, p. 2036, obs. S. Piedelièvre (« Pas de disproportion pour les sûretés réelles pour autrui ») ; *Bull. civ.* 2008, I, n° 125 ; *JCP G* 2008, I, 211, n° 16, obs. Ph. Delebecque ; *RTD civ.* 2008, p. 700, obs. P. Crocq.
Com., 3 juin 2008, n° 07-11.785, *Bull. civ.* IV, n° 114 ; *RTD civ.* 2008, p. 701, note P. Crocq.
CA Paris, 13 janv. 2009, JurisData n° 2009-001374; *Rev. proc. coll.* 2009, comm. 65, note S. Gjidara-Decaix.

Paris, 28 janv. 2009, *RTD civ.* 2009, p. 529, obs. B. Fages
CA Paris 24 févr. 2009, JurisData n° 2009-002761.
Com. 24 mars 2009, n° 08-13.034, *Bull. civ*. IV, n° 43; D. 2009, AJ. 943, obs. V. Avena-Robardet ; *RTD Com.* 2009, p. 425, note D. Legeais
CA Paris 12 mai 2009, JurisData n° 2009-0017196.
Cass. 2e civ., 15 juin 2009, JurisData n° 2009-046527; *Rev. proc. coll.* 2009, comm. 65, note S. Gjidara-Decaix.
Civ. 1re, 5 nov. 2009, *CCC 2010*, n° 59, obs. Raymond; *RLDC 2010*, 37, obs. J.-J. Ansault
Com., 12 jan. 2010, *Bull. civ.* IV, n° 2 ; *D.* 2010, 266, obs. Delpech
Paris, 25 févr. 2010, n° 09/22756, *D. 2010*. AJ. 579, obs. R. Dammann ; *Rev. proc. coll.* 2010, comm. n° 152, note B. Saintourens ; *JCP E* 2010. 1475, note B. Saintourens ; *LPA* 9 mars 2010, p. 12, note G. Teboul. V. également M. Menjucq, Affaire Heart of La Défense : incertitudes sur le critère d'ouverture de la procédure de sauvegarde, *Rev. proc. coll.* 2010, étude n° 11 ; O. Puech et G. Saint Marc, L'affaire Coeur Défense, quelles leçons pour la finance structurée en France ?, *Rev. Banque*, n° 723, avr. 2010, p. 4 ; H. Kensicher, Avant et après la sauvegarde Coeur Défense, *Décideurs : stratégie finance droit avr.* 2010, p. 70.
Versailles, 2 déc. 2010, *Gaz. Pal.* 30 et 31 mars 2011, p. 21, obs. Ch. Albiges.
Cass. 2e civ., 20 janv. 2011 n° 09-72.537, *RD bancaire et fin.* 2011, comm. 108, obs. S. Piedelièvre.
Com. 1er fév. 2011, *Bull. civ. IV*, n° 10 ; *D. 2011*, Actu. 508, obs. Delpech ; *RTD com. 2011*, 395, obs. Legeais ; *JCP E 2011*, n° 1394, spéc. n° 2, obs. Stoufflet ; *Gaz. Pal. 2011*, 1758, obs. Houin-Bressand ; *RJDA 2011*, n° 456 ; *RD banc. fin. 2011*, n° 98, obs. Cerles.
Com. 8 mars 2011, FS-P+B+R+I, n° 10-13.988, *D.* 2011. 743, obs. A. Lienhard, 919, note P.-M. Le Corre, 1441, chron. L. Arcelin Lécuyer, et 2069, obs. F.-X. Lucas; *Rev. sociétés 2011*. 404, étude B. Grelon; *RTD civ.* 2011. 351, obs. B. Fages ; *RTD com.* 2011. 420, obs. J.-L. Vallens.
Com., 15 mars 2011, n° 10-40.073 (n° 374 QPC), *D.* 2011, actu. 815.
Paris, 3 mai 2011, n° 10/13656, *D.* 2012. Pan. 1908, obs. D. R. Martin et H. Synvet ; *RTD civ.* 2011. 785, obs. P. Crocq ; *JCP E* 2006. 626, n° 23, obs. P. Simler et P. Delebecque.
CA Pau, 7 avr. 2011, n° 10/00430, *Gaz. Pal.* 16 juin 2011, n° 167, p. 9, obs. Ch. Albiges.
Com., 13 sept. 2011, n° 10-17.569, *RLDC* 2011, p. 87, note J.-J. Ansault
Civ. 3e, 23 mai 2012, n° 11-13.202, *D.* 2012. 1934, note L. d'Avout, et 2128, spéc. 2138, obs. B. Mallet-Bricout ; *RTD civ.* 2012. 553, obs. T. Revet ; *JCP* 2012. 930, note W. Dross ; *LPA* 2012, n° 213, p. 12, note J.-J. Barbièri ; *Defrénois* 2012. 1057, obs. F. Danos.
CA Lyon, 18 oct. 2012 : *D.* 2013, p. 1706, obs. P. Crocq
Civ. 3e, 23 janv. 2013, n° 11-25.676 (n° 52 FS-D), *AJDI* 2013, p. 347, obs. F. de la Vaissière.
Com. 19 févr. 2013, n° 11-21.763, *R.* p. 584; *Bull. civ.* IV, n° 29; *D.* 2013. 1176, chron. H. Guillou ; *RTD civ.* 2013, 418, obs. P. Crocq ; *RTD com.* 2013, 328, obs. B. Bouloc ; *JCP* 2013, n° 539, note Martial-Braz ; *Dr. et patr.* Juill.-août 2013, p. 24, obs. D'avout et Danos ; *Gaz. Pal.* 2013, 953, obs. D. Mignot ; *RLDC* 2013/103, n° 5047,

obs. Gijsbers ; M. Bourassin, « La force d'attraction du gage des stocks », *D.* 2013, Chron. p. 1363.
CCC 13 juin 2013, n° 2013-672 DC, *Revue des contrats*, 2013/4, p.1285 s. note C. Pérès.
Civ. 1re, 15 oct. 2013, n° 12-14.944, **13-10.463**, JurisData n° 2013-022742 ; *Dr. et patrimoine* 2014, n° 233, p. 70, obs. Ph. Dupichot ; *D.* 2014, p. 187, note L. Saenko ; *Bull. Joly Entreprises en Difficulté*, nov. 2013, n° 6, p. 373 ; *JCP E* 2013, 1679, n° 17, obs. Ph. Delebecque.
Com., 26 nov. 2013, n° 12-27.390, JurisData n° 2013-027323 ; *RTD civ.* 2014, p. 158, obs. P. Crocq
CA Paris, pôle 5, ch. 9, 27 févr. 2014, *JCP E* 2014, 1218, note Y. Paclot.
Civ. 2e, 27 février 2014, n° 13-10.891 (n° 310 F-P+B), JurisData n°2014-003260, *D.* 2014, p. 1081, obs. D. R. Martin ; *RD ban. et fin.* n° 3, mai 2014, comm., 113, commentaire S. Piedelièvre.
CA Paris, 27 février 2014, n° 13/03840 : *D.* 2014. 924, obs. C. Gijsbers; *ibid*. 1610, obs. P. Crocq; *ibid*. 2136, obs. D. R. Martin et H. Synvet.
Civ. 2e, 4 sept. 2014, n° 13-11.887 P, *D.* 2014, 1824.
Com. 17 févr. 2015, FS-P+B, n° 13-27.080.
Cass., ass. plén., 7 déc. 2015, n° 14-18.435: *D.* 2015. 2556.

Dictionnaires:

Dictionnaire de la langue française, Le Petit Robert, Paris.

G. Cornu
Vocabulaire juridique, PUF, 2011, Paris.

A.-J. Arnaud (dir.)
Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit, LGDJ, 1993, Paris

Le Petit Larousse Illustré, Larousse 2012, Paris

Index

A

Accessoire :
-Caducité 90 et s.
-De la créance 65, 66
-Extinction 90 et s.
-Notion des – 63
-Origine de l'- 63
Action directe 1189
Action en revendication
-Chinoise 873
-Française 1037, 1039, 1045, 1063
Action paulienne 608, 1558, 1725
Aéronef 250, 814, 848,
Aliénation fiduciaire 79, 420, 707, 1495
Annulation ou modification (du contrat en Chine) 202, 203, 204
Attribution conventionnelle (V. pacte commissoire)
Attribution judiciaire 88, 155, 290, 396,460, 465 et s., 631 et s.
Aval 119 et s., 141 et s.

B

Bénéfice de discussion 1414, 1444
Bénéfice de division 1414, 1444
Bénéfice de subrogation 1445 et s.
Bien (notion) 28 et s.
Bordereau Dailly 258, 1090,

C

Caisse de crédit municipal 1881
Cautionnement (chinois) :
-Ordinaire 1368, 1374 et s.
Cautionnement réel (français)
-Bénéfice de discussion 1444
-Conventionnel 1405 et s.
-Définition 1342
-Effets (voulus) 1406 et s.
-Recours de la caution 1440 et s.
-Solidaire 1441
Cession de créance 1084 et s.
Chose 26
Clause d'inaliénabilité 442
Compensation 115, 461, 837
Compte d'instrument financier 306, 816
Créances professionnelles (v. Bordereau Dailly)
Crédit 5
Crédit-bail 22, 432 et s.

D

Dation en paiement (v. Zhe Jia)
Dépossession 951 et s.
Dian Dang 549 et s.
Droit d'auteur 917
Droit de gage général 240, 449
Droit de rétention 1147 et s.
Droit réel
-Catégories 400, 407 et s.
-Concept 423
-*Numerus clausus* (des droits réels) 393, 397, 399, 400 et s., 407 et s.
Droit sur la valeur 1038, 1124, 1289

E

Explication judiciaire (en droit chinois) 112
Extinction 90 et s.

F

Fichier :
-Négatif 1842
-Positif 1842 et s.
Fiducie-sûreté 61, 116, 155, 200, 277 et s., 840, 1080 et s., 1107 et s., 1114 et s., 1121 et s., 1136 et s.,

Floating charge (régime anglais) 1505 et s.
-Chinoise (impertinence de la qualification) 1563 et s.
Fongibilité 263 et s.

G

Gage
-Avec dépossession 195, 260, 753, 824, 950, 960, 970 et s.
-Commercial 252 et s., 893, 910
-Des stocks 825 et s.
-D'espèce 533, 1000
-De droits (chinois) 888 et s.
-De meubles (chinois) : 395, 728, 847,
-Dépossession 849
-Notion :
-Chinoise 852
-Française 1252

H

Hypothèque :
-Aérienne 250, 848
-A montant maximal (chinoise) 365 et s.
-Flottante (chinoise) 310, 406, 858 et s.
-Ordinaire (chinoise) 897 et s.
-Québécoise (notion) 22
-Rechargeable (française) 657 et s.
-Transmission (autonome) 703 et s.

I

Instruments financiers 160, 816, 976, 998

L

Liquidation judiciaire (v. procédures collectives).
Logiciel 816, 1256

M

Mise à disposition 989, 991, 1133, 1136

N

Nantissement
-Des comptes d'instruments financiers 160, 816, 976
-Des créances 256, 832 et s.
-Des créances professionnelles 255, 338, 662, 941, 968
-Des films 816, 1256,
-Du fonds artisanal 254, 816, 1518
-Du fonds de commerce 254, 268 et s.
-Notion (chinoise) 32
Navire 848, 850, 868, 892, 1208
Novation
-Chinoise 692 et s.
-Française 685 et s.

O

Obligation d'information (cautionnement)

P

Pacte commissoire 1220 et s.
Privilège 27
Procédures collectives :
-Cautionnement réel 1454 et s.
-Déclaration de créance 1131, 1395
-Liquidation judiciaire 306, 460, 599, 633,
-Redressement judiciaire 580, 599, 632, 991, 1136, 1178 et s., 1190,
Promesse :
-D'hypothèque 454
Proportionnalité :
-cautionnement 141 et s.
-hypothécaire 150 et s.
-généralisation 190 et s.
Propriété réservée 262, 1485,
Propriétés-sûretés 1205 et s.
Purge 912, 956, 1321, 1330

R

Redressement judiciaire (v. procédures collectives).
Réserve de propriété (v. propriété réservée).
Rétablissement personnel (v. surendettement).

S

Sauvegarde (procédures collectives).
Security Interest 21
Spécialité 239 et s., 1478 et s.
Subrogation réelle 293 et s.
Surendettement :
-Absence d'exigence d'égalité des créanciers 1858
-Rétablissement personnel 1050, 1634 et s., 1638, 1652 et s.
Sûretés réelles :
-Mobilières (notion) 26
-Notion retenue 19

T

Transmission (accessoire) 78 et s.

U

Usufruit 280, 529 et s.

V

Valeur :
-Conservation de la (d'objet des sûretés) 751 et s.
-D'échange 1303
-D'utilisation 1303
-Evaluation 766 et s.

W
Warrant :
-Agricole 1523 et s.
-Hôtelier 1527 et s.
-Notion 1520
-Pétrolier 1529 et s.

Z

Zhe Jia 461, 534, 1282

Table des Matières

Abréviations des intitulés de revues 7

Sommaire 9

Introduction générale 13

Partie première – Les principes directeurs des sûretés mobilières confontés à la liberté contractuelle 40

Sous-partie 1 – Les principes fondamentaux du droit des sûretés mobilières 44

Titre I – Le principe d'accessoire 46

Chapitre 1 – Le caractère accessoire inhérent aux sûretés réelles mobilières. 50

Section 1 – Le caractère de l'accessoire au moment de la constitution d'une sûreté mobilière 51

§1 – La naissance de la sûreté mobilière en France : un droit au service exclusif de la créance garantie 51

§2 – La naissance de la sûreté mobilière en Chine : par un contrat accessoire du contrat principal 53

Section 2 – La maxime *accessorium sequitur principaple* au moment de la transmission de la créance garantie 54

§1 – La transmission des accessoires avec la créance en France 55

§2 – La transmission des accessoires avec la créance en Chine 58

Section 3 – La nécessité de la défaillance du débiteur pour la mise en œuvre des sûretés mobilières. 61

Section 4 – L'anéantissement des sûretés réelles mobilières en cas de la nullité ou l'extinction de la créance garantie. 63

Conclusion du Chapitre 1 65

Chapitre 2 – Un régime caractérisé par la flexibilité notable. 66

Section 1 – L'éviction de la règle de l'accessoire au profit du maintien l'efficacité de la sûreté réelle 67

§1 – L'exclusion de la règle de l'accessoire au profit du maintien de l'efficacité des sûretés réelles imposées par le législateur 67

§2 – L'exclusion de la règle de l'accessoire au profit du maintien de l'efficacité des sûretés réelles imposées par la jurisprudence 71

Conclusion de la Section 1 74

Section 2 – L'éviction de la règle de l'accessoire imposée aux parties au profit du maintien de l'équilibre global de l'opération 76

§1 – L'éviction législative de la règle de l'accessoire au profit du maintien de l'équilibre global de l'opération 76

§2 – L'éviction prétorienne de la règle de l'accessoire au profit du maintien de l'équilibre global de l'opération 78

A – Le maintien de l'aval par acte séparé en cas de remplacement d'un effet par un autre afin de réaliser une modification d'échéance 78

B – Le maintien des accessoires de la créance en cas de nullité du contrat de prêt 80

Conclusion de la section 2 84

Conclusion du Chapitre 2.....84

Conclusion du Titre I 85

Titre II – Le principe de proportionnalité.....86

Chapitre 1 – La recherche de l'idée de la proportionnalité dans les dispositions légales relatives aux sûretés réelles mobilières.....92

Section 1 – La proportionnalité française, d'une exigence du droit des sûretés personnelles à une exigence du droit des sûretés réelles ? 93

§1 – L'apparition de la proportionnalité en droit des sûretés personnelles 93

§2 – L'extension de l'exigence de proportionnalité au droit des sûretés réelles. 99

Conclusion de la section 1 107

Section 2 – La proportionnalité chinoise, une règle spécifique pour le droit de rétention.....108

§ 1 – Absence d'exigence de la proportionnalité au moment de la constitution de sûreté réelle mobilière. 112

§ 2 – Existence d'exigence de la proportionnalité au cours de la vie d'une sûreté réelle mobilière.....113

§ 3 – Existence d'exigence de la proportionnalité au moment de l'exécution d'une sûreté réelle mobilière.....114

Conclusion de la section 2 119

Conclusion du Chapitre 1.....120

Chapitre 2 – La recherche d'une possibilité et de moyens de généraliser le contrôle de la proportionnalité comme principe des sûretés réelles mobilières 121

Section 1 – Recherche sur la nécessité de l'exigence de la proportionnalité comme principe.....122

§1 – Le gaspillage de crédit causé par le choix abusif de sûreté réelle .123

§2 – Le gaspillage de crédit causé par la limitation de grever le bien affecté.....127

Conclusion de la section 1 130

Section 2 – Recherche sur le moyen d'exercice du contrôle de la proportionnalité.....131

§1 – Le moyen de sanction de l'abus commis au moment de la réalisation d'une sûreté réelle.....131

A – Les sanctions françaises de l'abus dans la réalisation d'une sûreté réelle.....131

B - La sanction chinoise de l'abus dans la réalisation d'une sûreté réelle.....133

§2 – Le moyen de sanction de l'abus commis dans la constitution d'une sûreté réelle conventionnelle.....135

A – En droit français 136

B – En droit chinois 140

Conclusion de la section 2 142

Conclusion du Chapitre 2.....142

Conclusion du Titre II :.....144

Titre III – Principe de spécialité des sûretés réelles mobilières 145

Chapitre 1 – La spécialité quant aux biens grevés.....153

Section 1 – L'exigence d'individualisation du bien grevé lors de la constitution : une exigence maintenue.....154

§1 – L'individualisation des corps certains : une exigence persistant..155

A – Individualisation avant la constitution de la sûreté réelle.....155

B – Individualisation au moment de la constitution de la sûreté réelle 161

§2 – L'individualisation des biens fongibles : une exigence adoucie....163

A – Le recours à la notion de l' « universalité de fait ».....165

B – L'exigence d'une description générale par qualité, quantité et valeur.....167

Conclusion de la section 1 : 170

Section 2 – L'exigence de la maintenance de l'affectation du bien grevé : une exigence à supprimer.....170

§1 – L'effet de l'exigence d'identité du bien grevé et le bien réalisé....171

A – L'exigence d'identité en cas de sûreté réelle avec dépossession 172

B – L'exigence d'identité en cas de sûreté réelle sans dépossession.173

§2 – Les exceptions généralisées : vers la disparition de l'exigence sur la maintenance de l'affectation du bien grevé 176

A – La généralisation de la subrogation réelle.....176

B – La subrogation réelle, futur principe directeur des sûretés réelles 181

Conclusion de la section 2 et du Chapitre 1 :.....184

Chapitre 2 – La spécialité quant à la créance garantie.....185

Section 1 – Le maintien de l'exigence de la spécialité quant à la créance garantie en France.....189

§1 – L'exigence de la détermination des créances garanties présentes .190

A – L'exigence de la détermination des créances garanties dans les sûretés réelles préférentielles 191

B – L'exigence de la détermination des créances garanties présentes dans les sûretés réelles exclusives.....194

§2 – L'exigence de la déterminabilité des créances garanties futures 197

Conclusion de la Section 1 :.....200

Section 2 – L'existence de l'exigence de la spécialité quant à la créance garantie en Chine ?.....201

§1 – Le principe de l'exigence de la détermination de la créance garantie 201

A - L'exigence de la détermination de la créance garantie par les mentions obligatoires 202

B - L'exigence de la pérennité de la créance garantie 204

§2 – L'absence de généralisation de la possibilité de garantir des créances futures 205

A – La sûreté réelle pour une créance future : une forme particulière de sûreté réelle sans dépossession effective 205

B – Sûreté réelle pour une créance future : une créance future mais déterminable.....207

Conclusion de la section 2 209

Conclusion du Chapitre 2.....209

Conclusion du Titre III: 211

Conclusion de la sous-partie 1.....212

Sous-partie 2 – L'aménagement des sûretés réelles mobilières par la volonté individuelle 213

Titre I – Le principe de la liberté contractuelle en droit des sûretés réelles mobilières 217

Chapitre I – La liberté contractuelle en droit des sûretés mobilières.....222

Section 1 – La liberté dans la formation des sûretés réelles mobilières 224

§1 – La reconnaissance de nouvelles sûretés réelles par le législateur..225

A – La reconnaissance de nouvelles sûretés réelles mobilières préférentielles: influence du législateur 225

B – La reconnaissance de nouvelles sûretés réelles mobilières : influence des volontés individuelles 235

§2 – La validité de différent montages juridiques de garantie réelle.....242

A – La validité des montages servant au renforcement des chances de paiement.....242

B – Les effets significatifs : un renforcement de la liberté contractuelle 245

Conclusion de la section 1 248

Section 2 – La liberté dans la réalisation de sûreté réelle mobilière.....249

§1 – Un choix discrétionnaire du mode de réalisation.....249

A – La nature de l'option.....249

B – Un caractère discrétionnaire.....253

§ 2 – Une liberté dans la modification de rang de préférence. 256

A – La notion de la convention modificative de rang de préférence .257

B – Les différentes conventions modificatives de rang.....260

Conclusion de la section 2 263

Conclusion du Chapitre I 264

Chapitre II – L'évolution du principe de la liberté contractuelle en droit chinois des sûretés réelles mobilières 265

Section 1 – La liberté contractuelle chinoise : un principe du droit commun 268

§1 – Une règle générale du droit commun.....268

A –La liberté contractuelle en doctrine chinoise 268

B –La liberté contractuelle matérialisée par les différents textes légaux chinois 274

§2 – Une règle en conflit avec le principe de *numerus clausus* des droits réels 276

A – Les droits réels chinois et le principe de *numerus clausus* 276

B – La limitation de la liberté contractuelle par le principe de *numerus clausus* 280

Conclusion de la section 1 284

Section 2 – La liberté contractuelle chinoise en droit de sûreté réelle mobilière 286

§1 – Une liberté constatée dans la pratique 286

§2 – Une liberté renforcée par la réforme de 2007 293

§3 – La liberté contractuelle chinoise : une perfection proposée 296

A – La levée de la prohibition du pacte commissoire 296

B – La possible conciliation entre les parties en cas d'existence de sûreté réelle et de sûreté personnelle 296

C – L'élargissement du domaine d'application du gage des droits. .. 298

Conclusion de la section 2 301

Conclusion du Chapitre 2 302

Conclusion du Titre I 303

Titre II – La liberté contractuelle face aux principes généraux du droit des sûretés réelles mobilières 304

Chapitre I – La liberté contractuelle face aux règles d'ordre public 305

Section 1 - Les nullités de la période suspecte et la liberté contractuelle .. 306

§1 Les nullités de la période suspecte 307

A – La nullité absolue 307

B – La nullité relative 310

§ 2 – Les sûretés réelles mobilières résistantes aux nullités de la période suspecte 314

Conclusion de la section 1 317

Section 2 – L'interdiction de paiement et la suspension des poursuites personnelles 317

§1 – Le principe de l'interdiction de paiement et des voies d'exécution 319

§2 – Les sûretés réelles résistant à la procédure collective 321

A – Les sûretés réelles permettant d'exclusion de l'interdiction de paiement 322

B – Les sûretés réelles permettant un droit contre des tiers 324

Conclusion de la section 2 325

Conclusion du Chapitre I 325

Chapitre II – Les volontés individuelles face au principe de l'accessoire 327

Section 1 – Le contournement des effets du principe de l'accessoire opter certaines sûretés réelles particulières 328

§1 – Le contournement effectué par le choix d'une sûreté réelle rechargeable 328

A – Les sûretés réelles rechargeables françaises : l'hypothèque et fiducie-sûreté 328

B – Les sûretés réelles rechargeables chinoises : hypothèque plafonnée et gage plafonné 333

§2 – Le contournement effectué par des techniques contractuelles 337

A – L'admission de la validité d'une sûreté réelle sans créance garantie déterminée 337

B – L'admission de substitution de créance garantie 341

Conclusion de la section 1. 346

Section 2 – L'éviction de la transmission accessoire 347

§1 – La transmission autonome de l'accessoire 347

A – Les conventions portant transmission autonome de l'hypothèque 348

B – L'extension de la transmission autonome à d'autres sûretés réelles 351

§2 – L'éviction de la transmission de plein droit de l'accessoire avec la créance garantie 352

A – En droit français 352

B – En droit chinois 357

Conclusion de la section 2 360

Conclusion du Chapitre 2.....361

Chapitre 3 - Les volontés individuelles face au principe de proportionnalité363

Section 1 – La proportionnalité voulue par les parties contractuelles 364

§1 – La Clause d'arrosage.....365

§2 – Complément conventionnel de gage 366

Conclusion de la section 1 370

Section 2 – La proportionnalité non voulue par les parties contractuelles 370

§1 – Le champ d'application étroite de la réduction hypothécaire 371

A – L'inscription unilatérale et excessive d'une hypothèque légale .372

B – L'évaluation unilatérale et exagérée de la créance garantie par une hypothèque conventionnelle 373

§2 – L'absence de conflit direct entre le principe de proportionnalité et la liberté contractuelle.....374

A – L'absence de contrôle de proportionnalité au moment de la conclusion : Une protection de l'impulsion contractuelle 375

B – La présence de contrôle de la proportionnalité au moment de la réalisation : Une forme particulière d'exigence de bonne foi.....377

Conclusion de la section 2 381

Conclusion du Chapitre III.....382

Conclusion du Titre II 383

Conclusion de la sous-partie 2 385

Conclusion de la Première partie. 387

Partie seconde – Les techniques spécifiques des sûretés mobilières 389

Titre I – Les influences d'origine française 391

Chapitre préliminaire – La pluralité des régimes de sûretés réelles mobilières en France et en Chine 394

Section 1 – Droit français des sûretés réelles mobilières : d'une complexité à une complexité accrue 394

A – Une hétérogénéité des régimes à cause de la diversification des biens 396

B – Une hétérogénéité des régimes choisie par le législateur 398

Conclusion de la Section 1 406

Section 2 – Droit chinois des sûretés réelles mobilières : d'une simplicité relative à la complexité 407

§1 – Une simplicité relative avant la réforme de 2007 408

A - Simplicité des sûretés réelles portant sur les meubles corporels . 408

B – La simplicité relative des sûretés réelles chinoises portant sur les droits 411

§2 – Une diversité accrue après la réforme de 2007 413

A – Incorporation de nouvelles sûretés réelles mobilières réalisées par le législateur chinois 414

B - Incorporation de nouvelles sûretés réelles mobilières voulues par la doctrine chinoise 416

Conclusion du chapitre préliminaire 422

Chapitre 1 – Les différentes classifications des sûretés réelles mobilières ...423

Section 1 – Une distinction entre les sûretés réelles portant sur les meubles corporels et les sûretés réelles portant sur les biens incorporels.....425

§1 – Une distinction choisie par le droit français et le droit chinois.....425

§2 – Une insuffisance de la distinction basée sur la nature de l'assiette426

A – Une absence de droit commun des sûretés réelles portant sur les meubles corporels 427

B – Une absence de droit commun des sûretés réelles portant sur les meubles incorporels 433

Conclusion de la section 1 441

Section 2 – La distinction entre les sûretés réelles civiles et les sûretés réelles commerciales 442

§1 – La possible distinction entre les sûretés réelles mobilières civiles avec les sûretés réelles mobilières commerciales 442

A – La possibilité d'une distinction en France 442

B – La possibilité d'une distinction en Chine.....444

§2 – La distinction insatisfaisante des sûretés réelles mobilières de droit commun avec les sûretés réelles mobilières commerciales 448

A – Les effets insatisfaisants de la distinction française.....449

B – Les effets insatisfaisants prévisibles de la distinction chinoise...451

Conclusion de la section 2 452

Section 3 – La distinction entre les sûretés réelles préférentielles et les sûretés réelles exclusives 453

§1 – Une distinction nécessaire au regard de la nature du droit accordé au créancier.....455

A – La résistance de la possible distinction en présence d'un pacte commissoire 455

B – La résistance de la possible distinction en présence d'un droit de rétention particulier.....459

§2 – Une distinction non nécessaire au regard des autres règles applicables.....460

Conclusion de la section 3 464

Section 4 – La distinction entre les sûretés réelles constituées avec ou sans la perte d'utilités du bien grevé.....465

§1 – L'insuffisance de la *summa divisio* des sûretés réelles mobilières avec ou sans dépossession 467

A – L'insuffisance de la dépossession au regard des droits dispositifs 469

B – La résistance de l'importance de la dépossession 472

§2 – Une *summa divisio* renouvelée : les sûretés réelles mobilières avec ou sans la perte d'utilités du bien grevé.....475

A - La présentation de la classification effectuée avec le nouveau critère 476

B – La présentation des effets de la nouvelle classification 479

Conclusion de la section 4 482

Conclusion du Chapitre 1.....484

Chapitre 2 – L'utilisation de l'exclusivité dans la garantie des paiements....486

Section 1 – Les propriétés-sûretés 487

Paragraphe préliminaire : la nature de la propriété dans les propriétés-sûretés 488

I – La propriété, un caractère propre du bien.....491

II – La propriété, un élément d'un patrimoine.....499

§ 1 – La simplicité dans la constitution d'une propriété-sûreté française 506

A – La simplicité de la constitution constatée dans la propriété retenue à titre de garantie.....506

B – Un manque de simplicité de la constitution dans la propriété transférée à titre de garantie.....511

§ 2 – La rapidité et l'efficacité de la propriété-sûreté.....523

A – La mesure de l'efficacité (et la rapidité) en droit commun.....523

B – Le résultat de l'efficacité lors de l'ouverture d'une procédure collective 529

Conclusion de la section 1 542

Section 2 – Le droit de rétention 543

§1 – L'élargissement de la notion du droit de rétention en France 544

A – la phase de l'hostilité 544

B – La phase de l'incertitude 545

C – la phase de discussion 546

D – La phase de stabilisation 549

§2 – L'évolution du droit de rétention en Chine 564

A – L'élargissement du domaine d'application du droit de rétention en Chine 566

B – L'exigence de lien de connexité en Chine 571

Conclusion de la section 2 575

Conclusion du chapitre 2 576

Chapitre 3 – L'étape audacieuse sur la suppression d'interdiction du pacte commissoire. 578

Section 1 – Pacte commissoire français : de la prohibition vers une ouverture encadrée 580

§1 – Une prohibition relative avant la réforme de 2006. 581

A – L'interdiction par le législateur de 1804 581

B – L'adoucissement par la jurisprudence et le législateur en matière de nantissement de valeurs mobilières.....584

§ 2 – Une autorisation timide après la réforme de 2006.....588

A – Une ouverture encadrée en droit commun. 588

B – Une prohibition résiduelle en droit commercial, droit de la consommation et droit commun.....594

Conclusion de la section 1 598

Section 2 – Pacte commissoire chinois : tendance de la prohibition générale vers une autorisation 600

§1 – La prohibition chinoise stricte du pacte commissoire.....600

A – La prohibition relative par la loi de 1995.....600

B – La prohibition stricte par la loi de 2007 602

§ 2 – Une levée de la prohibition recommandée par la doctrine et la pratique chinoise 605

A – L'analyse théorique sur la nécessité d'autorisation 605

B – L'analyse comparative selon l'expérience de la pratique chinoise et française 608

Conclusion de la section 2 632

Conclusion de la section 2 et du Chapitre 3.....633

Chapitre 4 – Sûretés réelles pour autrui : régime hybride dans les sûretés réelles. 635

Section 1 : *De lege lata* : une notion incorporée dans celle de la sûreté réelle 638

§1 – Le cautionnement réel en droit français : d'une sûreté de nature hybride vers une sûreté réelle 638

A – L'absence de régime concrétisé par les textes légaux du cautionnement réel 638

B – L'évolution de la notion de cautionnement réel en droit français 642

§2 – Le cautionnement réel en droit chinois : d'une sûreté réelle vers une sûreté hybride ? 647

A – Une quasi sûreté réelle avant la réforme du 16 mars 2007 648

B – Une sûreté hybride après la réforme du 16 mars 2007 654

Conclusion de la section 1 660

Section 2 : *De lege ferenda* : un régime complété par certaines règles du cautionnemnet du droit commun 662

§1 – Une sûreté de nature hybride au regarde de la volonté des parties conventionnelles 662

A – Les volontés des parties conventionnelles du cautionnement réel 662

B - L'insuffisance des règles de sûretés réelles à rendre compte complètement le cautionnement réel 668

§2 – Un constituant méritant la protection des règles du cautionnement de droit commun 674

A – L'exclusion des règles du cautionnement de droit commun incompatible avec les sûretés réelles 675

B – L'application des règles du cautionnement de droit commun compatible avec les sûretés réelles 681

C– Les règles particulières au cautionnement réel en cas de procédure d'insolvabilité 690

Conclusion de la section 2 691

Conclusion du Chapitre 4 693

Conclusion du Titre I : 694

Titre II – Les influences concurrentes et/ou complémentaires. 697

Chapitre 1 – L'affranchissement du principe de spécialité: une inspiration de la législation allemande et de la législation anglo-saxonne 699

Sous-chapitre 1 : L'affranchissement du principe de spécialité par les différents pays 699

Section 1 : Les techniques contractuelles affranchissant le principe de spécialité des sûretés réelles mobilières en droit allemand 700

§1 – L'affranchissement du principe de spécialité quant aux biens grevés 702

A – La réserve de propriété prolongée 702

B – L'aliénation de propriété à titre de garantie 706

§2 – L'affranchissement du principe de spécialité quant à la créance garantie 709

Conclusion de la section 1 711

Section 2 : Le « floating charge » en Grande Bretagne : affranchissement du principe de spécialité des objets de garantie 711

Conclusion de la Section 2 716

Section 3 – L'affranchissement du principe de spécialité en France 716

§ 1 – L'affranchissement du principe de spécialité par les sûretés réelles spéciales 717

A – Le nantissement de fonds de commerce 718

B – Les warrants 719

C – Le gage des stocks 722

§ 2 – L'affranchissement du principe de spécialité par le gage du droit commun 726

Conclusion de la section 3 728

Sous-chapitre 2 : L'affranchissement présent et futur du principe de spécialité en Chine 730

Section 1 : L'adoption du régime de floating charge en Chine par la réforme de 2007 ? 730

§1 – Les discussions sur l'adoption du floating charge avant la réforme de 2007 731

§2 – L'adoption de la *floating charge* par la réforme de 2007 ? 732

A – L'article 181 de la LDR : une *floating charge* chinoise pour la doctrine chinoise 732

B– L'article 181 de la LDR : une véritable *floating charge* ? 736

Conclusion de la section 1 742

Section 2 : L'expansion de la sûreté rechargeable dans le domaine des sûretés mobilières avec dépossession 742

§1 – La sûreté réelle à montant maximum : une forme de sûreté réelle pour la garantie de créances futures.....743

§2 – La sûreté réelle pour la garantie de créances présentes et futures : le modèle de droit commun des sûretés réelles chinoises.....746

A – Les avantages du modèle français.....747

B – Une solution simple à incorporer en droit chinois 748

Conclusion de la section 2 748

Chapitre 2 – L'incidence des procédures de surendettement des consommateurs sur les sûretés mobilières 752

Section 1 – L'adoption de la procédure de surendettement en France, en Allemagne, et aux Etats-Unis 754

§1 – La recevabilité d'une demande d'ouverture d'une procédure de surendettement. 759

A – Les conditions communes de la recevabilité de la demande. 760

B – La particularité du droit français : l'exigence de bonne foi. 763

§2 – Les incidences de la procédure de surendettement et de rétablissement personnel sur les débiteurs et les créanciers munis d'une sûreté mobilière en France 772

A – Incidences pour les débiteurs 774

B – Incidences pour les créanciers munis d'une sûreté mobilière 793

Conclusion de la section 1 814

Section 2 – L'adoption de la procédure de surendettement en Chine ? 815

§1 – La nécessité de la création d'un système de surendettement en Chine 816

A – La nécessité au regard des éléments économiques 819

B – La nécessité au regard des éléments sociaux 823

§2 – La nécessité d'un système complet de système d'évaluation des risques-clients et une procédure de surendettement efficace 832

A – Système d'évaluation des risques-clients : mesure contre le surendettement 834

B – Les procédures de surendettement : une balance nécessaire entre la protection des créanciers et la protection des consommateurs 843

Conclusion du § 2 et de la section 2 : 856

Conclusion du chapitre 2 858

Conclusion du Titre II 859

Conclusion de la Partie seconde 860

Conclusion générale 862

Annexe 871

I – Des lois chinoises importantes à cette recherche (avec la traduction) 871

I – 1 La traduction partielle des PGDC (promulgués le 12 avril 1986, entrée en vigueur le 1er janvier 1987) 871

I – 2 Loi sur les sûretés (LS) 873

I – 3 La traduction partielle de la LDC (合同法部分翻译). 887

I – 4 Traduction partielle de la LDR 890

II - Les traductions 909

II – *1* Traduction de l'intitulé des normes 909

II – 2 Glossaire franco-chinois de certains termes utilisés dans la recherche 916

Bibliographie 920

Index 976

Table des Matières 979

Abstract

Cette recherche comparative entre le droit français et le droit chinois est particulièrement consacrée au dixième anniversaire de l'ordonnance française du 23 mars 2006 et de la LDR (Loi chinoise sur les droits réels) du 16 mars 2007 qui représente la première réforme chinoise complète du droit des sûretés réelles. A partir des principes directeurs des sûretés réelles, tant préférentielles qu'exclusives, une analyse approfondie de l'influence de la simplification sur le droit des sûretés réelles, en France comme en Chine, s'est poursuivie tout en prenant compte la renaissance des propriétés-sûretés et la prospective du droit de la rétention. D'ailleurs, certaines institutions ou techniques d'autres pays occidentaux ont été inclues dans l'analyse comparative pour montrer les divers aspects et aussi l'attractivité du droit français.

En se basant sur une même théorie juridique, les législateurs français et chinois ont, certes, choisi des techniques différentes pour contourner des difficultés identiques. Mais la tendance de simplification du droit des sûretés réelles mobilières, qui favorise la sécurité de la « contractualisation » des sûretés réelles mobilières, dans les deux pays, restera une convergence indéniable. Ainsi, il y aurait lieu de croire que le législateur chinois va prendre en compte les techniques françaises dans les futures réformes portant sur les sûretés réelles mobilières qui doivent toujours caractérisées par la sécurité, la simplicité et la rapidité.

Mots clefs : sûretés réelles mobilières ; droit comparé franco-chinois ; principes directeurs ; liberté contractuelle ; simplification ; droit commun des sûretés réelles mobilières ; sûretés réelles exclusives ; pacte commissoire ; cautionnement réel ; sécurité.