Le droit des sûretés au prisme de la faute : Contribution à l'analyse de la notion de sûreté

Dimitri Nemtchenko

▶ **To cite this version:**

Dimitri Nemtchenko. Le droit des sûretés au prisme de la faute : Contribution à l'analyse de la notion de sûreté. Droit. Université de Bordeaux, 2017. Français. NNT : 2017BORD0777 . tel-01685326

HAL Id: tel-01685326
https://theses.hal.science/tel-01685326

Submitted on 16 Jan 2018

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.

université de BORDEAUX

THÈSE PRÉSENTÉE
POUR OBTENIR LE GRADE DE

DOCTEUR DE L'UNIVERSITÉ DE BORDEAUX

ÉCOLE DOCTORALE DE DROIT (ED N° 41)
SPÉCIALITÉ DROIT PRIVÉ ET SCIENCES CRIMINELLES

Par **Dimitri NEMTCHENKO**

Le droit des sûretés au prisme de la faute

Contribution à l'analyse de la notion de sûreté

Sous la direction de Monsieur le Professeur
Gaël PIETTE

Soutenue publiquement le 5 décembre 2017, mise à jour le 13 décembre 2017

Membres du jury :

Monsieur Pierre CROCQ
Professeur à l'Université Panthéon-Assas, *rapporteur*

Monsieur Dominique LEGEAIS
Professeur à l'Université Paris Descartes, *rapporteur*

Monsieur Gaël PIETTE
Professeur à l'Université de Bordeaux, *directeur de thèse*

Monsieur Guillaume WICKER
Professeur à l'Université de Bordeaux, *président du jury*

L'Université n'entend accorder aucune approbation, ni improbation, aux opinions émises dans cette thèse : ces opinions doivent être considérées comme propres à leur auteur.

Mes remerciements vont :

À Monsieur le Professeur Piette,
Pour son soutien sans faille, sa disponibilité et ses conseils avisés

À Clint Bouland, Elodie Chagnaud, Barbara Freleteau, Audrey Granvorka,
Thibaud Guillebon, Guillaume Lamouroux et Laëtitia Petit,
Pour leurs précieuses relectures

À Kevin Petit
Pour ses talents de traducteur

À ma famille et proches,
Pour tout

LISTE DES PRINCIPALES ABRÉVIATIONS

AJ Contrat	Actualité juridique contrat
al.	Alinéa
anc.	Ancien
APD	Archives de philosophie du droit
art.	Article
Ass. plén.	Arrêt de la Cour de cassation, assemblée plénière
BICC	Bulletin d'information de la Cour de cassation
Bull.	Bulletin des arrêts de la Cour de cassation (chambres civiles)
Bull. A.P.	Bulletin des arrêts de la Cour de cassation (assemblée plénière)
Bull. mixte	Bulletin des arrêts de la Cour de cassation (chambre mixte)
Bull. Joly	Bulletin Joly (mensuel d'information des sociétés)
c. civ.	Code civil
c. com.	Code de commerce
c. conso.	Code de la consommation
CMF	Code monétaire et financier
c. pén.	Code pénal
CCC	Contrats Concurrence Consommation
CGI	Code général des impôts
Ch. Mixte	Arrêt de la Cour de cassation, chambre mixte
chron.	Chronique
Civ. 1ère	Arrêt de la Cour de cassation, première chambre civile
Civ. 2ème	Arrêt de la Cour de cassation, deuxième chambre civile
Civ. 3ème	Arrêt de la Cour de cassation, troisième chambre civile
coll.	Collection
Com.	Arrêt de la Cour de cassation, chambre commerciale
comm.	Commentaires
comp.	Comparer
Contra	En sens contraire
CPC	Code de procédure civile
CPCE	Code des procédures civiles d'exécution
CPI	Code de la propriété intellectuelle
Crim.	Arrêt de la Cour de cassation, chambre criminelle
D.	Recueil Dalloz
Defrénois	Répertoire du notariat Defrénois
DH	Dalloz hebdomadaire
dir.	Sous la direction de
DMF	Droit maritime français
DP	Dalloz périodique
Dr. et patr.	Droit et patrimoine
Dr. et proc.	Droit et procédure
Dr. sociétés	Droit des sociétés
éd.	Edition
etc.	*Et cætera*
fasc.	Fascicule
Gaz. Pal.	Gazette du Palais
ibid.	*Ibidem* (au même endroit)
in	Dans
infra	Ci-dessous

J.-Cl.	Jurisclasseur
JCP	Jurisclasseur périodique (Semaine juridique)
JCP E	Jurisclasseur périodique (Semaine juridique), édition entreprise
JCP G	Jurisclasseur périodique (Semaine juridique), édition générale
JCP N	Jurisclasseur périodique (Semaine juridique), édition notariale
JO	Journal officiel
jur.	Jurisprudence
LGDJ	Librairie générale de droit et de jurisprudence
loc. cit.	*Loco citato*, à l'endroit cité
LPA	Les petites affiches
Mél.	Mélanges
n.	Note de bas de page
n°	Numéro
not.	Notamment
obs.	Observations
op. cit.	*Opere citato*, dans l'ouvrage cité
p.	Page
par ex.	Par exemple
préc.	Précité(e)
PUF	Presses universitaires de France
rappr.	Rapprocher
RCA	Responsabilité civile et assurances
RDBB	Revue de droit bancaire et de la bourse
RDBF	Revue de droit bancaire et financier
RDC	Revue des contrats
rééd.	Réédition
Rép. Civ. D.	Répertoire de droit civil Dalloz
Req.	Arrêt de la Cour de cassation (Chambre des requêtes)
Rev. arb.	Revue de l'arbitrage
Rev. crit.	Revue critique de législation et de jurisprudence
Rev. Dr. Affaires	Revue de droit des affaires
RPC	Revue des procédures collectives
Rev. soc.	Revue des sociétés
RJ com.	Revue de jurisprudence commerciale
RLDA	Revue Lamy droit des affaires
RLDC	Revue Lamy droit civil
RRJ	Revue de recherche juridique, droit prospectif
RTD civ.	Revue trimestrielle de droit civil
RTD com.	Revue trimestrielle de droit commercial
S.	Recueil Sirey
s.	Suivants
Soc.	Arrêt de la Cour de cassation, chambre sociale
somm.	Sommaires, sommaires commentés
spéc.	Spécialement
supra	Ci-dessus
t.	Tome
th.	Thèse
V.	Voir
V°	*Verbo*, mot
vol.	Volume

LISTE DES OUVRAGES CITÉS PAR LE SEUL NOM DE LEURS AUTEURS

Albigès Ch., Dumont-Lefrand M.-P., *Droit des sûretés*, Dalloz, coll. « Hypercours », 6ème éd., 2017.

Aynès L., Crocq P., *Droit des sûretés*, LGDJ, coll. « Droit civil », 11ème éd., 2017.

Barthez A.-S., Houtcieff D., *Les sûretés personnelles*, LGDJ, coll. « Traité de droit civil », 2010.

Bourassin M., Brémond V., Jobard-Bachellier M.-N., *Droit des sûretés*, Sirey, coll. « Sirey université – série droit privé », 5ème éd., 2016.

Cabrillac M., Mouly Ch., Cabrillac S., Pétel Ph., *Droit des sûretés*, LexisNexis, coll. « Manuels », 10ème éd., 2015.

Dagot M., *Les sûretés*, PUF, coll. « Thémis », 1981.

François J., *Droit civil. Les sûretés personnelles*, t. VII, Economica, 2004.

Legeais D., *Sûretés et garanties du crédit*, LGDJ, coll. « Manuel », 12ème éd., 2017.

Marty G., Raynaud P., Jestaz Ph., *Droit civil. Les sûretés, la publicité foncière*, t. 3, vol. 1, Sirey, 2ème éd., 1987.

Mazeaud H., L. et J., Chabas F., Picod Y., *Leçons de droit civil. Sûretés, publicité foncière*, t. III, 7ème éd., Montchrestien, 1999.

Mestre J., Putman E., Billiau M., *Traité de droit civil. Droit commun des sûretés réelles*, LGDJ, t. 1, 1996 (n° 1 à 541).

- *Traité de droit civil. Droit spécial des sûretés réelles*, LGDJ, t. 2, 1996, (n° 542 à 1690).

Mignot M., *Droit des sûretés*, Montchrestien-Lextenso, coll. « Cours », 2010.

Picod Y., *Droit des sûretés*, PUF, coll. « Thémis droit », 3ème éd., 2016.

Piedelièvre S., *Droit des sûretés*, Ellipses, coll. « Cours magistral », 2ème éd., 2015.

Piette G., *Droit des sûretés : sûretés personnelles, sûretés réelles*, Gualino, coll. « Mémentos LMD », 11ème éd., 2017-2018.

Simler Ph., *Cautionnement, garanties autonomes, garanties indemnitaires*, LexisNexis, coll. « Traités », 5ème éd., 2015.

Simler Ph., Delebecque Ph., *Droit civil : les sûretés, la publicité foncière*, Dalloz, coll. « Précis », 7ème éd., 2016.

Théry Ph., *Sûretés et publicité foncière*, PUF, 2ème éd., Paris, 1998.

SOMMAIRE

INTRODUCTION 1

PREMIÈRE PARTIE
LE DROIT DES SÛRETÉS PERSONNELLES AU PRISME DE LA FAUTE

TITRE I. LA NATURE DE L'ENGAGEMENT 35

Chapitre I. Critique des différentes analyses de l'obligation 37
Chapitre II. Illustration par le droit des sûretés personnelles de la nature dualiste de l'obligation 75

TITRE II. LA NATURE DE LA FAUTE 125
Chapitre préliminaire. La reconnaissance préalable de l'existence de la responsabilité contractuelle..... 123
Chapitre I. La dimension matérielle de la faute 161
Chapitre II. La dimension personnelle de la faute 263

SECONDE PARTIE
LE DROIT DES SÛRETES RÉELLES AU PRISME DE LA FAUTE

TITRE I. LA NATURE DE L'ENGAGEMENT 309

Chapitre I. La discordance entre les sûretés réelles et les droits patrimoniaux 311
Chapitre II. La concordance des sûretés réelles et de la notion d'obligation 345

TITRE II. LA NATURE DE LA FAUTE 403

Chapitre I. La faute du constituant 405
Chapitre II. La faute du titulaire 437

CONCLUSION GÉNÉRALE 489

À Clémence

INTRODUCTION

« *Grâce au contrôle du caractère sérieux et légitime du comportement du titulaire du droit, la jurisprudence parviendra ainsi à construire une véritable déontologie de l'exercice d'un droit ou d'une liberté* »[1]

1. « *Quand l'Histoire bégaie* »[2] : la crainte d'une nouvelle crise financière. L'ordre économique mondial subirait-il la menace d'une deuxième crise financière majeure ? Les plus pessimistes répondront qu'elle adviendra et que, pire encore, ce moment est proprement imprévisible. Les plus optimistes avanceront qu'en réalité, ce n'est pas une deuxième crise financière qui s'annonce, mais seulement la première qui ne finit pas de se manifester et dont il s'agit de contenir les effets. À se fier aux premiers ou aux seconds, il reste indéniable que le système financier qui régit l'économie moderne baigne dans un contexte dont la singularité tient à « *une instabilité stable qui n'a aucune rationalité. Elle est insoutenable et, paradoxalement, le système tient bon* »[3]. Il serait alors périlleux de verser dans la divination en tentant d'expliquer l'inexplicable, de rationaliser l'irrationnel : cette première crise majeure du XXI^e^ siècle est la résultante de considérations politiques, économiques, institutionnelles et sociales qui sont elles-mêmes mouvantes. Est-ce à dire, alors, qu'il n'y aurait aucun responsable à cette crise qui soit susceptible d'être identifié ? Les marchés financiers sont-ils à ce point détachés de l'emprise humaine qu'il serait exclu d'imputer la survenance du krach à quiconque ? D'aucuns estiment que la crise économique « *n'est ni le produit du hasard ni seulement de fautes techniques qui auraient pu être évitées* […] *La nouvelle Grande crise n'est pas que le produit du système financier, même si sa responsabilité est écrasante, c'est celle du système global, tout particulièrement de l'idéologie qui le sous-tend* »[4]. Par l'immensité de leur étendue, les tenants et aboutissants de

[1] Sériaux A., *Droit des obligations*, PUF, coll. « Droit fondamental », 1992, n° 103.
[2] L'expression est empruntée au titre d'un rapport remis au Sénat, en février 2017, par le sénateur Pierre-Yves Collombat. V. Collombat P.-Y. (dir.), *Une crise en quête de fin. Quand l'Histoire bégaie*, Les rapports de la délégation à la prospective, février 2017. Ce rapport propose d'évaluer « *presque dix ans après la crise ouverte en 2007 et à ce jour non terminée, les probabilités de réédition d'un krach financier* » (Avant-propos, p. 9).
[3] Selon H. Sterdyniak, conseiller scientifique à l'Observatoire français des conjonctures économiques, lors de son audition par la délégation sénatoriale à la prospective le 4 février 2016 (cité par Collombat P.-Y. (dir.), *Une crise en quête de fin*, *op et loc. cit*.).
[4] Collombat P.-Y. (dir.), *Une crise en quête de fin*, *op. cit.*, p. 10.

la crise financière donnent alors aisément le sentiment de vertige à qui voudrait s'en emparer. Il reste toutefois une raison à la situation actuelle qui, par son objectivité, paraît moins rétive que les autres à l'analyse : les « *fautes techniques* ».

2. De quelques « *fautes techniques* » à l'origine de la crise financière. Le crédit est aujourd'hui devenu le paradigme de l'économie[1]. Son étymologie est explicite[2] : il implique la croyance, la confiance de celui qui l'offre en celui qui l'accepte. Le créancier prend alors un risque en offrant au bénéficiaire un avantage dont la contrepartie ne sera exigible qu'à terme. Il aura alors toutes les raisons de prendre ses dispositions en exigeant des garanties afin d'accorder sa confiance, ou plus exactement de pallier son manque de confiance. Ainsi l'économie dans sa forme libérale actuelle peut schématiquement se résumer à ce triptyque : crédit, risque, garantie.

Le développement de l'économie de crédit a eu pour effet, notamment, de décupler l'offre de crédit et d'étendre la typologie des garanties, mais il s'est aussi caractérisé par les moyens offerts aux acteurs du crédit afin de minimiser les risques qu'ils supportent. Les créanciers institutionnels ont pu être déchargés au moins partiellement du risque lié à leur activité : la pratique de l'assurance a alors pris une ampleur inédite et la consécration de nouveaux instruments financiers a rendu possible le contexte de la crise[3]. Parmi ces instruments, les *credit default swaps*[4] et plus largement toutes les formes de dérivés de crédit ont été pointés du doigt[5] comme étant l'une des principales explications au phénomène massif de défaut de paiement survenu à la fin de l'année 2008 aux Etats-Unis. D'autres techniques, plus usuelles et tout aussi représentatives de l'économie libérale, permettent de comprendre qu'un tel

---

[1] Sur l'évolution, depuis l'économie de troc à l'économie de crédit, V. not. Poughon J.-M., *Histoire doctrinale de l'échange*, thèse, LGDJ, coll. « Bibliothèque de droit privé », t. 194, 1987, spéc. n° 20 s.

[2] Du latin *credere*, « croire », dont le passé substantivé donne *creditum*, parfois traduit « confier en prêt ». Le crédit en tant que confiance est donc très proche, étymologiquement, du crédit dans son sens économique actuel.

[3] Pour rappel, seuls les aspects techniques de la crise sont ici évoqués : la dérégulation de l'économie, encore en vogue outre-Atlantique, est par exemple une explication d'ordre idéologique qui n'est pas moins à l'origine de la survenance de la crise financière.

[4] « *Contrat à terme conclu par un "acheteur de protection" (une banque, une compagnie d'assurance, un OPCVM) pour se couvrir contre un évènement de crédit, qui sera précisément défini par les parties, sur un ou plusieurs agents économiques (une entreprise classique, une banque ou encore un Etat)* […] *Dans la mesure où, économiquement, le contrat opère échange (*swap*) de position entre les parties, puisqu'un opérateur (le vendeur de protection) va supporter le risque de crédit auquel était exposé initialement un autre opérateur, le terme de* credit default swap *(CDS) est souvent utilisé en pratique pour désigner ce type de dérivé de crédit* » (Couret A., *Droit financier*, Dalloz, coll. « Précis », 2ème éd., 2012, n° 1110).

[5] V. not. Collombat P.-Y. (dir.), *Une crise en quête de fin*, *op. cit.*, p. 99, citant Christophe Nijdam (analyste financier et ancien Secrétaire Général de *Finance Watch*, organisation non-gouvernementale plaidant « *pour une finance au service de la société* ») : « *Cette crise aurait pu rester locale en l'absence de produits dérivés, plus spécifiquement de CDS. Entre les sous-jacents des subprimes et le montant des risques accumulés autour des CDS, c'est devenu une crise systémique. C'est en cela que les produits dérivés justifiés au départ peuvent devenir une machine infernale* ».

évènement se soit produit. Parmi elles, le crédit hypothécaire[1]. Certes ce n'est pas la technique à elle seule qui a engendré des conséquences désastreuses, c'est aussi la manière avec laquelle elle a été employée[2]. Sans développer plus avant les raisons profondes et complexes qui président à la configuration actuelle de l'économie financiarisée, il est au moins possible de relever l'importance que peuvent prendre dans un tel contexte certains comportements hasardeux, pour ne pas dire inconsidérés. Ces comportements relèvent ainsi des « *fautes techniques* »[3] par lesquels, notamment, la crise financière est advenue. Leur analyse pourrait alors servir à minimiser la survenance de tels risques à l'avenir. Par conséquent, se dessine progressivement l'intérêt d'une étude croisée des notions de faute et de sûreté : les enjeux parfois considérables que peuvent représenter les sûretés gagneraient à ne pas être contrariés outre-mesure par une attitude inconvenante. L'ampleur d'une telle démarche invite cependant à procéder par étapes successives. Il est impératif de revenir sur la définition des notions de faute et de sûreté pour pouvoir ensuite tracer entre elles des perspectives d'analyses.

3. Transversalité et polysémie de la notion de faute. Est-il besoin de rappeler l'étendue de la notion de faute ? Rares sont les termes qui innervent des disciplines aussi variées que la philosophie, le droit, la morale, la religion, les usages, le jeu… S'il paraît vain et fastidieux de prétendre à un recensement exhaustif des multiples acceptions de la faute, il est impensable de passer outre sa définition, fut-elle sommaire. Il convient ainsi de revenir sur l'étymologie du terme et la variété des acceptions qu'il connait.

4. Origines étymologiques de la notion de faute. Le terme « faute » provient du latin *fallita*, substantif féminin dérivé de *fallitus* ou *falsus*, lui-même étant le participe passé du verbe *fallere* signifiant « tromper ». La faute s'est historiquement pourvue de deux

[1] L'expression désigne un prêt de somme d'argent dont le remboursement à terme est garanti par une sûreté sur un bien immobilier du débiteur ou d'un tiers. La technique n'est évidemment pas nouvelle, mais elle a été actualisée : la consécration du prêt hypothécaire rechargeable et de la technique de la titrisation de créance a abouti à la création de titres dérivés de crédits hypothécaires, ou *Residential Mortgage Backed Security*, ce qui a considérablement étendu le champ des possibilités spéculatives. V. plus largement, sur les rapports entre sûretés et marchés financiers, Praicheux S., *Les sûretés sur les marchés financiers*, Revue banque éditions, coll. « Droit fiscalité », 2004.

[2] Les prêts hypothécaires, pour reprendre cet exemple, ne sont pas à eux-seuls la cause unique de la crise : c'est aussi parce qu'ils ont été accordés pour des montants hors de proportion avec les facultés contributives des emprunteurs. Les défaillances en cascade de ces emprunteurs ont alors marqué le début de la crise.

[3] Ces comportements s'inscrivent dans un cadre lui-même vulnérable : V. en ce sens Collombat P.-Y. (dir.), *Une crise en quête de fin*, *op. cit.*, p. 26 : « *une crise financière systémique* […] *a été rendue possible par l'élargissement du champ d'intervention (mondialisation, banques universelles) des établissements bancaires, leurs interconnexions multiples, l'enchevêtrement des garanties et contre-garanties qu'elles s'accordent entre elles qui fait que, quand l'une est touchée, les autres le sont aussi, la dématérialisation complète des échanges qui ont crû de manière exponentielle et l'opacité qui en résulte* ».

significations essentielles. La première correspond au « *fait de manquer, d'être en moins* »[1] et revêt alors une dimension objective : la faute n'est autre que ce qui « *fait défaut* »[2] et sa constatation est empirique. La seconde signification, plus couramment employée, voit sa différence avec la première réduite en apparence à une simple préposition : la faute n'est plus le manque « de » quelque chose, mais « *le fait de manquer à ce qu'on doit* »[3]. La faute prend alors une connotation subjective, car elle suggère un jugement de valeur, une dimension axiologique : elle est ce qui n'aurait pas dû advenir. Ce deuxième sens est, sans surprise, celui qui sera retenu puisqu'il est prépondérant, voire isolé, en matière juridique. Avant toutefois d'aborder sa signification juridique, il n'est pas superflu de revenir sur les acceptions morale et religieuse de la faute.

5. Acception morale de la faute. Le sens le plus courant de la faute est le « *manquement à la règle morale,* [une] *mauvaise action* »[4]. Cette acception morale de la faute renvoie ainsi à un terme partagé par la première définition présentée : le manquement. Ce manquement évoque la contrariété, le décalage entre un élément préalable qui sert de repère et la survenance d'un évènement qui vient le perturber : le manquement ne s'apprécie donc plus seulement de manière objective, par une simple observation formelle, mais sous le prisme de la subjectivité. Non seulement un manquement est constaté, mais ce manquement est dommageable, regrettable et incompatible avec le référentiel duquel il tire son existence : la règle morale ou la règle de conduite. Cette acception de la faute est alors très proche de celle qui prévaut en matière religieuse.

6. Acception religieuse de la faute. La faute se définit également comme un « *manquement* […] *aux prescriptions d'une religion* »[5]. Peut-être plus encore que pour la signification courante du terme, la faute prise dans un sens religieux est réellement fondatrice – au moins pour ce qui concerne la religion judéo-chrétienne, eu égard à l'importance qu'elle prête à la figure du péché originel. Mis à part le contenu de la règle manquée, le sens religieux de la faute ne diffère pas de son sens moral. Une règle, qui par définition devait être observée, a été méconnue : là est la substance de la faute.

L'importance prise par le concept de faute en matière religieuse pourrait être développée à

[1] Rey A. (dir.), *Dictionnaire culturel en langue française*, Le Robert, 2005, t. II, V° Faute, p. 919.
[2] La parenté étymologique et sémantique entre la faute et le défaut est aisément perceptible : les deux notions renvoient à la *défaillance* elle-même tirée du latin *fallere*.
[3] Rey A. (dir.), *Dictionnaire culturel (...), op. et loc. cit.*, p. 920.
[4] *Ibid*.
[5] *Ibid*.

l'envi et avec force détails, mais cette démarche n'est pas la plus appropriée. En revanche, l'influence décisive que la religion judéo-chrétienne exerça des siècles durant sur le façonnement du système juridique français interpelle. Est-il nécessaire de rappeler qu'un temps, la dissociation du droit et de la religion était une chimère, le premier ne trouvant sa source exclusive que dans la seconde[1] ? L'existence passée des juridictions ecclésiastiques ne suffit-elle pas à illustrer la compénétration pluriséculaire du droit et de la religion ? Aujourd'hui encore, les traces laissées par l'emprise de la foi sur la loi sont directement perceptibles : le droit positif de la famille, particulièrement lorsqu'il est question de réforme, témoigne de ce que les sphères juridique et religieuse ne sont pas absolument cloisonnées. La famille n'est pas le seul sujet qui, aujourd'hui saisi par le droit, était autrefois l'apanage de la religion. Dans un autre domaine, la question de l'usure a été longuement controversée et a généré des clivages profonds, puisque le protestantisme et le judaïsme toléraient cette pratique, quand le catholicisme la mettait à l'index. Cette règle religieuse renfermait un idéal d'ordre économique : ses thuriféraires la louaient car elle participait idéalement d'un mouvement de canonisation des vertus économiques ; ses détracteurs l'abhorraient car elle n'était à leurs yeux qu'une forme d'exploitation des plus démunis[2].

La proximité entre la faute morale et la faute religieuse s'explique ainsi par le détour au référentiel commun à partir duquel sont définis les comportements admis ou répréhensibles : la règle. Apparaissent alors progressivement les éléments déterminants de la faute et qui serviront ensuite à retenir une acception de ce terme polysémique : une règle et la méconnaissance de cette règle. Or la faute morale et la faute religieuse connaissent une troisième concurrente, la faute juridique.

7. Acception juridique de la faute – la faute comme manifestation du rapport d'altérité au fondement du Droit. À l'image de la religion, mais dans un sens nettement différent, il est permis de considérer la faute comme une notion primordiale de la matière juridique. Dès lors que l'office du Droit est, en un sens, de départager le « mien » du « tien », son existence n'est rendue possible que par l'existence préalable d'un rapport d'altérité. Un

[1] Ce lien ne ressortit pas exclusivement à l'histoire. Le droit musulman est, par exemple, une illustration actuelle et prégnante d'une « *tension perpétuelle entre la loi divine et la loi humaine* », selon David R., Jauffret-Spinosi C., Goré M., *Les grands systèmes de droit contemporains*, Dalloz, coll. « Précis », 12ème éd., 2016, n° 419.

[2] L'usure a été formellement interdite par de nombreux conciles, notamment le Concile de Latran en 1179 (V. Longère J. (dir.), *Le troisième concile de Latran (1179), sa place dans l'histoire*, communications présentées à la Table Ronde du CNRS le 26 avril 1980, Etudes augustiniennes, Paris, 1982). Son origine remonterait jusqu'à l'Ancien testament et continue d'être décriée : *Le catéchisme de l'Eglise catholique*, œuvre de synthèse de la doctrine catholique publiée en 1992, dénonce « *les trafiquants, dont les pratiques usuraires et mercantiles provoquent la faim et la mort de leurs frère en humanité, commettent indirectement un homicide* » (§ 2269).

exemple typique est souvent trouvé dans le personnage de Robinson Crusoé : son isolement absolu rend parfaitement inconsistante l'idée qu'il puisse invoquer un quelconque droit. Contre qui pourrait-il seulement s'en prévaloir ? Apparaît ici un point de divergence entre le Droit et les disciplines religieuse et morale. La première d'entre elles n'a de sens qu'à travers les relations intersubjectives qu'elle a vocation à régir, au rebours des secondes qui peuvent tout à fait s'appliquer à une personne envisagée dans son rapport à elle-même.

Or, plus que la règle, c'est son manquement qui est véritablement représentatif du rapport d'altérité au fondement du Droit. Il est en effet des règles juridiques qui ne supposent aucun rapport entre deux individus, particulièrement pour ce qui concerne le droit des personnes envisagé dans son versant extrapatrimonial[1]. À l'inverse, la faute juridique implique ce rapport d'altérité : la victime d'une faute, par la volonté qu'elle exprime d'être rétablie dans ses droits, orientera nécessairement sa demande contre une autre personne, l'auteur de la faute. Or les rapports d'altérité que le droit organise sont d'une telle variété que la faute, par contrecoup, voit sa définition morcelée.

8. La variété des définitions juridiques de la faute en fonction de leur domaine d'application. Même à s'en tenir aux seules acceptions juridiques qu'elle connait, la faute est reste une notion polysémique. Elle répond certes à un même schéma – une règle et la violation de cette règle – mais selon la discipline concernée, sa définition évolue. Le *Vocabulaire juridique* dissocie ainsi les définitions de la faute selon cinq critères généraux : le droit civil[2], le droit pénal[3], le droit administratif[4], le droit du travail[5] et le droit des transports[6]. À l'évidence, ces multiples définitions ne sont pas absolument hermétiques les unes aux autres et révèlent bien davantage les spécificités et les enjeux propres à la matière dont elles relèvent : l'état d'esprit de l'auteur de la faute est prépondérant dans la définition pénale, le service public est le critère autour duquel s'articulent les trois acceptions de la faute en droit administratif, la relation employeur-employé est déterminante en droit du travail… La variété

[1] Par exemple, la demande d'une personne qui souhaite changer de nom afin « *d'éviter l'extinction du nom porté par un ascendant ou un collatéral du demandeur jusqu'au quatrième degré* » (art. 61, al. 2, c. civ.) est parfaitement étrangère à tout rapport d'altérité.

[2] Pour le sens civil qui sera nécessairement plus détaillé, V. *infra*, n° 9 s.

[3] Qui connait la faute caractérisée, contraventionnelle ou encore délibérée. V. Cornu G. (dir.), *Vocabulaire juridique,* PUF, coll. « Quadrige », V° Faute, II (pén.), p. 452.

[4] Qui dissocie la faute de service, la faute du service, la faute personnelle, etc. V. Cornu G. (dir.), *Vocabulaire juridique*, *op. cit*., V° Faute, III (adm.), p. 399.

[5] Lequel comprend notamment la faute grave, la faute intentionnelle et la faute lourde. V. Cornu G. (dir.), *Vocabulaire juridique*, *op cit*., V° Faute, IV (trav.), p. 399.

[6] Cette discipline connait une variété singulière : la faute inexcusable. V. Cornu G. (dir.), *Vocabulaire juridique*, *op. cit*., V° Inexcusable, (- faute), p. 545.

de sens propre aux disciplines juridiques ne doit toutefois pas masquer l'unité de la notion de faute. Les adjectifs qui lui sont prêtés doivent être compris comme une occasion d'affiner l'appréhension d'un comportement fautif par la jurisprudence, non pas comme un argument en faveur du caractère plural de la notion de faute. L'unité distinctive du concept de faute se vérifie à l'examen d'autres définitions qui, elles, sont axées sur la gravité du comportement.

9. La variété des définitions juridiques de la faute en fonction de leur gravité : la théorie de la prestation des fautes. Bien qu'elle fût à l'origine contenue dans la matière contractuelle, la théorie dite de la prestation des fautes a essaimé et influencé d'autres disciplines, au-delà de son carcan originaire[1]. Cette gradation de la faute est l'œuvre des deux inspirateurs du code civil que sont Domat et Pothier[2]. Bien qu'elle ne figure dans aucun des articles de la version initiale du code civil, impliquant alors que ses rédacteurs l'avaient abandonnée, la prestation des fautes a largement contribué à la perception actuelle de la notion[3]. Cette gradation comprend la faute très légère[4], la faute légère[5], ainsi que la faute lourde[6]. Au-delà de ces trois espèces, le dol est considéré comme la plus grave faute qui puisse être commise du fait de sa nature intentionnelle, au point même que les auteurs dissocient les concepts de faute et de dol, le second n'étant pas même une sous-catégorie de la première[7]. D'autres degrés de la faute ont été proposés ensuite, comme la faute grave[1] ou la

---

[1] Il n'y a qu'à voir les acceptions pénales de la faute, qui sont essentiellement fonction de la gravité du comportement. Le droit pénal dissocie en effet la faute délibérée, la faute caractérisée, la faute intentionnelle, la faute non-intentionnelle, la faute de négligence, la faute d'imprudence… V. Cornu G. (dir.), *Vocabulaire juridique, op. cit*., V° Faute, II (pén.), p. 452.

[2] Pothier R.-J., *Traité des obligations*, éd. Bugnet, t. II, p. 497. L'auteur se livre à une synthèse de ce qui était à l'origine une suggestion de Domat.

[3] Il n'existe certes aucun article du code civil, dans sa version originale ou actuelle, qui renvoie explicitement à un quelconque degré de la faute. En revanche, d'autres codes retiennent une gradation de la faute, par exemple l'art. L. 133-8 c. com. : « *Seule est équipollente au dol la faute inexcusable du voiturier ou du commissionnaire de transport. Est inexcusable la faute délibérée qui implique la conscience de la probabilité du dommage et son acceptation téméraire sans raison valable. Toute clause contraire est réputée non écrite* ». Aussi, la jurisprudence s'est-elle employée à plusieurs reprises à dissocier certaines fautes selon leur gravité. V. par ex. Com., 28 juin 2005, *Bull. civ. IV*, n° 147 ; *CCC* décembre 2005, n° 12, p. 15, note Leveneur L. ; *RLDC* sept. 2005, n° 19, p. 13, note Le Gallou C. ; *JCP G* 2005, II, 10150, note Tricoire J.-P. L'arrêt retient que « *la faute lourde s'entend d'une négligence d'une extrême gravité, confinant au dol et dénotant l'inaptitude du transporteur, maître de son action, à l'accomplissement de la mission contractuelle qu'il a acceptée* ».

[4] Laquelle n'entraine la responsabilité de son auteur que si l'obligation manquée était constituée dans son intérêt exclusif. V. Malaurie Ph., Aynès L., Stoffel-Munck Ph., *Droit civil. Les obligations*, Defrénois, Lextenso éditions, 8ème éd., 2016, n° 951 ; Terré F., Simler Ph., Lequette Y., *Droit civil. Les obligations,* Dalloz, coll. « Précis », 11ème éd., 2013, n° 571.

[5] « *Comportement, volontaire ou non, qui s'écarte peu du comportement qu'aurait eu dans les mêmes circonstances le bon père de famille […]* » (Cornu G. (dir.), *Vocabulaire juridique, op. cit*., V° Faute, (- légère), p. 452.

[6] « *Comportement qui dénote chez son auteur, soit l'extrême sottise, soit l'incurie, soit une grande insouciance à l'égard des dangers que l'on crée* » (Cornu G. (dir.), *op et loc. cit*., V° Faute, (- lourde)).

[7] « *Comportement malhonnête, le plus souvent d'un contractant envers l'autre, sous forme de manœuvres, mensonges, feintes, collusions, etc*. […] », (Cornu G. (dir.), *Vocabulaire juridique, op. cit*., V° Dol, p. 365).

faute inexcusable[2].

Cette hiérarchie des fautes, à l'œuvre dans l'ancien droit, n'a donc pas survécu à la codification napoléonienne. Aucun article du code civil dans sa version originaire ne renvoie à un échelon de cette gamme, quand bien même il peut être observé çà et là une forme de gradation[3]. La jurisprudence a alors contribué progressivement à une « objectivation », au moins apparente, de l'appréciation de la faute : ce n'est plus tant le comportement dont la gravité est appréciée, mais l'obligation manquée dont la teneur est évaluée pour déterminer en conséquence la réparation adéquate[4]. C'est d'ailleurs dans le sillage de ce mouvement que Demogue a créé la distinction entre les obligations de moyens et les obligations de résultat. En définitive, il n'y aurait pas de faute plus ou moins grave qu'une autre, mais seulement des obligations plus ou moins étendues que d'autres[5].

Ce serait toutefois travestir les apports légaux et jurisprudentiels que de refouler aussi sommairement la gamme des fautes. Certes la faute, en droit, se distingue précisément de ses équivalents extra-juridiques par la constatation objective dont elle doit faire l'objet afin d'être sanctionnée : elle doit se manifester en dehors de l'agent, être tangible et extérieure – ce qui n'implique pas de niveler, selon leur gravité, les comportements adoptés. Certes, également, la théorie de la prestation des fautes a eu pour incidence regrettable de mettre sur le même plan deux éléments qui ne sont pas parfaitement équivalents : le contenu de l'obligation et la gravité du comportement adopté. Or, est-il possible d'affirmer qu'il n'existe aucune gradation parmi les diverses fautes civiles malgré l'hypothèse, par exemple, du dol ? Si sa définition ne renvoie pas explicitement à une gravité accusée qui la distinguerait des autres fautes, la jurisprudence n'affirme-t-elle pas que la faute lourde est équipollente au dol[6] ? Placer sur un

---

[1] Le législateur l'emploie à quelques reprises, sans la définir. D'aucuns s'accordent à dire, non sans conviction, qu'elle n'est qu'une autre manière de désigner la faute lourde (Terré F., Simler Ph., Lequette Y., *Droit civil. Les obligations*, *op. cit*., n° 575).

[2] Elle implique chez l'auteur une négligence consciente, soit non pas la volonté de réaliser le dommage qui s'ensuit mais la conscience et l'acceptation des risques qui peuvent survenir par son comportement.

[3] Art. 1992, al. 2, c. civ. : « […] *la responsabilité relative aux fautes est appliquée moins rigoureusement à celui dont le mandat est gratuit qu'à celui qui reçoit un salaire* ». Encore cette référence doit-elle être comprise comme relative à la teneur de l'obligation plus qu'à la gravité de la faute : la rigueur dont il est question procède de la nature onéreuse ou gratuite de la prestation du mandataire, non pas de l'étendue de son inconséquence.

[4] V. Terré F., Simler Ph., Lequette Y., *Droit civil. Les obligations, op. cit*., n° 572 : « *Toute faute engage la responsabilité contractuelle, mais le contenu de l'obligation est variable* ».

[5] V. déjà Planiol M., *Rev. crit*., 1905, p. 283 : « […] *dans la limite où l'obligation existe, on peut dire que toute contravention à cette obligation constitue une faute, quelque légère qu'elle soit et sans distinguer si l'obligation est conventionnelle ou légale. Il s'agit donc de savoir, non pas dans quelle mesure le débiteur a manqué à son obligation, mais dans quelle mesure il se trouve lié et quelle somme de diligence il était tenu de fournir* ». V. égal. Constantinesco L.-J., *Inexécution et faute contractuelle en droit comparé (droits français, allemand, anglais)*, thèse, W. Kohlhammer Verlag, 1960, p. 29 : « *là où en matière contractuelle on reconnaissait des fautes de gravités différentes, il y avait en réalité des obligations d'étendues différentes* ».

[6] V. Req., 24 octobre 1932 ; *DP* 1932, I, 176 ; *S*. 1933, I, 289, note Esmein A. ; Civ. 29 juin 1948 ; *JCP*, 49, 2, 4660. V. plus récemment Civ. 1ère, 29 octobre 2014, *Bull. civ. I*, n° 180 ; *RDC* 2015/2, p. 246, note Deshayes O. ;

même niveau deux types de fautes suppose, au préalable, de reconnaitre qu'elles sont à un niveau différent. Plus fondamentalement encore, il est connu que les effets du dol sont notamment l'impossibilité, pour celui de qui il est émané, d'invoquer une clause limitative de responsabilité[1]. Le raisonnement est alors exclusivement fondé sur la gravité du comportement adopté : peu importe la nature ou l'étendue de l'obligation violée, la seule intention malhonnête suffit, par sa gravité, à tenir en échec ce type de clause. Enfin, l'emploi et la définition prétorienne de la faute lourde, sans même avoir à évoquer son assimilation au dol, sont un exemple supplémentaire de ce que la gravité des fautes n'est pas absolument indifférente, aujourd'hui encore, en droit des obligations[2].

Sans qu'il soit besoin de se prononcer sur le bien-fondé ou l'opportunité d'un système qui hiérarchise les fautes selon leur gravité, l'exemple tiré de la théorie de la prestation des fautes permet d'affiner la conception qui sera retenue de la faute, en déterminant les éléments qui paraissent incontournables. Ainsi, que la faute soit très légère ou inexcusable, elle se définit invariablement comme un comportement répréhensible. S'il est permis de passer outre ses éventuels degrés, il est impossible ne pas tenir compte de son existence : en dernier recours, un juge aura toujours égard au comportement d'une personne pour estimer qu'elle est ou non fautive. Preuve en est avec la force majeure : une partie à un contrat qui invoque cette cause de rupture d'imputabilité ne sera pas automatiquement épargnée de l'appréciation de son comportement. Aussi la caractérisation de la faute est-elle toujours secondaire : c'est d'abord l'obligation manquée qui est analysée et ensuite la faute qui est, ou non, déduite. Cet aspect est commun aux détracteurs comme aux promoteurs de la théorie de la prestation des fautes : aucun ne prétend définir *ex nihilo* la faute civile, car elle est nécessairement façonnée par l'obligation dont elle vient perturber l'exécution.

10. La variété des définitions doctrinales de la faute civile. D'après une définition générale et courante, la faute est un : « *acte illicite supposant la réunion : 1/ d'un élément matériel, le fait originaire (lequel peut consister en un fait positif – faute par commission – ou en une abstention – faute par omission) ; 2/ d'un élément d'illicéité, la violation d'un devoir,*

CCC janv. 2015, n° 1, p. 20, note Leveneur L. ; *RLDC* janv. 2015, n° 122, p. 23, note Louvel L. et p. 15, note Le Gallou C.

[1] V. not. Terré F., Simler Ph., Lequette Y., *Droit civil, Les obligations*, *op. cit*., n° 615.

[2] « *La faute lourde est caractérisée par un comportement d'une extrême gravité, confinant au dol et dénotant l'inaptitude du débiteur de l'obligation à l'accomplissement de la mission contractuelle qu'il avait acceptée* » (Com. 3 avril 1990, *Bull. civ. IV*, n° 108). V. également Com. 3 mai 1988, *Bull. civ. IV*, n° 150. Il faut cependant reconnaitre que la Cour de cassation oscille, d'une formation à l'autre, entre une appréciation objective et subjective de la faute lourde, la première étant fondée sur l'idée d'une « *obligation fondamentale eu égard à la nature du contrat* » (Civ. 1ère, 15 novembre 1988, *Bull. civ. I*, n° 318 ; *RTD civ*. 1990. 666, obs. Jourdain P.).

la transgression du Droit (loi, coutume, etc.) : 3/ (sous réserve de la théorie de la faute dite objective) un élément moral (d'imputabilité), le discernement de l'auteur du fait, parfois dénommé élément volontaire, bien qu'il puisse être intentionnel ou non, et auquel la loi attache diverses conséquences juridiques […] »[1]. Cette large définition rassemble les éléments que d'autres auteurs avaient su mettre en évidence et sur lesquels il convient, en dernier lieu, de s'arrêter un instant.

Bien qu'elles ne soient pas d'une particulière actualité[2], plusieurs définitions doctrinales de la faute ont été recensées par Albert Rabut dans sa thèse[3]. Outre la célèbre formule proposée par Planiol, à savoir le « *manquement à une obligation préexistante* »[4], Rabut ne recense pas moins de vingt-deux définitions différentes[5]. L'intérêt de ces définitions ne résulte pas tant de l'analyse détaillée de leurs critères que de leur comparaison entre elles : elle permet en effet de dissocier les éléments qui sont récurrents, voire permanents et ceux qui, à l'inverse, sont plus épisodiques.

Au titre des éléments constants, il est possible de remarquer la dualité des définitions qui opposent au cadre de la faute, un élément qui lui est étranger. La faute est presque systématiquement définie comme la perturbation d'un référentiel qui lui préexiste : qu'il s'agisse d'une obligation, d'un devoir, d'un droit, d'une norme ou encore d'un acte, la faute est toujours perçue en déduction de ces éléments[6]. Il y a au fondement de ce trait commun le critère de l'altérité, déjà mentionné : la faute juridique n'intéresse pas, *a priori*, le sujet de droit pris dans son rapport à lui-même.

---

[1] Cornu G. (dir.), *Vocabulaire juridique, op. cit*., V° Faute, I, p. 451.

[2] Non pas que la question n'intéresse plus le droit positif mais c'est davantage le rôle de la faute, sa place et son importance dans l'ordonnancement juridique qui sont aujourd'hui discutés, plus que sa définition. Il n'y a qu'à voir la controverse fondamentale relative à la responsabilité contractuelle : certains de ses détracteurs contestent l'existence de la faute contractuelle. Sur cette controverse, V. *infra*, n° 158 s.

[3] Rabut A., *De la notion de faute en droit privé*, thèse, LGDJ, 1948 (V. spéc. p. 199). L'auteur ne propose pas de rajouter une définition supplémentaire qui lui serait propre : il souscrit à celle proposée par Brèthe de la Gressaye (p. 200).

[4] Planiol M., *Traité élémentaire*, II, 863 et *Rev. crit.* 1905. 283.

[5] Parmi lesquelles : « *La faute comprend à tous les degrés tous les faits de commission ou d'omission, d'inattention ou de distraction ou même aussi seulement de réticences par la suite desquels le droit d'un tiers aurait été méconnu ou lésé* » (Demolombe Ch.) ; « *Il y a faute, manquement à un devoir quand on fait ce qu'on n'a pas le droit de faire et quand on ne fait pas ce qu'on a l'obligation de faire, obligation étant pris dans le sens de lien de droit* » (Lefèbvre A.-F.), « *L'inexécution d'un devoir que l'agent pouvait connaitre et observer* » (Savatier R.).

[6] V. Pirovano A., *th. préc*., p. 90, selon qui : « *Affirmer, en premier lieu, que la faute ne peut se concevoir qu'en fonction d'une norme peut paraître une évidence. Néanmoins ce truisme est souvent oublié. Les auteurs confondent parfois la faute avec un pur état psychologique. Il en est ainsi, par exemple, lorsqu'ils la définissent par l'idée de souillure, de mauvaise conduite. Ce faisant, ils projettent la valeur « dans l'objet lui-même ». Ils confondent cause et résultat. En réalité, la faute n'a de signification que si on la rattache à une norme, la norme dont, précisément, elle constitue la violation* ».

D'autres éléments ponctuels qu'il s'agit d'éprouver viennent parfaire certaines définitions : la référence à un idéal abstrait – le bon père de famille, devenu la personne raisonnable[1] – qui donne à l'acte sa coloration fautive ; la dimension comportementale de la faute ; le rattachement, voire la réduction, de l'acte fautif à un état d'esprit psychologique – souvent désigné comme étant le critère d'imputabilité.

Le premier de ces critères n'en est pas vraiment un : il est une manière d'appréhender la faute. La référence à un idéal par le biais duquel un acte sera dit fautif correspond à la définition de l'appréciation in abstracto : si un juge est confronté à ce type d'acte, il s'imaginera ce qu'une personne raisonnable aurait fait à la place du fautif plutôt que de s'en remettre, sans comparaison aucune, aux seules contingences personnelles de l'agent. Opposée à l'appréciation in concreto, l'appréciation in abstracto[2] n'est donc pas un critère de la faute : l'une et l'autre sont seulement des moyens de la caractériser. La seconde appréciation, si elle est certes la plus fréquente, n'évacue pas définitivement la première qui est indispensable dans une occurrence au moins : l'hypothèse du dol, qui ne peut qu'être apprécié in concreto[3]. Aussi l'état d'esprit psychologique de l'agent, insuffisant à lui seul pour caractériser une faute juridique, se matérialise par l'adoption d'un comportement, manifestation objective de cet état d'esprit : les deux critères ne sont pas différents. Le premier, isolé, ressortit à la seule sphère morale. S'il prend objectivement la forme d'un comportement que le droit réprouve, alors seulement la faute pourra être caractérisée. Etat d'esprit psychologique et comportement de l'agent ne semblent donc pas être deux critères absolument distincts de la faute.

Bien qu'il pourrait être approfondi, ce premier aperçu général de la notion juridique de faute doit ici être achevé pour une raison simple : il ne s'agit pas d'étudier la faute per se, mais la faute commise à l'occasion d'une sûreté. Il convient alors de présenter cette notion juridique tout aussi fondamentale qu'est la sûreté. À l'issue de cette seconde analyse, il sera possible de confronter les deux termes et de déduire en conséquence quelques perspectives de recherches.

11. Restriction de la notion de sûreté à son acception civile[4]. La sûreté, à l'image de la faute, n'est pas un terme exclusivement juridique. Si elle présente certes une polysémie

[1] Loi n° 2014-873 du 4 aout 2014 pour l'égalité réelle entre les femmes et les hommes.

[2] V. not. Dejean de La Bâtie N., *Appréciation in abstracto et appréciation in concreto en droit civil français*, thèse, LGDJ, coll. « Bibliothèque de droit privé », t. 57, 1965 ; Malabat V., *Appréciation in abstracto et appréciation in concreto en droit pénal*, thèse Bordeaux IV, 1999.

[3] Dejean de La Bâtie N., *th. préc*., p. 228.

[4] Il paraîtrait plus approprié de définir le droit des sûretés puisqu'il constitue le cadre de ces recherches. Or sa définition – la branche du droit qui définit et organise les garanties du crédit – ne présente pas d'intérêt

moins marquée, son rôle est incontournable en droit. Quel autre but, en effet, le Droit se propose-t-il sinon de sécuriser les relations que ses destinataires nouent entre eux ? La sécurité juridique n'est-elle pas *in fine* le point de convergence commun à toute disposition de la Loi ? Jhering ne définissait-il pas le droit subjectif comme « *un intérêt juridiquement protégé* »[1] ? L'idée de sûreté, de protection, est donc intimement liée à l'office du Droit. Or ce large sens n'est évidemment pas celui qui intéresse ce sujet, pas plus que ceux qui sont rattachés à l'ordre public[2]. La notion de sûreté telle qu'elle sera envisagée par la suite doit être exclusivement comprise comme un synonyme de garantie du crédit. Malgré ce rattachement, la question de sa définition est loin d'être résolue. Le législateur ne s'y risque pas et la jurisprudence offre seulement quelques indices épars[3], si bien que les positions doctrinales sont très variées, au soutien comme au détriment d'une définition unitaire. Seule semble admise la dissociation fondamentale entre la sûreté personnelle (« *sûreté consistant dans l'engagement, envers le créancier, d'un ou plusieurs autres débiteurs (principaux ou accessoires) : engagement (subsidiaire ou principal) d'une caution (simple ou solidaire) ; solidarité de plusieurs codébiteurs* »)[4] et la sûreté réelle (« *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* […] »)[5].

12. Difficultés d'une définition unitaire et permanente de la sûreté. La notion de sûreté n'est donc pas un concept juridique dont la définition est aisée à formuler. D'aucuns voient d'ailleurs dans l'emploi fréquent du pluriel – « les » sûretés sont bien plus souvent évoquées que « la » sûreté – une illustration de cette insaisissabilité[6] : la sûreté ne serait qu'un élément indissociable d'un ensemble composite, évasif et fugace. Un auteur a parfaitement mis en évidence toute la difficulté méthodologique qui caractérise cette entreprise de

particulier à être développée. En revanche l'étude de la notion de sûreté, au fondement de la discipline, est autrement plus stimulante car en plus d'être controversée, c'est seulement à partir d'elle qu'il sera vraiment possible de définir l'étendue et le contenu de la matière.

[1] Jhering R., *L'esprit du droit romain*, traduit de la 3ème éd. par O. de Meulenaere, 2ème éd., A. Marescq, Paris, 1880, t. IV., p. 327.

[2] Soit la « *Garantie contre les arrestations, détentions et peines arbitraires* », selon Cornu G. (dir.), *Vocabulaire juridique, op. cit*., V° Sûreté, 1, p. 1004. Le sens civil du terme n'est défini qu'à la suite.

[3] La jurisprudence contribue épisodiquement et par retranchement à cet effort de conceptualisation, en déniant à certains mécanismes la qualification de sûreté. V. not. Com., 9 juin 1998, *Bull. civ. IV*, n° 181. Selon l'arrêt : « *le droit de rétention qui n'est pas une sûreté et qui n'est pas assimilable au gage ne permet pas l'attribution en pleine propriété de la chose retenue* ».

[4] Cornu G. (dir.), *Vocabulaire juridique*, *op. cit*., V° Sûreté, 3, p. 1005.

[5] *Ibid.*

[6] Cabrillac M., Mouly Ch., Cabrillac S., Pétel Ph., n° 2 : « *L'emploi fréquent du pluriel est significatif de l'impossibilité de réunir dans un concept unique, parce qu'elles reposent sur des techniques trop éloignées, les sûretés personnelles et les sûretés réelles* ». Dans le même sens, quant à la difficulté d'une définition : Marty G., Raynaud P., Jestaz Ph., n° 3 ; Théry Ph., *Sûretés et publicité foncière*, PUF, 1998, n° 6.

définition et, plus encore, son « *caractère arbitraire car il ne s'agit pas de l'analyse d'une institution inconnue afin, à partir de son contenu, de lui attribuer telle ou telle qualification qu'elle n'aurait pas encore* »[1]. La démarche est en effet inversée. Il s'agit de sonder le contenu d'une institution dont les limites sont inconnues afin, précisément et en dernier lieu, de lui en assigner : « *la détermination de la notion de sûreté résulte donc d'une déduction par induction* ». Or le point de départ d'une telle tentative, dont le caractère « *arbitraire est inévitable* », est « *le choix initial des institutions tenues a priori pour des sûretés* »[2]. Cette difficulté n'a pas empêché quelques auteurs de s'atteler à la définition de la sûreté. Des propositions qui en résultent, il est permis de dissocier deux catégories : l'une conceptuelle, l'autre fonctionnelle.

13. Approche conceptuelle contre approche fonctionnelle. Selon la première de ces approches, la sûreté correspondrait à des critères arrêtés et uniformément applicables. Selon la seconde approche, une définition unitaire et synthétique de la sûreté serait non seulement inconcevable mais au surplus inopportune : la fonction de la sûreté, garantir un crédit, doit suffire pour que sa qualification soit retenue en évitant ainsi de paralyser des institutions par une qualification trop restrictive. Partant de cette opposition et sans préjuger de la supériorité d'une conception sur l'autre, il convient de retracer les différents éléments qui permettraient d'identifier une sûreté et les définitions qui ont été proposées en conséquence[3].

14. Contenu de l'approche conceptuelle. Bien qu'elle soit délicate, la définition de la sûreté n'a pas découragé les auteurs d'ouvrages de vocabulaire juridique. Il s'agirait ainsi « *pour un créancier,* [de la] *garantie fournie par une personne (sûreté conventionnelle), ou établie par la loi (sûreté légale) ou plus rarement résultant d'un jugement (hypothèque judiciaire), pour l'exécution d'une obligation ;* [d'une] *disposition destinée à garantir le paiement d'une dette à l'échéance, malgré l'insolvabilité du débiteur* »[4].

Cette définition se détache sensiblement de ce qui constitue la première véritable tentative de définition conceptuelle de la sûreté, proposée par M. Crocq. Étudiant les rapports que la propriété et la garantie entretiennent entre elles, l'auteur en vient à une définition selon laquelle « *une sûreté est l'affectation à la satisfaction du créancier d'un bien, d'un ensemble*

[1] Crocq P., *Propriété et garantie*, thèse, LGDJ, coll. « Bibliothèque de droit privé », t. 248, 1995, n° 266.
[2] *Ibid*.
[3] Il s'agit ici de ne revenir que sur les définitions générales qui englobent sûretés personnelles et sûretés réelles, non pas sur les définitions spécifiques de chacun de ces sous-ensembles.
[4] Cornu G. (dir.), *Vocabulaire juridique*, *op. cit*., V° Sûreté, n° 3, p. 1005.

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 satisfait le créancier en éteignant la créance en tout ou partie, directement ou indirectement »[1].

La clarté et l'étendue de la définition expliquent certainement qu'elle serve de point d'appui à de nombreuses autres propositions[2]. À leur lecture se dégagent plusieurs critères, parfois communs, parfois isolés et diversement agencés, comme la technique de l'affectation, le critère de l'adjonction, l'effet satisfactoire, l'amélioration de la situation du créancier bénéficiaire, etc. Un premier constat est imparable : les sûretés reposent sur des techniques variées, complexes et produisent des effets très différents ce qui rend *a priori* illusoire toute définition synthétique. D'autres propositions pourraient être citées[3], mais celles qui ont été relevées sont suffisamment représentatives des difficultés d'appréhension du concept. Un dernier critère peut toutefois être mentionné, en ce qu'il a su fédérer des auteurs dont les conceptions s'achoppent[4]. Il s'agit du critère de la finalité exclusive de la sûreté : une sûreté existerait dans le seul but de garantir le paiement d'une dette au profit d'un créancier. Tout mécanisme qui, présentant cette fonction, pourrait également être employé dans un autre but ne saurait être qualifié de sûreté. Ce critère de la finalité exclusive permet idéalement d'introduire les arguments d'une autre partie de la doctrine, selon laquelle la sûreté ne peut répondre qu'à une définition fonctionnelle[5].

---

[1] Crocq P., *th. préc*., n° 282.

[2] V. ainsi Houin-Bressand C., *Les contre-garanties*, thèse, Dalloz, coll. « Nouvelle Bibliothèque de Thèses », 2006, n° 198 (« *droit d'action venant s'ajouter à ceux détenus par le créancier au titre du contrat de base, mais dont la mise en œuvre reste accessoire par rapport au mode normal d'extinction de la créance, ce rôle secondaire se traduisant, dans le domaine des sûretés réelles, par une limitation des droits du créancier sur le bien remis en garantie et, en matière de sûreté personnelle, par l'absence de contribution à la dette du tiers garant* ») ; Mestre J., Putman E., Billiau M., n° 5 (« *combinaison d'une affectation et d'un droit d'agir* », ces auteurs s'en remettant « *pour l'essentiel* » à la définition de M. Crocq) ; Toledo A.-M., *Notion de sûreté et droit du commerce international*, thèse Paris I, 1997 (« *institution qui par l'affectation d'un bien, d'un ensemble de biens ou de l'ensemble des biens a la créance de base, confère un droit de créance supplémentaire, un droit de préférence ou un droit de propriété judiciaire qui permet, par sa mise en œuvre le paiement de la créance garantie* ») ; Westendorf H., *Le transfert des sûretés*, thèse, Defrénois, Lextenso éditions, coll. « Doctorat et notariat », t. 54, 2015, n° 53 (« *adjonction d'un droit d'agir au profit d'un créancier, qui est relatif à un bien ou un ensemble de biens ou qui résulte de l'affectation à titre de garantie d'un patrimoine, et qui permet l'extinction d'une créance et améliore ainsi la situation du créancier par rapport à une personne ne bénéficiant pas d'un tel droit* »).

[3] Sur les éléments qui participent d'une définition générale, V. aussi Ginestet C., « La qualification des sûretés », *Defrénois* 1999, art. 36927 et art. 36940 (deux parties).

[4] V. Cabrillac M., Mouly Ch., Cabrillac S., Pétel Ph., n° 4 ; Legeais D., n° 21 ; Oury-Brulé M., *L'engagement du codébiteur solidaire non intéressé à la dette*, thèse, LGDJ, coll. « Bibliothèque de droit privé », t. 372, 2002, n° 116 ; Simler Ph., Delebecque Ph., n° 37.

[5] La dissociation entre les tenants d'une définition conceptuelle et ceux d'une définition fonctionnelle n'est toutefois pas aussi nette. Certains auteurs proposent par exemple de définir conceptuellement la sûreté, en

15. Contenu de l'approche fonctionnelle. Certains concepts s'accommodent malaisément d'une définition générique et invariablement fondée sur des critères permanents, tant ils peuvent être conjoncturels – il n'y a qu'à songer un instant à la « notion » d'ordre public[1]. De l'avis de certains auteurs, la sûreté est un exemple de notion qui n'a d'unitaire que la fonction. Les sûretés correspondraient alors à « *tous les procédés tendant directement à la garantie de l'exécution des obligations, y compris ceux pouvant avoir, dans des circonstances différentes, d'autres fonctions* »[2].

Les promoteurs de cette conception revendiquent par ailleurs l'intérêt qu'il y a à ne pas enfermer dans un carcan qui la déformerait une notion dont les utilités sont multiples : les incertitudes qui planent quant à l'appartenance d'un mécanisme à la catégorie des sûretés seraient largement compensées par les potentialités qu'il offre, en matière de garantie du crédit comme ailleurs. Aussi ces auteurs admettent-ils que la sûreté ainsi comprise n'est qu'un avatar de la notion de garantie : la sûreté n'est pas un genre dont la garantie serait l'espèce. L'incertitude relative à la notion de sûreté est d'ailleurs entretenue par le silence du législateur sur ce sujet.

16. L'absence de définition légale de la sûreté : parti pris ou renoncement ? Il est difficile d'affirmer avec certitude la raison essentielle qui préside à l'absence de définition légale de la notion de sûreté. S'agit-il d'un choix du législateur, qui préfère ne pas restreindre les potentialités des sûretés, que des éléments de définition trop rigides auraient pour effet de paralyser ? Ou cette absence de choix n'est-elle que le reflet d'une absence d'intérêt porté à la

---

plaçant au premier rang le critère de la finalité. V. not. Legeais D., n° 21, selon qui « *toute sûreté se caractérise en premier lieu par sa finalité particulière* ».

[1] L'ordre public comme les bonnes mœurs sont « *des* normes à contenu indéterminé*, des standards, qui ne répondent à aucune définition précise et qui ont donc souvent besoin du relais des juges pour être concrétisées* » (Terré F., Simler Ph., Lequette Y., *Droit civil. Les obligations, op. cit*., n° 371). Sur la notion, V. not. Farjat G., *L'ordre public économique*, thèse, Dijon, 1963 ; Malaurie Ph., *L'ordre public et le contrat : étude de droit civil comparé (France, Angleterre, URSS)*, thèse Paris, 1951 ; Marmion J., *Etude sur les lois d'ordre public en droit interne*, Paris, 1924.

[2] Simler Ph., Delebecque Ph., n° 37. Selon d'autres auteurs, regrettant la définition « *nécessairement vague* » de la sûreté, celle-ci serait « *une prérogative superposée aux prérogatives ordinaires du créancier par le contrat, un jugement ou une démarche conservatoire et qui a pour finalité exclusive de le protéger contre l'insolvabilité de son débiteur* » (Cabrillac M., Mouly Ch., Cabrillac S., Pétel Ph., n° 2). D'autres retiennent que la sûreté correspond à « *tout procédé spécifique mis en œuvre par un créancier afin d'obtenir directement ou indirectement l'exécution d'une obligation ou lui permettant de parer à l'inexécution de son obligation par le débiteur* » (Borga N., *L'ordre public et les sûretés conventionnelles : contribution à l'étude de la diversité des sûretés*, thèse, Dalloz, coll. « Nouvelle Bibliothèque de Thèses », 2009, n° 405). L'auteur propose ensuite un ajustement de sa définition : « *tout procédé spécifique octroyant au créancier un droit d'agir pour obtenir l'exécution de son obligation ou lui octroyant un droit d'opposition afin de parer à l'inexécution de son obligation par le débiteur* ».

question ? Il serait risqué, car divinatoire, de vouloir trouver une explication pérenne à cette absence[1]. Si la réforme apportée au droit des sûretés par l'ordonnance du 23 mars 2006 n'a pas prévu de définition unitaire, elle aura au moins été l'occasion d'en affiner les contours. Tout d'abord, le droit des sûretés a connu à cette occasion son autonomie : auparavant relégué à la marge comme un succédané composite du droit des obligations et du droit des biens[2], le droit des sûretés constitue désormais le quatrième livre du code civil – il se distingue ainsi « *des biens et des différentes modifications de la propriété* » (Livre II) et « *des différentes manières dont on acquiert la propriété* » (Livre III). La *summa divisio* sur laquelle il repose est également consacrée : les sûretés personnelles (Titre I^er^) sont opposées aux sûretés réelles (Titre II). De manière plus épisodique, le législateur offre des indices de la conception qu'il retient de la notion de sûreté qui, sans être superflus, n'en restent pas moins confus[3]. L'absence d'une définition légale de la sûreté est alors ambivalente : l'autonomie naissante de la notion ne masque par la contrariété des dispositions légales qui la régissent désormais. Autrement dit, lorsqu'apparaît un critère potentiel de définition, commun à toutes les sûretés, il arrive très souvent qu'un mécanisme consacré comme tel par le législateur tienne en échec ledit critère[4].

Devant cette difficulté d'appréhension qui oppose une doctrine prolixe à un législateur presque silencieux, il est peu évident de se déterminer. Sans préjuger ni du contenu, ni de l'existence théorique d'une définition unitaire de la sûreté, il convient, en considération des éléments ainsi exposés, de synthétiser les enseignements tirés de ces diverses acceptions.

17. Eléments de synthèse : la notion de sûreté entre autonomie conceptuelle et hétéronomie fonctionnelle. De la confrontation des deux types de définitions, il ressort que la sûreté est une notion présentant un tiraillement caractéristique entre son autonomie

[1] A la décharge du législateur français, rares sont les systèmes juridiques qui ont pris le parti de définir la sûreté. Parmi ces rares cas, l'Acte uniforme du 17 avril 1997 portant organisation des sûretés en droit OHADA retenait la définition suivante : « *moyens accordés au créancier par la loi de chaque Etat partie ou la convention des parties pour garantir l'exécution des obligations, quelle que soit la nature juridique de celles-ci* ». Révisé le 15 décembre 2010 à Lomé, l'Acte uniforme définit aujourd'hui la sûreté comme : « *l'affectation au bénéfice d'un créancier d'un bien, d'un ensemble de biens ou d'un patrimoine afin de garantir l'exécution d'une obligation ou d'un ensemble d'obligations, quelle que soit la nature juridique de celles-ci et notamment qu'elles soient présentes ou futures, déterminées ou déterminables, conditionnelles ou inconditionnelles, et que leur montant soit fixe ou fluctuant* ».

[2] V. Aynès L., Crocq P., n° 3 ; Bourassin M., Brémond V., Jobard-Bachellier M.-N., n° 1 ; Cabrillac M., Mouly Ch., Cabrillac S., Pétel Ph., n° 1 ; Legeais D., n° 20 ; Picod Y., n° 10.

[3] Le droit de rétention, par exemple, est prévu à l'art. 2286 c. civ., soit avant même la dissociation opposant sûretés personnelles et réelles : il ne relèverait alors d'aucune de ces catégories.

[4] La clause de réserve de propriété, par exemple, est traitée comme une sûreté réelle par la loi alors que sa mise en œuvre ne respecte à aucun moment l'effet satisfactoire habituellement reconnu aux sûretés. La réalisation de la clause aboutit, de fait, à un retour au *statu quo ante*, non pas à la satisfaction du créancier.

conceptuelle et son hétéronomie fonctionnelle.

D'un point de vue conceptuel, les critères dont procède la sûreté donnent à croire que le mécanisme à l'œuvre est véritablement singulier : l'adjonction d'une prérogative à une obligation, l'affectation d'un bien en garantie d'un paiement, le droit d'agir particulier du créancier, l'exclusivité de la fonction de la sûreté, etc. Il ne semblerait pas qu'il soit possible de qualifier autrement un mécanisme similaire, qui ne se réduit pas à une fonction puisqu'il répond également à une technique et à un effet. Au surplus, les tenants d'une approche fonctionnelle recourent-ils systématiquement à un critère technique pour ensuite recentrer la définition de la sûreté sur son rôle : « *procédé* », « *mécanisme* », « *prérogative superposée aux prérogatives du créancier* »…

D'un point de vue fonctionnel en revanche, la sûreté devient hétéronome. Hormis le degré de précision de la fonction il n'y a pas de différence, en effet, à dire d'une sûreté qu'elle protège le créancier d'un risque, qu'elle augmente ses chances de paiement, qu'elle lui évite une perte patrimoniale ou encore qu'elle compense l'insolvabilité du débiteur. À ce titre, la sûreté se confond avec la garantie[1]. Le critère de la finalité exclusive autorise toutefois un infléchissement de cette hétéronomie. Là où une garantie pourrait avoir une utilité différente de celle qui lui est assignée, la sûreté serait réduite à cet usage. Il faut alors admettre, à ce stade, cette impression qu'un concept autonome de sûreté est au moins envisageable, ce qu'il s'agira d'infirmer ou de confirmer[2].

18. Rapprochements de la sûreté et de la faute. Les notions de faute et de sûreté une fois présentées, il s'agit de les mettre en perspective afin de faire ressurgir les difficultés que leur confrontation génère. Outre leur nature transversale, un premier intérêt ressort de l'actualité de ces deux notions. Aussi, alors que leurs éléments constitutifs laissent penser *prima facie* que la faute et la sûreté sont deux notions absolument étrangères, il existe au contraire des points de convergence entre les deux vocables, dont le plus saillant est à trouver dans le véhicule technique de l'obligation.

---

[1] Cornu G. (dir.), *Vocabulaire juridique, op. cit*., V° Garantie, 1, p. 486-487. « *Au sens large, tout mécanisme qui prémunit une personne contre une perte pécuniaire : garanties du vendeur non payé, garantie de l'assureur etc*. […] ». Selon un deuxième sens : « *parfois synonyme de sûreté (mais une sûreté n'est qu'une espèce de garantie)* ».

[2] V. *infra*, n° 556. Cette recherche ne se réduit pas à un effort théorique d'abstraction : il ne s'agit pas de trouver une définition pour elle-même, ou seulement pour se démarquer de celles qui ont été proposées jusqu'alors. Selon Simler Ph., Delebecque Ph., n° 37, « *Elle détermine le sens de nombreux textes* » – ces textes sont d'ailleurs plus nombreux encore depuis la réforme du droit des obligations. V. pour ce qui concerne seulement le code civil, sans même intégrer le Livre IV relatif aux sûretés, les articles 1305-4, 1328-1, 1334, 1352-9, 1752, 1912, 1977 et 2011 c. civ.

19. Actualité de la notion de faute : vers une consécration légale ? Dire de la faute qu'elle est une notion actuelle relève du truisme. Il est à préciser que cette actualité est d'ordre légal : la faute, regrettablement absente des définitions que le législateur propose parfois, est en voie d'être consacrée dans le code civil. À peine la réforme du droit des obligations était-elle actée que la responsabilité civile faisait à son tour l'objet d'un projet de réforme. Parmi les dispositions phares se trouve l'article 1242 de ce projet, aux termes duquel : « *Constitue une faute la violation d'une prescription légale ou le manquement au devoir général de prudence ou de diligence* ». Il n'est pas question ici d'apprécier la pertinence de cette définition, la dissociation faite à tort ou à raison entre un manquement et une violation, ou entre leurs deux objets, mais seulement d'illustrer l'actualité de la faute en droit civil, en général et en droit des obligations, plus particulièrement.

Cette actualité fait notamment écho à la concurrence éprouvée par la faute en tant que condition de responsabilité, dans des disciplines juridiques aussi variées que le droit du travail[1], le droit administratif[2] ou encore le droit des assurances[3]. Il est une controverse relativement récente – à l'échelle du Droit, au moins – qui renforce d'autant plus l'actualité de la notion de faute : celle qui oppose les partisans et détracteurs de la responsabilité contractuelle. Des voix se sont élevées en doctrine pour condamner jusque dans son principe même cet ordre de responsabilité : il n'y aurait de responsabilité que délictuelle. Nécessairement, le triptyque constitutif de la responsabilité – faute, préjudice et lien de causalité du premier au second – fut discuté au point que la faute contractuelle elle-même a été déniée[4]. À s'en tenir aux intentions exprimées par le Gouvernement quant à la réforme à venir de la responsabilité civile, il ne semblerait pas que ce dernier ait été sensible aux revendications des détracteurs de la responsabilité et de la faute contractuelles[5].

---

[1] En la matière, c'est la loi du 8 avril 1898 sur les accidents du travail qui, la première, organise un système de responsabilité de l'employeur totalement détaché de la faute, que l'employé n'a pas besoin de prouver pour obtenir réparation.

[2] La discipline connait des hypothèses de responsabilité sans faute de l'administration. V. not. Foillard Ph., *Droit administratif*, Larcier, coll. « Paradigme », 4ème éd., 2015, n° 676 s.

[3] Le droit des assurances est intrinsèquement fondé sur le risque, au détriment de la faute : « *le risque est l'évènement incertain qui sera le fait générateur d'un sinistre* » (Lambert-Faivre Y., Leveneur L., *Droit des assurances*, Dalloz, coll. « Précis », 13ème éd., 2011, n° 308). La proximité avec la responsabilité est évidente : le risque remplace la faute, le fait générateur évoque la causalité et le sinistre est l'équivalent du dommage. Ce n'est pas à dire que la faute est absolument étrangère aux préoccupations du droit des assurances, mais que la matière s'en détache sensiblement.

[4] V. not. Tallon D., « Pourquoi parler de faute contractuelle ? », *in Droit civil, procédure, linguistique juridique : écrits en hommage à Gérard Cornu*, PUF, 1994, p. 429. Pour une étude récente, v. Juen E., *La remise en cause de la distinction entre la responsabilité contractuelle et la responsabilité délictuelle*, thèse, LGDJ, coll. « Bibliothèque de droit privé », t. 568, 2016. Pour d'autres références sur le sujet, V. *supra*, n° 159 s.

[5] Une lecture même superficielle du projet de réforme laisse une impression regrettable de confusion. Il semblerait que les auteurs n'aient pas su se prononcer ouvertement en faveur ou en défaveur de la responsabilité contractuelle. Lorsque dans un chapitre consacré aux conditions de la responsabilité, une première section

20. Actualité de la notion de sûreté : vers une nouvelle réforme du droit des sûretés ? Certes le droit des sûretés ne se réduit pas à la notion de sûreté, mais l'actualité de cette notion se vérifie au gré des turbulences que subit la discipline. Réforme juridique majeure des années 2000, l'ordonnance n° 2006-346 du 23 mars 2006 est venue profondément moderniser le droit des sûretés réelles. Faute d'habilitation du gouvernement pour légiférer par voie d'ordonnance en matière de cautionnement, ce dernier a seulement été recodifié à droit constant et concurrencé par l'introduction de la garantie autonome et de la lettre d'intention. L'ordonnance n'aura donc pas été en mesure de reprendre dans leur intégralité les propositions suggérées par la commission Grimaldi. Sur l'initiative de la Chancellerie, il se trouve toutefois qu'une autre commission, réunie sous l'égide du même Professeur, a récemment élaboré un nouvel avant-projet de réforme du droit des sûretés[1]. Prenant acte des imperfections de l'ordonnance de 2006, qu'elles soient inhérentes au texte ou qu'elles résultent de ses applications jurisprudentielles, cet avant-projet constituerait un tournant majeur de la discipline s'il venait à être consacré. Parmi ses propositions, plusieurs articles liminaires constitueraient un droit commun des sûretés : l'exigence de neutralité économique et la liberté du créancier dans la réalisation de sa sûreté sont notamment suggérées[2]. Aussi ce sont les définitions de la sûreté[3], de la sûreté personnelle[4] et de la sûreté réelle[5] que les auteurs de l'avant-projet proposent de voir consacrées[6].

A l'image de la matière elle-même, la notion de sûreté est alors d'une particulière actualité. Cependant, sa définition n'a visiblement jamais été un obstacle insurmontable à son

---

s'intitule « *Dispositions communes aux responsabilités contractuelle et extracontractuelle* », le doute ne semble pas de mise : la dualité des ordres de responsabilité est consacrée. Or, au titre des dispositions propres à la responsabilité contractuelle, l'art. 1250 du projet renvoie à la seule inexécution du contrat, sans évoquer la faute : faut-il y voir le signe de sa condamnation ? Rien n'est moins sûr, lorsque l'article qui suit directement évoque la « *faute lourde ou dolosive* »… Nul doute que le projet ainsi rédigé suscitera une vive discussion. Sur la faute particulièrement, V. Lagoutte J., « La faute dans l'avant-projet de réforme de la responsabilité civile », *RCA* 2017, n° 2, p. 5.

[1] Grimaldi M. (dir.), *Avant-projet de réforme du droit des sûretés*, Association Henri Capitant, 2017. Le texte intégral, comprenant les remarques et explications des auteurs, est disponible sur le site internet de l'Association Henri Capitant. Pour une version synthétique, V. *D*. 2017. 1717.

[2] Grimaldi M. (dir.), *Avant-projet de réforme du droit des sûretés*, *op. cit*., art. 2286-3 et 2286-4, p. 3. Sur le droit commun des sûretés, V. De Ravel d'Esclapon T., *Le droit commun des sûretés : contribution à l'élaboration de principes directeurs en droit des sûretés*, thèse Strasbourg, 2015 ; Dauchez C., « Pour une théorie générale des sûretés », *RRJ* juin 2016, n° 3, p. 1121.

[3] V. Art. 2286 : « *La sûreté garantit l'exécution d'une ou plusieurs obligations, présentes ou futures* ».

[4] V. Art. 2286-1, al. 1er : « *La sûreté personnelle est l'engagement pris envers le créancier par un tiers non tenu à la dette qui dispose d'un recours contre le débiteur principal* ».

[5] V. Art. 2286-1, al. 2 : « *La sûreté réelle est l'affectation préférentielle ou exclusive d'un bien ou d'un ensemble de biens, présents ou futurs au paiement préférentiel ou exclusif du créancier* ».

[6] À l'évidence, l'avant-projet ne se limite pas à ces quelques articles, il conviendra d'aborder progressivement et le moment venu les autres propositions qu'il contient.

application : la sûreté était employée sans vraiment savoir ce qui la constituait[1] – il n'est d'ailleurs pas impensable de trouver ici une explication au succès de l'approche fonctionnelle des sûretés. Avant que la notion fasse l'objet d'attentions particulières, c'est la discipline elle-même qui a connu un regain de ferveur en prenant progressivement son autonomie vis-à-vis des matières fondatrices dont elle est issue : le droit des obligations et le droit des biens[2]. Cette autonomie progressive s'explique également par des considérations d'ordre historiques et économiques. Le crédit, dont la sûreté est indissociable, est devenu le paradigme des sociétés libérales modernes, particulièrement au lendemain de la seconde guerre mondiale. La multiplication du recours au crédit entraîna inéluctablement le foisonnement des sûretés : ce foisonnement justifie alors qu'elles soient devenues plus nombreuses, efficaces et adaptées aux besoins des créanciers. Cette évolution succinctement retracée confirme et renforce l'intérêt d'une étude de la notion de sûreté, prise dans une tension entre son refoulement passé et son affranchissement actuel.

21. Absence de lien évident entre les notions de faute et de sûreté. Au vu des éléments exposés concernant chacune de ces deux notions, il est délicat de voir entre elles un quelconque lien : la faute est une contrariété à un élément qui lui préexiste, la sûreté est un mécanisme assimilable dans ses effets à une garantie offerte à un créancier. Difficile de déterminer les incidences respectives de l'une sur l'autre. À une exception près dont il faut convenir : la faute est parfois un élément déclencheur de la sûreté. Non pas que la mise en œuvre de toute sûreté soit strictement réduite à la commission d'une faute par le débiteur de l'obligation garantie ou le débiteur de la sûreté, mais elle reste une occasion récurrente de réalisation de la sûreté. D'ailleurs, il n'y a bien que deux situations qui justifient cette mise en œuvre : soit le débiteur est objectivement défaillant et l'inexécution de son obligation ne sera

[1] Ainsi : Domat J., *Les loix civiles dans leur ordre naturel, le droit public et legum delectus*, N. Gosselin, 1723, Livre III, Titre I, Section I. Selon l'auteur : « *la nature de l'hypothèque est d'affecter les biens pour la sûreté des engagements* ». La sûreté est désignée comme un effet, non comme une technique. V. également Argou G., *Institution au droit français*, t. II, 10ème éd. revue par M. A. G. Boucher d'Argis, Knapen, 1771, Livre IV, Chapitre III, p. 392 : « *le gage s'entend d'une chose mobilière, dont la possession réelle et actuelle est transférée en la personne du créancier pour la sûreté de ce qui lui est dû* ». Le code civil contenait également des renvois à la sûreté uniquement, d'ailleurs, au titre des sûretés réelles, sans jamais préciser son contenu. Ainsi l'ancien art. 2071 c. civ. disposait que « *le nantissement est un contrat par lequel un débiteur remet une chose à son créancier pour sûreté de la dette* ». Sur la notion et son émancipation progressive, attribuée pour l'essentiel à Aubry et Rau, v. Westendorf H., *th. préc*., n° 31 s.

[2] V. Westendorf H., *th. préc*., n° 42. Le premier auteur qui n'aurait pas relégué les sûretés à des exemples marginaux de contrats spéciaux pour les considérer comme des mécanismes véritablement autonomes serait Paul Pont (V. Pont P., *Explication théorique et pratique du Code Napoléon*, t. IX, *Commentaire-traité des petits contrats*, t. II, Delamotte, 1867, n° 3). En revanche, le premier ouvrage qui consacre la distinction des sûretés personnelles et réelles en même temps qu'il donne à la matière ses premières lettres de noblesse serait à attribuer à Charles Beudant. V. Beudant Ch., *Cours de droit civil français. Les sûretés personnelles et réelles*, avec la contribution de Beudant R., 2 tomes, A. Rousseau, 1900-1902.

alors que la résultante d'une conjoncture économique défavorable, soit il est subjectivement défaillant et ce sera alors sa mauvaise volonté, autrement dit sa faute, qui justifiera la réalisation de la sûreté. Aussi, la faute peut très bien être liée non à la réalisation mais à la constitution de la sûreté : débiteur et créancier d'une sûreté peuvent se rendre alternativement fautifs lorsqu'ils organisent les moyens de garantir leur relation. Enfin, entre la constitution et la réalisation de la sûreté, soit la période qui correspond à l'exécution de l'obligation garantie, il peut arriver que le comportement d'une partie compromette les intérêts de l'autre. Ces hypothèses ne suffisent pas, au demeurant, à rendre pertinente l'étude du sujet : il faut alors revenir sur un argument selon lequel la faute et la sûreté – ou plus largement la garantie – sont directement antinomiques afin de mieux pouvoir saisir, en conséquence, les éléments de convergences qui les caractérisent.

22. Opposition frontale entre les notions de faute et de sûreté. À l'origine de la querelle doctrinale moderne opposant partisans et détracteurs de la responsabilité contractuelle se trouve la thèse d'un juriste belge, Henri Sainctelette : *De la responsabilité et de la garantie. Accidents de transport et de travail*[1]. L'auteur s'emploie à dissocier formellement la responsabilité de la garantie, ce qu'il explique à l'orée de son œuvre : « *il semble que les rédacteurs du code civil aient voulu d'abord désigner par garantie la sanction de l'exécution des obligations conventionnelles et par responsabilité la sanction de l'exécution des engagements nés directement de la loi d'ordre public* »[2]. Développant son raisonnement à partir de plusieurs articles du code civil, il conclue sans ambiguïté : « *régir les relations contractuelles par les règles de la responsabilité, c'est méconnaitre le fait, choquer la raison, violer la justice* »[3]. Suivant son raisonnement, la responsabilité et le triptyque qui la constitue ressortissent alors au strict domaine extracontractuel tandis que la garantie est l'office du contrat. Dans la mesure où la garantie est conçue dans un sens large, il est alors permis d'étendre le raisonnement aux sûretés, lesquelles ne constitueraient qu'un genre de garantie. Or à l'exception des privilèges et de quelques sûretés judiciaires, toutes les sûretés ont en commun d'être conventionnelles : leur sanction serait alors parfaitement étrangère à la constatation d'une faute. C'est en ce sens qu'il est permis d'affirmer, sur les traces de cet

[1] Sainctelette H., *De la responsabilité et de la garantie. Accidents de transport et de travail*, éd. Bruyland-Christophe et A. Chevalier-Marescq, Bruxelles, 1884.
[2] Sainctelette H., *th. préc*., n° 5. Il précise plus loin que : « *la responsabilité a pour fonction d'assurer le respect des lois, œuvre de la volonté publique ; la garantie a pour but d'assurer le respect des contrats, œuvre des volontés privées. Toute question de responsabilité est donc affaire d'ordre public et ne peut être résolue que conformément aux lois. Toute question de garantie n'est affaire que d'intérêts privés et peut être résolue au gré et à la guise des personnes qu'elle concerne* » (Sainctelette H., *th. préc*., n° 2).
[3] Sainctelette H., *th. préc*., n° 32.

auteur, que la faute et la sûreté sont étrangères, qu'elles se repoussent mutuellement comme deux aimants. La garantie au sens large, donc la sûreté dans un sens restreint aurait, par son automatisme, pour effet de reléguer la faute à la périphérie de son domaine : nul besoin de caractériser une faute pour mettre en œuvre la sûreté, seule une inexécution objective suffit. Il est d'ailleurs significatif de relever chez Sainctelette l'effort par lequel il tache de ne jamais employer le terme de *faute* lorsqu'il traite du domaine de la garantie, pour lui préférer celui d'inexécution. Ce faisant il admet qu'une garantie ou une sûreté puisse toute de même voir son exécution entachée par un évènement accidentel. Ce ne sont donc, en définitive, que les modalités par lesquelles les parties vont remédier à cet évènement fâcheux qui diffèrent : au fond, lorsqu'une loi d'ordre public est méconnue ou lorsqu'un engagement strictement privé est perturbé, c'est toujours une obligation – au sens large – qui est contrariée. Il y a alors, peut-être, matière à convergence entre la faute et la sûreté.

23. Premier élément de convergence : la mise en œuvre de la sûreté par la commission d'une faute[1]. Il existe des traits communs au moyen desquels des lignes de convergences peuvent être tracées entre la notion de faute et la notion de sûreté, infléchissant la rigueur avec laquelle elles ont pu être opposées. Tout d'abord, la mise en œuvre d'une sûreté est presque systématiquement la conséquence d'une perturbation de l'obligation garantie : cette perturbation trouve son origine soit dans la malignité du débiteur soit dans un contexte sur lequel sa volonté n'a aucune emprise. Les détracteurs, classiques ou modernes, de la responsabilité contractuelle avanceront que seule l'inexécution est à même de mettre en mouvement la sûreté. Ceux qui, à l'inverse, accordent à raison du crédit à l'existence de la responsabilité contractuelle dissocieront la faute de l'inexécution parmi les faits générateurs de la mise en œuvre d'une sûreté. Sans qu'il soit besoin de prendre position plus avant sur l'autonomie ou l'identité de ces deux notions, il est permis de voir un lien même ténu entre la

[1] V. Aynès L., Crocq P., n° 1 : les sûretés *« permettent au créancier de se prémunir contre la défaillance du débiteur, dont le risque augmente avec le temps : elle peut être liée non seulement à la mauvaise volonté du débiteur lorsque l'obligation deviendra exigible, mais aussi à l'évolution générale de ses affaires, le précipitant dans une situation d'insolvabilité* ». C'est dans cette optique que les liens entre la faute et les sûretés se nouent avec le plus d'évidence : la faute du débiteur de l'obligation garantie est un évènement à la suite duquel la sûreté sera mise en œuvre. Seulement cette mauvaise volonté ne saurait être aussi étroitement liée à l'obligation « *exigible* », ni être le fait exclusif du débiteur. Une faute peut très bien être commise avant l'exigibilité de l'obligation garantie, voire avant même la constitution de la sûreté et son auteur peut tout autant être le débiteur de l'obligation garantie que le débiteur ou le créancier de la sûreté. Il y a donc, dans la définition même des sûretés et de leur finalité, un lien naturel entre elles et la faute.

faute et la sûreté[1]. C'est par le biais de l'obligation qu'il est alors envisageable de les rapprocher plus intimement encore.

24. Second élément de convergence : les définitions de la faute et de la sûreté fondées sur l'obligation. La faute se définie presque invariablement par référence à l'obligation dont elle vient troubler le jeu. Parfois est-il renvoyé au devoir, à la règle, à la prescription plutôt qu'à l'obligation mais l'idée fondamentale reste la même : c'est toujours une prescription de nature juridique que le fautif vient altérer. C'est donc essentiellement une obligation, dans le sens extensif de lien de droit intersubjectif, qui est contrariée par la commission d'une faute. Les sûretés se détachent *a priori* plus nettement de l'obligation[2]. D'abord, l'armature actuelle du code civil laisse croire à cette césure. Le Livre II du code civil contient en effet plusieurs titres relatifs à la source, au régime et à la preuve des obligations, alors que le Livre IV est exclusivement consacré aux sûretés : sans dire qu'il n'existe aucun lien entre elles, cette dissociation élémentaire suggère une irréductible différence de nature entre l'obligation et la sûreté. Or parmi les définitions doctrinales de la sûreté, rares sont celles qui renvoient directement à l'obligation comme étant son support. Ces définitions renvoient plutôt à la « *créance* », à la « *créance de base* » ou au « *contrat de base* » mais jamais à l'obligation. Cette absence n'est qu'un trompe-l'œil : les références citées ne sont que des manières plus précises de désigner l'obligation, sous sa face active (*créance*) ou selon sa source (*contrat*).

L'obligation paraît alors être un critère bien plus adapté que le contrat, la convention ou l'acte juridique pour une raison simple : elle permet d'étendre les recherches à toutes les hypothèses de sûretés sans se limiter ni aux sûretés conventionnelles, ni aux sûretés qui garantissent l'exécution d'une obligation conventionnelle, bien qu'elles soient d'un point de vue quantitatif les plus fréquentes[3]. Pourront alors être intégrées aux développements les sûretés légales et judiciaires comme les sûretés qui garantissent le paiement d'une obligation extracontractuelle – par exemple, l'hypothèque attachée à un jugement condamnant un débiteur à la réparation d'un dommage corporel. Par ailleurs, comment dénier ce lien lorsque l'article 2288 du code civil, l'une des premières dispositions du Livre IV consacré aux

[1] Ce lien prend une consistance supplémentaire lorsque sont examinées les dispositions qui renvoient explicitement à un comportement fautif pour déterminer ensuite son influence sur le régime d'une sûreté. V. par exemple l'art. 2321, al. 2, c. civ., à propos la garantie autonome, selon lequel « *Le garant n'est pas tenu en cas d'abus ou de fraude manifestes du bénéficiaire ou de collusion de celui-ci avec le donneur d'ordre* ».

[2] Sur les liens entre l'obligation et, plus généralement, la garantie, V. not. Rouvière F., « L'obligation comme garantie », *RTD civ*. 2011. 1.

[3] Par exemple, la licéité du cautionnement de dettes délictuelles est admis en jurisprudence. V. Civ. 1ère, 8 octobre 1996, *Bull. civ. I*, n° 342 ; *RTD civ*. 1997. 180, obs. Bandrac M. V. également Mignot M., n° 286.

sûretés, dispose que : « *Celui qui se rend caution d'une obligation se soumet envers le créancier à satisfaire à cette obligation, si le débiteur n'y satisfait pas lui-même* »[1] ? Les sûretés, au moins personnelles, s'expliquent alors idéalement par recours à l'obligation[2].

En revanche, les sûretés réelles paraissent naturellement réfractaires à une telle association et ce sont plus souvent les droits réels qui serviront à exposer leur fonctionnement : la propriété, la possession, la dépossession, le droit de suite, le droit de préférence[3]… Or, au final, qu'est-ce qu'une sûreté sans une obligation qui lui donne sa raison d'être ? Une sûreté ne se comprend qu'à l'égard d'un élément préalable qui lui donne sa consistance. Peu importe alors l'acception retenue de la notion de sûreté, il est un trait qui semble commun à toutes : l'obligation qui leur sert de support. Le rapprochement ainsi amorcé offre des perspectives fécondes d'analyse qu'il convient de faire valoir.

25. Une association inconsistante ? Rapprocher les concepts de faute et de sûreté au moyen de l'obligation paraît être une démarche incongrue et peu prolifique tant les trois vocables ont un sens particulièrement vaste. Il reste cependant possible de limiter le déploiement d'une telle recherche en se déterminant pour une acception spécifique de chaque terme.

L'obligation est elle aussi polysémique. Désignant en substance un lien, elle recouvre quelques sens extra-juridiques variés et concerne la morale, la religion, la sociologie, entre autres domaines. Tout comme la faute, l'obligation réside fondamentalement dans l'idée d'un rapport d'altérité, d'une relation entre deux sujets au moins. Son acception juridique n'est elle-même pas arrêtée : le droit positif français ne lui connait pas de définition et malgré son ancienneté, son contenu est aujourd'hui encore discuté[4]. Face à l'insaisissabilité apparente de l'obligation comme à la nature évolutive de la sûreté et de la discipline dont elle relève, toute tentative de rapprochement des deux notions par le biais de la faute semble contenir en germe son propre échec : celui de l'inconsistance. Plusieurs raisons invitent à dépasser l'impression de vacuité qu'un tel rapprochement génère.

---

[1] Art. 2288 c. civ.

[2] Pour un essai de théorie générale des sûretés personnelles fondé sur un tel rapprochement, V. Pellier J.-D., *Essai d'une théorie des sûretés personnelles à la lumière de la notion d'obligation : contribution à l'étude du concept de coobligation*, thèse, LGDJ, coll. « Bibliothèque de droit privé », t. 539, 2012. L'auteur déplore que la notion d'obligation soit « *utilisée seulement afin de fonder l'accessoire et l'autonomie et non en tant que telle* » (n° 10).

[3] V. cependant Mestre J., Putman E., Billiau M., n° 332 s., désignant l'obligation comme étant le « *support de la sûreté* ».

[4] Pour une définition novatrice et récente, V. Forest G., *Essai sur la notion d'obligation en droit privé*, Dalloz, coll. « Nouvelle bibliothèque des thèses », 2012.

26. Un rapprochement fertile. Le rapprochement entre la notion de faute et le droit des sûretés s'annonce en effet comme une occasion propice à la détermination des engagements qui relèvent de la matière. Le « caryotype » des sûretés révèle un ensemble si fractionné qu'il est délicat d'établir qu'il soit mu par des règles communes, qu'il réponde à une logique unitaire. Une solution pourrait alors être de considérer, par dépit, que cet ensemble hétérogène est absolument rétif à toute volonté de systématisation et qu'il est impossible de considérer chaque élément autrement que dans son individualité. Une autre démarche, qui sera adoptée, consiste à étudier au plus près la véritable nature des sûretés par le truchement de la faute. Cette faute, prise comme un reflet négatif des engagements qu'elle contrarie, pourrait justement être un instrument utile à la détermination de ces engagements[1]. S'il est malaisé de désigner directement ce à quoi correspond en substance l'engagement d'une caution, d'un créancier gagiste ou encore du bénéficiaire d'une fiducie-sûreté, il n'est pas impensable de procéder indirectement à cette désignation par le détour de la faute. D'une manière imagée, le droit des sûretés – et à son fondement, la notion de sûreté – serait comme un édifice protéiforme, vétuste et insalubre qu'il s'agirait sinon de reconstruire, au moins d'étayer à l'aide d'un échafaudage, la faute et d'un outil, l'obligation. Une fois l'ouvrage achevé et l'échafaudage retiré, l'édifice apparaîtra sous un nouveau jour. Cela n'est pas à dire que le résultat correspondra indiscutablement à une révolution complète de la discipline mais, plus modestement, à une appréhension plus harmonieuse. Avant que de préciser davantage ce mode opératoire, il convient de mettre en avant les enjeux d'une telle direction de recherche.

27. La notion de sûreté comme perspective finale de recherche. La formulation du sujet et les orientations données à ces premières analyses placent la notion de sûreté au stade le plus avancé des intérêts théoriques du sujet. Non pas que la faute soit dépourvue de tout intérêt d'étude, mais il a été établi que sa définition était plus ou moins arrêtée : elle est une contrariété à un élément référentiel préalable. Aussi et surtout, le sujet n'invite pas à isoler la

[1] Le terme *engagement* est ici particulièrement approprié. En effet, son premier sens historique renvoie directement au droit des sûretés : « *Action de mettre en gage, de lier par une convention, un contrat* » (Prarond E., *Histoire d'Abbeville. Abbeville avant la guerre de Cent ans*, éd. A. Picard, p. 28). Issu du latin médiéval « *inwadiamentum* » signifiant « *détention en gage* », l'engagement a vu son sens progressivement détaché de l'idée d'un bien mis en garantie, pour devenir l'« *Etat où l'on est lié par quelque obligation* » (Montaigne M., *Essais*, livre III, chap. IX, éd. A. Thibaudet, p. 1083). Il est surprenant de remarquer sur ce point que les dictionnaires juridiques sont les seuls qui relèguent cette acception étymologique première, pour n'en révéler par ailleurs qu'un vague aperçu. V. Cornu G. (dir.), *Vocabulaire juridique, op. cit*., V° Engagement, 5, p. 401 : « *désigne parfois la situation du patrimoine du débiteur (exposé aux poursuites des créanciers de celui-ci, soit en vertu du droit de gage général, soit par l'effet des sûretés réelles qui le grèvent, gage, hypothèque)* ». V. plus spéc. sur la notion Grimaldi C., *Quasi-engagement et engagement en droit privé : recherches sur les sources de l'obligation*, thèse, Defrénois, coll. « Doctorat et Notariat », t. 23, 2007.

faute comme objet d'étude distinct, mais à l'envisager dans un cadre déterminé, celui du droit des sûretés. La faute constituera un outil, un instrument d'analyse par le truchement duquel il sera possible d'affiner la définition de la sûreté.

La notion de sûreté est alors, *in fine*, celle qui polarise l'essentiel des enjeux théoriques de cette étude. Dès lors qu'elle ne fait l'objet d'aucune définition unanimement arrêtée, puisqu'elle est alternativement perçue comme une notion conceptuelle et fonctionnelle, l'étude du droit des sûretés menée sous le prisme de la faute permettra soit d'aboutir à une définition unitaire de la notion de sûreté en droit privé ; soit, à défaut, de désigner un ou plusieurs critères communs ; soit, au contraire, d'avancer qu'il n'existe aucune définition uniforme ni même aucun critère commun à toutes les sûretés.

28. Le renforcement de la sécurité du crédit. Un avantage plus concret de ces recherches pourrait être de sécuriser davantage les relations qui unissent créanciers et débiteurs de sûretés. Parce qu'elle est une discipline de superposition subissant une effervescence notable[1], confinant à l'imprévisibilité, le droit des sûretés gagnerait à être analysé « négativement » par le biais des fautes qui sont commises à son occasion. Par un recensement et une systématisation, même partiels, des fautes que les acteurs de sûretés sont susceptibles de commettre, il sera permis de redéfinir plus durablement la nature de leurs engagements. L'occasion sera ainsi donnée d'harmoniser, d'une sûreté à l'autre, voire d'un ordre de sûreté à l'autre, les dispositions qui les régissent comme l'incidence des manquements qui les perturbent ; d'estomper, voire d'évacuer, les incohérences qui entravent leur efficacité comme leur prévisibilité ; « *d'éliminer les excès* »[2] parfois contreproductifs de

[1] Les auteurs évoquent une « *perpétuelle évolution* » (Aynès L., Crocq P., n° 20), « *l'inflation* » des sûretés (Simler Ph., Delebecque Ph., n° 35 ; Picod Y., n° 12), une évolution qui « *n'est certainement pas terminée* » (Piette G., p. 18), « *un droit en crise* » (Albigès Ch., Dumont-Lefrand M.-P., n° 9) ou encore « *un droit en bouleversement, à la recherche d'un équilibre, pas encore trouvé* » (Piedelièvre S., n° 18). Il est vrai que la réforme de 2006 n'est plus tout à fait représentative du droit positif. Entre-temps la fiducie a été consacrée au coup par coup, l'hypothèque rechargeable supprimée puis partiellement réintroduite, le gage des stocks perfectionné, l'agent des sûretés réformé…

[2] Bourassin M., Brémond V., Jobard-Bachellier M.-N., n° 41. Etudiant « *les bases d'un régime primaire en droit des sûretés* » et plus particulièrement les « *règles communes à l'ensemble des sûretés* », les auteurs intègrent parmi ces règles « *l'élimination des excès en droit des sûretés* » et dissocient pour ce faire « *le choix de la sûreté à prendre* », « *l'étendue de la sûreté constituée* » et « *la réalisation des sûretés* ». C'est dans une telle optique que s'inscrivent ces recherches. Bien qu'elle ne s'y réduise pas, la faute est une forme d'excès : elle est un comportement adopté en dehors d'un périmètre ouvert à l'agent. L'étude de la faute participe alors, sans en être le seul moyen, d'une analyse holistique des sûretés et permettra d'affiner la notion de sûreté. Dans le même sens, V. Legeais D., n° 29, qui, à propos des « *principes communs à l'ensemble des garanties* », évoque une « *exigence de bonne foi* » auxquelles les sûretés sont soumises « *comme l'ensemble du droit des contrats* ». La remarque est parfaitement fondée, à ceci près qu'elle concerne le créancier et le débiteur de la sûreté, non pas exclusivement le premier – ce que les exemples cités laissent penser. V. également Aynès L., Crocq P., n° 18, évoquant le « *contrôle judiciaire de l'excès de sûretés* » avec toutefois une réticence affichée.

règles légales perfectibles et de solutions jurisprudentielles erratiques rendues sur leur fondement ; de suggérer des éléments de réforme qui permettront de conserver au droit des sûretés son dynamisme et son actualité « *à la hauteur des exigences que l'on peut attendre d'un système juridique moderne* »[1].

29. La modération du déséquilibre inhérent au droit des sûretés. Un intérêt subséquent se dessine : l'étude de la notion sûreté à travers le prisme de la faute pourrait aussi être le lieu d'un rééquilibrage de la matière. Puisque la sûreté a vocation à protéger un créancier sans contrepartie à sa charge, elle est un engagement intrinsèquement déséquilibré. Aussi est-elle uniquement constituée en garantie d'engagements importants et s'inscrivant dans la durée[2]. Or la faute étant un évènement accidentel, ses répercussions seront plus graves et plus prégnantes encore que si elle contrariait une relation dépourvue de sûreté. Il y a donc un objectif primordial qui se dégage de l'analyse de la faute en droit des sûretés : proposer des solutions pour contenir ses incidences. Il ne s'agit pas, cependant, d'évacuer littéralement ce déséquilibre, sauf à dénaturer gravement le droit des sûretés, mais de corriger les occurrences par lesquelles il se manifeste à l'excès, indépendamment de la personne qui en subit les conséquences. Il ne s'agira donc pas de trouver des moyens imparables de satisfaire le créancier à terme, ni de donner mille excuses au débiteur pour qu'il condamne son engagement, mais de tracer une voie médiane qui intègre, autant que faire se peut, la sécurité du premier et le respect des intérêts du second[3]. D'autant que le déséquilibre constitutif de la matière est encore accentué par les diverses et inégales qualités que les acteurs d'une sûreté peuvent recouvrir : consommateur, professionnel, non-professionnel, commerçant, personne physique, personne morale[4]… Il faut en revanche se garder d'une dérive qui consisterait à proposer des solutions qui, plutôt que de tarir ce déséquilibre, auraient pour conséquence de l'accentuer.

L'étude du droit des sûretés au prisme de la faute pourrait ainsi s'avérer utile à un

[1] Cabrillac M., Mouly Ch., Cabrillac S., Pétel Ph., n° 9.

[2] « *Les sûretés garantissent l'exécution future d'une obligation ; elles sont indissociables de l'obligation de somme d'argent à terme* » (Aynès L., Crocq P., n° 1).

[3] Un auteur remarquait d'ailleurs à propos des devoirs toujours plus nombreux du créancier cautionné que « *chacune de ces sujétions se justifie – à tort ou à raison – par une réaction à un abus comportemental du créancier* » (Séjean M., *La bilatéralisation du cautionnement ? Le caractère unilatéral du cautionnement à l'épreuve des nouvelles contraintes du créancier*, LGDJ, coll. « Bibliothèque de droit privé », t. 528, 2011, n° 7). Etudier la faute appliquée au droit de sûretés pourrait alors permettre de limiter les hypothèses d'abus d'une part sans, d'autre part, inverser le déséquilibre par des sujétions légales trop contraignantes à l'endroit de ceux qui les commettent.

[4] Aussi, le monopole des établissements bancaires en matière de distribution de crédit à titre habituel, prévu à l'art. L. 511-5 CMF, permet de comprendre que l'immense majorité des sûretés est constituée à leur profit.

contingentement de ce déséquilibre et s'annonce alors comme un moyen de rationnaliser la discipline, dont l'absence de droit commun inhibe regrettablement les potentialités.

30. L'obligation comme technique au fondement de la sûreté. L'obligation, en tant qu'élément commun aux deux notions *a priori* étrangères que sont la faute et la sûreté, permet-elle d'expliquer les comportements fautifs que les acteurs d'une sûreté sont susceptibles d'adopter ? En d'autres termes, à supposer que ces comportements fautifs puissent faire l'objet d'une synthèse, leur analyse dans le cadre du droit des sûretés présente-t-elle un intérêt à être menée sous le prisme de l'obligation ?

Cette entreprise n'est pas seulement permise. Elle est, plus encore, la seule par laquelle il est envisageable de déterminer ce qu'il y a de répréhensible dans les comportements des créanciers et débiteurs de sûretés et, dans le même temps, d'appréhender avec plus d'acuité la norme en référence à laquelle leur attitude est tenue pour fautive. Par le détour de la faute, il conviendra alors d'établir que la notion d'obligation est au fondement des deux ordres de sûretés. À l'image de la faute, la sûreté procède de l'obligation, sans laquelle son existence est inconcevable.

Il s'agira donc moins de donner une définition absolument inédite de la faute et de son expression singulière en droit des sûretés, que d'employer la faute comme un curseur permettant, par la négative, de redéfinir les engagements des parties, de tracer plus durablement les contours de leurs droits et devoirs respectifs. Ainsi, ce travail sera l'occasion de rationaliser le droit des sûretés par une systématisation des hypothèses de fautes et par une modération de l'antagonisme des rapports qui unissent créanciers et débiteurs de sûretés.

31. Opportunité d'une approche conceptuelle des sûretés. Cette étude, par la formulation de son intitulé, conduit assez naturellement à opter pour une approche conceptuelle de ces mécanismes. Il ne s'agit pas d'un parti pris selon lequel cette approche serait la seule qui vaille mais davantage un choix méthodologique. Retenir une approche fonctionnelle des sûretés présente un risque : l'éparpillement des pistes d'analyse et la dilution consécutive des résultats. Nombre d'institutions peuvent en effet jouer un rôle de garantie et revêtir la qualité de sûreté alors même que l'ordonnancement juridique ne les désigne pas ainsi. Afin de s'assurer d'un résultat substantiel, l'approche conceptuelle des sûretés semble indiquée. Au vu des définitions conceptuelles présentées et des trois critères que sont la

technique, l'effet et la fonction des sûretés[1], seront exclus des développements à venir tous les mécanismes qui ne recouvrent pas ces trois critères[2]. L'approche conceptuelle des sûretés sera alors, dans le même temps, un *modus operandi* et l'occasion d'une démonstration.

32. Inopportunité théorique et méthodologique d'une redéfinition de la faute. Au vu de la multitude de définitions doctrinales de la faute juridique et des recoupements qui peuvent être établis entre elles, il serait vain de vouloir proposer une nouvelle définition. Dès lors que la faute est systématiquement caractérisée par la contrariété d'un fait à un élément préalable qui lui sert de référence, il semble suffisant de retenir une définition sommaire : la faute est un manquement à une règle juridique[3]. L'inopportunité d'une redéfinition se comprend également à la lueur du projet de réforme de la responsabilité civile, qui contient justement une proposition de définition[4] : dans la mesure où « *le manquement à une obligation préexistante* » lui est compatible, cette proposition ne sera pas discutée plus avant. La dimension comportementale de la faute sera en revanche davantage examinée[5]. Puisque la faute est d'abord un acte, un fait ou, autrement dit, un comportement et que dans le même temps, elle n'est que le reflet négatif de la règle qu'elle entrave, l'occasion sera donnée de soutenir la dimension éminemment comportementale de cette règle.

Aussi, l'intitulé de cette étude impose de ne pas redéfinir la notion de faute pour une raison évidente : puisqu'elle est étudiée dans un cadre donné, celui du droit des sûretés, ses manifestations procèderont alors nécessairement des particularités de la matière. Il serait alors parfaitement inadapté de prétendre à une définition à la fois spécifique et générique de la

---

[1] V. Crocq P., *th. préc*., n° 267 s.

[2] Dès lors ne seront pas abordés, sauf pour les besoins ponctuels d'une comparaison ou d'une illustration, les mécanismes du régime général des obligations qui peuvent avoir une fonction de garantie (la solidarité, l'indivisibilité, la délégation, la compensation, la confusion…) ni ceux présentés comme des sûretés alors qu'ils sont dépourvus de tout effet satisfactoire pour le créancier : la clause de réserve de propriété et le droit de rétention).

[3] Par rapport à la définition classique de la faute héritée de Planiol, la règle juridique est ici substituée à l'obligation, car elle est plus étendue et confère ainsi à la définition une portée plus large.

[4] Pour rappel, l'art. 1242 de ce projet dispose que : « *Constitue une faute la violation d'une prescription légale ou le manquement au devoir général de prudence ou de diligence* ». La prescription légale et le devoir général de prudence ou de diligence sont des exemples de règles : leur référence se comprend aisément. Leur dissociation est en revanche plus confuse : le devoir général de prudence et de diligence n'est-il pas lui-même une prescription légale ? Dans le même sens, la dissociation entre manquement et violation est peu évidente : pourquoi ne pas avoir retenu un vocable unique ? Existe-t-il une différence entre un manquement et une violation ? Le projet de définition pourrait être plus synthétique et plus clair encore, en étant déchargé de ces dissociations superflues.

[5] Le terme de comportement paraît d'autant plus approprié qu'il permet de désigner à la fois l'acte fautif dans sa manifestation objective et l'état d'esprit psychologique de l'agent : intention de nuire, malveillance, négligence, imprudence… Ce faisant le comportement permet de simplifier la définition retenue de la faute : il épargne la référence à la règle « *que l'agent pouvait connaitre et observer* » (l'expression est empruntée à Savatier R., *op. et loc. cit*., V. *supra*, n° 10).

faute. Un autre objectif de la démonstration consistera plutôt à formuler, si elle existe, une définition des différents types de fautes appliquée aux cas qui seront recensés[1].

33. Exclusion de l'étude des sanctions. L'étude des sanctions de la faute n'est évidemment pas dépourvue d'intérêt, mais elle ne parait pas immanquable dans ce cadre. La sanction participe en effet du régime de la faute, du traitement qui est nécessairement consécutif à son observation : elle ne concerne pas les éléments constitutifs de la faute, dont les traits caractéristiques sont indifférents à la manière avec laquelle son auteur sera sanctionné[2]. À l'inverse ces traits caractéristiques présentent l'avantage de mettre en évidence le contenu précis de la règle manquée – en l'occurrence, le contenu de l'engagement à une sûreté. Il y a donc moins d'intérêt à étudier les sûretés sous l'angle des sanctions de la faute qu'à travers celui de ses éléments constitutifs. Seules quelques remarques ponctuelles relatives à ces sanctions permettront éventuellement d'approfondir les développements, ou plus simplement de les illustrer, mais ces sanctions ne formeront pas un objet d'étude autonome.

34. L'étude de la nature de l'engagement, préalable nécessaire à l'étude de la nature du manquement. La reconduction d'une définition usuelle de la faute impose d'étudier au préalable la nature de la règle manquée avant d'étudier la nature du manquement. L'ordre logique et causal qui sous-tend la faute indique une démarche élémentaire évidente : analyser ce à quoi il est manqué, avant d'analyser le manquement lui-même. La référence à la règle est toutefois trop lâche, ce qui invite à préciser davantage l'objet du manquement. Cet objet semble être idéalement représenté par la notion d'engagement. Le terme *engagement*, dont la première signification courante est celle de « *mettre en gage* », trouve son origine étymologique dans le droit des sûretés[3]. Elle désigne assez clairement l'idée que les acteurs d'une sûreté voient leur liberté restreinte par l'effet de cet engagement et que cette restriction rend possible l'adoption de comportements fautifs.

Au sujet des manquements eux-mêmes, ce sont des exemples essentiellement tirés de la

[1] Suivant cette logique, il doit ici être précisé que la faute du débiteur d'une obligation garantie par une sûreté personnelle ne sera pas étudiée, sauf pour les besoins ponctuels d'une illustration. La raison tient à ce que cette faute, quand bien même elle peut avoir des répercussions sur elle, n'est pas commise à l'occasion d'une sûreté.

[2] Alors que l'inverse ne se vérifie pas : la sanction sera souvent fonction des contingences personnelles de l'agent, notamment de sa qualité, de la nature de l'obligation, de l'importance de l'obligation dans la relation entre le fautif et la victime, etc. Une fois encore, il ne s'agit pas de nier l'intérêt d'une étude de la sanction de la faute en droit des sûretés, qui pourrait d'ailleurs idéalement compléter celle-ci, mais seulement de resserrer le spectre des recherches afin de maintenir la teneur de leur résultat.

[3] V. *supra*, n° 26.

jurisprudence qui jalonneront les développements et leurs serviront de base. Certes la loi prévoit parfois expressément ces cas, mais la variété de leurs manifestations se révèlent devant le juge – appelé par certains à établir une « *déontologie* » de l'exercice d'un droit[1]. L'étude du droit des sûretés au travers de la faute sera alors notamment menée sur le fondement de cette dissociation entre la nature de l'engagement et la nature du manquement, elle-même inhérente à une dissociation plus élémentaire encore qui oppose les sûretés personnelles aux sûretés réelles.

35. Sûretés personnelles et sûretés réelles : une véritable *summa divisio* ? Sans préjuger d'une césure conceptuelle définitive entre les sûretés personnelles et les sûretés réelles, les mécanismes à l'œuvre dans ces deux branches semblent trop différents pour que leur analyse soit menée conjointement. À l'exception de cette figure hybride qu'est le « cautionnement réel » ou, pour respecter la terminologie prétorienne, la sûreté réelle pour autrui[2], le critère de distinction paraît inaltérable. Soit le débiteur de la sûreté n'est pas le débiteur de l'obligation garantie et le schéma correspond alors à une sûreté personnelle ; soit le débiteur de l'obligation garantie s'engage lui-même en tant que débiteur de la sûreté et il s'agira alors d'une sûreté réelle. L'immixtion d'une tierce personne dans le jeu d'une obligation garantie complexifie l'analyse d'une faute commise par elle, ou par ceux qui jouissent de la sûreté : il serait alors particulièrement confus d'étudier simultanément des relations qui ne sont pas du même ordre. Les engagements et fautes relevant d'une opération tripartite sont en effet nécessairement plus délicats à saisir qu'à l'occasion d'une opération bipartite : la clarté des investigations dépend alors directement d'une telle distinction. Aussi, la dissociation est probablement celle qui est aujourd'hui la plus largement admise : la totalité des ouvrages qui traitent de la matière est fondée sur ce clivage, en ce qu'il est à la fois le plus naturel et, techniquement, le plus abouti.

Le postulat de l'irréductibilité des sûretés personnelles aux sûretés réelles n'est, toutefois et pour l'heure, qu'un choix méthodologique : il ne s'agit pas d'affirmer péremptoirement que les sûretés personnelles et réelles sont foncièrement opposées, mais seulement de déterminer une méthode qui permettra en conséquence de cerner au mieux la nature de ces deux ordres d'engagements et celle de leurs manquements. Semblablement à l'approche conceptuelle des

[1] V. *infra*, p. 1 (citation de M. Sériaux). Les souhaits compréhensibles de l'auteur pourraient être étendus à la loi : si le juge peut aider à la construction de cette déontologie, le législateur peut la consacrer durablement. Il ne serait pas sans risque en effet que le juge façonne seul, sur le fondement de quelques dispositions évasives, une telle déontologie. En ce sens, à propos du contrôle judiciaire de l'excès de sûretés, V. Aynès L., Crocq P., n° 18.

[2] Sur la qualification et le régime consécutif, V. *supra* n° 323.

sûretés qui a été choisie, la *summa divisio* opposant les sûretés personnelles aux sûretés réelles sera simultanément un criterium méthodologique et le lieu d'une démonstration. Menée au prisme de la faute, l'étude sera alors divisée entre le droit des sûretés personnelles (**Première partie**) et le droit des sûretés réelles (**Deuxième partie**).

Première partie. Le droit des sûretés personnelles au prisme de la faute

Deuxième partie. Le droit des sûretés réelles au prisme de la faute

PREMIÈRE PARTIE. LE DROIT DES SÛRETÉS PERSONNELLES AU PRISME DE LA FAUTE

36. La détermination préalable de la nature de l'engagement. Afin de cerner les éléments constitutifs de toute faute commise à l'occasion d'une sûreté personnelle, il paraît inévitable de procéder à la détermination préalable de la nature même de ce type de sûreté. Si, d'un point de vue conceptuel, l'analyse des sûretés personnelles semble générer moins de difficultés que celle des sûretés réelles, elle n'est pas dépourvue d'intérêt[1]. Plusieurs travaux récents témoignent ainsi de ce que la nature de ces engagements n'est pas arrêtée et fait l'objet de questionnements sans cesse renouvelés[2]. S'il fallait s'en convaincre, le législateur lui-même n'a pas encore pris le risque de définir ce qui caractérisait, en substance, les sûretés personnelles.

Une approche liminaire amène à un constat simple. Le débiteur d'une sûreté personnelle est lié par une obligation au créancier de cette même sûreté. Ce constat se vérifie indépendamment des sources de la sûreté : que ce soit la volonté, la loi ou le juge à l'origine de l'engagement, une obligation en découle systématiquement. La détermination de la nature de cette obligation s'avère être en revanche plus délicate. L'occasion sera alors donnée de revenir sur les différentes conceptions de ce lien de droit pour vérifier s'il en existe une, parmi elles, qui permettrait de dépeindre le plus fidèlement possible la nature et le fonctionnement des sûretés personnelles. Ce travail entrepris rendra alors possible la détermination de la nature de la faute.

37. La détermination consécutive de la nature de la faute. Une première approche de la faute a abouti au constat suivant : il semblerait que la nature juridiquement répréhensible d'un tel comportement ne puisse se mesurer qu'à l'aune d'un élément qui lui préexiste[3]. La faute ne saurait être un absolu, une notion détachée de toute considération extrinsèque, elle n'a pas d'existence par elle-même. La détermination de sa nature aura alors un intérêt double. Elle permettra d'abord de confirmer, d'ajuster ou au contraire d'infirmer l'analyse retenue des

[1] V. *infra*, n° 373.

[2] V. not. Mignot M., n° 37 (« *dans la recherche du droit commun, il faut se tourner vers le droit des obligations en général qui fournit naturellement un socle commun à toutes les sûretés personnelles* ») ; Pellier J.-D., *Essai d'une théorie des sûretés personnelles à la lumière de la notion d'obligation : contribution à l'étude du concept de coobligation*, LGDJ, t. 539, 2012.

[3] V. *supra*, n° 3 s.

engagements résultant d'une sûreté personnelle. Ce faisant, c'est la notion même de sûreté personnelle qui, à travers cette démarche, pourra utilement être circonscrite. Aussi, par un recensement et une tentative de systématisation des fautes commises à l'occasion d'une sûreté personnelle, ce sera non plus la nature mais l'étendue de ces divers engagements qui sera alors précisée. Il conviendra alors de dissocier l'analyse de la nature de l'engagement (Titre I) de celle de la nature de la faute (Titre II).

TITRE I. LA NATURE DE L'ENGAGEMENT

TITRE II. LA NATURE DE LA FAUTE

TITRE I. LA NATURE DE L'ENGAGEMENT

38. L'obligation comme support de toute sûreté personnelle. Dès lors qu'une sûreté personnelle se caractérise par l'engagement, au profit d'un créancier, d'un débiteur supplémentaire au soutien d'un premier débiteur, il est difficile de ne pas y voir la création d'une obligation. Créancier et débiteur de la sûreté se lient dans un but particulier, celui de pallier l'éventuelle défaillance du débiteur garanti. Apparaissent ici les éléments classiquement présentés comme constitutifs de l'obligation : plusieurs parties, un accord de volonté, une prestation… Ce serait alors plus précisément l'obligation contractuelle qui gouvernerait les rapports des différents protagonistes de la sûreté personnelle car, à la différence de l'obligation délictuelle, elle suit une fin spécifique que les parties se sont réciproquement promis d'atteindre. L'obligation délictuelle est par essence consécutive à un évènement non désiré alors que son corollaire contractuel est préalable à un évènement souhaité. Il pourrait alors être tentant de raisonner en termes de contrat plutôt que d'obligation mais cela supposerait de revenir sur la circonscription du champ de cette étude, laquelle n'a justement pas été limitée aux sûretés conventionnelles. Aussi ce choix sera l'occasion de démontrer que la césure entre l'obligation et le contrat n'est pas absolument étanche, ce qui constitue une raison supplémentaire de prendre la première comme point de repère, puisqu'elle semble plus étendue que le second. Sans développer plus avant cette dissociation, il apparaît alors indispensable de revenir sur la notion d'obligation avant de pouvoir conclure à son adaptation aux sûretés personnelles.

39. La pluralité de conceptions de l'obligation. Cette notion juridique transversale d'obligation ne fait cependant l'objet que d'un consensus relatif quant aux éléments qui participent de sa définition. Malgré son ancienneté, les évolutions qu'elle a subies ont rendu nécessaire l'adaptation de ces éléments. Aujourd'hui encore, plusieurs auteurs proposent une actualisation de sa définition[1]. Or, à l'image des sûretés, le législateur ne s'est encore jamais risqué à définir une notion aussi fondamentale. Le flou entretenu autour de l'obligation implique alors de revenir sur les différentes conceptions qui coexistent afin de déterminer, en

[1] Pour des travaux récents, V. not. Forest G., *Essai sur la notion d'obligation en droit privé*, Dalloz, coll. « Nouvelle Bibliothèque de Thèses », 2012 ; Hage-Chahine N., *La distinction de l'obligation et du devoir en droit privé*, Ed. Panthéon-Assas, coll. « Thèses », 2014.

premier lieu, si l'une d'elles prévaut. Une fois ce travail mené, il conviendra de prolonger l'analyse en confrontant aux sûretés personnelles la conception retenue de l'obligation, ce qui permettra de confirmer sa pertinence, par elle-même, ainsi que sa congruence aux engagements de sûretés personnelles.

40. Confrontation des différentes analyses et adaptation aux sûretés personnelles. Il s'agira ainsi de proposer une critique des différentes analyses de l'obligation (Chapitre 1) avant de démontrer que la pertinence de l'une d'entre elles, l'analyse dualiste moderne de l'obligation, se révèle lorsqu'on la confronte aux sûretés personnelles (Chapitre 2).

Chapitre 1. Critique des différentes analyses de l'obligation

Chapitre 2. Illustration par le droit des sûretés personnelles de la nature dualiste de l'obligation

Chapitre I. Critique des différentes analyses de l'obligation

41. De l'unité à la pluralité de conceptions. De sa conceptualisation issue du droit romain, jusqu'à l'orée du XX^{e} siècle où la notion a connu un regain d'intérêt, il n'existait aucune concurrence quant à la définition du lien d'obligation. Celui-ci répondait à une conception unique et indiscutée, héritée des compilations justiniennes. Bien que l'obligation n'ait pas été ignorée des juristes de l'ancien droit ni de ceux de la doctrine classique du XIX^{e} siècle, qui n'ont pas suggéré pour autant d'alternative à sa définition, il faudra attendre le tournant du XIX^{e} au XX^{e} siècle pour que soit remise en cause l'unique définition connue. Le foisonnement intellectuel relatif au renouveau de l'obligation a ainsi engendré une pluralité de définitions dont l'opposition repose sur un aspect : la composition, unitaire ou plurale, du lien de droit.

42. De l'unité à la pluralité d'éléments constitutifs. Initialement, l'obligation était perçue comme un tout, un ensemble homogène, irréductible et insusceptible de fractionnement. Des analyses alternatives ont ainsi essaimé en proposant d'affiner la définition de l'obligation, centrée jusqu'alors autour de la prestation. D'aucuns continuaient de voir en ce critère l'essence même de l'obligation et estimaient superflu de chercher à la complexifier. D'autres reconduisaient l'idée d'une prestation comme épicentre de l'obligation, mais pour lui conférer cette fois une dimension patrimoniale objective, en s'affranchissant de l'argument, selon eux réducteur, d'une obligation qui s'épuise dans le lien de droit qu'elle forme. L'idée d'une obligation perçue comme valeur patrimoniale autonome apparaît. Enfin, certains ont proposé de voir dans l'obligation autre chose qu'une prestation : le lien de droit ne serait pas seulement un moyen pour les parties de procéder à une permutation de valeurs entre leurs patrimoines, il déploierait un effet supplémentaire et dissocié de la prestation. Il convient de revenir sur ces diverses conceptions suivant le clivage qui oppose les tenants d'une conception unitaire ou moniste aux tenants d'une lecture dualiste de l'obligation : la critique des analyses monistes de l'obligation (Section 1) précédera la critique de l'analyse dualiste classique de l'obligation (Section 2).

Section 1. Critique des analyses monistes de l'obligation

43. La perfectibilité des analyses monistes. Si la définition de l'obligation comme un lien de droit unitaire peut encore être perçue comme majoritaire, c'est d'abord parce qu'elle a longtemps été la seule définition proposée. Une conception dissidente héritée de la doctrine allemande a suggéré, tout en maintenant l'unité de nature de l'obligation, de faire primer sa dimension patrimoniale sur son caractère de lien intersubjectif. Ces deux conceptions se distinguent sensiblement : il convient alors de revenir sur leurs caractéristiques respectives (§ 1) pour mieux les distinguer et les identifier. Cependant, au regard de leurs lacunes, leur rejet paraît immanquable (§ 2).

§ 1. Les caractéristiques des analyses monistes de l'obligation

44. Conception pluriséculaire contre conception moderne. L'obligation se définit classiquement comme un « *lien de droit (vinculum juris) par lequel une ou plusieurs personnes, le ou les débiteurs, sont tenus d'une prestation (fait ou abstention) envers une ou plusieurs autres – le ou les créanciers – en vertu soit d'un contrat (obligation contractuelle), soit d'un quasi-contrat (obligation quasi contractuelle) soit d'un délit ou d'un quasi-délit (obligation délictuelle ou quasi délictuelle), soit de la loi (obligation légale)* […] »[1]. De cette définition unanimement admise, la nature unitaire de l'obligation ressort à première lecture[2]. Il convient de s'intéresser à l'évolution de la définition, depuis sa synthèse par Justinien jusqu'à la proposition d'une définition alternative. Maintenant la nature unitaire de l'obligation, cette deuxième conception propose de voir dans ce lien une valeur patrimoniale objective, détachée des qualités respectives des parties. L'analyse moniste classique de l'obligation (A) fut alors concurrencée par l'analyse moniste objective de l'obligation (B).

A. L'analyse moniste classique de l'obligation

45. Evolution et signification. Pour comprendre la définition unanimement enseignée de l'obligation, il est nécessaire de revenir sur les origines de cette analyse moniste classique (1), avant de développer le contenu de ses propositions (2).

[1] Cornu G. (dir.), *Vocabulaire juridique*, *op. cit*., V° Obligation, 2, p. 701.
[2] Cette nature unitaire se perçoit à la lecture des autres termes de la définition, qui ne portent que sur les titulaires de ce lien et les sources dont il peut provenir : son contenu est réduit à la prestation que l'obligation fait naitre.

1. Les origines de l'analyse moniste classique de l'obligation

46. Définition, silence et consécration. L'obligation envisagée comme un lien de droit unitaire est issue du droit romain (a). Bien que les apports des droits médiéval et canonique ne soient pas négligeables, ils n'ont pas eu pour effet de bouleverser la définition originelle. Il conviendra alors de s'arrêter davantage sur sa consécration, au XIX^e^ siècle, par la doctrine civiliste française (b).

a. Les origines romaines de l'analyse

47. Une naissance en trois temps. Le droit romain primitif ne connaissait pas le terme d'obligation, apparu tardivement. Progressivement établie, la notion d'obligation était méconnue du droit romain primitif en ce que celui-ci était fondamentalement empirique et ne se caractérisait pas par l'abstraction des mécanismes sur lesquels il reposait. Si le droit romain primitif contient en germe les éléments constitutifs de l'obligation, seul le droit romain classique procède à sa réelle définition.

48. Droit romain primitif. Cette période du droit romain s'étend de 754 jusqu'au III^e^ siècle av. J.-C. Le système juridique en place était alors caractérisé par une procédure particulièrement rigoureuse et formaliste : les *legis actiones*[1]. La rigidité de ce système n'a pas permis la systématisation des notions sur lesquelles il reposait. Par ailleurs, la dimension essentiellement coutumière du droit à cette époque ne permettait pas de construire une définition de l'obligation, pas plus que de n'importe quelle autre notion juridique. Le droit romain connaissait quelques engagements, lesquels forment le substrat d'une future définition de l'obligation. Ces contrats en germe sont le *nexum*, le *mutuum* et la *sponsio*. Les deux premiers sont un équivalent du prêt, le dernier peut s'analyser comme l'ancêtre du cautionnement[2].

Malgré l'existence de ces engagements préfigurant la conception justinienne d'obligation, le

[1] Littéralement : « *les actions de la loi* ». Pour une vue d'ensemble de cette période historique, V. not. Lévy J.-Ph., Castaldo A., *Histoire du droit civil*, Dalloz, coll. « Précis », 2ème éd., 2010, n° 14 s.

[2] D'autres équivalents du cautionnement existaient également à cette époque. Les engagements qualifiés de *vindex*, *vas et praes* correspondaient en effet à des cautions procédurales. Sur ce point, V. not. Girard P.-F., *Manuel élémentaire de droit romain*, rééd. présentée par Lévy J.-Ph., Dalloz, 8ème édition, 2003, p. 795 s. Est alors déjà perceptible la proximité historique de l'obligation et des engagements aujourd'hui qualifiés de sûretés personnelles.

droit romain primitif ignorait toute définition générale du mécanisme. De plus, tout engagement supposait une réelle sujétion pour celui qui s'y livrait, une sujétion physique, corporelle. La formation et la sanction de tels engagements n'étaient alors aucunement soumises à l'existence préalable d'un concept d'obligation ou de contrat : les engagements portaient en eux-mêmes les règles qui les régissaient, sans qu'aucune théorie générale n'apparaisse comme une condition à leur existence et à leur effectivité.
La mutation d'un droit romain coutumier à un droit romain écrit s'est opérée essentiellement au moment de l'édiction de la loi des XII tables, aux environs de 450 av. J.-C. Pour autant, ce texte fondateur ne traite à aucun moment de l'obligation. Si les règles qu'il édicte peuvent utilement et simplement être expliquées par le recours à la notion d'obligation, celle-ci n'y apparaît aucunement.
Pas plus que la loi des XII tables, la loi Aquilia ne contient-elle de référence à la notion d'obligation. Edictée en 286 av. J.-C., cette loi étend et précise certaines des dispositions de la loi des XII tables, plus exactement celles qui ont trait aux délits et aux modalités de leur réparation[1].
Le droit romain primitif ne reposait donc aucunement sur la notion d'obligation. Cependant, les règles de droit qui le constituent et dont la mise en œuvre est subordonnée aux rituels auxquels les sujets de droit doivent se livrer, vont permettre l'élaboration progressive du concept d'obligation durant une deuxième période du droit romain, habituellement qualifiée de classique.

49. Droit romain classique. Situé entre le III^e^ siècle av. J-.C et le III^e^ siècle ap. J-.C, le droit romain classique est marqué par une formidable expansion. Parti d'une procédure rituelle formaliste, extrêmement rigoureuse et caractérisée par la compénétration du divin et du juridique, le droit romain s'assouplit, s'ouvre et se développe. Cette période faste est liée à l'introduction, par la loi *Aebutia* au milieu du II^e^ siècle av. J.-C., d'une nouvelle procédure, la procédure formulaire. À l'opposé de la procédure des *legis actiones*, la procédure formulaire se détache totalement de la dimension rituelle des actions en justice. Le magistrat, par un écrit qu'il rédigeait suite à la demande qui lui était soumise, donnait un cadre au juge afin qu'il tranche le litige. Ces écrits ou « *formules* » n'étaient pas limitativement énumérées comme pouvaient l'être les actions de la loi. Au contraire et en schématisant quelque peu, il y avait

[1] Le droit romain ne distinguait pas la nature civile ou pénale des délits qu'il réprimait. De fait, les délits civils aboutissaient à une peine qui visait moins à compenser le préjudice subi par la victime qu'à punir son auteur.

autant de « droits subjectifs »[1] reconnus que d'actions intentées. L'immixtion de la procédure civile et du droit civil substantiel aboutit ainsi à ce que soit consacrée une multitude de droits jusqu'alors inédits. La richesse du droit romain tient essentiellement à cette période de son histoire.

Par ailleurs, la doctrine (*jurisprudentia*) jouait un rôle essentiel dans l'apparition de ces nouvelles normes : elle a contribué de manière significative à l'effort d'abstraction qui a permis de conceptualiser la notion d'obligation. Parmi les plus illustres représentants figurent Gaïus, Ulpien et Papinien : seules les *Institutes* de Gaïus sont toutefois, pour l'essentiel, accessibles aujourd'hui[2]. L'auteur y emploie à plusieurs reprises le terme *obligatio* sans jamais le définir : la notion fait ainsi progressivement son apparition. Il faudra encore attendre le III^e^ siècle pour que les premières définitions de l'obligation voient le jour, sous la plume des jurisconsultes Paul et Modestin. Selon le premier, « *l'essence de l'obligation n'est pas de nous acquérir une chose ou une servitude, mais d'astreindre autrui vis-à-vis de nous à donner quelque chose ou à faire ou à exécuter une prestation en notre faveur* »[3]. La définition de Paul n'est pas sans rappeler la classification des obligations selon leur objet que le droit positif a d'ailleurs judicieusement abandonnée : donner, faire, ne pas faire. Quant à Modestin, il estimait que « *le débiteur doit être considéré comme celui de qui, malgré lui, de l'argent peut être exigé* »[4]. Ces premières définitions de l'obligation mettent clairement en avant la situation du débiteur, sans avoir d'égard à celle du créancier. L'obligation, originellement conçue, est avant tout une charge pour son titulaire, une « *astriction du débiteur* »[5].

50. Par-delà le droit romain classique. Ces deux définitions de Paul et Modestin perdureront plusieurs siècles, jusqu'à l'avènement de Justinien à la fin du Bas-Empire au VI^e^ siècle. L'œuvre juridique de synthèse qui est la sienne et que les canonistes qualifieront plus tard de *corpus juris civilis* contient une définition renouvelée de l'obligation. Cette définition, sans qu'il soit d'ailleurs possible d'en attribuer avec certitude la paternité, traversera les siècles pour influencer jusqu'aux juristes de l'ancien régime. L'œuvre de codification de

[1] Les guillemets sont de rigueur car, si l'expression peut être éclairante, elle reste anachronique.

[2] La liste est volontairement réduite. Pour un tour d'horizon plus complet de l'apport de la doctrine à l'édification du droit romain, V. Ellul J., *Histoire des institutions*, PUF, coll. « Thémis », 8^ème^ éd., 1982.

[3] D. 44, 7, 3pr. Bien que la prestation soit centrale dans cette définition, d'autres éléments sont significatifs. L'astriction est posée comme critère et l'effet recherché par les parties (le fait d'acquérir une chose) semble relégué. Il est alors permis de voir dans cette première définition un fondement possible des prochaines conceptions dissidentes de l'obligation.

[4] D. 50. 16. 108. À l'exception du pouvoir de contrainte qui fait son apparition, la définition est beaucoup plus réduite que celle de Paul : la prestation est centrale voire exclusive et, surtout, réduite au seul transfert d'argent.

[5] Forest G., *th. préc.*, n° 135 s.

Justinien définit ainsi l'obligation comme « *le lien de droit par lequel nous sommes astreints d'une manière nécessaire à payer quelque chose à quelqu'un conformément au droit de notre cité* »[1]. Il ressort de cette conception de l'obligation une similitude évidente avec celles de ses prédécesseurs : l'obligation est avant tout une charge pour le débiteur. Certes le créancier fait son apparition dans la définition (« *quelqu'un* »), ce que le critère nouveau de lien rend inévitable, mais les éléments caractéristiques de la conception de Justinien résident dans la situation du débiteur, lequel est « *astreint* » et dans l'objet de son astriction, « *payer quelque chose* ». Malgré l'immixtion du droit franc suite à la chute de l'Empire romain et, partant, la désuétude du système juridique dont Justinien avait permis la compilation, l'obligation telle qu'elle résulte du *corpus juris civilis* ne disparaîtra pas pour autant et trouvera un regain d'intérêt aux yeux des glossateurs et post-glossateurs, qui accentueront l'abstraction de la définition. La concurrence du droit canon ne fera pas davantage disparaître les apports du droit romain. Le droit coutumier, par exemple, s'inspire largement du droit romain lorsqu'il ne l'applique pas littéralement.

La notion romaine d'obligation influencera également les principaux inspirateurs du code civil, Domat et Pothier. Les travaux du premier ne contiennent aucune référence directe à la définition de Justinien : la conception romaine de l'obligation est sinon ignorée, du moins passée sous silence, si bien qu'elle reste intacte[2]. En revanche, Pothier reprend et prolonge la notion d'obligation telle que les romains la concevaient au Bas-Empire. Son œuvre témoigne de son adhésion aux théories jusnaturalistes : avec elles se développe le subjectivisme qui caractérise l'obligation, dans son acception moderne[3]. L'obligation n'est plus seulement une charge pour le débiteur, elle devient également un droit pour le créancier : celui d'exiger ce à quoi le débiteur est astreint[4]. À la veille de la consécration du code civil, la notion d'obligation se pare donc d'une dimension subjectiviste. Au-delà de la charge pesant sur le débiteur, un droit personnel est reconnu au créancier. Le développement de l'individualisme et du consensualisme vont permettre aux rédacteurs du code civil comme à ses premiers commentateurs d'entériner définitivement l'idée que l'obligation est un lien de droit qui pèse sur le débiteur et dont le créancier peut revendiquer l'exécution.

---

[1] Inst. Just. III, 13 pr. : « *obligatio est juris vinculum, quo necessitate adstringimur alicujus solvendae rei, secundum nostrae civilitas jura* ».

[2] Domat J., *Les loix civiles dans leur ordre naturel*, Aubouin, Emery et Clouzier, Paris, 1697.

[3] V. not. Pothier R.-J., *Traité des obligations*, éd. Siffrein, Paris, 1821, 2 tomes.

[4] *Ibid*., t. I, n° 173, p. 196 : « *on appelle obligation civile celle qui est un lien de droit,* vinculum juris*, et qui donne à celui envers qui elle est contractée, le droit d'exiger en justice ce qui y est contenu* ».

b. La consécration de l'analyse par la doctrine du XIX^e siècle

51. L'obligation selon les rédacteurs du code civil. Les travaux qui ont permis la préparation puis la consécration de la « *constitution civile des français* »[1] comprennent une compilation des différentes conceptions de l'obligation qui se sont jusqu'alors succédées. Sans être une reprise littérale du droit romain, le code civil s'en inspire directement, tout en intégrant les différents apports de treize siècles d'histoire. Bien que le code civil, tant dans sa rédaction originale que dans sa rédaction actuelle, consacre l'obligation sans jamais la définir, il ressort toutefois de cette œuvre majeure un indéniable esprit de synthèse et de transaction. La fidélité au droit romain se perçoit à travers l'idée de charge qui pèse sur le débiteur, alors que la réception du jusnaturalisme « *moderne* »[2] ressort de la prérogative reconnue au créancier et qui s'analyse comme un droit subjectif, un droit de créance[3]. Il appert ainsi que la dimension moniste de l'obligation, quand bien même elle n'a encore fait l'objet d'aucune analyse, est mise à mal par la conception des rédacteurs du code civil qui conçoivent le lien d'obligation comme constitué de différentes strates qui sont venues se superposer les unes sur les autres. Ces strates sont d'abord une charge pesant sur le débiteur, puis un lien qui relie le débiteur au créancier, enfin un droit conféré à ce dernier. Cette dualité dans l'obligation jure avec sa dimension unitaire. Toutefois la doctrine du XIX^e siècle a-t-elle su combiner ces éléments et préserver ainsi cet aspect de l'obligation qui l'a jusqu'alors caractérisée.

52. L'obligation selon la doctrine classique. Si la doctrine civiliste française du XIX^e siècle, par sa réceptivité aux préceptes philosophiques et juridiques de l'individualisme et du consensualisme, a permis l'essor progressif du concept de droit subjectif, elle reste dans le même temps fortement attachée à l'héritage du droit romain[4]. Cette ambivalence a eu pour conséquence que la doctrine du XIX^e siècle, non sans anachronisme, a calqué sur les fondamentaux du droit romain des notions juridiques nouvellement découvertes et que celui-ci ignorait totalement. L'obligation réussit cependant à conserver sa nature unitaire par le

[1] Carbonnier J., « Le Code civil », *in Nora*, *Les lieux de mémoire*, t. II, « La Nation », Paris, Gallimard, 1986, p. 309.
[2] Le qualificatif désigne ici le jusnaturalisme des auteurs de l'Ancien Régime, selon lesquels les règles de droit s'évinçaient de la nature de l'Homme. Les jusnaturalistes « *classiques* » envisageaient quant à eux les règles de droit comme découlant de la nature du Monde, dont l'Homme n'était qu'une composante parmi d'autres.
[3] Pour un tour d'horizon complet des débats ayant animé la préparation du code civil, V. Fenet P.-A., *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, Paris, 1836.
[4] Sur l'influence de cette doctrine, V. Hakim N., *L'autorité de la doctrine civiliste française au XIX^e siècle*, thèse, LGDJ, coll. « Bibliothèque de droit privé », t. 381, 2002.

biais d'une « *astuce* »[1] de la doctrine de l'époque, dont le travail fut par ailleurs improprement qualifié d'exégétique[2]. La charge du débiteur et le droit personnel du créancier ne sont en définitive que les deux points de vue diamétralement opposés d'une même réalité. L'obligation est unitaire mais elle se révèle sous un jour différent, en fonction de ce que le créancier peut exiger ou de ce à quoi le débiteur est tenu.

Ce penchant de la doctrine à la préservation de la dimension unitaire de l'obligation se retrouve sous la plume des premiers auteurs qui ont suivi l'instauration du code civil. Toullier, notamment, estime que la charge du débiteur et la prérogative du créancier « *sont deux corrélatifs qui ne peuvent exister l'un sans l'autre* »[3]. L'idée d'une corrélation entre ces deux éléments est reprise, notamment par Huc[4], Aubry et Rau[5] ou encore Baudry-Lacantinerie[6]. Ce dernier développera cet aspect de l'obligation de manière significative, mais plutôt que de reproduire ici le détail de l'analyse moniste tel qu'elle est défendue par chaque auteur, il est préférable d'en restituer le contenu global.

2. Le contenu de l'analyse moniste classique de l'obligation

53. Les données de la contradiction. Les partisans d'une vision unitaire de l'obligation ont dû composer avec deux données *a priori* incompatibles. Le droit romain enseignait que la véritable nature de l'obligation était d'être unitaire, alors que l'impératif du subjectivisme leur enjoignait de voir également dans l'obligation un droit de créance, une prérogative pour celui à qui elle profite. Dans le même temps, il leur fallait préserver l'héritage romain qui constituait une inspiration essentielle sinon exclusive des juristes de l'époque sans pour autant nier les apports nouveaux de la philosophie des Lumières. L'individualisme s'imposant comme un nouveau paradigme, le système juridique post-révolutionnaire ne pouvait faire autrement que de consacrer l'idée de droit subjectif, ici le droit personnel de créance. Cette contrariété patente a été dépassée par les auteurs de la doctrine classique, suivis en cela par les auteurs du XX^{e} siècle. Il conviendra de voir ultérieurement en quoi ce prétendu dépassement recèle une part d'artifice, pour ne pas dire qu'il est infondé.

---

[1] Pour de plus riches développements sur cette conception doctrinale, V. Forest G., *th. préc*., n° 242 s.
[2] Sur cette qualification inexacte, V. Hakim N., *th. préc.*, p. 59 s.
[3] Toullier C.-B.-M., *Le droit civil français, suivant l'ordre du Code : ouvrage dans lequel on a taché de réunir la théorie à la pratique*, t. VI, J. Renouard, 1830, n° 11.
[4] Huc T., *Commentaire théorique et pratique du Code civil*, t. VII, Paris, éd. Pichon, 1894, p. 6.
[5] Aubry Ch., Rau Ch., *Cours de droit civil français d'après la méthode de Zachariæ*, t. IV, 3ème édition, Paris, 1856, n° 297.
[6] Baudry-Lacantinerie G., *Précis de droit civil*, t. II, Laros et Forcel, Paris, 1883, n° 750.

54. Le dépassement de la contradiction. Les premiers commentateurs du code civil ont su, en apparence du moins, dépasser ce qui semblait inconciliable dans les données du droit romain et celles nouvellement issues du code civil. Toullier fut le premier à exprimer l'idée d'une corrélation entre le devoir du débiteur et le droit du créancier[1]. L'un et l'autre sont indissociables et ne sont que deux points de vue opposés d'un même fait. Troplong poursuivra le raisonnement, affirmant que « *l'obligation n'est que la contrepartie du droit* »[2]. Tous les auteurs du XIX[e] siècle se réunissent autour d'une acception commune de l'obligation qui veut que la dualité de sa composition n'altère aucunement sa nature unitaire[3]. Pas davantage les auteurs du siècle suivant ne se sont-ils départis d'une conception qui relevait selon ses premiers partisans de l'évidence : l'analyse moniste de l'obligation a prévalu sans jamais être sérieusement concurrencée. Transmise d'auteurs en auteurs[4], elle se retrouve jusqu'aux manuels contemporains[5]. Avant de remettre en cause cette conception, dont le seul fait qu'elle soit transmise sans être discutée peut faire douter de sa pertinence, il convient d'aborder une autre vision de l'obligation. Sans se revendiquer explicitement de l'appartenance aux théories unitaires de l'obligation, elle peut toutefois y être rattachée. Il s'agit de l'analyse moniste objective de l'obligation.

B. L'analyse moniste objective de l'obligation

55. D'un lien entre personnes à un lien entre patrimoines. En réaction à l'hégémonie de l'analyse unitaire et personnaliste de l'obligation telle que les juristes du XIX[e] siècle la concevaient, d'aucuns ont proposé une approche différente de ce lien, inspirés par les législations limitrophes. Une fois retracées les origines de l'analyse moniste objective de l'obligation (1), son contenu sera exposé (2).

---

[1] Toullier C.-B.-M., *op. et loc. cit*.

[2] Troplong R.-T., *De l'échange et du louage : commentaire des titres VII et VIII du Livre III du Code civil*, t. I, éd. C. Hingray, Paris, 1852, p. 74. Dans la formule de l'auteur, devenu président de la Cour de cassation l'année de parution de cet ouvrage, il faut comprendre les termes « *obligation* » et « *droit* » comme signifiant respectivement « *dette* » et « *créance* ».

[3] V. pour quelques exemples Delvincourt C.-E., *Cours de Code Napoléon,* t. II, Paris, Impr. Gueffier, 1813, p. 2 ; Demante A.-M., *Cours analytique de code civil (Traité des obligations)*, t. V, par Colmet de Santerre, Paris, éd. Plon, 1883, p. 2. ; Demolombe Ch., *Cours de Code Napoléon,* t. XXIV*,* Paris, Impr. Générale, 1877, n° 8.

[4] V. Demogue R., *Traité des obligations en général*, t. I, Rousseau, Paris, 1923, n° 3 ; Ripert G., Boulanger J., *Traité élémentaire de droit civil de Marcel Planiol*, t. II, LGDJ, 1943, n° 3 ; Colin A., Capitant H., *Cours élémentaire de droit civil français*, t. II, refondu par L. Julliot de la Morandière, Dalloz, 1959, n° 538.

[5] Sans dresser une liste nécessairement incomplète des ouvrages traitant du droit des obligations, il ressort de la lecture des propos introductifs de l'essentiel d'entre eux que l'analyse de l'obligation n'est jamais remise en cause, lorsqu'au moins elle est évoquée. La dimension unitaire de la conception de l'obligation caractérise également sa réception en doctrine : toute autre vision est reléguée.

1. Les origines de l'analyse moniste objective de l'obligation

56. D'un système juridique à l'autre. À l'instar de nombreuses autres constructions doctrinales juridiques, l'analyse moniste objective de l'obligation puise ses sources dans les écrits de la doctrine allemande (a), avant d'être promue par quelques représentants de la doctrine française (b), dans un but particulier.

a. Une construction de la doctrine allemande

57. Un contexte d'effervescence juridique. Presque un siècle après la promulgation du code civil en 1804, l'Empire allemand s'apprête à doter son système juridique d'une codification équivalente. Vingt-cinq ans de travaux menés par plusieurs juristes allemands ont été nécessaires pour que le *Bürgerliches Gesetzbuch* soit adopté par le Reichstag en 1896 avant d'entrer en vigueur en 1900. Certes le droit comparé n'était pas caractérisé par le développement qu'on lui connait actuellement, mais les différents systèmes juridiques n'étaient pas séparés par une cloison étanche. Leur perméabilité a permis une influence et un enrichissement réciproques évidents. Un siècle d'application du code civil a, par exemple, permis à l'Empire allemand de ne pas reproduire les lacunes que l'œuvre de Napoléon pouvait présenter. Ces deux systèmes juridiques ont toutefois leur singularité et il serait excessif de réduire le *Bürgerliches Gesetzbuch* à un décalque du code civil. Les fondements du droit allemand ne sont pas aussi imprégnés de l'héritage romain que ceux du droit français pouvaient l'être.

58. Une doctrine influente. Parmi la doctrine allemande, Friedrich Carl von Savigny figure comme l'un de ses illustres représentants. Sa conception particulière de l'obligation a suscité une vive réaction[1]. Alors que la doctrine française reconnaissait progressivement la dimension personnelle de l'obligation, conséquence logique de l'individualisme prégnant qui caractérisât la décennie révolutionnaire et les années suivantes, Savigny développait quant à lui une conception de l'obligation essentiellement centrée sur les personnes liées, non sur le lien en lui-même. À tel point que certains ont qualifié, voire critiqué, sa vision comme étant « *ultra personnaliste* »[2]. Les réactions de la doctrine allemande sur ce point, bien que d'un

[1] Pour un aperçu de la teneur de cette conception, V. Savigny F.-C., *Le droit des obligations*, t. I, trad. Gérardin et Jozon, éd. Durand, Paris, 1863, p. 16-23.
[2] Lévy-Ullmann H., *Répétitions écrites de droit civil approfondi*, Les Cours de droit, 1927-1928, p. 49-64.

intérêt certain, n'intéressent pas au premier chef. C'est au contraire l'écho que ces réactions ont trouvé en France qu'il convient de présenter.

b. La réception par la doctrine française

59. Une réception finalisée. Deux membres influents de la doctrine française se sont inspirés des travaux de leurs homologues allemands relatifs à la conception moniste objective de l'obligation : Eugène Gaudemet et Raymond Saleilles. Le motif de leur adhésion à cette théorie est ici déterminant : ils n'entendaient pas concevoir différemment l'obligation sans en retirer une utilité, sans l'appliquer à un problème juridique spécifique et par ailleurs délicat. En effet, la réticence du droit français à reconnaitre la validité de la cession de dettes est à l'origine de la promotion par ces deux auteurs d'une conception renouvelée de l'obligation. Sans dévoiler pleinement leur théorie, car elle mérite d'être étudiée isolément, il est nécessaire d'en faire état brièvement : selon ces deux auteurs, l'obligation est davantage un bien plutôt qu'un lien, une valeur pécuniaire objective plus qu'un assujettissement pour chacune des parties. Partant, l'autonomie de l'obligation à l'égard de ses sujets expliquerait sa libre transmissibilité, que ce soit à l'occasion d'une cession de créance comme d'une cession de dette[1].

60. Une dimension unitaire indéniable. Par ailleurs, le qualificatif « *moniste* », qui n'apparaît pas sous la plume de leurs partisans, semble pouvoir être appliqué à l'analyse objective de l'obligation. Il n'est en effet aucunement question d'une remise en cause de la dimension unitaire de l'obligation, mais simplement d'un déplacement de son centre de gravité, depuis ses sujets jusqu'à son objet. Plus encore, la réduction de l'obligation à sa pure dimension économique participe de son caractère unitaire : l'autonomie qu'elle acquiert ainsi témoigne de ce qu'elle est une et indivisible. Aussi séduisants que les développements afférents à cette théorie peuvent paraître, la conception moniste objective de l'obligation n'a pourtant pas essaimé : aucune disposition légale ne l'a consacrée, pas plus que les auteurs du XX^{e} siècle n'en font état dans leurs ouvrages[2]. Avant que de conclure au rejet de cette théorie, il est nécessaire d'en brosser à grands traits le régime.

---

[1] Pour de plus amples développements, V. Gaudemet E., *Etude sur le transport de dettes à titre particulier*, Libr. Rousseau, Paris, 1898 ; Saleilles R., *Etudes sur la théorie générale de l'obligation d'après le premier projet de Code civil pour l'empire allemand,* 2ème éd., Libr. Cotillon, Paris, 1901.

[2] Seuls quelques-uns en traitent brièvement : Mazeaud H., L. et J., Chabas F., *Droit civil. Tome II. Obligations*, Montchrestien, 10ème éd., 2000, n° 15, p. 10 ; Marty G., Raynaud P., *Les obligations*, t. I, Sirey, 2 éd., 1988, p. 5

2. Le contenu de l'analyse moniste objective de l'obligation

61. La réification de l'obligation[1]. Le propre de l'analyse moniste objective est de percevoir l'obligation comme un bien plus qu'un lien. Les progrès du premier caractère sur le second ont été mis en évidence, allant de pair avec l'individualisme et la découverte du droit subjectif au fil du XIX^{e} siècle : consacrant cette évolution, les tenants de l'analyse moniste objective font primer l'aspect économique de l'obligation sur son aspect personnel. L'obligation serait en somme une valeur économique objective dont l'évaluation ne serait aucunement tributaire de la personne ou de la personnalité de ses titulaires.

Les tenants de l'analyse fondent leur théorie sur l'évolution de l'obligation depuis le droit romain. À cette époque, la possibilité pour un débiteur de devenir esclave de son créancier suite à sa défaillance mettait en exergue la dimension personnelle de l'obligation, quand bien même le droit romain ignorait totalement l'idée de droit subjectif. Or depuis cette époque, le lien d'obligation n'a cessé de « *s'objectiver* », en se détachant peu à peu des personnes qui l'ont créé. L'obligation se mue en une valeur pécuniaire à mesure qu'elle se détache de la personne de ses sujets : en témoignent les dispositions relatives à l'exécution forcée des obligations. La réduction à l'esclavage est à l'évidence obsolète au moment où Saleilles et Gaudemet défendent leur théorie mais, plus encore, la contrainte par corps est également supprimée par la loi du 22 juillet 1867. Le débiteur n'engage plus sa propre personne lorsqu'il se soumet à une obligation. Seuls ses biens, son patrimoine peuvent servir à la satisfaction du créancier. Ce qui fera écrire à Gaudemet que l'obligation est devenue « *un assignat sur les biens* »[2]. Dès lors l'obligation envisagée en tant que valeur pécuniaire désincarnée ne serait-elle plus qu'une jonction entre deux patrimoines. L'idée ne manque pas de convaincre, tant du point de vue juridique de l'évolution de l'obligation que du point de vue politique, avec l'expansion croissante d'un capitalisme naissant.

Ces deux analyses de l'obligation se réunissent autour d'une idée commune : celle selon laquelle l'obligation serait une et indivisible. Pour attrayantes qu'elles soient, ces théories ne

---

s. ; Larroumet Ch., *Droit civil, Les obligations*, t. III, Le contrat, 1ère partie : *Conditions de formation*, Economica, 6ème éd., 2007, n° 30.

[1] Dans leurs leçons de droit civil, Mazeaud et Chabas voient dans cette théorie une « *dépersonnalisation* » de l'obligation (Mazeaud H., L. et J., Chabas F., *Leçons de droit civil*, *op. cit*., p. 12). Le terme de *réification* paraît plus adéquat, car il est plus représentatif de l'idée que s'en faisaient les partisans de la conception objective : le mouvement qu'ils dessinent est celui d'un déplacement de l'obligation de ses sujets jusqu'à son objet. Suivant cette perspective, la réification de l'obligation semble plus appropriée car elle désigne le résultat du processus, non son point de départ.

[2] « *Toute l'histoire de l'obligation est l'histoire du progrès du second caractère sur le premier : de plus en plus, on la considère comme une valeur, comme un assignat sur les biens ; et son caractère de lien entre deux personnes, sans jamais disparaître, perd de plus en plus de son importance et de ses effets* », *in* Gaudemet E., Desbois et Gaudemet J., *Théorie générale des obligations*, Sirey, Coll. « Traités Sirey », 1937, p. 12.

semblent pas illustrer exactement ce que la réalité d'une obligation recouvre : l'une comme l'autre de ces analyses monistes doivent être rejetées.

§ 2. Le rejet des analyses monistes de l'obligation

62. Deux analyses imprécises. Les caractéristiques essentielles des analyses monistes de l'obligation étant rappelées, leur pertinence doit désormais être éprouvée. Dans la mesure où ces analyses n'ont que peu en commun, il s'agira de les envisager distinctement : au rejet de l'analyse moniste classique (A) suivra le rejet de l'analyse moniste objective (B).

A. Le rejet de l'analyse moniste classique

63. De multiples griefs. Il semblerait que la prééminence de l'analyse moniste classique de l'obligation soit la conséquence d'un monopole qui l'a longtemps caractérisée : depuis sa formulation par Justinien, la définition de l'obligation n'a jamais réellement été concurrencée. Or il s'avère que les mutations profondes que le droit civil a connues depuis cette période mettent en exergue la nature erronée et lacunaire d'une définition présentée comme incontournable. Inertie, inexactitude et insuffisance sont les trois écueils de l'analyse moniste classique de l'obligation.

64. Inertie. Au sens propre, l'inertie désigne la « propriété qu'ont les corps de ne pouvoir d'eux-mêmes changer l'état de repos ou de mouvement où ils se trouvent »[1]. Par extension, elle désigne également le « *manque absolu d'activité, d'énergie intellectuelle ou morale* »[2] et renvoie alors à l'apathie, l'indolence, la passivité. À proprement parler, il est inexact de dire d'une notion qu'elle est apathique. Le grief s'applique en réalité à ceux qui reconduisent, sans examiner sa signification, la définition éculée de d'obligation. Nombreux sont les ouvrages juridiques, classiques ou actuels, qui rappellent une définition pourtant séculaire sans toutefois l'analyser plus avant[3]. Le recours à une locution latine pour la définir

[1] Rey A. (dir.), *Dictionnaire culturel (...), op. cit.*, t. 2, V° Inertie, n° 1, p. 1958.
[2] Rey A. (dir.), *Dictionnaire culturel (...), op. et loc. cit.*, n° 3, p. 1959.
[3] V. not. Bénabent A., *Droit des obligations*, Montchrestien, coll. « Domat droit privé », 15ème éd., 2016, n° 1 s. ; Carbonnier J., *Droit civil. 4. Les obligations*, PUF, coll. « Thémis. Droit privé », 22e éd. refondue, 2000, n° 922 s. ; Ghestin J., Goubeaux G., Fabre-Magnan M., *Traité de droit civil. Introduction générale*, 4ème éd., 1994, LGDJ, n° 228 s. ; Malaurie Ph., Aynès L., Stoffel-Munck Ph., *Les obligations*, *op. cit*., n° 1 s. ; Marty G., Raynaud P., *Les obligations*, t. I, Sirey, 2 éd., 1988, n° 13 s. ; Sériaux A., *Manuel de droit des obligations,* PUF, coll. « Droit fondamental », 2ème éd., 2014, n° 1 s. ; Picod Y., *Rép. Civ. D*., V° Obligations, n° 4 et 5.

suffit à doter l'obligation des apparences d'une vérité absolue. Si une stagnation de la notion d'obligation a été observée, particulièrement à l'époque franque, cela peut s'expliquer par la nature rudimentaire des systèmes juridiques, en comparaison avec ce qu'ils sont devenus à partir du XIX^{e} siècle et plus encore aujourd'hui[1]. Or depuis la consécration du code civil, l'obligation n'a pas davantage évolué dans la définition que les manuels et traités en donnent. Sans même être définie, c'est la conception justinienne qui prime, encouragée en cela par les auteurs classiques. Au mieux les sources de l'obligation sont-elles précisées, parfois la définition originale de Justinien est-elle citée, mais jamais l'obligation dans son contenu ne suscite autant d'intérêt que le contrat, lequel incarne alors parfaitement le dogme de l'autonomie de la volonté. Le contrat a justement tendance à prendre le pas sur l'obligation et à masquer son étude : le contrat et l'obligation sont réduits à un rapport de cause à conséquence. En tant que source de l'obligation, le premier fait l'objet de développements nourris au détriment de la seconde. L'inertie est plus flagrante encore lorsque la doctrine classique tente d'adjoindre à l'obligation entendue comme un lien l'idée d'un droit subjectif reconnu au profit du créancier. L'artifice que constitue cette adjonction participe de l'inexactitude qui caractérise l'analyse moniste classique de l'obligation.

65. Inexactitude. L'obligation est-elle la même « chose » lorsqu'elle est envisagée du point de vue du créancier ou du point de vue du débiteur ? L'assertion n'est pas entièrement erronée. Un même rapport intersubjectif n'est pas fondamentalement différent selon le point de vue depuis lequel il est perçu. Cependant, la fusion opérée par la doctrine classique entre la dimension unitaire de l'obligation et le droit subjectif nouvellement reconnu au créancier ne saurait convaincre. Partagés entre les données contradictoires de l'impératif idéologique propre à l'individualisme et la tradition de la dimension unitaire de l'obligation, les auteurs classiques ne sont pas revenus sur la notion elle-même mais l'ont simplement actualisée, au prix d'une distorsion. Plutôt que de voir une dualité dans l'obligation (une créance au profit du sujet actif, un devoir à la charge du sujet passif), l'unité est préférée : le lien d'obligation fédèrerait deux engagements réciproques et antagonistes. Il n'est toutefois pas impensable d'envisager la dualité dans l'obligation sans altérer le *vinculum juris*. Si le lien est prédominant dans la définition justinienne, rien ne préjuge de son contenu véritable. La préservation de l'unité aurait pu tout aussi bien être réalisée autrement que par l'artifice de raisonnement consistant à voir dans une même notion deux éléments de nature différente.

[1] Forest G., *th. préc.*, n° 196 s.

Par ailleurs, l'analyse moniste retient une vision tronquée de l'obligation en réduisant ce lien à une prestation : l'obligation entendue au sens de dette ne serait que l'activité (matérielle, intellectuelle, juridique…) attendue du débiteur. Rien dans la définition ne permet de saisir comment le débiteur doit l'exécuter, le cadre dans lequel il doit inscrire sa démarche, son comportement. L'obligation ne serait qu'un pur produit de la volonté, dont la dimension normative serait totalement absente. La réduction de l'obligation à la prestation est aussi problématique pour le créancier. Rien ne permet de dire, à travers l'analyse moniste classique de l'obligation, comment le créancier est supposé exécuter sa prestation ou recevoir celle qui lui est due. Au surplus, l'inexactitude de l'analyse se double d'une insuffisance.

66. Insuffisance. Pour séduisante qu'elle soit, l'analyse moniste classique de l'obligation n'en est pas moins lacunaire. En affirmant le droit auquel le créancier peut prétendre, sans préciser davantage la manière dont il peut l'exiger, l'analyse ne révèle qu'improprement la réelle nature de l'obligation. Elle ne tient pas compte, en effet, de ce que le créancier contracte aussi un engagement. *A priori* la définition laisse croire que le créancier est simplement investi d'une faculté : exiger la prestation attendue du débiteur. Rien ne permet de déceler une quelconque attitude attendue du créancier et par laquelle il contribuerait à la réalisation de la prestation qu'il exige. En d'autres termes, l'analyse moniste de l'obligation nie la dimension comportementale de l'obligation : en idéalisant les sujets de l'obligation, en les détachant du lien qui les unit, l'analyse moniste défend une conception désincarnée de l'obligation. Il pourra être objecté qu'une définition aspire au contraire à la synthèse et qu'il serait vain de vouloir préciser les moindres détails d'une notion qui recouvre une variété infinie de cas. Il n'est pas inenvisageable, au demeurant, de concevoir une définition de l'obligation qui, sans prescrire un comportement type, prévoit une dimension comportementale nécessaire à tout engagement de cet ordre. Il n'est pas question ici de proposer une conception nouvelle de l'obligation mais d'éprouver la pertinence d'une conception dépassée. Le recours à l'exemple du contrat unilatéral suffit, à ce titre, à mettre en lumière l'insuffisance de l'analyse moniste. Sans préjuger des développements futurs, l'exemple du cautionnement permet d'illustrer l'insuffisance de l'analyse moniste de l'obligation[1]. Par la constitution d'une telle sûreté, la caution « *se soumet envers le créancier à satisfaire à cette obligation, si le débiteur n'y satisfait pas lui-même* »[2]. À première lecture, la définition du cautionnement n'est pas incompatible avec l'analyse moniste de l'obligation :

[1] V. *infra*, n° 117 s.
[2] Art. 2288 c. civ.

il existe un lien de droit (caution-créancier), une astriction de la caution (qui « *se soumet* ») et un droit personnel reconnu au créancier (la caution qui doit « *satisfaire à cette obligation* »). Or en comparant cette définition du cautionnement avec celle du bénéfice de subrogation reconnu à la caution, l'analyse ne tient plus[1]. En effet, ce bénéfice introduit implicitement l'idée que le créancier est tenu d'adopter un comportement qui ne soit pas contradictoire avec l'engagement de la caution sous peine de perdre, à proportion du préjudice éprouvé par la caution, l'avantage que lui procure cette sûreté. Dès lors, comment l'analyse moniste classique de l'obligation pourrait-elle justifier qu'un créancier, supposé attendre passivement la réalisation de la prestation, puisse encourir le risque d'une décharge de la caution du fait de son comportement fautif ? Sans qu'il soit nécessaire de développer davantage son fonctionnement précis, le bénéfice de subrogation se présente comme un procédé, parmi d'autres, qui illustre l'insuffisance de l'analyse moniste classique de l'obligation. Le créancier cautionné, quand bien même serait-il le bénéficiaire exclusif de la sûreté, se doit de présenter une attitude qui ne contrarie pas le déroulement normal du cautionnement. Son rôle ne se réduit pas à exiger le paiement par la caution et encore moins de rendre ce paiement plus délétère qu'il ne l'est pour elle. S'il n'est pas tenu d'une obligation à proprement parler, car il n'a par exemple aucune prestation à fournir, il supporte toutefois une charge. Pour l'exemple mentionné, il s'agit de maintenir au profit de la caution l'efficacité de son recours subrogatoire.

Ainsi et pour toutes ces raisons, l'analyse moniste classique ne paraît pas devoir être retenue : elle ne reflète que très imparfaitement la réalité des faits et ne s'accorde pas avec certaines dispositions légales qui concernent pourtant l'obligation. Pour d'autres raisons, l'analyse moniste objective doit également être écartée.

B. Le rejet de l'analyse moniste objective

67. De multiples griefs. L'originalité de l'analyse moniste objective n'est pas le gage de sa pertinence : les arguments que ses partisans ont avancés à son soutien ne résistent guère à l'analyse. L'objectivation de l'obligation sur laquelle repose cette conception aura à tout le moins permis de révéler la patrimonialité de l'obligation, sa valeur vénale intrinsèque et indépendante de ses titulaires. Le fait que l'obligation soit aussi un bien semble aujourd'hui

[1] Aux termes de l'art. 2314 c. civ. : « *La caution est déchargée, lorsque la subrogation aux droits, hypothèques et privilèges du créancier, ne peut plus, par le fait de ce créancier, s'opérer en faveur de la caution. Toute clause contraire est réputée non écrite* ». Pour une reformulation et un ajustement de cette disposition, V. Grimaldi M. (dir.), *Avant-projet de réforme du droit des sûretés*, *op. cit*., art. 2319, p. 61.

admis[1]. Cependant et plus encore que l'analyse moniste classique, l'analyse moniste objective présente plusieurs failles significatives. Sa réception en droit français a été instrumentalisée, le comportement des sujets passif et actif est totalement nié par la réification de l'obligation et l'exemple des obligations *intuitus personae* suffit à lui seul pour évincer cette analyse dissidente.

68. Une promotion instrumentalisée. La promotion de l'analyse moniste objective de l'obligation par Gaudemet et Saleilles ne s'est pas faite de manière purement désintéressée. Désireux de voir consacrée en droit français la cession de dette, ces deux auteurs voyaient dans l'analyse moniste objective le vecteur idéal de cette transposition. Or avant même de procéder à un examen minutieux de l'analyse et mettre ainsi en évidence ses faiblesses, il est permis d'être circonspect à son endroit tant la promotion dont elle a été l'objet ne répondait qu'à un but déterminé et précis. Or la défense d'un concept juridique ne semble pas pouvoir se justifier par le recours aux utilités qu'il est susceptible de déployer. L'effectivité d'un concept juridique est une qualité indéniable, mais un tel concept existe-t-il seulement sans une définition rigoureuse ? Est-il possible de souscrire à une construction juridique dont les effets semblent acquis mais dont l'harmonisation avec d'autres concepts préexistants est hasardeuse ? Les orientations que ses défenseurs ont données à la lecture moniste objective de l'obligation mettent en lumière les apories qui la caractérisent.

69. Une orientation double. Tous les défenseurs de la conception moniste objective ne s'accordent pas sur l'importance de la valeur de l'obligation. Certains prônent une supériorité du bien sur le lien, d'autres, plus radicaux, militent pour l'absorption du lien par le bien.

Chez les auteurs les plus mesurés, cette nouvelle conception a seulement pour rôle de mettre en évidence la dimension patrimoniale de l'obligation[2]. Celle-ci ne se réduit pas à un lien intersubjectif mais se définit au contraire davantage comme une valeur autonome dont la transmissibilité serait intégrale, activement et passivement. Ce grossissement, cet effet de loupe ne doit cependant pas faire illusion. L'obligation prise comme un bien n'est pas

[1] V. not. François J., *Les obligations. Régime général*, Economica, coll. « Corpus droit privé », 4ème éd., 2017, n° 446 s. ; Zenati-Castaing F., Revet Th., Cours de droit civil. Obligations. Régime, PUF, 2013, n° 137 s.. V. aussi Emerich Y., *La propriété des créances. Approche comparative*, thèse, LGDJ, coll. « Bibliothèque de droit privé », t. 469, 2007 et Laurent J., *La propriété des droits*, coll. « Bibliothèque de droit privé », t. 537, 2012.

[2] Parmi eux, V. Lerebours-Pigeonnière P., « La contribution essentielle de Raymond Saleilles à la théorie générale de l'obligation et à la théorie de la déclaration de volonté », *in L'œuvre juridique de Raymond Saleilles*, éd. Rousseau, Paris, 1914, p. 396 s. ; Larroumet Ch., *Droit civil*, *Les obligations (...)*, *op. cit*., n° 30, p. 27 ; Marty G., Raynaud P., *Les obligations*, *op. cit.*, n° 4.

l'apanage des partisans de la conception moniste objective. Sans aller jusqu'à affirmer qu'elle est un lieu commun, il serait hasardeux d'affirmer qu'elle est novatrice[1]. Par conséquent, les potentialités de cette lecture de l'obligation s'amenuisent. Dès lors que son originalité est clairement mise en cause, s'agit-il véritablement d'une nouvelle lecture ? Il est permis d'en douter.

D'autres partisans de l'analyse moniste ne voient dans l'obligation qu'un bien : le lien y serait totalement absorbé[2]. Cette approche, au rebours de la précédente, relève à première vue d'une véritable conception autonome : personne jusqu'alors n'avait osé considérer l'obligation exclusivement comme une valeur. Cette conception, plus tranchée que la précédente, ne résiste pas davantage à l'examen. Comment envisager, par exemple, une obligation entièrement détachée des sujets qui lui ont donné naissance ? Comment expliquer qu'une fois la rencontre des volontés effectuée, l'obligation se désolidariserait de ses auteurs pour accéder à une existence propre ? L'obligation ne se comprend que par le détour de ses sujets : un sujet actif à qui profite l'obligation, un sujet passif sur qui pèse l'obligation. Une obligation est nécessairement payée par une ou plusieurs personnes au profit d'une ou plusieurs autres. Dès lors, l'aspect patrimonial de l'obligation ne saurait totalement évincer l'aspect personnel qui lui est consubstantiel. Aussi, l'analyse moniste objective, à l'image de l'analyse moniste classique, repose sur une conception désincarnée de l'obligation où le comportement des sujets n'a aucune place.

70. L'indifférence du comportement. Dans la mesure où le grief est commun aux deux analyses monistes, il n'est pas nécessaire de revenir en détail sur cette absence de prise en compte de l'aspect comportemental de l'obligation dans l'analyse moniste objective[3]. Il convient simplement de rappeler l'insuffisance d'une conception exagérément objective de l'obligation : l'objet même de l'obligation – la prestation – est tributaire du comportement de chaque partie. Remplir une obligation valablement contractée est un fait, la remplir d'une manière adéquate au but visé par les parties en est une autre. De manière plus significative que l'analyse classique, l'analyse objective permet ainsi de souligner l'importance capitale du comportement dans la définition de l'obligation – le comportement étant entendu ici comme faisant partie intégrante de la personnalité, donc du sujet de l'obligation. Plus encore, la

[1] V. les auteurs et ouvrages en note précédente. Tous ne sont pas des défenseurs de l'analyse moniste objective, quand bien même ils souscrivent à l'aspect patrimonial de l'obligation.

[2] Parmi eux : Gaudemet E., *Etude sur le transport de dettes à titre particulier*, *op. cit.*, p. 31 et *Théorie générale des obligations*, *op. cit*., p. 13 ; Gazin H., *Essai critique sur la notion de patrimoine dans la doctrine classique*, thèse Dijon, 1910, p. 454 s.

[3] V. *infra*, n° 63 s.

réification de l'obligation aboutit à nier les facultés contributives du débiteur, que le créancier aura potentiellement pris en compte pour le choisir comme cocontractant. En définitive, il paraît préférable de ne pas souscrire à une telle objectivation puisque, pour reprendre une expression éclairante, la dette ne vaut « *que ce que vaut le débiteur* »[1]. Il reste, pour écarter définitivement l'analyse moniste objective de l'obligation, à la confronter aux obligations *intuitus personae*.

71. La méconnaissance des obligations *intuitus personae*. Le recours à l'exemple des obligations *intuitus personae*[2] suffirait à lui seul pour démontrer le manque de pertinence de l'analyse moniste objective. Ces obligations se singularisent par la prise en compte de la personne du contractant : le choix de la prestation dépend de ses qualités, de ses aptitudes, de ses connaissances, de ses compétences, de son expérience, de son savoir-faire, de son savoir-être… Par conséquent, comment expliquer que l'obligation se réduirait à une simple valeur économique établissant un lien entre deux patrimoines ? Si l'analyse tient lorsque l'obligation peut indépendamment être exécutée par une personne qualifiée ou non[3], elle ne permet pas d'expliquer les obligations *intuitus personae*. Les exemples ne manquent pas : dans un contrat de travail, l'employeur s'enquière de la formation et des aptitudes de l'employé ; dans un contrat d'entreprise, le maitre d'ouvrage ne choisit pas son entrepreneur au hasard ; pour former un contrat de cautionnement, le créancier prend en compte le patrimoine et les facultés contributives de la caution. La réduction de l'obligation à une stricte valeur patrimoniale n'est donc envisageable que dans un nombre extrêmement réduit de cas : elle ne peut en aucun cas être constitutive de la définition de l'obligation.

72. Des conceptions unitaires à la conception dualiste. La perception de l'obligation comme une notion unitaire, qu'elle soit objective ou non, n'est pas la seule à être défendue en doctrine. Plusieurs voix se sont élevées, à nouveau parmi la doctrine allemande dans un premier temps, pour voir dans l'obligation plus qu'un simple rapport unitaire de personne à

---

[1] V. Terré F., Simler Ph., Lequette Y., *Droit civil, Les obligations, op. cit.*, n° 1304.

[2] « *Expression* […] *signifiant "en considération de la personne" employée pour caractériser les opérations (not. les conventions) dans lesquelles la personnalité de l'une des parties est tenue pour essentielle (d'où not. la possibilité de faire valoir une erreur sur la personne), en raison de ses aptitudes particulières, de la nature du service attendu d'elle, etc. (...)* », d'après Cornu G. (dir.), *Vocabulaire juridique, op. cit.*, V° Intuitu personae, p. 573.

[3] Le contrat de vente est l'exemple type, en ce qu'il est le plus commun. L'objet de la vente absorbe l'essentiel, sinon l'intégralité, de la prestation : dans ce cas, l'analyse moniste objective semble fondée. Or il suffit qu'une vente soit conclue en considération des spécificités du vendeur (qualité de l'information délivrée relative au produit, qualité du produit en lui-même, rapidité de la livraison…) pour que l'analyse soit vidée de son sens.

personne ou de patrimoine à patrimoine. L'émergence d'une analyse dualiste de l'obligation est venue ternir l'hégémonie des conceptions unitaires. Il convient de retracer son évolution et d'éprouver sa pertinence.

Section 2. Critique de l'analyse dualiste classique de l'obligation

73. Ajustement terminologique. Il est nécessaire avant tout développement de préciser ce qui doit être entendu par analyse dualiste « *classique* » de l'obligation. Les ouvrages qui la défendent ou qui l'évoquent font simplement référence à l'analyse dualiste, sans davantage de précision. D'autres auteurs défendent une analyse dualiste qui diffère sensiblement de la première. Dans la mesure où cette conception est plus récente, elle sera qualifiée de moderne. L'analyse dualiste classique est celle qui a le plus essaimé : de la même manière que pour les analyses monistes, il s'agit d'en présenter les caractéristiques (§ 1) pour pouvoir en dresser la critique et conclure à son rejet (§ 2).

§ 1. Les caractéristiques de l'analyse dualiste classique de l'obligation

74. Origine et contenu. Bien plus récente que la conception moniste majoritaire, l'analyse dualiste classique de l'obligation doit, pour être pertinemment appréhendée, être retracée dans son évolution (A) afin d'en dresser ensuite une critique (B).

A. Les origines de l'analyse dualiste classique de l'obligation

75. Une nouvelle influence allemande. Si les auteurs de la doctrine allemande du XIX^{e} siècle sont les premiers à proposer une lecture nouvelle de l'obligation (1), opposée à la lecture traditionnellement unitaire, ils ne situent pas sa naissance dans leur ordre juridique propre mais dans celui du droit romain classique – quoiqu'elle ne fut jamais consacrée, ni même perçue. Inspirés par ces recherches et ces propositions qui éclairent d'un jour nouveau l'obligation, quelques membres de la doctrine française ont repris à leur compte les travaux de leurs homologues allemands et ainsi promu l'analyse dualiste classique de l'obligation (2).

1. La découverte par la doctrine allemande

76. Une controverse originelle. La découverte de la nature dualiste de l'obligation s'est faite à l'issue d'une controverse dans la doctrine allemande opposant les tenants d'une vision purement volontariste de l'obligation à ceux qui voyaient dans ce lien l'expression d'une « norme »[1] à travers laquelle le débiteur assume une responsabilité.

77. Les tenants de la doctrine volontariste. Les figures de proue de la doctrine volontariste allemande sont Windscheid et Sohm. Le premier, inspiré par les travaux de Savigny, ne voit dans l'obligation que l'exécution volontaire par le débiteur de la prestation qu'il a promis de fournir. Le créancier est totalement étranger à cette exécution volontaire d'une prestation qu'il est par ailleurs tenu de recevoir. S'il dispose de prérogatives pour contraindre le débiteur à s'exécuter, ce pouvoir de contrainte ne trouve nullement sa source dans le rapport d'obligation. En résumé : « *dans l'obligation, comme dans tout rapport de droit en général, l'état normal et naturel consiste dans la reconnaissance et l'exécution volontaire du droit, tandis que la lutte contre une résistance injuste (la coercition, l'action) ne peut être considérée que comme le redressement d'un état anormal* »[2]. Dans la lignée de ses prédécesseurs, Sohm aboutit à l'assimilation de l'obligation au devoir : l'obligation se caractériserait par l'absence de pouvoir du créancier et se réduirait à la prestation que le débiteur a promis de réaliser[3]. En somme, l'obligation et la dette ne sont que deux vocables désignant une même réalité : la prestation que le débiteur s'est astreint à exécuter, indépendamment des prérogatives reconnues au créancier pour le contraindre au paiement. De la même manière que la théorie volontariste a suscité une réaction en doctrine pour aboutir chez certains à la défense d'une conception purement objective de l'obligation, elle contribue également à ce que d'autres membres de la doctrine insistent davantage sur l'engagement du débiteur et la responsabilité qui en découle, plus que sur le contenu de sa dette.

---

[1] Les guillemets sont de rigueur, car cette branche de la doctrine ignore ce terme : elle dénonce l'excessivité de la vision volontariste soutenue par leurs opposants, en soulignant la dimension de responsabilité inhérente à l'obligation. L'approche normativiste, ainsi désignée, ne fera son apparition qu'au courant du XX^{e} siècle (V. Kelsen H., « La théorie juridique de la convention », *APD*, 1941, p. 33 à 71).

[2] Savigny F.-C., *Le droit des obligations*, trad. Girardin et Jozon, t. 2, Paris, Durand, 1863, p. 17.

[3] Sohm R., « Der Begriff des Forderungsrechts », in *Grünhut's zeitschrift für das privat und öffentliche Recht der Gegenwart*, t. 4, 1877, Vienne, p. 457 à 474. Pour un aperçu plus complet des théories volontaristes et de la controverse qu'elles ont suscitée, V. Pelet J., *La théorie dualiste de l'obligation et son application au droit suisse*, Impr. C. Pache, Lausanne, 1937 et Forest G., *th. préc.*, n° 47.

78. Les opposants à la doctrine volontariste. Face à cette conception de l'obligation entièrement tournée vers la volonté du débiteur, une réaction s'est développée en doctrine pour défendre une vision diamétralement opposée : l'obligation serait absorbée dans le pouvoir de contrainte dont le créancier dispose à l'endroit du débiteur. D'abord défendue par Bekker[1], cette conception sera reprise et étendue par son homologue Brinz[2]. Plutôt que d'analyser l'obligation à travers son contenu, Brinz suggère de la définir à partir de sa sanction : la possibilité pour le créancier d'obtenir satisfaction en imposant un comportement au débiteur sur le fondement de son éventuelle inexécution caractérise l'obligation. La nature de la prestation importe peu, pas plus que la dimension volontaire de la dette que le débiteur a consentie. Brinz n'accorde aucune importance à ces critères et propose ainsi une lecture de l'obligation qui s'annonce comme le contrepied exact de la doctrine volontariste. Seule compte, dans l'engagement du débiteur, la responsabilité (*Haftung*) qui en découle. La radicalité des deux thèses ainsi défendues a naturellement conduit une autre partie de la doctrine allemande de la fin du XIX^e^ siècle à proposer une synthèse de cette controverse. Plutôt que d'être exclusivement une prestation volontairement promise par un débiteur ou, à l'inverse, un rapport exclusif de responsabilité pesant sur ce dernier, l'obligation serait en réalité composée de ces deux éléments : un rapport de dette (*Schuld*) auquel s'adjoint un rapport de responsabilité (*Haftung*).

79. Une proposition de conciliation : la naissance de l'analyse dualiste de l'obligation. À l'image de Windscheid et Sohm, réduisant l'obligation à un rapport volontaire, ou de Brinz et Bekker, ne percevant à travers elle que le support d'une responsabilité assumée par le débiteur, un autre binôme de la doctrine allemande propose une fusion de ces préceptes présentés comme inconciliables : Amira et Gierke[3]. Partant d'une étude détaillée de l'ancien droit germanique, leurs travaux ont mis en évidence une dualité intrinsèque à l'obligation[4]. À la lecture de ces sources, il ressort que le devoir qui pèse sur le débiteur se conjugue à son assujettissement : le terme *Schuld*, lui-même dérivé de *sollen*[5]

---

[1] Bekker E. I., *Die Aktionen des römischen Privatrechts*, Berlin, 1871-1873.
[2] V. not. Brinz A., « Der Begriff Obligatio », *Grünhut's Zeitschrift*, n° 1, 1874, p. 11 s.
[3] Amira K., *Nordgermanisches Obligationrecht*, Leipzig, 2 vol., 1882-1895 ; Gierke O., *Deutsches Privatrecht*, Leipzig, 3 vol., 1885-1917 et *Schuld und Haftung im älteren deutschen Recht*, Breslau, 1910.
[4] D'aucuns estiment d'ailleurs que cette analyse dualiste de l'obligation « *est née et s'est développée* […] *à partir de la notion de sûreté* » (Mouly Ch., *th. préc.*, n° 254, citant Gilissen J., « Esquisse d'une histoire comparée des sûretés personnelles. Essai de synthèse générale », *in Les sûretés personnelles. Première partie*, Éditions de la librairie encyclopédique, t. 28, 1974, spéc. p. 123).
[5] Deux verbes allemands se traduisent par « *devoir* » en français : *müssen* et *sollen*. Le premier désigne un devoir intérieur, une obligation morale qui mue l'agent de manière autonome, en l'absence de tout stimulus extérieur. Le verbe *sollen* désigne au contraire le devoir qu'une autorité extérieure est en droit d'attendre et qu'il

signifiant « *devoir* », est aussi récurrent que le terme *Haftung*, issu du verbe *haften* signifiant « *être responsable* ». Dans un premier temps, les auteurs concluaient à leur indépendance : *Schuld* et *Haftung* n'étaient pas des notions insécables et pouvaient exister indépendamment l'une de l'autre. Le cautionnement constituait alors un exemple saillant. La caution ne serait liée que par un rapport de responsabilité (*Haftung*) autorisant le créancier à exiger d'elle un paiement, alors que le rapport de dette (*Schuld*) n'est assumé que par le débiteur principal[1]. L'argument de l'interdépendance de ces deux rapports ne saurait être trouvé dans les sources issues de l'ancien droit germanique. Leur paternité serait à attribuer à Amira et Gierke. Le rapprochement puis la fusion de ces deux rapports seraient issus de leur constante proximité. L'idée apparaît alors que *Schuld* et *Haftung* sont les éléments indissociables de toute obligation, indépendamment de sa source[2]. Cette conception nouvelle de l'obligation traversera les frontières pour être reçue, quoique de manière marginale, par la doctrine française.

2. La réception par la doctrine française

80. Une réception mesurée. Les développements de la doctrine allemande n'ont trouvé qu'un écho relatif dans la doctrine française. Tout d'abord, car plusieurs années se sont écoulées avant qu'un premier travail ne soit consacré en France à l'analyse dualiste de l'obligation. Aussi car, jusqu'alors, seuls deux ouvrages se proposent d'étudier cette analyse nouvelle de l'obligation. Ces deux travaux sont plus exactement les thèses de MM. Popa et Comparato[3].

M. Popa fut le premier à proposer l'adoption de l'analyse dualiste de l'obligation : à l'issue

---

peut exiger par la contrainte. *Mutatis mutandis*, la distinction de ces deux verbes peut être comprise par le recours à la distinction entre obligations naturelles et obligations civiles.

[1] La description correspond à la dissociation qui caractérise le cautionnement selon certains auteurs, entre unité de dette (*Schuld*) et pluralité de liens obligatoire (*Haftung*). Elle semble d'autant plus fondée qu'elle renvoie à la différence de nature des engagements du débiteur principal et de la caution : l'un contribue à la dette, alors que l'autre y est seulement obligé.

[2] Ainsi : Maillet J., *La théorie de Schuld et Haftung en droit romain : exposé et examen critique*, thèse Aix-en-Provence, 1944 ; Pelet J., *La théorie dualiste de l'obligation et son application au droit suisse*, *th. préc.*, p. 62 ; Comparato F.-K., *Essai d'analyse dualiste de l'obligation en droit privé*, Dalloz, 1964, n° 6 ; Popa E.-A., *Les notions de Debitum (*Schuld*) et Obligatio (*Haftung*) et leur application en droit français moderne*, thèse Paris, 1935, n° 30. D'autres auteurs, en Europe, ont traité de l'analyse dualiste de l'obligation : Cornil G., « *Debitum* et *Obligatio*, Recherches sur la formation de la notion de l'obligation romaine », *in Mélanges Girard*, Rousseau, 1912, p. 199 s. ; Mitteis L., *Über das Nexum, Zeitschrift der Savigny-Stifung für Rechtsgeschichte Romanistische Abteilung 22*, 1901, p. 96 s. ; Marchi A., *Storia e Concetto della obbligazione romana*, t. 1, L'erma di Bretschneider, 1972.

[3] Popa E.-A., *Les notions de Debitum (*Schuld*) et Obligatio (*Haftung*) et leur application en droit français moderne*, thèse Paris, 1935 ; Comparato F.-K., *Essai d'analyse dualiste de l'obligation en droit privé*, thèse, Dalloz, 1964.

d'une synthèse des travaux allemands sur la question, il suggère sa transposition en droit interne[1]. Dans le prolongement de ce premier plaidoyer, M. Comparato livre quant à lui une étude plus complète encore sur les origines, le sens et les potentialités de l'analyse dualiste. Toutefois les propositions de ces deux auteurs ne rencontreront qu'un succès relatif : leur position reste marginale en doctrine et si certains mécanismes que le droit positif connait peuvent utilement être expliqués par le recours à cette conception dualiste, il n'en reste pas moins que le législateur est resté sourd à leurs appels. Au mieux trouve-t-on, récemment encore, certains écrits qui militent pour la réception de leurs thèses[2], ou dans une moindre mesure qui y recourent ponctuellement pour expliquer tel ou tel aspect du droit positif[3], mais l'analyse dualiste de l'obligation reste l'exception face au principe que constitue l'analyse moniste. L'examen du contenu de cette analyse dualiste révèle sa perfectibilité et permet ainsi d'apporter une première explication à son insuccès.

B. Le contenu de l'analyse dualiste classique de l'obligation

81. Rapport de dette et rapport de responsabilité. Les tenants de l'analyse dualiste s'accordent pour voir dans l'obligation la coexistence de deux rapports complémentaires. Ces deux rapports ne sont pas tributaires l'un de l'autre et peuvent exister sans disqualifier l'obligation : l'existence du rapport de dette ne procède donc pas de l'existence du rapport de responsabilité. Une fois exposée la nature de l'obligation dualiste (1), son régime pourra être abordé (2).

1. La nature de l'obligation

82. *Schuld*, *Debitum*, devoir : le rapport de dette. Le premier pan de l'obligation, selon l'analyse dualiste, correspond à la prestation : un résultat matériel, concret, auquel le débiteur est tenu et que le créancier est en mesure d'exiger. Cet aspect de l'obligation n'est autre que celui que les tenants de l'analyse volontariste considéraient comme exclusif. Pour les défenseurs de l'analyse dualiste il n'est pas exclusif mais il est en revanche dépourvu de force contraignante et ne crée aucun pouvoir, aucune faculté au profit du créancier. Au demeurant, le « *devoir* », équivalent de la *Schuld* du droit allemand et du *Debitum* du droit

[1] Sur cette synthèse et la destinée marginale que la thèse a connue, V. Forest G., *th. préc.*, n° 67.
[2] Prigent S., « Le dualisme dans l'obligation », *RTD civ*. 2008, p. 401 s.
[3] V. ainsi Mouly Ch., *Les causes d'extinction du cautionnement*, thèse, Librairie technique, coll. « Bibliothèque de droit de l'entreprise », 1979, n° 254 s.

romain, est lui-même dual : « *Toute prestation comprend donc normalement deux éléments : un élément objectif, qui est le bien ou le résultat voulu par le créancier, et un élément subjectif, consistant dans l'activité déployée par le débiteur afin de parvenir à ce résultat. Ces deux éléments forment ensemble l'objet du devoir* »[1]. Au-delà de cette définition le devoir n'est guère développé, ne serait-ce qu'en comparaison avec la responsabilité[2], sauf peut-être en ce qui concerne sa nature juridique, bien plus incertaine. Un devoir peut-il être simultanément juridique et dépourvu de sanction ? La nature juridique du devoir se présente ainsi comme un premier écueil que les théoriciens de l'analyse dualiste peinent à écarter[3]. Le recours à la nature juridique de la responsabilité permet toutefois de sauvegarder leur analyse.

83. *Haftung*, *Obligatio*, engagement : le rapport de responsabilité. Aux côtés du rapport de dette se situe un rapport qui lui est complémentaire : le rapport de responsabilité. Ce rapport se définit « *comme la sanction du devoir au sein de l'obligation* »[4]. Seule véritable composante de l'obligation, selon la perception des auteurs qui s'opposaient à la doctrine volontariste et envisageaient l'obligation sous le seul prisme de sa sanction, le rapport de responsabilité est au contraire le corollaire nécessaire du rapport de dette selon la doctrine dualiste. Il symbolise l'assujettissement du débiteur à la satisfaction du créancier qu'il a volontairement consenti par un serment promissoire. Lorsque le débiteur est défaillant et que le créancier le contraint à s'exécuter, c'est le rapport de responsabilité qui est mis en œuvre. Son assiette est déterminée par le patrimoine du débiteur, qui constitue le droit de gage général du créancier[5]. Le débiteur ne répond plus, en effet, de sa personne s'il est défaillant[6]. Dès lors que ce rapport est juridiquement sanctionné, sa nature ne suscite pas de difficulté particulière. Selon M. Comparato, il s'analyse comme une responsabilité du point de vue du

---

[1] Comparato F.-K., *th. préc.*, p. 34-35. Pour une analyse similaire, V. également Popa E.-A., *th. préc.*, n° 173.
[2] Pour exemple, M. Comparato consacre dix-huit pages de sa thèse à l'étude du devoir, contre plus de quatre-vingt à celle de la responsabilité.
[3] Il est un autre point qu'il semble impératif de mentionner ici, mais qui sera développé ultérieurement : M. Comparato évoque à plusieurs reprises dans sa thèse le comportement des parties à l'obligation sans jamais l'envisager comme une composante de ce lien – que ce soit du *Debitum* ou de l'*Obligatio*. Ainsi : « *le débiteur n'est pas seulement tenu de procurer quelque chose au créancier, mais de le procurer en agissant d'une certaine façon* » (p. 35) ou encore « *dans toute obligation, on retrouve un* devoir de collaboration *du créancier à l'exécution de sa prestation* » (p. 44). Cet aspect de l'obligation est minimisé dans la lecture dualiste classique de l'obligation : cela semble être une pierre d'achoppement significative qu'il conviendra de dépasser. L'idée d'une collaboration du créancier à la réalisation de la prestation du débiteur et la manière avec laquelle celui-ci doit l'accomplir souligne ce qui, dans l'obligation, dépasse le strict cadre du *volitif* pour rejoindre celui du *normatif*. Cette dimension normative, pourtant essentielle dans l'obligation, fait défaut à l'analyse dualiste classique : elle se retrouve dans l'analyse dualiste qu'il est possible de qualifier de moderne.
[4] Comparato F.-K., *th. préc.*, p. 49.
[5] Art. 2285 c. civ. : « *Les biens du débiteur sont le gage commun de ses créanciers ; et le prix s'en distribue entre eux par contribution, à moins qu'il n'y ait entre les créanciers des causes légitimes de préférence* ».
[6] *Contra* Comparato F.-K., *th. préc.*, p. 73 s. et p. 100 s.

sujet passif et comme un pouvoir de contrainte du point de vue du sujet actif[1].

2. Le régime de l'obligation

84. L'indépendance des rapports. Selon l'analyse dualiste classique, les deux rapports ne souffrent d'aucune confusion possible. L'un et l'autre répondent à des critères différents et obéissent à un régime qui leur est propre[2]. Aussi, la qualification de l'obligation ne repose-t-elle pas sur une exacte équivalence entre les deux rapports de droit qui la composent : le rapport de dette peut être plus étendu que le rapport de responsabilité et inversement. M. Comparato prend l'exemple des limitations de responsabilité pour illustrer l'hypothèse d'un engagement moins étendu que le devoir[3] et l'exemple des obligations solidaires pour l'hypothèse inverse[4]. Par ailleurs, l'analyse dualiste que M. Comparato défend prolonge jusque dans ses derniers effets l'idée d'une absence d'équivalence entre les deux rapports. Leur réunion n'est pas indispensable pour que l'obligation accède à la vie. L'un comme l'autre peuvent exister et valablement qualifier l'obligation. L'obligation naturelle se présente ainsi comme l'exemple type d'une obligation dépourvue de rapport de responsabilité. Or les exemples ne manquent pas de situations où l'obligation est incomplète car constituée de deux rapports amoindris, limités en étendue, voire inexistant pour l'un des deux. Dès lors, apparaît dans le régime de l'obligation tel qu'il est défini par l'analyse dualiste une dimension d'exception qui lui serait symptomatique. L'analyse dualiste classique aurait moins vocation à définir ce qu'est une obligation normale, composée de ses deux rapports, que d'expliquer

---

[1] *Ibid*., p. 111 et 115. La nature juridique du pouvoir de contrainte reste quant à elle plus délicate à déterminer, ce que l'auteur soulève : « *le pouvoir de contrainte du créancier sur le débiteur (prétention), ne se confond donc ni avec le droit de créance qu'il tend à protéger, ni avec l'action en justice qui est son moyen normal d'exercice. Il paraît impossible de le classer parmi les catégories juridiques traditionnelles* » (p. 127).

[2] « *Il faut admettre que, dans l'obligation, devoir et engagement ne sont pas des pures vues de l'esprit mais deux éléments réels et distincts. Du côté passif, il est une différence essentielle entre* ce qu'on doit accomplir *et* ce qu'on risque de subir *par le non-accomplissement […] Pareillement, du côté actif,* le droit à profiter d'une prestation du débiteur *ne se confond nullement avec* le pouvoir de contraindre celui-ci à s'exécuter » (Comparato F.-K., *th. préc*., p. 168).

[3] « *Les hypothèses de limitation conventionnelle ou légale de la responsabilité affectent l'engagement sans toucher au rapport de créance et de dette. Par conséquent, chaque fois que le montant de la dette dépasse la limite pré-établie de responsabilité, nous avons affaire à une obligation dont l'engagement est moins étendu que le devoir. Il s'ensuit que le débiteur se trouve tenu d'une obligation naturelle pour le surplus, et que s'il vient à acquitter celle-ci volontairement toute répétition sera exclue* » (*ibid*. p. 188).

[4] « *Avec la solidarité nous nous trouvons, nous semble-t-il, en face d'un seul engagement avec une pluralité de créances. Or, ceci entraine une dissociation d'étendue entre les deux éléments de l'obligation, étant donné que l'engagement est toujours total et que les créances ou les dettes sont toujours partielles. Ainsi, dans la solidarité active, le pouvoir de contrainte de chaque créancier est plus étendu que sa créance ; dans la solidarité passive, la responsabilité de chacun des débiteurs est plus étendue que sa dette* » (*ibid.* p. 191).

nombre de situations d'exception où l'obligation est altérée dans sa composition[1]. Il en ressort des applications éparses de l'analyse dualiste classique de l'obligation.

85. Des applications éparses. Hormis la thèse de M. Comparato, il n'existe pas d'ouvrage similaire au sien, par son ampleur et sa propension à promouvoir l'analyse dualiste de l'obligation. Si le législateur n'a pas consacré ses travaux, la doctrine a en revanche été plus réceptive à cette approche renouvelée. Cette réception s'est faite de manière fonctionnelle, orientée, afin d'expliquer tel ou tel phénomène du droit des obligations, mais jamais l'analyse dualiste n'a été reconduite dans sa globalité, par et pour elle-même[2]. Plusieurs auteurs ont ainsi eu recours, de manière sélective, à cette vision héritée de la doctrine allemande.

Le cautionnement a probablement été considéré comme l'exemple archétypique de la dissociation du rapport de dette et du rapport de responsabilité. Le premier rapport serait assumé par le débiteur principal seul, car c'est à lui qu'il revient de fournir la prestation et c'est à lui qu'elle profite. Le second serait assumé par le débiteur et par la caution : les deux s'exposent au pouvoir de contrainte du créancier si la dette n'est pas payée à l'échéance. « *Le prototype de la responsabilité personnelle accessoire est celle de la caution.* […] *Le cautionnement représente* […] *la création d'une responsabilité accessoire à côté de la responsabilité principale du débiteur. L'obligation garantie par une caution comporte, du point de vue de sa structure, une seule dette sanctionnée par sa double responsabilité* […] »[3]. Le cautionnement illustre ce fractionnement, entre deux personnes, des deux rapports constitutifs de l'obligation. Il met aussi en évidence le dédoublement potentiel du rapport de responsabilité : non seulement peut-il être disjoint du rapport de dette, mais plus encore peut-il être assumé par deux débiteurs différents – que ce soit un débiteur et une caution, plusieurs cofidéjusseurs ou plusieurs codébiteurs. L'illustration par le cautionnement de la nature dualiste de l'obligation a connu un succès certain. En témoigne le nombre d'auteurs qui ont repris cet exemple[4].

---

[1] Sans reproduire davantage ses développements et dans le désordre, M. Comparato évoque au soutien de sa démonstration, les exemples de l'engagement réel, du concordat de remise, de la stipulation pour autrui, de la représentation, de la responsabilité du fait des préposés, de l'assurance… Sans compter les autres exemples cités jusqu'alors. Ses développements consacrés au « *rapport ordinaire* » s'étalent sur neuf pages, contre une cinquantaine pour les situations d'exception.

[2] *Contra* Prigent S., « Le dualisme dans l'obligation », *op. et loc. cit.*

[3] Comparato F.-K., *th. préc*., p. 211-212.

[4] V. not. Dupichot Ph., *Le pouvoir des volontés individuelles en droit des sûretés*, Ed. Panthéon-Assas, 2005, n° 270 s. ; Forest G., *th. préc*., n° 89 ; Aynès L., Crocq P., n° 121 ; Sautonie-Laguionie L., *La fraude paulienne*, LGDJ, coll. « Bibliothèque de droit privé », t. 500, 2008, n° 359.

De manière plus anecdotique, l'analyse dualiste de l'obligation a également été invoquée pour décrire la structure des obligations naturelles. Ces obligations relevant davantage de la morale plutôt que du droit, elles seraient l'exemple idéal des obligations composées d'un rapport de dette mais dépourvues de rapport d'obligation. Il existe bien un devoir, une prestation à accomplir, mais aucune sanction de son inexécution, aucun pouvoir de contrainte reconnu au créancier. L'obligation naturelle s'épuiserait ainsi dans un rapport de dette isolé. L'analyse est pour le moins séduisante et a convaincu une partie de la doctrine[1].

Plusieurs autres mécanismes issus du droit des obligations ont été éclairés par le recours à l'analyse dualiste, mais il ne semble pas impérieux d'en dresser une liste exhaustive[2]. Il est en revanche significatif de relever que ces plaidoyers épars ne concluaient pas à l'adoption de l'analyse dualiste de manière globale : celle-ci était employée comme faire-valoir et n'était pas défendue pour elle-même.

86. Une pertinence mise en cause. De cette brève présentation de l'analyse dualiste classique de l'obligation, il est permis d'émettre quelques réserves quant à son bien-fondé. Non pas que ses défenseurs n'aient su pertinemment la promouvoir mais le recours à l'histoire qui résonne comme un argument d'autorité, ajouté aux applications parcellaires de la théorie et, plus encore, à l'absence totale de prise en considération du comportement des parties sont autant d'arguments en défaveur de cette analyse. Pour ces premières raisons et d'autres qu'il conviendra de développer, il doit être conclu au rejet de l'analyse dualiste classique de l'obligation.

§ 2. Le rejet de l'analyse dualiste classique de l'obligation

87. La fragilité technique de l'analyse. Les critiques qu'il est permis d'adresser à l'analyse dualiste classique de l'obligation ne manquent pas. Seront laissées de côté les critiques historiques, par ailleurs déjà pertinemment relevées[3], pour mettre en avant les critiques techniques qui suffisent à infléchir significativement cette conception de l'obligation. L'argument de la formation de l'obligation constitue ce premier infléchissement (A), celui du contenu de l'obligation en constitue le second (B).

---

[1] V., pour le premier d'entre eux, Dupeyroux J.-J., *Contribution à la théorie générale de l'acte à titre gratuit*, LGDJ, 1955, p. 354 s. V. également Terré F., Simler Ph., Lequette Y., *Droit civil. Les obligations, op. cit.*, n° 2 ; Starck B., Roland H., Boyer L., n° 2233.

[2] Pour plus d'exemples, V. Forest G., *th préc*., n° 88 s.

[3] *Ibid*., n° 99 à 116.

A. L'écueil de la formation de l'obligation

88. Deux ordres de critique. L'analyse dualiste classique ne résiste pas à l'examen de la formation de l'obligation pour deux raisons. Elle est, d'une part, inapte à expliquer la formation de l'obligation lorsque celle-ci s'inscrit dans la durée (1). D'autre part, elle ne tient pas compte de la dimension normative inhérente à l'obligation (2). Le débiteur est assujetti aux règles du droit contractuel – voire à « *l'ordre juridique contractuel* »[1] – il n'est pas assujetti à un pouvoir de contrainte que le créancier se serait arrogé et dont la source serait inconnue.

1. La méconnaissance de la dimension temporelle de l'obligation

89. Une donnée tardive. Que ce soit dans l'analyse moniste dominante ou dans l'analyse dualiste concurrente, ou même dans l'analyse moniste objective, il n'existe pas d'explication satisfaisante de la formation de l'obligation lorsque celle-ci a pour caractéristique de s'inscrire dans la durée. Les dispositions primitives du code civil et les premiers auteurs qui se sont livrés à leurs commentaires, envisageaient la formation du contrat comme un phénomène instantané. La rencontre des volontés n'avait pas vocation à durer : sa dimension performative se conjuguait avec sa fugacité. Sans revenir en détail sur les raisons de ce paradigme il n'est pas inutile de rappeler que le code civil, dans ses premières années, régissait une économie primaire : l'industrialisation, l'autonomisation du droit du travail, l'économie de marché ne sont apparues que bien après sa consécration et ont conservé un temps au code civil sa pérennité et sa congruence. La faiblesse des enjeux économiques permet de comprendre que la durée n'avait pas, dans la technique contractuelle, l'incidence aussi prégnante qu'on lui connait aujourd'hui.

90. Une donnée négligée. Pourtant les mutations profondes que la société française a connues n'ont pas entraîné de telles mutations dans le code civil, du moins pour sa partie consacrée aux obligations. Il en ressort des dispositions surannées, inadaptées et qu'aucune des lectures de l'obligation ne saurait rationnellement expliquer.

Parmi les dispositions qui traitent de l'inscription dans le temps de la formation de

[1] Sur cette notion, V. Wicker G., « La sanction délictuelle du manquement contractuel ou l'intégration de l'ordre contractuel à l'ordre juridique général », *RDC* 2007/2, p. 593 s.

l'obligation, celles relatives aux modalités de l'obligation sont les plus significatives. Le terme et la condition, lorsqu'ils sont suspensifs, sont ainsi les deux modalités de l'obligation dont la seule distinction repose sur la certitude de leur échéance. Le terme n'est qu'une date fixée par les parties ; la condition est quant à elle un évènement que les parties ont intégré à leur relation et qui se dénouera de manière aléatoire[1]. Or aucune analyse ne parvient à justifier avec conviction les prérogatives reconnues au créancier dans cette période d'expectative séparant la stipulation de la modalité de son expiration. L'analyse moniste, qui n'envisage la formation de l'obligation qu'en un trait de temps, est littéralement contredite par les dispositions du code civil. Comment une obligation pourrait-elle atteindre systématiquement et instantanément sa perfection alors que les parties peuvent être convenues de son imperfection ? L'analyse dualiste classique paraît au premier abord plus appropriée par la dissociation de l'obligation qu'elle opère : *pendente conditione*, seul le rapport de dette serait constitué. L'exécution de la prestation est suspendue mais son existence est avérée. À l'expiration de la modalité, le rapport de responsabilité prend forme : le débiteur peut être contraint par le créancier à s'exécuter, ce qui était impossible lors de l'existence de la modalité. En apparence donc, l'analyse dualiste classique serait un support technique adéquat à l'explication des obligations modales[2]. Cette prétendue explication, au demeurant, ne résiste pas à l'examen et se fait au prix d'une distorsion des fondements même de l'analyse. À supposer, en prenant l'exemple de la condition, que le débiteur ne soit lié que par un devoir ou un rapport de dette lorsque la condition est pendante, il ne peut donc être l'objet d'aucune contrainte de la part du créancier, puisque ce même pouvoir de contrainte est l'apanage du rapport de responsabilité. Comment justifier alors que le créancier puisse recourir durant la situation intermédiaire à des mesures conservatoires pour protéger son droit[3] ? N'est-ce pas là une illustration de son pouvoir de coercition, supposé être exclusif au rapport de responsabilité ? Plus qu'une illustration de sa pertinence, la condition est au contraire un exemple flagrant des contradictions internes de l'analyse dualiste classique. La séparation des deux rapports par une cloison prétendument hermétique ne tient pas. Les rapports de dette et de responsabilité n'obéissent pas à des logiques propres et ne sont pas absolument imperméables.

Il reste à démontrer, toujours au stade de la formation de l'obligation, que l'analyse dualiste

[1] V. les art. 1304 à 1304-7 et 1305 à 1305-5 c. civ.
[2] V. Putman E., *La formation des créances*, thèse, Aix-Marseille, 1987, n° 167.
[3] Art. 1304-5 c. civ. : « *Avant que la condition suspensive ne soit accomplie, le débiteur doit s'abstenir de tout acte qui empêcherait la bonne exécution de l'obligation ; le créancier peut accomplir tout acte conservatoire et attaquer les actes du débiteur accomplis en fraude de ses droits* ».

classique procède d'une méconnaissance de la dimension normative propre à tout engagement juridique de nature volontaire.

2. La méconnaissance de la dimension normative de l'obligation

91. Un subjectivisme masqué. « *Les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites* ». Par ces termes, l'alinéa 1er de l'ancien article 1134 du code civil prévoyait le principe de la force obligatoire du contrat. Longtemps réduit à un rôle explicatif – l'article justifierait le sens et la portée de la parole donnée : *pacta sunt servanda* – d'aucuns y ont vu plus récemment l'exemple de l'immixtion de la loi dans le contrat, ou plus exactement l'assujettissement des parties, débiteur et créancier, à une force obligatoire qui dépasserait leur stricte volonté. Les parties ne se soumettraient pas à la loi du contrat parce qu'ils le veulent mais parce que la loi en dispose ainsi : la vigueur juridique des conventions serait le fait de la loi, non plus celui de la volonté. Cette présentation volontairement sommaire[1] d'un courant qualifié de normativiste est incompatible avec l'analyse dualiste classique de l'obligation[2]. Bien qu'elle soit *a priori* issue de la synthèse entre une vision ultra-personnaliste de l'obligation et une autre vision centrée sur le pouvoir de contrainte et de sanction reconnu au créancier, l'analyse dualiste ne se défait pas de l'empreinte subjectiviste qui a longtemps caractérisé l'obligation. Aucun des tenants de l'analyse ne semblent laisser une place à l'idée que le rapport de responsabilité – si tant est qu'il existe – trouve son fondement dans la loi. La possibilité pour un créancier de contraindre son débiteur à l'exécution de sa prestation n'est pas une prérogative créée *ex nihilo*. En définitive, la volonté est impuissante si la loi ne lui reconnait pas au préalable son effectivité. Or cette dimension est totalement ignorée de l'analyse dualiste classique. Alors qu'elle se réclame d'une synthèse, elle n'est en somme que la reconduction, sous une autre forme, des théories subjectivistes dont l'hégémonie avait été rendue possible par la doctrine du XIXe siècle. La volonté du débiteur de s'assujettir fait écho à celle du créancier d'obtenir satisfaction, au besoin par la contrainte. À aucun moment il n'est question du rôle de la norme dans la formation et l'exécution de leur engagement.

[1] Pour une présentation plus complète V. *supra* n° 100 s.

[2] Sur ce courant, V. not. Kelsen H., « La théorie juridique de la convention », *APD*, 1941, p. 33 à 71 ; Ancel P., « Force obligatoire et contenu obligationnel du contrat », *RTD civ.*, 1999, p. 771 ; Hauser J., *Objectivisme et subjectivisme dans l'acte juridique*, LGDJ, coll. « Bibliothèque de droit privé », t. 117, 1971 ; Wicker G., *Les fictions juridiques. Contribution à l'analyse de l'acte juridique*, LGDJ, coll. « Bibliothèque de droit privé », t. 253, 1997 ; Sautonie-Laguionie L., *La fraude paulienne*, LGDJ, coll. « Bibliothèque de droit privé », t. 500, 2008 ; Séjean M., *La bilatéralisation du cautionnement ? Le caractère unilatéral du cautionnement à l'épreuve des nouvelles contraintes du créancier*, LGDJ, coll. « Bibliothèque de droit privé », t. 528, 2011.

La formation de l'obligation permet ainsi à deux égards de disqualifier l'analyse dualiste classique de l'obligation. L'examen de son contenu conduira à son rejet définitif.

B. L'écueil de la consistance de l'obligation

92. Deux ordres de critiques. Au-delà du stade de sa formation, il appert que le contenu de l'obligation tel qu'il est décrit par les défenseurs de l'analyse dualiste est problématique. Tous ne s'accordent pas exactement sur la manière dont s'agencent *Debitum* et *Obligatio*, ni sur leur importance respective, ni sur leur véritable nature juridique (1). De surcroit, il n'est aucunement fait mention du comportement que les parties doivent adopter pour mener à bien leur mission contractuelle (2).

1. Un contenu discuté

93. Une composition insaisissable. Si les auteurs qui ont soutenu l'analyse dualiste de l'obligation dans son intégralité sont peu nombreux, la plupart y recourant de manière ponctuelle pour les besoins d'une démonstration, il est permis de croire qu'un consensus s'est créé parmi cette frange de la doctrine et que les différentes thèses convergent, lorsqu'elles ne sont pas unanimes. Cependant, une lecture minutieuse et approfondie n'est pas nécessaire pour témoigner des divergences de fond qui opposent les auteurs sur cette analyse. La difficulté avec laquelle ceux-ci tentaient de définir le *Debitum* ou rapport de dette a été soulignée[1]. Dès lors qu'il n'est pas sanctionné, il ne saurait être défini comme un droit, ce que certains affirment pourtant. Il reste que sa nature juridique est délicate à déterminer et qu'elle oscille entre une simple expectative et une obligation naturelle. Aussi l'importance respective du *Debitum* et de l'*Obligatio* est-elle discutée. M. Popa affirme dans sa thèse la préséance du premier sur le second[2], hypothèse que ne semble pas reconduire M. Comparato, eu égard aux développements expéditifs qu'il consacre au rapport de dette. Il ressort de la confrontation de ces différents points de vue un affadissement de l'analyse dualiste de l'obligation. De divergences en apories, l'analyse encourt en dernier lieu un grief de taille : l'ignorance du comportement des parties.

[1] V. *supra*, n° 82.
[2] Popa E.-A., *th. préc.*, n° 179.

2. Le comportement ignoré

94. Une acception désincarnée. À l'image des analyses monistes, l'analyse dualiste ne tient aucunement compte du comportement des parties à l'obligation. L'analyse moniste objective promeut certes la vision la plus désincarnée qui soit, puisqu'elle défend l'idée d'une obligation liant deux patrimoines indépendamment de leurs titulaires, mais il peut être adressé le même reproche à l'analyse dualiste : le rapport de dette auquel est tenu le débiteur se réduit à la prestation qu'il doit fournir. Rien n'est dit quant à la manière avec laquelle il doit fournir cette prestation. Or cette manière d'agir peut avoir une incidence notable sur le sort de l'opération contractuelle, particulièrement si le contrat est marqué par un déséquilibre entre les parties. Il doit par ailleurs être précisé que ce comportement a une incidence plus prégnante encore lorsque l'opération contractuelle est d'envergure, ce que sont *a priori* les contrats assortis d'une sûreté. Il est donc vain de ne pas tenir compte du comportement des parties et de reléguer la bonne foi des contractants à un instrument technique diffus, insaisissable, dont l'efficacité est douteuse. Il serait préférable que cette bonne foi – ou toute autre notion qui en définitive désigne le comportement idoine d'une partie – soit intégrée à l'obligation. Le comportement est également absent des développements afférents au rapport de responsabilité[1]. Le pouvoir de contrainte accordé au créancier est-il une licence ? L'existence et l'exigibilité d'une créance justifient-elles qu'un créancier emploie tous les moyens à sa convenance pour obtenir satisfaction ? La question a déjà été posée et la réponse tombe sous le sens : le comportement conditionne l'exécution harmonieuse d'une obligation, peu important la qualité des parties[2]. Chacune est soumise à un impératif d'éthique qu'il serait par ailleurs souhaitable de voir découler de l'obligation elle-même et non pas du principe imperceptible et évanescent de bonne foi contractuelle. Au reste, l'analyse dualiste de l'obligation n'en fait pas état[3]. L'ignorance du comportement des parties est un écueil supplémentaire dont la constatation ne peut qu'amener au rejet de cette analyse[1].

---

[1] Selon M. Prigent : « *du point de vue du sujet actif, la relation d'engagement se caractérise par un "*pouvoir de contrainte*". Il va permettre d'engager la responsabilité du sujet passif. Nous sommes donc en présence d'un "*pouvoir*" ; d'une "*faculté de produire un effet juridique*". Le titulaire du pouvoir est autorisé à produire des effets juridiques au regard d'autrui* » (Prigent S., « Le dualisme dans l'obligation », *op. cit*. n° 10). *Quid* du comportement du créancier ? N'y a-t-il que le débiteur qui soit assujetti ? C'est une vision tronquée de l'obligation que de voir, dans ce lien, l'assujettissement du seul débiteur : le créancier, même dans un contrat unilatéral dont il sera le seul à tirer profit n'en reste pas moins assujetti à la norme contractuelle dont son débiteur et lui-même sont convenus.

[2] V. Mestre J., « Réflexions sur l'abus du droit de recouvrer sa créance », *in Mélanges Raynaud P.*, Dalloz, 1985, p. 439.

[3] Ont été mentionnés les développements de M. Comparato qui évoque le devoir de collaboration pesant sur le créancier (V. *supra*, n° 82). Il y évoque également la manière d'agir des cocontractants. À aucun moment,

95. Une obligation binaire ? Une récente thèse a défendu l'idée que l'obligation ne serait pas duale mais binaire[2]. En d'autres termes, les deux pôles constitutifs seraient indissociables sous peine de disqualifier l'obligation[3]. Selon cet auteur, l'obligation serait ainsi « *le droit subjectif à l'exécution d'une norme de comportement* »[4]. Si la richesse des développements alliée à leur originalité peuvent séduire, d'autant que cette conception est une des rares à tenir directement compte du comportement des parties, quelques écueils la frappent. En effet, l'auteur prône la disqualification de l'obligation dès lors que l'une de ses composantes fait défaut. Cette vision n'est pas sans rappeler l'analyse moniste dominante qui voit dans l'obligation l'idée même de l'unité, or ces conceptions peinent à convaincre car elles sont l'une comme l'autre exagérément dogmatiques et trop peu représentatives d'une réalité concrète. L'obligation peut exister à l'état d'imperfection et cet horizon indépassable d'une obligation insusceptible de fractionnement doit être abandonné. S'il est plus rassurant pour l'esprit d'adopter un tel schéma, selon lequel l'obligation n'a « *d'autre alternative que d'exister dans sa plénitude ou de ne pas exister* »[5], ce schéma n'en est pas moins trompeur et erroné quant à la véritable nature de l'obligation. L'obligation peut très bien exister à l'état d'imperfection, ce dont l'analyse binaire ne fait pas état. Au surplus, il est malaisé de définir la « *norme de comportement* ». Que la prestation attendue d'un débiteur puisse être un comportement spécifique (mettre à disposition un bien, offrir ses compétences personnelles…) se comprend mais il semble réducteur d'associer aussi étroitement prestation et comportement. Il existe des comportements périphériques, connexes, qui ne se réduisent nullement à la prestation et que le droit saisit pourtant. Pour ne prendre qu'un exemple : un créancier réalise-t-il une prestation lorsqu'il informe la caution du premier incident de paiement du débiteur principal ? Que cette information délivrée soit un comportement attendu de la part du créancier n'est en rien douteux, mais est-ce la raison pour laquelle la caution s'engage ? Ressort ainsi nettement la fragilité du raisonnement qui consiste à présenter

---

pourtant, ces éléments ne sont présentés comme étant constitutifs de l'obligation, ils sont simplement mentionnés à titre d'illustration.

[1] Sur l'importance du comportement en droit des contrats, V. not. Fages B., *Le comportement du contractant*, thèse, PUAM, 1997.

[2] Forest G., *Essai sur la notion d'obligation en droit privé*, Dalloz, coll. « Nouvelle Bibliothèque de Thèses », 2012.

[3] « *A parler exactement, il n'y a donc pas de* dualisme *dans l'obligation, dans la mesure où le dualisme suppose l'existence de deux éléments indépendants, de l'éclatement desquels le concept défini peut s'accommoder sans perdre son identité. Bien plus est-on face à un système binaire, c'est-à-dire composé de deux unités qui ne peuvent se disjoindre sans disqualifier la notion* » (*ibid*. p. 71).

[4] *Ibid*., n° 299.

[5] Wicker G., *th. préc.*, n° 152.

l’obligation comme un lien binaire afférent à une norme de comportement. Le comportement n’absorbe pas la substance du lien d’obligation et ce lien d’obligation peut exister ne serait-ce que de manière imparfaite, sans être disqualifié.

CONCLUSION DU CHAPITRE I

96. Conclusion du Chapitre I. Un premier tour d'horizon des conceptions les plus usuelles de l'obligation aura permis d'arriver à la conclusion suivante : aucune d'entre elles ne parvient à définir avec exactitude la nature et le régime de l'obligation. L'analyse moniste classique promeut la nature unitaire de l'obligation, réduite à un seul lien de droit. Sa transcription depuis le droit romain s'est faite sans controverse et révèle aujourd'hui ses limites. Parmi elles, se trouve l'insuffisance à l'explication de la transmissibilité de ce lien. Réduite également à la prestation qu'elle renferme, l'obligation ne permet pas d'expliquer la situation d'un créancier muni d'une sûreté personnelle. Il est obligé en termes de lien, mais il n'est pas tenu d'exécuter une prestation. L'analyse moniste objective aurait alors pu, sur ce point, être un moyen de compenser les insuffisances de l'analyse classique. En vérité, sa promotion était destinée à la réception en droit français de la cession de dettes et ses contours n'ont pas été précisément tracés. Cette vision renouvelée, si elle a permis de faire émerger l'idée que l'obligation est aussi un bien et plus seulement un lien, achoppe également : ses partisans ne s'accordent pas sur sa définition en tant que bien ou lien de droit et cette vision hypertrophiée de l'obligation perçue comme bien aboutit en définitive à une conception désincarnée de l'obligation. L'*intuitus personae* serait une vaine expression et, surtout, aucune place n'est laissée au comportement des parties, pourtant déterminant quant au sort de l'obligation et représentatif de la dimension normative du lien de droit.

Reste alors l'analyse dualiste héritée des juristes allemands, qualifiée de classique. Son succès est certes indéniable, au moins en doctrine, or plusieurs écueils justifient sa relégation. La dissociation *Schuld*/*Haftung* (ou *Debitum*/*Obligatio*), si appropriée soit-elle pour comprendre ce qu'il y a de volontaire et de forcé dans l'exécution de l'obligation, est insuffisante à expliquer l'inscription dans le temps de la formation de l'obligation et, plus encore, méconnait littéralement la dimension normative du lien de droit. En faisant la part belle au subjectivisme, elle n'en devient finalement qu'un nouvel étendard. Plus encore, son contenu n'est pas même certain. Que ce soit au sujet de la teneur du *Debitum* ou de sa prégnance par rapport à l'*Obligatio*, aucun consensus n'a été trouvé. Enfin, l'ignorance du comportement des parties fait encourir à l'analyse dualiste classique de l'obligation le même grief que l'analyse moniste objective, celui d'une acception désincarnée de l'obligation.

Chapitre II. Illustration par le droit des sûretés personnelles de la nature dualiste de l'obligation

97. Une dualité alternative. Aucune des différentes analyses de l'obligation étudiées jusqu'alors ne permet de rendre parfaitement compte de la nature et du fonctionnement de ce lien de droit. Il reste toutefois une analyse minoritaire qui doit être examinée. Cette lecture renouvelée de l'obligation, qui sera qualifiée d'analyse dualiste moderne, n'a de commun avec la précédente que le nom. Les deux rapports qui s'imbriquent pour former l'obligation ne sont pas les rapports de dette et de responsabilité, mais un rapport obligatoire et un rapport d'obligation dont les contenus respectifs ne correspondent pas à ceux de l'analyse dualiste classique. Cette lecture renouvelée de l'obligation semble doublement pertinente. Par elle-même, cette conception intègre tous les avantages relevés au sujet des autres analyses sans encourir une seule des critiques formulées. Aussi, elle permet de saisir pleinement la nature des sûretés personnelles et la singularité des engagements qu'elles génèrent.

98. Une conception holistique. L'analyse dualiste moderne de l'obligation a ceci de supérieur aux autres qu'elle rassemble toutes les composantes de l'obligation qui participent de son élaboration, de son régime, de son extinction, de son rayonnement vis-à-vis des tiers… Que les éléments de définition soient permanents et consubstantiels au lien de droit ou qu'ils soient simplement ponctuels, leur adéquation à la réalité des faits incite naturellement à la promotion de cette analyse. C'est en ce sens que cette analyse présente une dimension holistique : l'obligation comme objet de l'analyse est perçue comme un tout, sans qu'aucun aspect ne soit épargné. Une promotion isolée ne serait toutefois pas adéquate : il conviendra de confirmer les potentialités de l'analyse dualiste moderne de l'obligation en la confrontant aux sûretés personnelles.

99. Une clarification consécutive du droit des sûretés personnelles. À supposer que la définition de l'obligation décomposée en un rapport obligatoire et un rapport d'obligation soit générale et permanente, à l'évidence sera-t-elle applicable aux engagements résultant de sûretés personnelles. Plus encore que l'adéquation de l'analyse dualiste moderne aux sûretés personnelles c'est donc la clarification, en retour, de cette discipline qui canalise l'intérêt d'une telle confrontation. La singularité des engagements d'une caution, d'un garant

autonome, d'un confortant et surtout des créanciers bénéficiaires de sûretés personnelles ressort en effet nettement éclaircie de cette confrontation. Alors que le débiteur de la sûreté est lié par une obligation composée de ses deux rapports, le créancier n'est astreint que par un rapport d'obligation l'enjoignant à conformer son comportement au déroulement harmonieux de la sûreté.

Il s'agira alors de démontrer la pertinence de l'analyse dualiste moderne de l'obligation (Section 1) avant d'établir son adéquation au droit des sûretés personnelles (Section 2).

Section 1. La pertinence de l'analyse dualiste moderne de l'obligation

100. Une lecture récente. Alors que l'analyse moniste a depuis longtemps prévalu et tirerait ses racines du droit romain, comme le ferait d'ailleurs l'analyse dualiste classique, l'analyse dualiste moderne est bien plus récente. Elle peut être considérée comme un aboutissement du courant normativiste qui s'est développé au fil du XX^{e} siècle, en réaction au subjectivisme exacerbé que l'héritage philosophique des Lumières avait permis. L'obligation échapperait à la volonté toute-puissante des individus pour ne plus être réduite à un lien intersubjectif abandonné à l'emprise des parties. L'obligation valablement formée devient une norme à laquelle débiteur et créancier ont accepté de se soumettre. À l'évidence, ils sont encore maitres de leurs actes mais à condition que ceux-ci respectent le but contractuel, la mission qu'ils se sont respectivement assignée. Ce but contractuel sert à tracer un périmètre à l'action des parties au-delà duquel leur comportement sera fautif.

101. Une querelle de mots[1] ? L'analyse dualiste moderne a été principalement défendue par un auteur. Le Professeur Wicker dans sa thèse consacrée aux fictions juridiques[2] soutient en effet cette conception de l'obligation divisée en deux rapports : le rapport d'obligation et le rapport obligatoire. Le premier rapport correspond à l'assujettissement des parties à l'acte juridique qu'elles créent. En s'engageant, les parties concèdent une part de leur liberté et renoncent par conséquent à adopter un comportement qui, à l'occasion comme en dehors du lien d'obligation, aboutirait à compromettre le but qu'elles visent. Ce rapport relève ainsi davantage du *normatif* que du *volitif* et suppose un état d'abstention chez les parties. Le rapport obligatoire renferme quant à lui la prestation attendue du contractant et le pouvoir

[1] V. Wicker G., « Force obligatoire et contenu du contrat », *in Les concepts contractuels français à l'heure des principes du droit européen des contrats*, Dalloz, coll. « Thèmes et commentaires », 2003, n° 13, note 56.
[2] Wicker G., *th. préc*.

d'exiger cette exécution, au besoin par la contrainte. Il correspond à l'acte ou l'abstention que le débiteur s'est engagé à accomplir et la possibilité pour le créancier de l'y contraindre. Aussi les deux rapports sont-ils disjoints et l'absence éventuelle de rapport obligatoire n'a pas pour effet de disqualifier l'obligation. Cette présentation sommaire permet d'introduire la conception similaire, pour ne pas dire identique, d'un autre auteur. Le Professeur Ancel, dans un article fondateur[1], distingue quant à lui la force obligatoire du « *contenu obligationnel* » du contrat (§ 1). Par leur contenu, ces deux éléments correspondent au rapport d'obligation et au rapport obligatoire que M. Wicker défend. De prime abord, il est une différence majeure qui donne à croire que les deux conceptions sont irréconciliables : la première est fondée sur l'obligation, la seconde sur le contrat. Cette opposition n'est-elle en réalité qu'apparente. Elle ne tient qu'à une distinction présentée comme cardinale entre le contrat et l'obligation, qu'il convient de proscrire. En effet, l'identité de structure du contrat et de l'obligation[2] doit être soutenue, ce qui amène naturellement à préférer la thèse du Professeur Wicker et la conception renouvelée de l'obligation qu'il défend (§ 2).

§ 1. Le contrat selon le Professeur Ancel

102. Un nouveau paradigme. Si le XIX^e^ siècle fut l'âge d'or du subjectivisme, faisant de la volonté l'épicentre de toute relation contractuelle, le XX^e^ siècle connut une vive remise en cause de cette idéologie[3]. De cette confrontation a émergé, à l'orée du XXI^e^ siècle, une position transactionnelle, plus mesurée, qui tire les enseignements des deux écoles qui étaient jusqu'alors radicalement opposées et dont la synthèse des travaux paraissait compromise. Un auteur a su tirer profit de ces deux conceptions *a priori* inconciliables pour proposer une nouvelle lecture du contrat. Cette approche novatrice que l'auteur présente comme les premières pierres d'un édifice qu'il faudrait bâtir doit être exposée (A) avant que de pouvoir procéder à sa critique (B).

[1] Ancel P., « Force obligatoire et contenu obligationnel du contrat », *RTD civ*. 1999. 771.
[2] En faveur de cette assimilation, V. Aynès L., *La cession de contrat et les opérations juridiques à trois personnes*, thèse, Economica, 1984, n° 34 ; Rouhette G., *Contribution à l'étude critique de la notion de contrat*, thèse Paris, 1965, n° 115 ; Wicker G., *th. préc*., n° 153. Du fait de cette identité, l'obligation est une partie du contrat qui forme un tout, alors qu'on les associe habituellement dans un rapport de cause à conséquence. V. *infra*, n° 115.
[3] V. not. Duguit L., *Traité de droit constitutionnel*, t. I, Boccard, Paris, 3^ème^ éd., 1927 ; Kelsen H., *Théorie pure du droit*, trad. Eisenman, Dalloz, 1962 ; « La théorie juridique de la convention », *APD*, 1940, p. 33 s. ; « Aperçu d'une théorie générale de l'Etat », *Revue de droit public*, 1926, p. 561 s.

A. Exposé de l'analyse

103. Une vision synthétique. Constatant les insuffisances respectives des théories subjectivistes et objectivistes de l'acte juridique, chacune réductrice à leur manière (1), M. Ancel suggère une vision renouvelée du contrat qui allie les préceptes essentiels de ces conceptions (2).

1. Le constat d'une vision réductrice

104. L'assimilation de la force obligatoire à la création d'obligations. « *Pour la plupart des auteurs, dire que le contrat a force obligatoire, c'est dire que les parties sont tenues d'exécuter les obligations nées du contrat. La consultation des principaux manuels et traités de droit des obligations actuellement en usage est à cet égard révélatrice* (…) »[1]. Le constat que l'auteur dresse dès les premières lignes de son article est simple. Il est d'usage pour la doctrine de ramener la force obligatoire des conventions, prévue à l'ancien article 1134 du code civil, à la simple création d'obligations. À la décharge des nombreux auteurs relayant cette position et auxquels M. Ancel renvoie, cette assimilation a pu être provoquée par la rédaction parfois perfectible du code civil. Cette disposition s'inscrivait en effet dans un chapitre intitulé « *De l'effet des obligations* », alors que la force obligatoire est bien un attribut du contrat. Toutefois, cette force obligatoire a-t-elle un sens bien différent de celui auquel elle est habituellement réduite. Elle ne saurait être assimilée à la prestation que les parties doivent exécuter, au risque de confondre alors « *la source et l'effet* »[2].

105. La perception erronée de la norme et de l'obligation. M. Ancel ne rejoint pas ceux des auteurs qui estiment que les obligations sont la seule conséquence de la conclusion d'un contrat : sous sa plume, la force obligatoire ne correspond pas à la création de tels liens. Assez logiquement récuse-t-il l'assimilation du contrat et de l'obligation que certains auteurs défendaient alors et qui se présentait comme l'aboutissement d'une vision hypertrophiée de l'obligation[3]. Il faut voir dans cette remarque avancée par M. Ancel une critique sous-jacente d'un subjectivisme exacerbé. En substance, la volonté ne peut pas tout et, dans la conclusion d'un contrat, nombre d'éléments lui échappent.

[1] Ancel P., *art. préc*., n° 1.
[2] *Ibid*.
[3] *Ibid*., n° 9.

Après l'avoir rappelé dans ses grandes lignes, l'auteur ne souscrit pas entièrement au normativisme mais il y paraît cependant plus favorable et, surtout, moins acerbe qu'à l'endroit de la théorie subjectiviste. Soulignant que cette vision « *n'a guère porté ses fruits dans la doctrine privatiste* »[1] il reconnait toutefois la subordination des parties à l'acte qu'elles créent. Une fois constitué, l'acte échappe à la seule volonté des parties pour devenir une norme à laquelle elles ont accepté de se soumettre. À l'image de la loi qui s'impose aux sujets de droit qui en sont les destinataires, « *le contrat, alors même qu'il ne vise à régler que la situation juridique des parties, peut être considéré comme un acte normatif en ce qu'il signifie ce qui doit être dans leurs relations* »[2]. C'est donc, au final, l'hypertrophie de la dimension « *obligationnelle* » combinée à l'atrophie de la dimension normative du contrat que M. Ancel prend comme appui pour étayer sa démonstration, qu'il illustre en dissociant le contenant du contenu. Le contenu du contrat – les obligations qu'il crée – n'est pas réductible à son contenant – la force obligatoire. De cette dissociation, l'auteur propose une vision renouvelée du contrat.

2. La suggestion d'une vision novatrice

106. Force obligatoire et contenu obligationnel. M. Ancel propose ainsi une nouvelle lecture du contrat en ce que ses prémisses sont clairement dissociées. D'une part, le contrat valablement formé dispose d'une force obligatoire, cette force symbolisant l'assujettissement des parties. Par leur volonté propre, elles ont accepté de se soumettre à une loi spéciale qui ne gouverne que leurs intérêts propres. La force obligatoire ne dicte pas le contenu des obligations de chaque partie mais elle fixe les limites en deçà desquelles les parties doivent accomplir la mission contractuelle qu'ils ont choisie. « *La force obligatoire apparaît comme un contenant, une sorte de cadre général à l'intérieur duquel vont (généralement mais pas nécessairement) s'inscrire des rapports d'obligation, des relations entre créancier et débiteur, chacune des parties pouvant d'ailleurs avoir les deux qualités. Mais il semble possible de donner une expression beaucoup plus précise de la distinction proposée en identifiant la force obligatoire à l'effet normatif (ou normateur) du contrat* »[3]. D'autre part, le contenu obligationnel n'est autre que ce à quoi la force obligatoire a jusqu'alors été constamment réduite : les obligations des parties. Le contenu obligationnel

[1] *Ibid*., n° 6.
[2] *Ibid*., n° 7.
[3] *Ibid*., n° 5.

correspond aux prestations des parties, à l'objet de l'obligation, au résultat concrètement envisagé par les parties et auquel elles entendent accéder.

L'auteur prolonge ensuite sa démonstration en dissociant « *la force obligatoire sans le contenu obligationnel* » de « *la force obligatoire derrière le contenu obligationnel* ». Sans rentrer plus avant dans le détail de ses développements féconds, il convient de souligner l'aspect inédit de cette perception du contrat, qui allie harmonieusement deux courants majeurs de la théorie du droit présentées à tort comme étant irréconciliables[1]. Cette dimension nouvelle ne doit cependant pas faire illusion. La force des postulats sur lesquels elle se fonde ne se retrouve pas dans l'intégralité des développements. Il ressort d'une lecture plus approfondie que la dissociation de la force obligatoire du contrat et de son contenu obligationnel est perfectible.

B. Critique de l'analyse

107. Une double méprise. L'analyse proposée par M. Ancel n'est pas à rejeter en bloc. Les développements sont nourris, illustrés et emportent à première lecture la conviction. Il n'en reste pas moins quelques écueils épars qui ne se retrouvent pas dans la thèse de M. Wicker, laquelle repose *in fine* sur une vision extrêmement proche de l'acte juridique. Là où M. Ancel raisonne à partir du contrat, M. Wicker raisonne à partir de l'obligation ce qui semble plus approprié du fait de l'identité de structure des deux concepts. Aussi il ressort de la critique du premier de ces auteurs adressée au second deux méprises : l'une relative au fondement technique de l'analyse dualiste moderne et l'autre afférente à la signification des deux rapports de l'obligation.

108. Méprise d'un fondement technique de l'analyse. Lorsque M. Ancel dévoile le cœur de sa démonstration, à savoir la consistance de la force obligatoire[2], il s'appuie notamment sur les travaux que M. Wicker a exposé dans sa thèse et qu'il s'agira de développer plus en détail[3]. Affirmant que la force obligatoire du contrat détermine l'assujettissement des parties au contrat, il critique la position de M. Wicker qui, pour aboutir à la même conclusion, estime que c'est l'une des composantes de l'obligation – le rapport

[1] L'esprit de synthèse se retrouve parfaitement chez l'auteur lorsque, citant le Professeur Ghestin à l'appui de sa démonstration, il affirme : « *on peut très bien admettre à la fois que le contrat a un effet normateur et que les normes créées ont pour contenu possible d'accorder des droits subjectifs aux contractants* » (*in ibid*, n° 7).
[2] *Ibid*, n° 25 s.
[3] V. *infra*, n° 110.

d'obligation – qui réalise cet assujettissement. La critique est explicite : « *prisonnier de l'idée largement répandue selon laquelle la force obligatoire de l'engagement contractuel se ramène à une obligation, cet auteur ne voit qu'une manière de résoudre la difficulté. C'est de proposer une analyse nouvelle, dualiste, de l'obligation* […] *Cette analyse nous semble relever d'un certain verbalisme* »[1]. À l'évidence, l'auteur ne manque pas d'apporter des exemples à sa contestation pour mieux asseoir l'idée que seul le contrat recèle une dimension normative. Il est cependant un élément que l'auteur néglige et qui fragilise nettement sa démonstration. Alors même qu'il l'évoque dans ses propos liminaires, l'auteur semble oublier que l'analyse dualiste moderne de l'obligation repose sur une assimilation préalable : celle du contrat et de l'obligation. Cette assimilation, ou plus exactement cette identité de structure, conditionne la pertinence de l'analyse dualiste moderne de l'obligation. Dès lors qu'il méconnait cet aspect technique pourtant fondateur, M. Ancel laisse entrevoir la première faille de sa démonstration. À cette première méprise vient s'en ajouter une seconde.

109. Méprise de la signification des deux rapports de l'obligation. Poursuivant sa critique de l'analyse dualiste moderne de l'obligation, M. Ancel affirme que « *l'assujettissement au contrat, pas plus que l'assujettissement à la loi, n'est une obligation d'un débiteur envers un créancier* »[2]. L'évidence qui ressort d'une telle assertion ne saurait faire illusion. Il est certain que l'assujettissement d'une personne à une norme, indépendamment du fait qu'elle l'ait voulu ou non, ne peut constituer une obligation en tant que telle. Or telle n'est pas la position de M. Wicker qui défend une conception duale de l'obligation, dont les composantes sont le rapport obligatoire (la prestation) et le rapport d'obligation (l'assujettissement). Il n'a donc jamais été question d'assimiler l'assujettissement à une obligation à part entière : elle n'est qu'une composante de l'obligation, l'un de ses deux rapports constitutifs, mais elle n'est pas l'obligation elle-même. Certes M. Wicker défend l'existence de l'obligation contractuelle imparfaite, soit une obligation dépourvue d'accord réciproque, une obligation dont seul le contenant est fixé et dont le contenu doit être accepté, mais il ne semble pas que M. Ancel y fasse référence lorsqu'il formule sa critique. Le lien qu'il établit entre l'assujettissement et l'obligation n'a pas lieu d'être dans la mesure où il est tributaire d'une lecture erronée de l'analyse dualiste moderne.

Cette méprise semble définitivement actée lorsque l'auteur confond les deux composantes de l'obligation mises en lumière par M. Wicker : *« le rapport d'obligation, si on le définit*

[1] Ancel P., « Force obligatoire (…) », *art. préc*., n° 28.
[2] Ancel P., *art. préc*., n° 28.

comme le droit pour le créancier d'exiger quelque chose du débiteur, apparaît comme une relation articulée autour de la volonté des deux acteurs »[1]. Ce rapport d'obligation est précisément l'opposé sous la plume de M. Wicker. Il s'agit du rapport qui échappe à la volonté des parties puisqu'il constitue justement leur assujettissement à la norme contractuelle. Le « *droit pour le créancier d'exiger quelque chose du débiteur* » est au contraire le rapport obligatoire, soit l'obligation prise dans sa substance même, dans son contenu[2].

Il ressort ainsi des propositions de M. Ancel, malgré leur richesse, une certaine perfectibilité. Cette perfectibilité constatée, il faut à présent développer plus en profondeur la thèse de M. Wicker avant de souscrire à l'analyse de l'obligation qu'il propose[3].

§ 2. L'obligation selon le Professeur Wicker

110. Une vision iconoclaste. L'analyse moniste classique de l'obligation jouit d'une hégémonie quasi intacte. L'analyse moniste objective est restée lettre morte et n'a servi, pour l'essentiel, qu'à militer en faveur de la reconnaissance dans l'ordre juridique français de la cession de dette. L'analyse dualiste classique, si elle a davantage essaimé, reste toutefois une analyse plus dogmatique que pragmatique. Si certains ouvrages de référence du droit des obligations l'évoquent, plus rares sont ceux qui éprouvent ses retombées concrètes[4]. Parmi les différentes analyses de l'obligation ainsi abordées, une seule a semblé correspondre parfaitement à la véritable nature de ce lien de droit. Cette conception renouvelée de l'obligation a été défendue par le Professeur Wicker dans sa thèse consacrée aux fictions juridiques[5]. Il défend une analyse dualiste de l'obligation, qu'il convient d'emblée de distinguer de l'analyse dualiste déjà traitée. L'analyse de M. Wicker, qu'il est possible de qualifier d'analyse dualiste moderne de l'obligation, sépare le rapport d'obligation du rapport obligatoire. En substance, le rapport obligatoire désigne essentiellement ce à quoi les parties sont tenues ; le rapport d'obligation se résumant quant à lui à l'assujettissement des parties.

---

[1] *Ibid*., p. 29.

[2] V. Pellier J.-D., *th. préc*., n° 10, spéc. n. 141. L'auteur reconduit à l'identique cette confusion des deux rapports de l'obligation.

[3] Il convient ici de minimiser l'antagonisme des deux thèses présentées. Leur opposition tient en réalité exclusivement à la terminologie. L'une raisonne en termes d'obligation, l'autre en termes de contrat mais pour désigner une même réalité : ni l'obligation ni le contrat ne se réduisent à l'exécution d'une prestation. V. en ce sens Wicker G., « Force obligatoire et contenu du contrat », *art. préc.*, p. 151 s. ; Ancel P., « Force obligatoire (…) », *art. préc.*, n° 28 ; Sautonie-Laguionie L., *th. préc.*, n° 124.

[4] V. sur ce point Wicker G., *th. préc.*, n° 160, spéc. n. 217.

[5] Wicker G., *Les fictions juridiques. Contribution à l'analyse de l'acte juridique*, thèse, LGDJ, coll. « Bibliothèque de droit privé », t. 253, 1997.

La distinction entre *Schuld* et *Haftung* ou *Debitum* et *Obligatio*, autrement dit la prestation et le pouvoir de contrainte qui en assurera le respect, est ici contenue dans le seul rapport obligatoire[1]. L'analyse dualiste moderne n'a toutefois pas connu, pour l'heure, d'écho qui soit à la hauteur de sa pertinence. Plus encore, il est assez saisissant de constater que les ouvrages qui traitent, directement ou indirectement, de l'obligation n'y font que rarement référence, lorsqu'ils ne l'ignorent pas totalement. Cet iconoclasme ne semble pas devoir être craint, en ce que l'analyse dualiste moderne recèle, particulièrement pour le droit des sûretés, des potentialités inédites. L'exposé de l'analyse (A) précédera ainsi sa critique (B).

A. Exposé de l'analyse

111. Un dualisme inédit[2]. L'obligation telle que la conçoit M. Wicker se compose de deux rapports de droit complémentaires. Alors que l'analyse dualiste classique dissocie le devoir de la responsabilité, ces deux éléments sont réunis sous un même rapport dans l'analyse dualiste moderne : le rapport obligatoire (1). Ce rapport obligatoire dont la prestation constitue le centre de gravité est couplé à un second rapport qui correspond à la dimension normative de l'obligation. Le rapport d'obligation (2), tel qu'il est qualifié, n'est autre que l'assujettissement des parties à la norme spéciale qu'elles ont édictée[3].

1. Le rapport obligatoire

112. Le contenu de l'obligation. Dans son acception la plus courante, l'obligation se résume à la prestation que le débiteur doit accomplir et qui doit profiter au créancier, au besoin par la contrainte de ce dernier. Elle correspond donc à la fois à un droit pour le créancier et aux prérogatives qui lui sont reconnues pour faire valoir ce droit. C'est ici la dimension active de l'obligation qui ressort, puisqu'elle suppose un acte de la part du

[1] *Ibid*., n° 160.
[2] Rappr. Marcadé V., *Explication théorique et pratique du Code civil*, t. IV, 7ème éd., Delamotte et fils éditeurs, 1873, n° 376 s.
[3] Il convient d'évoquer la rectification terminologique proposée ultérieurement par l'auteur. À la dissociation des deux rapports de l'obligation est ainsi préférée la distinction entre le droit au paiement, assimilable à la prestation et correspondant au rapport obligatoire, et l'assujettissement ou encore l'engagement, qui n'est autre que le rapport d'obligation. V. Wicker G., « Force obligatoire et contenu du contrat », *art. préc*., n° 13 et 14, spéc. n. 56. V. également Sautonie-Laguionie L., *th. préc*., n° 115 ; Freleteau B., *th. préc*., n° 103. La distinction originelle sera ici toutefois retenue, car elle semble mieux rendre compte de ce que l'analyse ne se réduit pas aux obligations conventionnelles.

débiteur[1]. Cette face active de l'obligation est qualifiée de rapport obligatoire, comprenant une prestation doublée d'un « *pouvoir d'exiger le paiement de la dette dont l'exécution réalisera la prévision contractuelle* »[2]. Ce rapport correspond en tout point à l'obligation telle que l'analyse moniste classique la considère. L'obligation est un rapport de droit unitaire qui ne vise qu'à la satisfaction du créancier, au moyen d'une prestation exécutée par le débiteur. C'est ce que Roubier désignait par l'expression « *rapport d'exigibilité* »[3]. Dès lors n'est-il pas indispensable de poursuivre son étude plus en détail, tant cet aspect de l'obligation est connu. C'est en revanche le deuxième rapport constitutif de l'obligation qui intéresse davantage et qui recouvre ce que M. Ancel assimilait à la force obligatoire du contrat : le rapport d'obligation.

2. Le rapport d'obligation

113. Le contenant de l'obligation. Complémentaire au rapport obligatoire, le rapport d'obligation « *représente l'assujettissement de [la] volonté [du débiteur] à la réalisation du but contractuel ; assujettissement en vertu duquel lui incombe, non plus une action, mais une inaction, un état d'abstention* »[4]. Le rapport d'obligation représente la face passive de l'obligation. Elle correspond à la part d'autonomie dont les parties ont accepté de se défaire le temps de l'opération envisagée. Il ne s'agit pas de la prestation en elle-même, mais du comportement que débiteur et créancier doivent adopter afin que le contrat soit utilement rempli et satisfasse les intérêts de chacun[5]. Ce rapport constitue la véritable singularité de l'analyse dualiste moderne de l'obligation : le lien de droit ne se réduit pas à ce que doit le débiteur au créancier, ni à ce que le créancier peut faire si le débiteur ne s'exécute pas. Il comprend également le cadre à l'intérieur duquel débiteur et créancier doivent inscrire leurs

---

[1] L'analyse correspondrait ainsi davantage à la structure des obligations de faire en ce qu'elle suppose la commission d'un acte particulier. Sur ce point, V. Wicker G., *th. préc.*, n° 158, spéc. n. 205.
[2] *Ibid*., n° 159.
[3] Roubier P., *Droits subjectifs et situations juridiques*, Dalloz, 1963, p. 250.
[4] Wicker G., *th. préc*., n° 159. Dans le même sens à propos du contrat, V. Association Henri Capitant, *Principes contractuels communs : projet de cadre commun de référence*, Société de législation comparée, coll. « Droit privé comparé et européen », vol. 7, 2008, p. 159 : « *afin que la force obligatoire du contrat soit respectée,* [les parties] *sont en effet nécessairement tenues de ne rien faire qui compromette la bonne exécution du contrat* […] *Les parties ne doivent donc pas diminuer l'utilité du contrat pour leur contractant ni porter atteinte aux droits qu'ils peuvent retirer du contrat* ».
[5] Cette vision de l'obligation n'est pas sans rappeler la perception que Demogue avait du contrat, qu'il qualifiait de microcosme. Le contrat, selon cet auteur, serait moins l'occasion d'un affrontement que celui d'une union. Quoique les intérêts des parties à un contrat soient souvent diamétralement opposés, la réalisation de l'opération contractuelle est un but que chacune des parties entend atteindre. En ce sens, le contrat, ou ici l'obligation, peut être perçu comme une association des parties volontairement consentie, plutôt qu'une rivalité. V. Demogue R., *Traité des obligations en général*, t. VI, « Effets des obligations », Paris, Rousseau, 1931, n° 3 s.

agissements respectifs. Ces agissements ne concernent pas exclusivement l'exécution de l'obligation considérée mais tout comportement, y compris en dehors de l'opération contractuelle, qui aboutirait à nier son intérêt pour les parties, voire à rendre son déroulement impossible. Ce qui amène l'auteur à « *percevoir les linéaments* » de la distinction entre rapport obligatoire et rapport d'obligation « *dans les deux notions de bonne foi et d'opposabilité, car chacune manifeste la présence de l'obligation d'abstention constitutive du rapport d'obligation* »[1]. La distinction ainsi opérée est inédite et permettrait d'expliquer nombre de mécanismes à commencer par les fictions juridiques que M. Wicker s'emploie à démonter, une fois sa conception exposée. Il s'agit dès lors, comme pour chaque conception de l'obligation abordée jusqu'à présent, d'éprouver la pertinence de l'analyse dualiste moderne de l'obligation.

B. Critique de l'analyse

114. Une perception à promouvoir. Parmi les différentes analyses de l'obligation exposées, il ressort que l'analyse dualiste moderne est celle qui explique le mieux la structure et le fonctionnement de l'obligation. Sa portée semble cependant avoir été sous-estimée. L'analyse dualiste moderne de l'obligation n'a pas exclusivement vocation à expliquer les hypothèses de formation fractionnée de l'obligation.

115. Une pertinence avérée. Un premier critère sur lequel elle repose permet d'affirmer la pertinence de l'analyse dualiste moderne de l'obligation : l'identité de structure du contrat et de l'obligation. Défendue par plusieurs auteurs[2], cette identité permet d'envisager le contrat et l'obligation non plus comme une relation de causalité où l'obligation serait l'effet du contrat mais comme un ensemble où l'obligation « *est tout ou partie du contrat* »[3]. Cette identité peut s'expliquer par le recours à la théorie de la cause. La distinction entre cause efficiente et cause finale, ou en d'autres termes cause du contrat et cause de l'obligation, n'a de distinction que le nom[4]. Le contrat et l'obligation ne répondent pas à des logiques différentes, la raison d'être du contrat est identique à celle de l'obligation, à l'image du but qu'ils poursuivent. L'un et l'autre ne sauraient s'expliquer par des motifs

[1] *Ibid*., n° 161.
[2] V. Aynès L., *th. préc.*, n° 34 ; Rouhette G., *th. préc.*, n° 115 ; Wicker G., *th. préc.*, n° 153. *Contra* Ancel P., *art. préc*., n° 4.
[3] Wicker G., *th. préc*., n° 153.
[4] *Ibid*.

contradictoires, ni poursuivre des fins divergentes. Entendue dans sa globalité, l'opération contractuelle oriente obligation et contrat dans une direction commune : « *parce qu'il faut alors admettre l'identité du but qu'ils visent à satisfaire comme celle des éléments qui en assurent la réalisation, la déduction s'impose que l'obligation n'est autre que le contrat lui-même* »[1].

Un autre aspect témoigne de la pertinence de l'analyse dualiste moderne. Il s'agit de la dimension comportementale de l'obligation. Alors qu'aucune autre théorie n'invoquait l'importance du comportement dans l'obligation, l'analyse dualiste moderne intègre dans l'obligation cette dimension comportementale. Le comportement des parties est intrinsèque à l'obligation et plus exactement au rapport d'obligation. L'assujettissement impose aux parties un renoncement partiel à leur autonomie, elles acceptent en s'engageant de ne pas compromettre par un comportement répréhensible l'objectif poursuivi à travers le contrat. L'abstention qui pèse sur elles ne signifie rien d'autre que l'adéquation de leur comportement à la réalisation de l'obligation. Cette prise en compte du comportement, dont l'importance en matière contractuelle a été démontrée, est à approuver pleinement[2]. L'exécution de l'obligation dépend essentiellement de l'attitude des parties et l'insuccès de leur union procède très souvent de leur faute, sauf à envisager une potentielle rupture d'imputabilité entre leur comportement et l'inexécution de l'obligation.

La variété des applications de l'analyse dualiste moderne de l'obligation incite également à sa promotion. L'analyse permet en effet de comprendre la formation de l'obligation lorsqu'elle s'inscrit dans la durée. La mécanique des avant-contrats est ainsi parfaitement expliquée par le recours à l'analyse dualiste moderne de l'obligation. Dans le cadre d'une promesse unilatérale de vente, où un promettant s'engage à vendre un bien à un acquéreur déterminé, lequel n'a qu'à lever l'option pour que le contrat définitif se forme, la phase intermédiaire entre le contrat préparatoire et le contrat définitif est marquée par la création exclusive d'un rapport d'obligation à la charge du promettant. Parce qu'il a extériorisé son consentement à l'acte, le promettant s'engage à maintenir sa promesse. Or le contrat définitif n'étant pas formé, faute d'acceptation du bénéficiaire, le promettant est simplement tenu par un rapport d'obligation. Il ne peut lui être reproché une inexécution, puisque l'obligation n'existe pas encore à l'état de perfection mais il peut au contraire lui être opposé la méconnaissance de son engagement, si par exemple il conclut une vente définitive au profit d'un tiers durant le délai

[1] *Ibid*.
[2] Fages B., *th. préc.*. V. également Freleteau B., *Devoir et incombance en matière contractuelle*, thèse, LGDJ, coll. « Bibliothèque de droit privé », t. 576, 2017.

d'option initialement consenti.

Au-delà même des avant-contrats, ce sont toutes les hypothèses de formation de l'obligation étendue dans le temps que l'analyse dualiste moderne de l'obligation permet d'expliquer. Les modalités de l'obligation en sont les exemples adéquats. Le terme suspensif et la condition suspensive ont en commun la dissociation dans le temps du rapport d'obligation et du rapport obligatoire. Lorsque ces modalités sont effectives, la prestation ne peut être exécutée : seul le rapport d'obligation est créé, le rapport obligatoire étant seulement en devenir. L'obligation, quand bien même elle est imparfaite, existe toutefois. Preuve en est que le créancier à terme ou conditionnel peut très bien accomplir des actes conservatoires – prérogative impensable s'il ne disposait d'aucun droit[1]. À l'expiration des modalités, le rapport obligatoire prend forme et par la conjonction des deux rapports, l'obligation se complète. En somme, l'analyse dualiste de l'obligation se distingue des conceptions figées de l'obligation qui lui sont préalables, car elle seule permet la prise en compte de la durée dans la formation de l'obligation. S'il est vrai qu'à la promulgation du code civil, les actes juridiques se caractérisaient essentiellement par leur instantanéité, le paradigme contractuel est aujourd'hui bien différent et la notion de durée lui est consubstantielle. La pertinence de l'analyse dualiste moderne s'apprécie donc également à cet égard.

Il apparaît cependant que l'analyse dualiste moderne de l'obligation n'a pas exclusivement vocation à régir les hypothèses de formation fractionnée de l'obligation, ce qu'il convient de souligner. Sans remettre en cause la logique de l'analyse, il est permis de regretter que ses vertus n'aient pas été pleinement envisagées. Il ressort ainsi de cette lecture novatrice une portée sous-estimée.

116. Une portée sous-estimée. Lorsqu'il éprouve le caractère dualiste de l'obligation à travers les concepts de bonne foi et d'opposabilité, M. Wicker affirme que « *si cette distinction n'a, au mieux, été qu'entraperçue par certains auteurs, la raison en est qu'elle est de faible portée, d'un point de vue pratique, lorsque l'obligation se forme en un trait de temps. De fait, en cas d'inexécution, il importe alors peu de savoir si le manquement se rattache au rapport d'obligation ou au rapport obligatoire* »[2]. La réduction des virtualités de l'analyse dualiste moderne de l'obligation aux cas d'inscription dans le temps de la formation de l'obligation ne convainc pas. Quoique l'auteur avance une explication possible du

[1] Art. 1304-5 c. civ. : « *Avant que la condition suspensive ne soit accomplie, le débiteur doit s'abstenir de tout acte qui empêcherait la bonne exécution de l'obligation ; le créancier peut accomplir tout acte conservatoire et attaquer les actes du débiteur accomplis en fraude de ses droits* ».

[2] Wicker G., *th. préc.*, n° 163.

mécanisme de la cession de créance[1], il ne semble pas que l'analyse ait une portée pratique aussi limitée. Sa pertinence ne se mesure pas exclusivement à l'aune des promesses ou des offres de contrat. Elle permet d'expliquer idéalement la nature et le fonctionnement des sûretés personnelles. Plus précisément, le recours à l'analyse dualiste moderne de l'obligation paraît incontournable lorsqu'il s'agit de définir la situation d'un créancier bénéficiaire d'une sûreté personnelle. Il convient alors de démontrer cette adéquation de l'analyse dualiste moderne de l'obligation au droit des sûretés personnelles et l'enrichissement consécutif que cette discipline en retire.

Section 2. L'adéquation de l'analyse dualiste moderne de l'obligation au droit des sûretés personnelles

117. Sûretés personnelles et analyse dualiste classique. Le rapprochement entre les différentes sûretés personnelles et l'analyse dualiste classique inspirée des législations limitrophes a été à plusieurs reprises établi. Le cautionnement a d'ailleurs été considéré comme un exemple idoine de la dissociation entre le devoir et la responsabilité, entre « *Schuld* » et « *Haftung* ». Il existerait ainsi dans le cautionnement un seul rapport de dette et plusieurs rapports de contrainte. Le rapport de dette correspondrait à l'engagement du débiteur principal, auquel la caution est également tenue, sans que ce même rapport ne soit pour autant divisé ; le rapport de responsabilité est quant à lui dédoublé, puisque le créancier peut exiger l'exécution de la prestation au débiteur principal comme à la caution. Il existerait ainsi des hypothèses de responsabilité sans dette. C'est le cas de la caution puisqu'elle s'engage à régler une dette qui lui est étrangère et à laquelle elle ne contribue pas[2].

Le rapprochement est séduisant, car il préserve l'essence du cautionnement. Aucun des préceptes fondamentaux de l'analyse dualiste classique n'entre en contradiction directe avec la nature de la sûreté. Ce rapprochement doit toutefois être exclu pour deux raisons. La première est évidente : l'analyse dualiste classique ne paraît pas être la plus représentative du lien d'obligation et elle a, à cet égard, d'ores et déjà été écartée. Son rapprochement avec le cautionnement ne convainc pas davantage car l'application épisodique d'une théorie, aussi pertinente soit-elle, n'est pas le signe de sa permanence. Au demeurant, l'application de cette

[1] *Ibid*., *spéc.* n. 250.

[2] Pour quelques exemples de ce rapprochement, V. Bourassin M., Brémond V., Jobard-Bachellier M.-N., n° 143 s. ; Comparato F.-K., *th. préc.*, p. 211 ; Dupichot Ph., *th. préc.*, n° 270 s. ; Forest G., *th. préc.*, n° 89 et 124 ; Sautonie-Laguionie L., *th. préc.*, n° 359 ; Séjean M., *th. préc.*, n° 133 s.

analyse au cautionnement n'a guère plus d'intérêt qu'une vertu explicative et c'est là le deuxième grief. Certes les mécanismes et enjeux liés à l'opération de cautionnement sont plus aisément perceptibles, mais la portée pratique du rapprochement reste limitée. Un autre rapprochement semble plus opportun.

118. Sûretés personnelles et analyse dualiste moderne. Il est assez surprenant de constater la variété des textes qui perçoivent la situation de la caution comme une hypothèse de responsabilité sans dette, mais il est plus surprenant encore de remarquer la quasi-absence de rapprochement entre les apports de la doctrine normativiste et les sûretés personnelles. Il est souvent question d'analyser la nature et le régime juridique de l'engagement de la caution mais bien plus rarement est-il question d'analyser l'opération de cautionnement dans son ensemble et, par là-même, l'engagement du créancier[1]. Du fait de son hégémonie parmi des théories de l'acte juridique, l'analyse subjectiviste a contribué à ce que les sûretés personnelles ne soient envisagées qu'à travers son prisme souvent déformant. Seul l'assujettissement du débiteur secondaire, caution ou garant, fait l'objet d'analyses. La situation du créancier n'a guère intéressé, probablement du fait de la fonction même des sûretés : assurer au créancier une chance supplémentaire de paiement. Dès lors son engagement ne présentait-il aucune singularité eu égard à celui des différents débiteurs. Toutefois une thèse à récemment entrepris d'analyser le cautionnement sous un angle novateur et témoigne d'un intérêt certain. Traitant de la « *bilatéralisation* » du cautionnement, l'auteur entreprend la démonstration de l'assujettissement du créancier cautionné[2]. Cette démonstration doit être examinée car l'assujettissement fait écho au rapport d'obligation par lequel créancier et débiteur renoncent à une part de leur autonomie. Il sera vu, à cette occasion, que si l'assujettissement ainsi prôné est incontestable dans son principe, les fondements de cet assujettissement sont en revanche plus nuancés dans leur rigueur. Dès lors que cet assujettissement partage avec l'analyse dualiste moderne de l'obligation plusieurs traits communs sans pour autant s'y réduire, il paraît inévitable que de suggérer un dépassement de cette proposition. À l'assujettissement du créancier cautionné défendu par M. Séjean (§ 1), il sera préféré l'engagement du créancier garanti, lequel génère à sa charge un rapport d'obligation (§ 2)[3].

---

[1] « *Le cautionnement est un contrat désincarné qui ne prend chair que dans l'ensemble plus vaste auquel il s'intègre* » (Théry Ph., n° 87).
[2] Séjean M., *th. préc*.
[3] Il a volontairement été choisi de ne traiter que la situation du créancier bénéficiaire d'une sûreté personnelle car son engagement présente une réelle singularité par rapport aux engagements du débiteur garanti ou du débiteur

§ 1. L'assujettissement du créancier cautionné selon M. Séjean

119. Le renouveau du cautionnement. Les mutations progressives et variées que le cautionnement a connues ont pu faire douter de la nature juridique de la sûreté. Les sujétions de plus en plus nombreuses que le créancier cautionné doit supporter ont contribué à ce que la doctrine s'interroge sur un point essentiel. Le cautionnement serait-il, par les effets qu'il produit, passé d'un contrat unilatéral à un contrat synallagmatique ? Est-il possible de parler d'obligations à la charge du créancier cautionné ? Entre la proportionnalité de l'engagement de la caution au regard de ses facultés contributives, l'information que le créancier doit lui fournir ou le recours subrogatoire qu'il se doit de préserver, il n'y a qu'un pas pour affirmer la nature synallagmatique du cautionnement. Un pas que M. Séjean refuse de franchir, pour lui préférer l'assujettissement du créancier cautionné. Le cautionnement mettrait à la charge du créancier plusieurs incombances sans qu'il s'agisse, donc, de véritables obligations. Il convient d'exposer plus en détail les travaux de M. Séjean (A) avant de se livrer à leur critique (B).

A. Exposé de l'analyse

120. La nature inchangée du cautionnement. L'auteur examine les différentes évolutions du cautionnement pour pouvoir ensuite affirmer qu'elles n'ont pas abouti à modifier son essence. Les « *nouvelles contraintes du créancier* » n'ont pas raison du caractère unilatéral de la sûreté, si bien qu'il procède d'abord au rejet de la bilatéralisation du cautionnement (1) avant d'affirmer l'assujettissement du créancier cautionné (2).

1. Le rejet de la bilatéralisation du cautionnement

121. La persistance du caractère unilatéral. L'auteur amorce sa démonstration par l'étude de la qualification juridique du cautionnement. Alors qu'une partie de la doctrine milite en faveur de l'assujettissement unilatéral de la caution, l'auteur s'emploie à rejeter ce critère pour lui en préférer un autre, plus juste : celui de la prestation unilatérale de la

---

de la sûreté. Cela ne signifie nullement que l'analyse dualiste moderne de l'obligation serait uniquement utile à la compréhension de l'engagement du créancier : elle est seulement plus évidente. Aussi l'analyse de M. Séjean est limitée au cautionnement. Il s'agira ici d'envisager d'autres sûretés personnelles.

caution[1]. Les deux parties au contrat sont assujetties mais une seule, la caution, est débitrice d'une prestation. Cette prestation, que la caution doit assurer si le débiteur ne satisfait pas à ses engagements, est unilatérale. Le créancier n'est pour sa part débiteur d'aucune prestation[2]. Synallagmatique dans sa formation, le cautionnement n'en est pas moins unilatéral dans les effets qu'il produit, ce que M. Séjean confirme par la suite.

122. L'inexistence du caractère synallagmatique[3]. Poursuivant son analyse du cautionnement, l'auteur évoque plusieurs règles qui témoignent d'un « *recul du régime du contrat unilatéral dans le cautionnement* »[4]. Parmi elles, le formalisme *ad validitatem* exigée pour la formation du cautionnement[5] et les règles de preuve rattachées au caractère unilatéral du cautionnement[6] sont autant d'exemples de ce recul. Toutefois l'auteur s'attache-t-il ensuite à minimiser ce recul en affirmant l'absence de bilatéralisation du cautionnement par le recours aux notions de déchéance et de décharge. Ces deux sanctions que le créancier est susceptible de subir n'ont aucune influence sur la nature juridique du cautionnement[7]. C'est ainsi que le contrat de cautionnement ne met pas à la charge du créancier une ou plusieurs obligations : il l'assujettit.

2. L'assujettissement du créancier cautionné

123. Qualification de l'assujettissement. Pour qualifier l'état de sujétion du créancier cautionné, M. Séjean recourt à un néologisme récent, que les doctrines allemande, suisse et belge ont mis en évidence : l'incombance[8]. « *Charge, devoir dont l'inobservation expose son auteur non à une condamnation, mais à la perte des avantages attachés à l'accomplissement*

---

[1] Ainsi : « *Pour échapper à la confusion que fait naître le critère classique de l'assujettissement unilatéral de la caution au contrat, on lui préfère celui de la prestation unilatérale : que ce contrat crée un assujettissement bilatéral n'y change rien, il ne réalise jamais qu'un transfert unilatéral de service* », *in* Séjean M., *th. préc.*, n° 78.

[2] L'analyse se confirme au détour d'un autre argument. Si le créancier payait la caution, alors l'engagement prendrait la forme d'une assurance et non plus d'une sûreté personnelle.

[3] Sur l'unilatéralisme du cautionnement en général, V. Barthez A.-S., Houtcieff D., n° 39 s.

[4] Séjean M., *th. préc.*, n° 179.

[5] *Ibid.*, n° 181.

[6] *Ibid.*, n° 206.

[7] A la question de savoir si ces sanctions traduisent l'influence du régime du contrat bilatéral sur le cautionnement, l'auteur soutient que « *La réponse est doublement négative. Tout d'abord, la déchéance légale ne confère pas au juge le pouvoir d'adaptation de la sanction au manquement constaté, contrairement à ce qui est à l'œuvre dans le régime du contrat synallagmatique. Ensuite, la décharge prétorienne est définitive et n'anéantit pas le contrat. Au contraire, l'exception d'inexécution est temporaire et la résolution pour inexécution s'analyse en une suppression du contrat. S'il est vrai que la multiplication des moyens de libération de la caution peut susciter une analogie avec le régime du contrat synallagmatique, l'influence de celui-ci est moins réelle qu'elle n'est apparente* » (*ibid.*, n° 265).

[8] Pour une récente thèse sur la notion, V. Freleteau B., *Devoir et incombance en matière contractuelle*, *préc*.

du devoir »[1], ainsi peut se définir l'incombance, dont la nature hybride se perçoit à première lecture. Le débiteur d'une incombance ne peut être contraint à l'exécution, car il n'est pas lié par une obligation au sens propre du terme. Plutôt que de fournir une prestation, il doit davantage adopter une attitude, un comportement qui assure à son cocontractant l'exécution correcte, ou même seulement possible, de son engagement. Il n'est pas tenu d'exécuter une prestation, mais il doit mériter l'avantage auquel il peut prétendre par le respect de son incombance. Il sera question de revenir plus en détail sur ce concept nouveau et à propos duquel la doctrine se divise[2]. Il convient simplement de constater que M. Séjean souscrit à cette notion, par laquelle il définit l'engagement du créancier. Le créancier cautionné s'assujettit et accepte de supporter plusieurs incombances : bénéficier d'un cautionnement proportionné aux ressources de la caution, informer la caution, préserver le recours subrogatoire de la caution[3]…

Ainsi se définirait la situation d'un créancier cautionné : bénéficiaire exclusif d'un contrat unilatéral, il n'est par conséquent tenu d'aucune obligation à l'endroit de la caution. Il doit toutefois respecter plusieurs incombances que le contrat met à sa charge s'il veut pouvoir prétendre aux avantages que le cautionnement lui procure, sous peine de subir diverses sanctions, qui confirment sa sujétion.

124. Régime de l'assujettissement. L'assujettissement du créancier au contrat de cautionnement se retrouve dans la dualité des sanctions auxquelles il s'expose par son comportement inadapté. Ces deux sanctions sont la déchéance et la responsabilité civile[4]. L'auteur démontre la rareté des cas dans lesquels le créancier pouvait initialement – à la promulgation du code civil – être exposé à une telle sanction, pour ensuite retracer l'évolution de ses sanctions aujourd'hui bien plus nombreuses. Quant à la responsabilité civile de droit commun qui frappe le créancier, l'auteur ne l'envisage que comme un expédient et lui préfère une sanction renouvelée, à savoir l'irrecevabilité[5].

A travers ces différentes sanctions, l'auteur confirme la préservation du caractère unilatéral du cautionnement. Le créancier est simplement soumis à diverses incombances par le non-respect desquels il s'expose à la déchéance ou à la responsabilité civile de droit commun. La démonstration ne manque pas de persuasion, mais il ne paraît pas qu'elle soit exempte de

[1] Cornu G. (dir.), *Vocabulaire juridique, op. cit.*, V° Incombance, p. 534.
[2] V. *infra*, n° 439.
[3] Séjean M., *th. préc.*, n° 278 s.
[4] *Ibid*., n° 338 s. et n° 383 s.
[5] *Ibid*., n° 400 s.

toute critique. Le recours à la notion d'incombance mériterait d'être précisé pour que la démonstration de l'auteur soit complète, ainsi que la conception qu'il retient de l'acte juridique. Les potentialités de l'analyse dualiste moderne de l'obligation se révèlent alors.

B. Critique de l'analyse

125. Une distinction perfectible. M. Séjean, lorsqu'il analyse la situation du créancier cautionné, distingue les incombances des devoirs. Les premières concerneraient l'attitude exigée du créancier en droit du cautionnement *stricto sensu*, les seconds l'attitude du créancier exigée en droit commun. Les devoirs n'auraient alors vocation à jouer qu'en une série d'hypothèses, que l'auteur regroupe sous l'expression de « *dispense abusive de crédit* ». En d'autres termes, un créancier cautionné ne remplit pas son devoir s'il octroie, prolonge ou rompt abusivement le crédit qu'il a accordé à son débiteur et il ne respecte pas les incombances mises à sa charge pour tous les autres comportements qui préjudicient à la caution. Cette distinction opérée parmi les différents comportements répréhensibles du créancier cautionné est discutable. Selon M. Séjean, le devoir est « *une exigence comportementale de loyauté, de bonne foi ou de cohérence, et qui ne consiste finalement qu'à respecter la force obligatoire du contrat* »[1]. Une première incohérence apparaît. Comment un créancier peut-il être tenu de respecter la force obligatoire d'un contrat lorsque la conclusion de ce même contrat est précisément l'occasion de sa faute ? Plus exactement, l'hypothèse d'une dispense abusive de crédit ne devrait pas relever de la catégorie des devoirs, à moins de distinguer éventuellement leur nature délictuelle ou contractuelle – ce que l'auteur ne fait pas. Dès lors que l'octroi abusif de crédit se présente comme un exemple inapproprié, la catégorie de la « *dispense abusive de crédit* » retenue par l'auteur encourt le même reproche.

Plus encore, le fait de rattacher exclusivement le respect de la force obligatoire du contrat aux devoirs imposés au créancier est discutable. *A contrario* cela signifierait-il, en schématisant quelque peu, que l'incombance n'a rien à voir avec la force obligatoire du contrat, puisque seul le devoir permettrait d'en assurer le respect. Or à quoi correspond, par exemple, l'incombance de préserver le recours subrogatoire de la caution si ce n'est, pour le créancier, à se conformer à la dimension normative de son engagement, donc à sa force obligatoire ? Dès lors qu'il n'est débiteur d'aucune obligation au sens strict, le créancier ne fait rien d'autre, lorsqu'il respecte les incombances à sa charge, que de respecter la force obligatoire du

[1] *Ibid*., n° 324.

contrat, telle que M. Ancel la conçoit[1]. Ainsi la distinction que M. Séjean propose ne convainc pas entièrement, car les domaines respectifs du devoir et de l'incombance sont parfois confondus. Les deux notions n'ont, selon sa perception, pas d'autonomie. La valeur de la distinction s'en retrouve alors fortement atténuée[2]. Aussi, l'auteur ne précise pas quel est le support de ces devoirs et incombances. Il est alors difficile d'affirmer s'ils sont intrinsèques au contrat ou à l'obligation, ou bien s'ils sont exclusivement des prescriptions d'ordre général dont le cautionnement serait une application.

126. Un support absent. « *On laissera donc de côté les problèmes de délimitation notionnelle de l'incombance* »[3]. Par cette phrase, M. Séjean prend le parti de ne pas reconduire la controverse doctrinale relative à l'existence et à la définition des incombances, pour appliquer leur régime au cautionnement. Il n'eût pas été superflu cependant de préciser la nature de ces incombances. Sont-elles des prescriptions qui relèvent de l'ordre juridique délictuel ou contractuel ? Relèvent-elles des deux ordres simultanément ? Il est à l'évidence peu aisé de définir un concept nouveau qui s'accommode difficilement des concepts classiques du droit positif français, mais la précision de sa nature semble incontournable pour pouvoir ensuite asseoir son régime. Ainsi M. Séjean classe parmi les incombances du créancier les règles relatives à la proportionnalité du cautionnement, à l'information de la caution et au bénéfice de subrogation. Or la proportionnalité est nécessairement une exigence de nature délictuelle, car c'est au moment de la formation de l'obligation, donc lors de la période précontractuelle, que l'exigence s'apprécie. L'information est quant à elle commune à ces deux ordres, car elle peut être précontractuelle comme contractuelle. Seul le bénéfice de subrogation paraît être une véritable incombance. Dès lors comment cerner la nature de l'incombance et définir avec précision son régime lorsque ses applications sont aussi diverses ? La confusion s'amplifie lorsque M. Séjean aborde la notion de devoir, dont le domaine n'est pas davantage précisé : l'auteur avance que le créancier méconnait un devoir

[1] V. *supra*, n° 102.
[2] Aussi l'auteur associe-t-il invariablement l'incombance et la déchéance, la première étant nécessairement sanctionnée par la seconde. Or cette association est excessive, car l'incombance ne se définit pas par sa sanction, et la déchéance n'est pas la seule sanction possible de l'incombance. L'exemple du bénéfice de subrogation le prouve : si le créancier cautionné omet par exemple d'inscrire une hypothèque qui aurait pu profiter par voie de conséquence à la caution et que la valeur du bien hypothéqué est inférieur à l'engagement de la caution, la garantie du créancier sera amputée du montant de la différence de valeur entre les deux sûretés. En définitive, la sanction de principe du bénéfice de subrogation est bien la décharge, partielle ou totale, et non la déchéance. L'hypothèse inverse (valeur de l'hypothèque supérieure à celle du montant du cautionnement) a contribué à entretenir cette confusion : il s'agirait soit d'une déchéance soit d'une décharge totale, puisque le créancier ne pourrait rien réclamer à la caution.
[3] Séjean M., *th. préc.*, n° 276.

lorsqu'il ne respecte pas la force obligatoire du contrat auquel il est assujetti, mais il associe à ce devoir, par exemple, l'octroi abusif de crédit. Le devoir n'est cependant pas clairement rattaché à l'ordre juridique contractuel ou délictuel, pas plus que ne le sont les incombances. De ce système, il ressort donc une impression de confusion, tant devoirs et incombances s'entrecoupent sans jamais être réellement autonomes.

Les propositions de M. Séjean n'en restent pas moins riches d'enseignements car elles permettent de cerner la situation du créancier cautionné. Il appert toutefois que ce système pourrait être enrichi par le recours à l'analyse dualiste moderne de l'obligation et étendu aux autres sûretés personnelles. En effet toute sûreté personnelle se caractérise par la création d'une obligation asymétrique au profit du créancier. En d'autres termes, le lien qui unit le créancier au débiteur de la sûreté personnelle se caractérise par un rapport d'obligation, composante permanente du lien de droit et restrictive de l'autonomie des deux parties, ainsi que par un rapport obligatoire à sens unique. Le créancier dispose du pouvoir d'exiger un paiement de la part du débiteur de la sûreté sans être lui-même tenu de réaliser une prestation réciproque. C'est ce qu'il convient dès à présent de démontrer.

§ 2. L'engagement du créancier garanti

127. La situation atypique du créancier garanti. Il peut paraître surprenant au premier abord que la seule situation du créancier soit examinée alors que l'étude se propose d'embrasser l'ensemble des sûretés personnelles. La faute du débiteur principal n'intéresse que de manière marginale. Assez logiquement, la conséquence directe de cette faute sera, le plus souvent, la mise en œuvre de la sûreté au profit du créancier. Il n'y a donc qu'un intérêt relatif à étudier le fonctionnement « normal » de cette sûreté. De la même manière l'engagement du débiteur de la sûreté n'appelle pas de remarques particulières puisque sa structure est globalement comparable à celle du débiteur principal.

Au contraire la situation du créancier garanti se distingue-t-elle par son atypisme. Si le créancier ne doit aucune prestation, il est cependant exigé de lui une attitude, un comportement qui soit compatible avec les engagements de ses différents débiteurs. Cette particularité aura un impact inévitable sur l'appréciation de sa faute. Or pour pouvoir appréhender les conséquences de ce comportement fautif, la nature de l'engagement du créancier garanti doit être scrutée, en fonction des différentes sûretés personnelles consacrées

par le droit positif. Il s'agit ainsi d'exposer la nature de l'engagement du créancier garanti (A), puis de présenter ses diverses manifestations (B).

A. La nature de l'engagement du créancier garanti

128. Extension de l'analyse dualiste moderne de l'obligation. Dans sa thèse relative aux fictions juridiques, M. Wicker a mis en évidence l'existence de l'obligation contractuelle imparfaite[1]. Jusqu'alors essentiellement perçue comme une fiction juridique, l'auteur prouve sa réalité objective par le biais de l'analyse dualiste de l'obligation. L'obligation contractuelle imparfaite se confondrait ainsi avec le rapport d'obligation puisqu'il s'agit, pour l'une comme pour l'autre, d'un lien de droit insusceptible d'exécution et qui impose à son titulaire une abstention. Toutefois M. Wicker estime-t-il que cette obligation contractuelle imparfaite permet seulement d'appréhender la formation de l'obligation dans la durée. Cette position doit être dépassée. L'existence de l'obligation contractuelle imparfaite est certes indiscutable (1), mais son intérêt ne se limite pas à l'hypothèse de la formation fractionnée de l'obligation. Elle permet de saisir l'existence et le contenu du rapport d'obligation, auquel un créancier garanti par une sûreté personnelle est astreint (2).

1. L'existence de l'obligation contractuelle imparfaite

129. L'absence d'accord comme critère catégoriel de l'obligation contractuelle imparfaite. L'obligation contractuelle imparfaite est ainsi qualifiée car elle correspond à l'hypothèse d'un offrant qui, par la manifestation de sa seule volonté, accepte de s'engager au profit d'un bénéficiaire avant même que celui-ci ne s'engage. L'imperfection résulte ainsi de ce que le cocontractant potentiel n'a pas encore donné son accord pour que l'obligation accède à la perfection : seul l'offrant est lié. L'obligation contractuelle imparfaite permet ainsi d'expliquer et de soutenir l'hypothèse de l'engagement unilatéral de volonté. L'obligation existe dès lors que son titulaire a manifesté sa volonté en ce sens, mais elle ne pourra être exigible et exécutée qu'une fois sa perfection atteinte[2].

Pendant cette période intermédiaire, il est exigé de l'offrant un comportement qui soit cohérent au vu de sa promesse. C'est d'ailleurs la seule chose à laquelle il est astreint puisque, précisément, son offre doit être acceptée pour que la prestation envisagée intègre l'obligation

[1] Wicker G., *th. préc.*, n° 131.
[2] *Ibid*., n° 133.

en même temps qu'elle la complète. Le comportement spécifique auquel il est tenu constitue l'obligation contractuelle imparfaite mais ce comportement ne disparaît pas lorsque l'obligation est définitivement formée. Au contraire, il se prolonge et continue d'astreindre non plus seulement le débiteur mais également son créancier, tant que la prévision contractuelle n'est pas atteinte. Il serait inconcevable, en effet, d'exiger une attitude cohérente de deux futurs cocontractants dont ils pourraient ensuite être déchargés lorsque l'obligation est parfaitement formée. Il subsiste toutefois une difficulté : la détermination du fondement de ce comportement contractuel, dès lors qu'il était initialement contenu dans l'obligation contractuelle imparfaite. Il semblerait que ce fondement soit à trouver dans le rapport d'obligation qui constitue la composante permanente de lien de droit.

130. La révélation par l'obligation contractuelle imparfaite de l'existence du rapport d'obligation. L'accord manifesté par le destinataire d'une obligation contractuelle imparfaite entraine la perfection de l'obligation. Les parties sont alors tenues de réaliser la prestation convenue en plus de conformer leur attitude à la réalisation de cette prestation. C'est ici que se perçoit la dualité de l'obligation. L'objet de ce lien de droit, à savoir la prestation, ne saurait être rempli s'il était loisible pour les parties de saborder leur propre engagement. L'une comme l'autre doivent non seulement « faire » mais elles doivent également y mettre « la manière », ce qu'impliquent respectivement le rapport obligatoire et le rapport d'obligation. Inexigible lorsque l'obligation contractuelle est imparfaite, la prestation forme, avec le pouvoir de contrainte qui lui est associé, le rapport obligatoire du lien de droit définitivement constitué. Du fait de la plénitude de ce lien, il n'est plus possible d'évoquer son imperfection. Or ce qui formait la substance de l'obligation contractuelle imparfaite persiste et se mue alors en un rapport d'obligation. Ce même rapport correspond *mutatis mutandis* à l'obligation contractuelle imparfaite, envisagée postérieurement à la formation définitive de l'obligation. Seule sa composition et sa densité varient lors de la perfection de l'obligation, à la mesure notamment du but que les parties souhaitent atteindre[1]. Cette composante de l'obligation est permanente. Nul ne saurait être épargné par principe d'un comportement adéquat à la restriction d'autonomie qu'il subit volontairement, alors que le rapport obligatoire est quant à lui dispensable. C'est précisément le cas des contrats unilatéraux, par lesquels l'une des parties s'astreint à un comportement spécifique sans jamais

[1] Sur cette équivalence et son rapport avec le concept de cause, V. *ibid*., n° 164 s.

assumer une quelconque prestation. Parmi ces engagements, les sûretés personnelles offrent une illustration saisissante.

2. L'existence du rapport d'obligation du créancier garanti

131. Evolution de l'engagement du créancier garanti. Du fait de leur caractère intrinsèquement déséquilibré, les sûretés personnelles ont longtemps permis aux créanciers qui en bénéficiaient de jouir d'une certaine impunité. Parce qu'elles sont destinées à leur profit exclusif, ces sûretés ne leur imposaient aucune charge. Tout au plus devaient-ils préserver, dans le seul cadre du cautionnement, l'exercice de son recours subrogatoire par la caution. Cette exception que constitue le bénéfice de subrogation a toutefois connu un essor remarquable, au point de devenir une planche de salut pour les cautions et de canaliser aujourd'hui une part importante du contentieux afférent au cautionnement. Ce développement, révélateur d'une mutation profonde de l'opération de cautionnement, est allé de pair avec la création par le législateur de sujétions toujours plus nombreuses à l'endroit du créancier. L'obligation d'information, le respect de la proportionnalité entre le montant du cautionnement et les facultés contributives de la caution, pour ne citer que ces exemples, sont autant d'illustrations de ce mouvement qu'on a pu qualifier d'« *encadrement des volontés en droit des sûretés personnelles* »[1]. Parmi les différents éléments générateurs d'une telle mutation, celui qui semble le plus prégnant est l'expansion du recours au crédit. Les sûretés n'ont aucune raison d'être sans un crédit qui leur est préalable, puisqu'elles ont pour rôle de soutenir la confiance qu'un créancier peut accorder à un débiteur potentiel. La généralisation de ce type d'opération s'est alors naturellement accompagnée, par contrecoup, d'une protection des débiteurs et cautions. La nature de sûreté personnelle du cautionnement et l'engagement de la caution sur l'ensemble de son patrimoine, qui est son corollaire nécessaire, implique un risque particulier : celui de l'endettement. Pour contrer ce risque le législateur et la jurisprudence ont, en écho, modifié le droit du cautionnement en intensifiant la charge du créancier cautionné afin d'éviter au possible cet endettement, de sorte que l'impunité qui pouvait initialement caractériser la situation du créancier cautionné a progressivement disparu. Devenu une charge lourde pour ceux qui sont supposés en profiter, le cautionnement s'est vu concurrencé par la garantie autonome, mécanisme inspiré d'autres législations et

[1] L'expression est empruntée à M. Dupichot qui intitule ainsi la première partie de sa thèse (*Le pouvoir des volontés individuelles en droit des sûretés, préc.*). Ce mouvement ne concerne pas que le créancier cautionné, mais tous les acteurs de l'opération de cautionnement : en témoigne notamment le formalisme *ad validitatem* exigé pour les cautionnements relevant des art. L. 331-1 et 2 c. conso.

répandu en droit international, dont la transposition en droit français était vivement souhaitée par les professionnels du crédit. Cette transposition effectuée par l'ordonnance n° 2006-346 du 23 mars 2006 est significative. Le cautionnement n'est plus en mesure d'assurer aux créanciers une sécurité optimale au vu des nombreuses contraintes que ces derniers doivent désormais supporter. Cette évolution du cautionnement, avec pour point d'orgue la consécration de la garantie autonome comme palliatif, permet ainsi de mettre en évidence le changement radical de la situation du créancier garanti. Le dogme de son impunité est dépassé. Le motif de la généralisation du recours au crédit couplé au risque d'endettement propre aux sûretés personnelles explique ce dépassement. Il permet également de mieux saisir, d'un point de vue technique, la situation du créancier garanti.

132. L'astriction croissante du créancier garanti. Bien qu'elle ait essaimé, l'image du créancier intouchable puisque garanti par une sûreté personnelle est fallacieuse. En réalité son comportement n'a pas toujours été apprécié avec la rigueur qui aujourd'hui prévaut, mais sa situation privilégiée a toujours été contrebalancée par des dispositions favorables au garant, ne serait-ce qu'au vu du bénéfice de subrogation pour ce qui concerne le seul cautionnement. Le cautionnement est certes un contrat unilatéral, mais cela ne signifie pas que le créancier soit autorisé à adopter une pure attitude de passivité ni qu'il puisse compromettre les intérêts de la caution. M. Séjean a clairement démontré cette évolution, en définissant le créancier cautionné comme assujetti au contrat de cautionnement par le recours aux notions d'incombance et de devoir[1]. Il est possible, en partant de cette vision du cautionnement, de redéfinir la situation du créancier garanti, non pas seulement par cette sûreté accessoire, mais plus généralement par toute sûreté personnelle et ce au moyen de l'analyse dualiste moderne de l'obligation.

133. Analyse de l'obligation engendrée par une sûreté personnelle. La conclusion d'une sûreté personnelle, quelle qu'elle soit, aboutit au schéma suivant. Le débiteur de la sûreté, assumant la dette d'un tiers, est tenu d'exécuter une prestation. L'exécution de cette prestation doit être réalisée au moyen d'un comportement conforme au but contractuel que les parties ont fixé. En s'engageant, le débiteur se lie au créancier par un rapport obligatoire, la prestation, inspirée voire littéralement transposée de l'obligation garantie. Simultanément il est astreint par un rapport d'obligation, soit un comportement respectueux du but contractuel.

[1] Séjean M., *th. préc.*, spéc. n° 314 s. et n° 324 s.

À l'inverse le créancier ne s'engage pas à exécuter une quelconque prestation. Aucun transfert de valeur causé par la sûreté ne peut être réalisé de sa part au profit du garant, au risque de voir la qualification de sûreté entrer en conflit avec celle d'assurance. Ainsi, le lien de droit qui l'unit à son garant est-il dépourvu de prestation au profit de celui-ci. Dans le même temps, il est assujetti à la réalisation du but contractuel et subit alors une restriction de son autonomie l'enjoignant d'adopter *a minima* une attitude d'abstention. Le créancier doit en effet éviter, autant que faire se peut, de négliger les intérêts du débiteur en abusant, par exemple, du confort que lui apporte la sûreté. Le créancier garanti est donc lié à son garant par un rapport d'obligation, composante permanente du lien de droit. Toute sûreté personnelle engendre une prestation à sens unique qui explique l'unilatéralité de ce type d'engagement : le créancier peut contraindre son débiteur à l'exécution de la prestation, alors que l'inverse est impossible. Cette dissymétrie se manifeste diversement. Le créancier n'a aucune prestation à sa charge. Le débiteur n'a aucun pouvoir de contrainte – la contrainte étant entendue comme afférente à la seule prestation[1]. Cela relève de l'évidence. Si le créancier n'a pas de prestation à sa charge, il est peu évident de justifier que le débiteur puisse le contraindre à l'exécution. Or est-il besoin de rappeler les diverses charges qui pèsent sur un créancier garanti et plus particulièrement un créancier cautionné ? L'astriction du créancier d'une sûreté personnelle n'est tangible qu'à la mesure de son rapport d'obligation, dont il convient désormais d'éprouver l'autonomie.

134. L'autonomie du rapport d'obligation du créancier garanti. À première lecture, il pourra être objecté à l'analyse retenue une forte similitude avec celle que M. Séjean propose. Quelle différence y a-t-il, en effet, à affirmer d'une part que plusieurs incombances pèsent sur le créancier garanti et concourent à son assujettissement et d'autre part, que le créancier est lié au garant par un simple rapport d'obligation lui imposant un comportement en adéquation avec la sûreté contractée ? *In fine* cette différence semble ténue, sinon artificielle. Au vrai, les deux raisonnements ne sont pas strictement identiques.

[1] Il doit être précisé ici que le rapport d'obligation entendu comme astriction de ses sujets est systématiquement doublé d'une prérogative : la faculté d'invoquer un manquement à ce rapport. Il ne peut s'agir à proprement parler d'un pouvoir de contrainte, identique à celui du rapport obligatoire et correspondant à la réalisation forcée de la prestation, car l'objet du pouvoir de contrainte est justement autre chose qu'une prestation et n'est pas compatible avec le procédé de l'exécution forcée. La mise en œuvre de ce pouvoir se manifeste diversement, par la décharge de la partie fautive, sa déchéance, la réduction de l'engagement de celui qui invoque le manquement, ou encore l'allocation de dommages et intérêts à son profit. Il n'en reste pas moins que le rapport d'obligation astreint une partie à l'adoption d'un comportement adéquat et se double systématiquement de la faculté, pour l'autre partie, d'en invoquer le non-respect. Au sujet de ce pouvoir dissocié de la prestation, apparaissant en filigrane de l'analyse dualiste classique, V. Wicker G., *th. préc*., n° 160 ; Putman E., *th. préc*., n° 6.

Tout d'abord, la démonstration de M. Séjean porte uniquement sur le cautionnement. Il est proposé, à l'inverse, d'embrasser un domaine plus large, celui des sûretés personnelles dans sa globalité. Cependant toutes les sûretés personnelles ne sont pas accessoires à l'obligation garantie comme peut l'être le cautionnement[1]. Les solutions que M. Séjean a tirées de l'analyse du cautionnement ne sauraient être transposées à l'identique s'agissant de la garantie autonome ou de la lettre d'intention[2]. Le domaine de son approche, du fait de son étendue plus restreinte, n'est donc pas comparable : les conclusions qu'il en retire ne le sont pas davantage.

Ensuite, il a été évoqué le sentiment de confusion qui ressortait de la lecture des arguments de M. Séjean lorsqu'il distingue les incombances des devoirs[3]. L'auteur associe invariablement la déchéance aux incombances, la première étant la seule sanction possible des secondes. Il est permis d'être circonspect quant à une telle association, car toutes les incombances ne sont pas inéluctablement sanctionnées par une déchéance[4]. La confusion s'intensifie lorsque l'auteur voit dans les devoirs du créancier le moyen de « *qualifier l'exigence qui lui est faite de ne pas jouer un rôle décisif dans le risque d'impayé contre lequel il s'est prémuni par un cautionnement* »[5]. La sanction de la déchéance permet ainsi à l'auteur d'écarter l'hypothèse citée de son domaine naturel, l'incombance. Or l'idée selon laquelle la qualification juridique d'une sujétion procède de la seule analyse de sa sanction est discutable. En effet, parmi les hypothèses de dispense abusive de crédit que M. Séjean expose, il en est au moins une qui recouvre parfaitement la notion d'incombance : le maintien abusif de crédit. En maintenant un financement néfaste pour son débiteur principal, le créancier ménage excessivement ses intérêts. Le prêt lui profite grâce aux intérêts perçus qui en constituent l'accessoire et la caution continue de garantir un éventuel défaut de paiement. Du point de vue de la caution, il s'agit bien d'un acte qui contrevient à une incombance du créancier, car même s'il agit « en dehors » du cautionnement, la sûreté s'en trouvera directement affectée : elle est maintenue

[1] A supposer que ce caractère accessoire ait encore un sens, tant il est battu en brèche par les actions conjuguées du législateur et de la jurisprudence. Sur ce point, V. Grimaud D., *Le caractère accessoire du cautionnement*, thèse, PUAM, 2001.

[2] Pour reprendre un exemple déjà plusieurs fois abordé, le bénéfice de subrogation, spécifique au cautionnement, est exclu en matière de garantie autonome (V. not. Jacob F., « Garanties autonomes », *Lamy Droit des sûretés*, étude 135, spéc. n° 135-97). Par conséquent, l'incombance de préserver le recours subrogatoire de la caution, mis en évidence par M. Séjean, n'a aucune valeur si elle est transposée à la garantie autonome. À moins de reconnaitre au garant autonome l'existence d'une telle faculté. V. pour un auteur suggérant le rattachement de cette exigence comportementale à la « *déontologique contractuelle* », Mégret G., *Les recours du garant : contribution à l'étude du cautionnement et de la garantie autonome en droit interne,* thèse, PUAM, 2011, n° 269.

[3] V. *supra*, n°126.

[4] V. Freleteau B., *th. préc*., n° 415 s., qui considère la déchéance d'un droit comme une sanction prépondérante de l'incombance, mais non exclusive. *Contra* Luxembourg F., *La déchéance des droits : contribution à l'étude des sanctions civiles*, thèse, éd. Panthéon-Assas, 2008, n° 506.

[5] Séjean M., *th. préc.*, n° 324.

alors qu'elle aurait dû disparaître. L'intérêt du recours aux devoirs en ressort nettement atténué.

Enfin et dans le prolongement des remarques précédentes, le système proposé par M. Séjean est à un dernier titre perfectible. Il entretient la confusion entre les domaines respectifs des responsabilités contractuelle et délictuelle. Lorsque l'auteur amorce l'étude des devoirs du créancier en droit commun, il intègre dans cette catégorie l'octroi abusif de crédit comme manquement à ce devoir. Puis il envisage ces mêmes devoirs comme une exigence « *qui ne consiste finalement qu'à respecter la force obligatoire du contrat* »[1]. L'aporie est flagrante : comment la conclusion d'un contrat pourrait-elle être simultanément un manquement à la force obligatoire de ce même contrat ? L'octroi abusif de crédit ne saurait être sanctionné autrement que par l'allocation de dommages et intérêts sur le fondement de la responsabilité extracontractuelle.

Il ne s'agit pas de rejeter définitivement les notions d'incombances et de devoirs, bien au contraire, mais de proposer une lecture renouvelée de la situation du créancier garanti au moyen de l'analyse dualiste de l'obligation, laquelle permet d'intégrer ces contraintes comportementales et, surtout, de leur donner une assise, un fondement technique.

Les sûretés personnelles supposent alors une prestation unilatérale et un engagement réciproque des parties. Il est possible de synthétiser l'effet des sûretés personnelles en termes d'engagement dans les trois propositions suivantes.

- Avant la conclusion de la sûreté personnelle, les futures parties à l'opération sont tierces les unes par rapport aux autres. Leurs agissements fautifs sont alors sanctionnés par la responsabilité extracontractuelle[2]. Le devoir de ne pas nuire à autrui, au fondement de cette responsabilité, constitue le cadre à partir duquel une faute pourra être caractérisée.

- Si la conclusion de la sûreté personnelle s'étale dans le temps, notamment dans l'hypothèse d'une promesse, le promettant est lié à son cocontractant potentiel par une obligation contractuelle imparfaite. Aucune prestation ne peut être exigée de lui car aucun accord n'est encore formé, mais il ne doit pas contrevenir à la prévision contractuelle par un comportement inadapté à sa promesse.

---

[1] *Ibid.*

[2] Il n'est pas question de condamner dans son principe le concept de *culpa in contrahendo*, ni son rattachement à la sphère contractuelle notamment retenu par le droit allemand, mais le droit positif français dissocie nettement les domaines délictuel et contractuel et ne reconnait pas d'autonomie à la phase intermédiaire dite précontractuelle.

- Après que la sûreté est valablement formée, les parties sont liées par une obligation qui, bien que composée de ses deux rapports, reste asymétrique. Les parties se doivent d'assurer la réalisation possible de la prévision contractuelle et d'orienter à cette fin leur comportement : elles sont alors toutes les deux soumises à un rapport d'obligation. Ce même rapport n'est autre que le devoir général de ne pas nuire à autrui saisi par l'engagement des parties. Toutefois seul le garant assume une prestation issue de l'obligation garantie si bien que seul le créancier dispose du pouvoir de contrainte afférent à cette prestation. Le rapport obligatoire est orienté par l'unilatéralité de ses effets : il astreint uniquement le débiteur et profite uniquement au créancier.

L'analyse dualiste moderne de l'obligation s'associe donc parfaitement au fonctionnement des engagements unilatéraux en général et des sûretés personnelles plus particulièrement. Elle permet d'appréhender clairement la formation et le régime de ces sûretés, tout en respectant les domaines des responsabilités de différentes natures. Il convient alors d'aborder, en fonction de chaque sûreté personnelle, les manifestations de l'engagement du créancier garanti.

B. Les manifestations de l'engagement du créancier garanti

135. La pluralité récente des sûretés personnelles. Jouissant d'une hégémonie quasi intacte en qualité de sûreté personnelle, le cautionnement s'est vu concurrencé par la consécration légale de deux autres sûretés personnelle, la garantie autonome et la lettre d'intention[1]. L'ordonnance n° 2006-346 du 23 mars 2006 a essentiellement modifié les sûretés réelles, faute d'autorisation donnée au gouvernement pour légiférer par voie d'ordonnance en matière de cautionnement[2]. Il n'en reste pas moins que la garantie autonome et la lettre d'intention, déjà largement répandues en pratique, ont vu leur définition légalement consacrée[3]. Si les régimes de ces sûretés sont nécessairement différents, ils peuvent toutefois chacun être expliqués au moyen de l'analyse dualiste moderne de l'obligation. Il ressortira de

[1] Au sujet de cette concurrence, considérée comme impossible, V. Michel C.-A., *La concurrence entre les sûretés*, thèse Paris I, 2016.
[2] V. loi n° 2005-842 du 26 juillet 2005 pour la confiance et la modernisation de l'économie (art. 24).
[3] Selon l'art. 2321, al. 1, c. civ. : « *La garantie autonome est l'engagement par lequel le garant s'oblige, en considération d'une obligation souscrite par un tiers, à verser une somme soit à première demande, soit suivant des modalités convenues* ». Quant à l'art. 2322 c. civ., il prévoit que : « *La lettre d'intention est l'engagement de faire ou de ne pas faire ayant pour objet le soutien apporté à un débiteur dans l'exécution de son obligation envers son créancier* ».

cette analyse croisée que d'une sûreté à l'autre, il n'est qu'une différence de degré et non pas de nature dans l'engagement du créancier. Suivant l'ordonnancement des sûretés personnelles légalement consacrées, il conviendra d'analyser l'engagement du créancier bénéficiaire d'un cautionnement (1), d'une garantie autonome (2), d'une lettre d'intention (3) et, enfin, d'autres mécanismes qui peuvent opportunément faire fonction de sûretés personnelles[1] (4).

1. L'engagement du créancier bénéficiaire d'un cautionnement

136. Un engagement circonscrit. Parmi les différentes sûretés personnelles, le cautionnement est la plus ancienne et la plus courante. Son régime est alors logiquement le plus achevé de tous. La variété des dispositions ayant trait à la situation du créancier cautionné est propice à la définition d'un comportement type que le créancier doit adopter pour que le cautionnement et l'obligation qu'il garantit se déroulent au mieux. Il convient d'envisager uniquement celles des fautes que le créancier commet une fois le cautionnement valablement formé, car les autres n'intéressent nullement la nature de son engagement. Une fois écartés le devoir d'information et l'exigence de proportionnalité que le créancier doit à certaines cautions et qui ne devraient relever que de la responsabilité extracontractuelle, seront abordés le bénéfice de subrogation et l'obligation d'information relative à l'évolution de l'obligation garantie.

137. L'exclusion des fautes précontractuelles. Tous les agissements préalables à la conclusion d'un cautionnement et susceptibles d'être juridiquement sanctionnés doivent être écartés pour la simple raison qu'ils n'ont aucune nature contractuelle[2]. Dès lors qu'ils ne révèlent pas directement la nature de l'engagement du créancier, ils seront seulement traités au moment de l'étude de la nature de la faute[3]. Ainsi le fait pour un créancier de ne pas prendre en compte l'insuffisance des facultés contributives de la caution lorsqu'il lui fait signer un engagement manifestement disproportionné ne relève-t-il pas de la sphère contractuelle mais extracontractuelle[4], tout comme le fait, pour un même créancier, de ne pas

[1] Il ne s'agit pas de d'évincer la vision conceptuelle des sûretés préalablement retenue mais seulement de témoigner de la portée de l'analyse dualiste moderne de l'obligation, y compris au-delà du champ de cette étude.
[2] Plus exactement, ils ne relèvent pas du contrat de cautionnement. Ils peuvent avoir une nature contractuelle si la faute est commise dans le cadre du contrat de base, mais ce seront alors les sanctions propres à ce contrat qui pourront être appliquées.
[3] V. *supra*, n° 154.
[4] Il est à ce titre regrettable que le législateur n'ait pas été plus inspiré par la solution que la Cour de cassation avait retenue dans l'arrêt *Macron* (Com. 17 juin 1997, *Bull. civ. IV,* n° 188). L'allocation de dommages et intérêts à la caution lésée sur le fondement de la responsabilité délictuelle permettait de réduire substantiellement

avertir une caution sur les dangers que représente pour elle l'opération envisagée. Ces exemples de fautes brièvement évincés, il faut à présent déterminer l'objet de l'engagement du créancier cautionné.

138. Un effet secondaire de l'engagement du créancier cautionné : la préservation de la caution contre le risque de surendettement[1]. Le droit des sûretés est par essence un droit déséquilibré. Les sûretés ont pour rôle d'assurer au créancier une chance de paiement supplémentaire : elles ne profitent à aucun moment à ceux qui en assument la charge[2]. Ce déséquilibre, perceptible à travers la nature unilatérale des sûretés, a cependant été contrebalancé par le législateur et le juge afin que les cautions ne soient pas systématiquement dépouillées et qu'en définitive le cautionnement ne soit pas totalement déserté. Dès lors, le bénéficiaire du cautionnement n'est débiteur d'aucune obligation au sens strict, mais les différentes charges que le rapport d'obligation lui font assumer concourent au même objectif. Il doit autant que possible épargner la caution du risque de surendettement. Deux mécanismes illustrent parfaitement cet objectif : le bénéfice de subrogation (a) et l'information de la caution en cours d'exécution du contrat (b).

a. Première illustration du contenu de l'engagement du créancier : le bénéfice de subrogation[3]

139. Une prérogative représentative de la préservation par le créancier des intérêts de la caution. Aux termes de l'article 2314 du code civil : « *La caution est déchargée, lorsque la subrogation aux droits, hypothèques et privilèges du créancier, ne peut*

---

les risques de son engagement disproportionné, tout en préservant en principe la garantie. Si le mécanisme peut sembler quelque peu artificiel, la solution de l'article L. 332-1 du code de la consommation est pour sa part excessive. Au surplus, elle entretient la confusion entre les différents domaines de la responsabilité puisqu'elle sanctionne un comportement délictuel sur le terrain de la responsabilité contractuelle. Enfin, l'appréciation, matérielle et temporelle, du retour à meilleure fortune est extrêmement malaisée. Dans le même sens, V. Dupichot Ph., *th. préc.,* n° 119. Sur la proportionnalité du cautionnement V. *supra*, n° 289 s.

[1] Le surendettement est une préoccupation relativement récente du législateur. Risque majeur dans les opérations de crédit, son lien avec le cautionnement a plusieurs fois été mis en évidence : « *le droit objectif a organisé sa réponse aux abus commis par les créanciers sous la forme de sujétions précitées, dont la raison d'être et le champ d'application sont directement liés à l'obsession du surendettement. D'ailleurs, à bien y regarder, chacune de ces sujétions se justifie – à tort ou à raison – par une réaction à un abus comportemental du créancier* » (Séjean M., *th. préc.*, n° 7). De manière plus générale, sur les liens entre cautionnement et surendettement, V. Dupichot Ph., *th. préc*., n° 18 où l'auteur tisse un lien entre l'endettement et, plus largement, toute sûreté personnelle. Sur la pratique bancaire consistant à laisser à l'emprunteur et à la caution au moins un tiers de leurs ressources, V. André Ch., *Le fait du créancier contractuel*, LGDJ, coll. « Bibliothèque de droit privé », t. 356, 2002, n° 357.

[2] Tout au plus certaines cautions, parfois qualifiée d'intégrées, profitent indirectement de l'opération, comme le font les dirigeants qui se portent cautions de leurs sociétés.

[3] Il n'est pas question ici d'appréhender la faute à l'origine de la mise en œuvre de ce bénéfice puisque celle-ci sera l'objet du titre suivant (V. *supra*, n° 154 s.). Il s'agira plus simplement de démontrer que le bénéfice de subrogation permet de mettre en lumière la nature de l'engagement que le créancier cautionné souscrit. Sur le contenu de cet engagement, V. Juredieu F., « Les obligations du créancier découlant du bénéfice de subrogation de la caution », *LPA* 7 juillet 2008, n° 135, p. 10 s.

plus, par le fait de ce créancier, s'opérer en faveur de la caution. Toute clause contraire est réputée non écrite ». Cet article dispose du bénéfice de subrogation, un mécanisme propre au cautionnement et dont la nature juridique singulière a fait l'objet de nombreuses discussions[1]. Selon cette règle, lorsqu'un créancier cautionné dispose, en plus du cautionnement, d'un ou plusieurs droits préférentiels pour garantir sa créance, ces droits peuvent profiter à la caution *solvens* par voie de subrogation. Si le créancier compromet par sa faute l'exercice du recours subrogatoire de la caution en négligeant l'un de ces droits préférentiels, la caution sera déchargée de son engagement à hauteur de la valeur du droit perdu.

Il est possible d'expliquer autrement le bénéfice de subrogation, par le recours à l'analyse dualiste moderne de l'obligation. Le créancier cautionné, lorsqu'il néglige les droits préférentiels susceptibles de profiter à la caution, manque en réalité à son engagement. S'il n'a pas promis d'exécuter une prestation, il s'est en revanche assujetti au contrat de cautionnement, lequel consiste seulement pour lui en une chance supplémentaire de paiement. Dès lors, tout manquement de cet ordre ne saurait être analysé autrement que comme une atteinte au rapport d'obligation puisque le créancier n'est tenu par aucun rapport obligatoire[2]. En accroissant le risque d'endettement de la caution, il méconnait la dimension normative de son engagement qui exige au contraire de lui un comportement en adéquation avec le but de la sûreté. Ce but ne consiste qu'à obtenir une chance supplémentaire de paiement et non pas à avoir un deuxième débiteur dont le créancier pourrait librement méconnaitre les intérêts. Les

[1] Parmi les différentes controverses, l'une porte sur le nom du mécanisme, également qualifié de bénéfice de cession d'actions. La raison en est que le droit romain ne connaissant pas la subrogation, la cession d'actions serait un qualificatif plus juste, historiquement. D'aucuns avancent qu'il serait plus pertinent de retenir « *l'exception de non-subrogation* » (François J., n° 375) puisque c'est précisément l'impossibilité pour la caution d'exercer son recours subrogatoire par la faute du créancier qui lui permettra d'être déchargée de son obligation (V. Simler Ph., Delebecque Ph., n° 267). Malgré la pertinence de ces observations, l'appellation la plus habituelle sera préférée. L'autre controverse, plus importante, est relative à la nature et au fondement du bénéfice de subrogation. V. sur ce point Aynès L., « Extinction du cautionnement », *Lamy Droit des sûretés*, étude 125, spéc. n° 125-31 ; Aynès L., Crocq P., n° 281 ; Barthez A.-S., Houtcieff D., n° 1135 s. ; Bétant-Robet S., « La décharge de la caution par application de l'article 2037 », *RTD civ*. 1974. 309 ; Bourassin M., Brémond V., Jobard-Bachellier M.-N., n° 366 ; Cabrillac, Mouly Ch., Cabrillac, Pétel Ph., n° 312 s. ; Cordelier E., « A propos de l'article 2037 du Code civil », *RTD com*. 2004. 667 ; François J., n° 384 s. ; Houtcieff D., « Contribution à une théorie du bénéfice de subrogation », *RTD civ.* 2006. 191 ; Legeais D., n° 283 ; Simler Ph., « La renonciation par la caution au bénéfice de l'article 2037 du Code civil », *JCP* 1975. I. 2711 ; Simler Ph., Delebecque Ph., n° 268 ; Piedelièvre S., n° 191 ; Piette G., *Rép. Civ. D*., V° Cautionnement, n° 226 à 257 ; Vidal D., « Le bénéfice de subrogation », *Dr. et patr.*, juin 1996, p. 50. Un auteur classique le décrivait en des termes généraux plus que juridiques, d'une manière éclairante : « *l'article 2037 repose sur une faveur à laquelle la caution a droit, en raison du service qu'elle rend au créancier* » (Baudry-Lacantinerie G., Wahl A., *Traité théorique et pratique de droit civil. Des contrats aléatoires, du mandat, du cautionnement et de la transaction*, Librairie de la société du recueil général des lois et des arrêts, 2ème éd., 1900, n° 1174).

[2] Ce qui permet d'écarter définitivement l'argument selon lequel le bénéfice de subrogation serait une illustration de l'exception d'inexécution. Comment le créancier pourrait-il en effet manquer à une obligation inexistante ? A moins d'estimer que l'exécution est un mécanisme qui peut concerner les contraintes comportementales et pas seulement la prestation, l'exception d'inexécution est étrangère au bénéfice de subrogation. *Contra* Baudry-Lacantinerie G., *Précis de droit civil*, t. II, Larose, Paris, 8ème éd., 1903, n° 1265 ; Aubry Ch., Rau Ch., *Droit civil français*, t. VI, Librairies techniques, Paris, 6ème éd., 1951, par Esmein P., p. 299.

critères de ce mécanisme ont été aussi pertinemment dessinés en jurisprudence qu'ils s'accordent parfaitement avec la lecture dualiste moderne de l'obligation. Il doit s'agir d'une faute exclusive du créancier, consistant en la perte d'un droit préférentiel entré dans les prévisions contractuelles de la caution et lui causant un préjudice. Le préjudice est immanquable. La caution ne serait pas fondée à exciper d'un comportement dont les retombées lui sont indifférentes[1]. L'existence et la connaissance par la caution du droit préférentiel négligé est tout aussi incontournable. Il serait inconcevable qu'une caution invoque par exemple la perte d'une sûreté contractée bien après le cautionnement et par le biais de laquelle elle n'a jamais pu espérer être remboursée[2]. Cette deuxième condition permet de circonscrire l'étendue du rapport d'obligation. Si le créancier doit éviter le surendettement de la caution, il ne doit pas à l'inverse l'assister en assurant coûte que coûte sa prospérité. Enfin, il est nécessaire que seul le créancier ait commis une faute[3]. Si la perte est imputable à la caution, c'est à son propre rapport d'obligation qu'elle aura manqué : le reproche ne saurait être fait au créancier. Si la perte est due à toute autre personne, *a fortiori* le créancier ne saurait être inquiété. Il ne peut l'être que s'il méconnait personnellement et exclusivement

[1] Cette condition du préjudice subi par la caution est d'origine prétorienne, car l'art. 2314 c. civ. ne l'impose pas expressément. Elle se comprend tant d'un point de vue juridique que rationnel, car il serait injustifiable qu'une caution soit déchargée de son engagement pour un motif qui ne met pas en cause ses intérêts. La jurisprudence a ainsi pertinemment tracé les contours des incidences d'un tel préjudice. Si le droit préférentiel perdu était en réalité inefficace, la décharge ne saurait avoir lieu (V. not. Civ. 1ère, 12 février 2002, *Bull. civ. I,* n° 51, *D*. 2002. Somm. 3336, obs. Aynès L.). Dans le même sens, le montant du préjudice subi est fonction de la valeur du droit perdu (Com., 19 octobre 2010, n° 09-69.623 et 09-72.944, *JCP* 2011. chron. 226, n° 7, obs. Simler Ph.) : la sanction de la faute du créancier est donc bien une décharge, partielle ou totale, non une déchéance.

[2] Cette deuxième condition a suscité davantage de difficultés que la condition du préjudice n'a pu le faire. Il est en effet bien plus malaisé de prouver que la constitution d'un droit préférentiel était entrée dans les prévisions de la caution que de prouver le préjudice qu'elle éprouve lors de la perte de ce droit. La jurisprudence a su également remédier à ces hypothèses délicates : si le droit préférentiel existe au moment de la formation du cautionnement, la décharge doit alors être admise (Civ. 1ère, 5 octobre 1964, *Bull. civ. I,* n° 419 ; *D*. 1965. 42, *JCP* 1965. II. 13979), à l'inverse doit-elle être refusée (Com. 21 février 1977, *Bull. civ. IV,* n° 54 ; *D*. 1977. IR 468). Cette seconde hypothèse a cependant été nuancée par la Cour de cassation par le jeu de la croyance légitime de la caution : la constitution d'un droit préférentiel postérieure au cautionnement a très bien pu entrer dans les prévisions de la caution, justifiant alors qu'elle invoque l'art. 2314 du c. civ. sur le fondement de sa croyance légitime. La difficulté est alors apparue de savoir s'il pouvait être reproché au créancier de ne pas avoir exercé ce qui constitue pour lui une simple faculté (sur ce point, V. Simler Ph., Delebecque Ph., n° 274). Tranchant en faveur de la caution, la Cour de cassation a affirmé dans un arrêt de chambre mixte, confirmé depuis, que « *le créancier qui, dans le même temps se garantit par un cautionnement et constitue une sûreté provisoire s'oblige envers la caution à rendre cette sûreté définitive* » (Ch. mixte, 17 novembre 2006, *Bull. Ch. mixte*, n° 10 ; *D*. 2006. act. 2907, obs. Avena-Robardet V. ; *RTD com*. 2007.215, obs. Legeais D. ; *RDC* 2007, n° 2, p. 431, note Houtcieff D. ; *RTD civ*. 2007.157, obs. Crocq P. ; *Gaz. Pal.* 7 mars 2007, n° 66, p. 21, obs. Dagorne-Labbe ; *RDBF* 2007, n° 1, p. 15, obs. Cerles A. ; *Defrénois* 15 mai 2007, n° 9, p. 688, obs. Piedelièvre S. ; *Defrénois* 30 mars 2007, n° 6, p. 440, obs. Savaux E. ; *JCP N* 2006-1045, note Le Magueresse Y.). La solution s'accorde avec l'analyse dualiste de l'obligation : l'inscription définitive d'une sûreté provisoire relève du rapport d'obligation qui astreint le créancier. Ce devoir est une illustration supplémentaire de l'engagement que le créancier prend de ne pas faire encourir à la caution, par son propre fait, le risque d'une contribution à la dette.

[3] La faute qu'il commet ne doit pas nécessairement être intentionnelle, mais peut résulter d'une simple négligence : Civ. 3ème, 12 novembre 1974, n° 73-11.686.

l'engagement qu'il a pris[1]. Ainsi, au vu des conditions qui président à son existence, il est possible de conclure que le bénéfice de subrogation s'explique idéalement par le recours à l'analyse dualiste moderne de l'obligation[2].

Un autre élément, qu'il convient d'aborder à présent, permet d'illustrer à nouveau cette véritable nature de l'obligation. Il s'agit des différentes informations que le créancier doit délivrer à la caution, lorsque le cautionnement est en cours d'exécution.

b. Seconde illustration du contenu de l'engagement du créancier : l'information de la caution en cours d'exécution du contrat

140. Nature unitaire et manifestations plurales de l'information[3]. Les multiples dispositions protectrices de la caution, progressivement découvertes par le législateur, comprennent notamment l'information destinée à la caution. Plus précisément, il existe une kyrielle d'informations différentes, fonction de la qualité des parties ou de la nature de leur engagement[4]. L'information de la caution par le créancier en cours d'exécution du contrat est

---

[1] V. not. Com. 15 novembre 1988, *Bull. civ. IV,* n° 303 ; *D*. 1989. Somm. 296, obs. Aynès L. Le caractère exclusif de la faute commise se présente comme une condition incontournable de l'invocation du bénéfice de subrogation, au même titre que celles précédemment étudiées. Le manquement ainsi constaté du créancier à son rapport d'obligation ne doit pouvoir être imputable qu'à lui seul, dans la mesure où lui seul éprouvera les conséquences de son incurie.

[2] Un dernier point semble aller dans le sens de la démonstration. Depuis l'introduction de la loi n° 84-148 du 1er mars 1984 relative à la prévention et au règlement amiable des difficultés des entreprises, l'ancien art. 2037 devenu l'art. 2314 c. civ. a subi une modification de taille. En plus de définir le bénéfice de subrogation, il dispose depuis lors que « *toute clause contraire est réputée non écrite* ». Le bénéfice de subrogation est ainsi devenu d'ordre public, ce qui corrobore l'idée qu'il relève davantage du normatif que du volitif : le mécanisme est intrinsèque au rapport d'obligation, dimension normative du *vinculum juris* et la volonté individuelle ne peut pas avoir d'effet sur sa consistance, ni sur son existence. La portée de cette disposition reste cependant débattue. La Cour de cassation a eu l'occasion de valider une renonciation au bénéfice de subrogation dès lors qu'elle était intervenue postérieurement à la formation du contrat. V. Civ. 1ère, 27 février 2001, n° 98-21.518. L'exemple doit être nuancé puisqu'il s'agissait de cautions hypothécaires, dont le rattachement au cautionnement a été exclu depuis l'arrêt Ch. mixte, 2 décembre 2005, *Bull. Ch. mixte* n° 7 ; *JCP G* 2005. II. 10183 et *JCP N* 2006, 1009, note Simler Ph. ; *JCP E* 2006, 1056, note Piedelièvre S. ; *D*. 2006, act. p. 61, obs. Avena-Robardet V. et jurispr. p. 729, avis Sainte-Rose J. et note Aynès L. ; *Banque et droit* janv-fév. 2006, p. 55, obs. Jacob F. ; *CCC* 2006, comm. 62, obs. Leveneur L. ; *Defrénois* 2006, art. 38469, obs. Champenois G. ; *RDC* 2006, p. 454, obs. Grimaldi M. et p. 458, obs. Houtcieff D. Aussi, une partie de la doctrine remet en cause la généralité de la prohibition, laquelle ne devrait pas concerner les cautions professionnelles. V. en ce sens, Cabrillac M., Mouly Ch., Cabrillac S., Pétel Ph., n° 314 et Simler Ph., n° 846 et 847. Il paraît pourtant préférable que le moment de la renonciation soit indifférent et que le bénéfice de subrogation soit d'ordre public, indépendamment de la qualité des parties à l'opération, en ce qu'il constitue un garde-fou indispensable au respect de son engagement par le créancier.

[3] Grimaldi M. (dir.), *Avant-projet de réforme du droit des sûretés*, *op. cit*., art. 2303 et 2304, p. 57. Les auteurs proposent de réunir dans deux dispositions du code civil toutes les informations qu'une caution est en droit d'attendre du créancier, que ces informations soient ponctuelles ou conjoncturelles. Cette préconisation doit être approuvée, car elle simplifierait grandement le droit positif et restituerait à l'information sa nature unitaire.

[4] Cette pluralité renforce à regret le mouvement d'éclatement, de balkanisation du droit des sûretés. En ce sens : Albigès Ch., Dumont-Lefrand M.-P., n° 167 ; Picod Y., « L'évolution de l'obligation d'information de la caution

donc plurielle mais indépendamment de cette pluralité, elle présente une nature unitaire. L'information que le créancier doit livrer, entendue dans un sens générique, est une autre manifestation de son assujettissement au contrat de cautionnement. Exprimées autrement et pour reprendre la terminologie propre à l'analyse dualiste moderne de l'obligation, les différentes informations que la caution doit recevoir sont constitutives du rapport d'obligation pesant sur le créancier. Insusceptibles d'exécution forcée, ces informations ne sont donc pas à proprement parler des obligations, mais elles sont autant de comportements que le créancier doit adopter pour que la sûreté lui procure la satisfaction attendue, au lieu de se dénouer de manière pathologique.

141. L'information issue de l'article L. 313-22 du code monétaire et financier[1]. L'article 48 de la loi du 1er mars 1984 a introduit une obligation d'information à la charge du créancier, portant sur le montant du principal, des intérêts et autres accessoires de la créance ainsi que sur le terme de l'engagement et, à défaut, la faculté de révocation de la caution. Dans une logique extensive, la Cour de cassation perçoit assez largement le champ d'application de cette disposition. Cette dernière a ainsi été jugée applicable à de nombreuses formes de crédit, pour ne pas dire toutes[2]. Elle concerne toute caution, profane ou avertie[3],

---

pendant l'exécution du contrat », *in Etudes offertes au Doyen Philippe Simler*, Dalloz-Litec, 2006, p. 398 (l'auteur évoque une « *diversité mal maitrisée* »).

[1] Aux termes de cette disposition : « *Les établissements de crédit ou les sociétés de financement ayant accordé un concours financier à une entreprise, sous la condition du cautionnement par une personne physique ou une personne morale, sont tenus au plus tard avant le 31 mars de chaque année de faire connaître à la caution le montant du principal et des intérêts, commissions, frais et accessoires restant à courir au 31 décembre de l'année précédente au titre de l'obligation bénéficiant de la caution, ainsi que le terme de cet engagement. Si l'engagement est à durée indéterminée, ils rappellent la faculté de révocation à tout moment et les conditions dans lesquelles celle-ci est exercée.*

Le défaut d'accomplissement de la formalité prévue à l'alinéa précédent emporte, dans les rapports entre la caution et l'établissement tenu à cette formalité, déchéance des intérêts échus depuis la précédente information jusqu'à la date de communication de la nouvelle information. Les paiements effectués par le débiteur principal sont réputés, dans les rapports entre la caution et l'établissement, affectés prioritairement au règlement du principal de la dette ». V. à propos de cette disposition Crédot F.-J., Hemmele J., « L'obligation d'information annuelle des cautions par les établissements de crédit (L. 1er mars 1984, art. 48) », *Banque*, 1984, p. 1023 ; Bouteiller P., « Incidences de la loi du 1er mars 1984…sur le contrat de cautionnement », *JCP E* 1984. I. 13512. Le contenu de cette disposition a inspiré l'article L. 333-2 c. conso. Celui-ci prévoit une information et une sanction semblables mais son champ d'application concerne les crédits consentis par un créancier professionnel et cautionnés par une personne physique. D'un point de vue quantitatif, cette disposition est donc bien plus importante que l'art. L. 313-22 CMF, si bien qu'elle semblerait plus appropriée comme exemple. Or elle reste bien plus récente, puisque consacrée par la loi n° 2003-721 du 1er aout 2003, alors que l'art. L. 313-22 CMF est issu de l'article 48 de la loi n° 84-148 du 1 mars 1984 relative à la prévention et au règlement amiable des difficultés des entreprises : malgré un champ d'application plus restreint, son ancienneté témoigne davantage de l'importance des devoirs du créancier cautionné.

[2] Pour un contre-exemple, V. Com. 16 juin 2009, *Bull. civ. IV,* n° 79 (refus de l'application de l'article à l'aval d'un billet à ordre souscrit par l'emprunteur).

[3] V. Com., 25 mai 1993, *Bull. civ. IV,* n° 203 ; *JCP* 1993. II. 22147, note Croze H.

toute entreprise au sens large[1] et n'est susceptible d'aucune renonciation. Au-delà de l'envergure du texte, sa consécration est une occasion supplémentaire d'illustrer la nature du lien unissant le créancier et la caution. Sans être une véritable obligation, l'information ici étudiée n'en reste pas moins constitutive du rapport d'obligation qui lie les parties. Elle est une manifestation supplémentaire de l'idée selon laquelle la situation d'un créancier cautionné ne se réduit pas à une position d'attentisme. Sans conférer de nature synallagmatique à la sûreté, l'information sur le montant de la dette principale est un devoir que le créancier doit assumer, au risque de voir compromis les intérêts qu'il retire de l'opération contractuelle. La sanction de cette information non délivrée confirme la nature particulière de ce devoir, puisqu'elle consiste en une déchéance. La caution ne peut forcer le créancier à la lui livrer mais la déchéance des intérêts échus depuis la dernière information jusqu'à la suivante (ou jusqu'au terme du cautionnement) se présente comme une incitation à la diligence faite au créancier. La dimension incitative d'une telle disposition renvoie à la dimension comportementale intrinsèque à toute obligation. Cette dimension comportementale de l'obligation n'est autre que le rapport d'obligation, en vertu duquel la partie au contrat qui y est tenue ne doit non pas accomplir une prestation, mais permettre à son cocontractant l'exécution de la sienne, sans en aggraver la charge. C'est en ce sens que l'article L. 313-22 du code monétaire et financier permet d'affirmer à nouveau l'adéquation de la lecture dualiste moderne de l'obligation à la nature de l'engagement du créancier cautionné. Le rapport d'obligation assujettissant le créancier se compose notamment de l'information que ce dernier doit délivrer à la caution afin qu'elle ne supporte pas de manière définitive une dette qui lui est étrangère. L'objet de cette information – le montant total de la dette – permet justement à la caution de mieux anticiper l'éventuelle défaillance du débiteur principal. Les autres informations dont le créancier est redevable sont autant d'exemples de la consistance de son engagement.

142. L'information issue de l'article L. 333-1 du code de la consommation[2]. Une autre information destinée aux cautions personnes physiques pèse sur les établissements de crédit lorsque ceux-ci ont consenti un crédit à la consommation ou un crédit immobilier à un débiteur principal. La caution doit en effet être informée « *de la défaillance du débiteur*

[1] La Cour de cassation a retenu que le texte était applicable à une association : Civ. 1ère, 16 janvier 2001, *Bull. civ. I,* n° 3.

[2] Selon ce texte : « *Sans préjudice des dispositions particulières, toute personne physique qui s'est portée caution est informée par le créancier professionnel de la défaillance du débiteur principal dès le premier incident de paiement non régularisé dans le mois de l'exigibilité de ce paiement.*». Sur cette disposition, V. Lutun O., « L'information de la caution de la défaillance du débiteur principal », *RDBF* juillet-août 2003, p. 262.

principal dès le premier incident de paiement », à défaut de quoi le créancier encourt la même sanction que celle prévue à l'article L. 313-22 du code monétaire et financier. Cette disposition initialement prévue par la loi « *Neiertz* » du 31 décembre 1989 et inscrite depuis lors dans le code de la consommation est un exemple supplémentaire de la nature de l'engagement du créancier cautionné. L'information qu'il doit délivrer n'est pas une obligation au sens propre du terme. La caution ne peut le contraindre à s'exécuter, l'information délivrée ne saurait être assimilée à une contrepartie de l'obligation de la caution et le défaut d'information n'entraîne pas une faculté de résolution au profit de la caution, ni le paiement de dommages et intérêts par le créancier, mais seulement une déchéance partielle portant sur les accessoires de la créance. L'information relative à la défaillance du débiteur principal s'apparente au contraire à une incombance du créancier puisque sa méconnaissance le prive d'un avantage, les pénalités et intérêts de retard. Cette incombance est à trouver dans le rapport d'obligation qui assujettit le créancier à l'égard de la caution, de la même manière que le bénéfice de subrogation ou l'information relative au montant de la dette. Or cette information semble être plus éclairante encore au sujet de la nature du rapport d'obligation que l'information du montant de la dette ne peut l'être. En effet, le créancier doit dans cette circonstance informer la caution que l'obligation principale risque de subir un sort accidentel : un défaut de paiement du débiteur principal, donc un paiement exigé de la caution. Par cette information, il incombe au créancier de minimiser les effets potentiellement délétères de la défaillance du débiteur principal. Il lui revient d'assurer au contrat de cautionnement et par extension à l'opération de cautionnement, le déroulement le plus harmonieux possible, ou à défaut le moins préjudiciable. Ce faisant le créancier assure non pas la stricte satisfaction de ses intérêts, mais il se doit au contraire de prendre en compte l'intérêt de son cocontractant malgré la nature indéniablement unilatérale du cautionnement. L'information de l'article L. 333-1 du code de la consommation permet alors d'affirmer à nouveau la véritable nature de la situation du créancier cautionné. Celui-ci est lié à la caution par un simple rapport d'obligation qui lui impose l'adoption d'un comportement idoine[1]. Ce comportement suppose la prise en compte des intérêts de la caution, puisque l'information relative à la défaillance du débiteur principal a précisément pour fonction d'éviter à la caution l'aggravation des effets de cette défaillance et lui permet de s'organiser en conséquence[2].

[1] Aussi, cette information est un exemple de ce que le rapport d'obligation du créancier ne se résume pas à une abstention de sa part : il doit veiller activement à la préservation des intérêts de la caution en l'informant en temps utile.

[2] Concrètement, cette anticipation peut prendre la forme d'un recours légalement reconnu à la caution, le recours avant paiement (V. art. 2309 c. civ.).

143. D'une sûreté personnelle à l'autre. Le rapport d'obligation du créancier n'est pas spécifique au cautionnement. Le paysage actuel du droit français des sûretés personnelles étant composite, il convient par conséquent d'étendre l'analyse de l'engagement du créancier cautionné à celle du créancier muni d'une garantie autonome et de démontrer à cette occasion que les potentialités de l'analyse dualiste moderne de l'obligation ne se limitent pas au seul cautionnement. L'analyse permet bien au contraire d'expliquer la situation de tout créancier disposant d'une sûreté personnelle.

2. L'engagement du créancier bénéficiaire d'une garantie autonome

144. La réduction du rapport d'obligation à sa plus simple expression. La garantie autonome se distingue du cautionnement par sa gravité accrue pour le débiteur. Si le cautionnement est à juste titre perçu comme un engagement drastique, la garantie autonome est-elle un engagement bien plus rigoureux encore. Deux aspects permettent de distinguer le premier de la seconde : l'autonomie de l'objet de la garantie et l'inopposabilité des exceptions[1]. La garantie autonome, comme le suggère sa qualification, consiste en un engagement dépourvu de lien – au moins en théorie – avec le contrat de base qu'elle a vocation à garantir. En principe, l'engagement du garant n'est pas un décalque de celui du donneur d'ordre. Le deuxième aspect est la conséquence directe de ce principe. Du fait de l'autonomie de la garantie, le garant ne peut opposer les exceptions tirées du contrat de base, puisqu'il ne paye pas la dette du donneur d'ordre mais une dette qui lui serait personnelle. Cette présentation sommaire d'une garantie récente permet de prolonger l'idée selon laquelle le droit des sûretés personnelles illustre adéquatement la nature dualiste de l'obligation. Le rapport d'obligation qui lie le bénéficiaire au garant, dépeint à l'occasion du cautionnement, n'est pas absent de la garantie autonome. L'automaticité de cette sûreté ne doit pas faire illusion et le créancier qui en bénéficie n'est pas exempt d'un comportement conforme à la réalisation du but contractuel. Seulement là où il sera notamment enjoint au créancier cautionné d'informer la caution ou de conserver l'efficacité de son recours subrogatoire, le créancier protégé par une garantie autonome aura au contraire une marge de manœuvre bien plus étendue. Autrement dit, sa responsabilité sera beaucoup plus délicate à engager.

[1] Quant à la détermination d'une garantie autonome et sa requalification possible en cautionnement, V. Com., 13 décembre 1994, *Bull. civ. IV,* n° 375 ; *D.* 1995. 209, rapp. Le Dauphin H., note Aynès L. ; *JCP* 1995. I. 3851, n° 11, obs. Simler Ph.

L'autonomie de la garantie s'explique alors par un infléchissement notable de la rigueur de l'engagement du créancier, par rapport à celui d'un créancier cautionné. En effet le rapport d'obligation qui le lie au donneur d'ordre est, dans sa consistance, réduit à la portion congrue. La teneur de son engagement se mesure à l'aune de la définition légale de la garantie autonome, ou plus exactement celle de son régime : « *le garant n'est pas tenu en cas d'abus ou de fraude manifestes du bénéficiaire ou de collusion de celui-ci avec le donneur d'ordre* »[1]. C'est donc une faute caractérisée que le créancier doit commettre pour tenir en échec la garantie autonome. En l'absence d'une telle faute, la garantie joue[2]. La comparaison approfondie avec l'engagement du créancier cautionné, puis l'examen des notions « *d'abus ou de fraude manifestes* » permettront de vérifier la nature de l'engagement du créancier garanti : un rapport d'obligation dont l'intensité contraignante est minimale.

145. Engagement du bénéficiaire d'une garantie autonome et engagement du créancier cautionné. La nature autonome de la garantie du même nom s'oppose directement au caractère accessoire du cautionnement. Alors que la caution s'engage à régler la dette du débiteur principal s'il est défaillant, le garant assume une dette qui lui est propre. Par conséquent, toutes les dispositions protectrices de la caution se trouvent exclues du régime de la garantie autonome. Concrètement, le créancier protégé par une garantie autonome n'est pas tenu de délivrer une quelconque information en cours d'exécution du contrat[3], pas plus qu'il ne doit assurer au garant la pérennité de son recours subrogatoire[4] – pour ne reprendre que les exemples abordés jusqu'alors. L'intensité contraignante du rapport d'obligation est ainsi réduite à son expression la plus élémentaire. La sévérité de l'engagement du garant pourrait même laisser croire que le créancier bénéficie d'un statut d'impunité. À l'évidence il n'en est

[1] Art. 2321, al. 2, c. civ.

[2] Cette rigueur avec laquelle est assujetti le débiteur d'une garantie autonome a déjà été mise en évidence : « *l'altérité n'est pas identique dans tous les contrats, ceux-ci ne donnent pas tous lieu à une "*petite société*". Les garanties à première demande, par exemple, maintiennent un très fort degré d'antagonisme entre les parties, excluant toute aggravation des exigences de la loyauté au-delà du minimum légal. Ainsi, l'abus, dans ce contrat, ne résulte jamais de la faute morale d'indifférence* (…) » *in* Stoffel-Munck Ph., *th. préc.*, n° 245.

[3] Plusieurs décisions des juridictions du fond ont expressément écarté le jeu des diverses obligations d'information valable dans le cadre du cautionnement. V., pour certaines d'entre elles Douai, 18 avril 1991, *JurisData* n° 050990 ; Rennes, 6 juillet 1993, *JurisData* n° 048104 ; Nancy, 22 septembre 1997, *JurisData* n° 048646.

[4] V. Jacob F., « Garanties autonomes », *Lamy Droit des sûretés*, étude 135, spéc. n° 135-97. V. également Cabrillac M., Mouly Ch., Cabrillac S., Pétel Ph., n° 543, lesquels affirment que « *l'indépendance des garanties autonomes emporte renonciation implicite à cette prérogative (le garant n'ayant pas à s'immiscer dans la relation principale* », avant d'évoquer la possibilité d'une « *stipulation inverse* » : or reconnaitre au garant la possibilité d'être déchargé de son engagement par la faute du créancier, n'est-ce pas méconnaitre l'autonomie de la sûreté ? Il ne semblerait pas, au contraire, que la notion de garantie autonome puisse s'accommoder d'un tel infléchissement sans être disqualifiée.

rien, dans la mesure où les contours de cet engagement sont tracés par la commission d'éventuels abus ou fraude manifestes.

146. La circonscription du rapport d'obligation par l'abus, la fraude et la collusion manifestes du bénéficiaire[1]. La définition de la nature et du régime de la garantie autonome proposée par l'article 2321 du code civil n'est pas nouvelle, elle reprend en les synthétisant les formules prétoriennes par lesquelles la garantie autonome a été réceptionnée en droit français. L'affirmation selon laquelle le garant n'est pas tenu dans l'hypothèse d'un abus ou d'une fraude manifestes du bénéficiaire, ou de sa collusion avec le donneur d'ordre, permet d'achever la délimitation de l'étendue de l'engagement du créancier bénéficiaire. Immanquablement, ce dernier ne saurait dans le même temps tirer à la fois profit du contrat de base et de la garantie sans s'exposer juridiquement sinon à un recours, du moins à une sanction. La seule limite imposée par le législateur à l'invocation de la garantie autonome est ainsi la commission par le bénéficiaire d'un abus, d'une fraude ou d'une collusion manifestes. La teneur de l'engagement du créancier envers le garant est alors perceptible. Ses agissements n'auront d'incidence que s'il est évident qu'il s'est livré à une fraude, un abus ou une collusion. L'évidence ou la dimension manifeste signifie qu'aucune preuve de ces agissements délictuels ne doit être rapportée pour leur faire produire des conséquences juridiques : seule une constatation succincte doit suffire[2]. Ainsi, au regard de la nature unilatérale du contrat de garantie autonome, l'engagement du créancier se révèle être d'une ténuité singulière : le bénéficiaire n'est pas strictement tenu d'épargner au garant la charge définitive d'une dette qui lui est étrangère et, plus encore, sa faute doit être manifeste pour paralyser l'exécution du garant. La marge de manœuvre du créancier est alors inversement proportionnelle à la rigueur de l'engagement du garant. Le rapport d'obligation du créancier bénéficiaire présente une densité qui a la particularité unique d'être encore moins contraignante que le devoir général de ne pas nuire à autrui propre à la matière délictuelle. En somme, son engagement est simplement limité par les notions de droit commun que sont

[1] Il est permis de regretter la formulation maladroite de l'art. 2321, al. 2, c. civ. La dimension manifeste ne s'applique pas moins à la fraude ou à l'abus qu'à la collusion – conclusion à laquelle une lecture littérale du texte ne permet pas d'arriver. Quant à l'hypothèse d'une collusion entre le bénéficiaire et le donneur d'ordre, elle semble bien moins plausible que celle entre le bénéficiaire et le garant. Sur ce point, V. Simler Ph., Delebecque Ph., n° 314 ; Hannoun C., « Réflexions sur la distinction de la fraude et de l'abus dans les garanties à première demande », *RDBF* 1988, p. 187. V. aussi Grimaldi M. (dir.), *Avant-projet de réforme du droit des sûretés, op. cit*., art. 2321, p. 61-62 où il est proposé de supprimer « *la formule malencontreuse car dépourvue de sens :* "ou de collusion de celui-ci avec le donneur d'ordre" ».

[2] Pour un exemple d'abus insuffisamment manifeste, V. Com. 21 mai 1985, *Bull. civ. IV,* n° 160 ; *D*. 1986. 213, note Vasseur M.

l'abus et la fraude[1], pourvu qu'ils soient manifestes : c'est en ce sens que le rapport d'obligation du créancier bénéficiaire est dans le cadre de la garantie autonome réduit à sa plus simple expression. Les exemples de cette mauvaise foi caractérisée ne sont pas nombreux, car ils supposent de la part du bénéficiaire un comportement particulièrement éhonté que tous n'adoptent pas. À titre d'illustration, un appel en garantie par le bénéficiaire a été jugé manifestement abusif par la Cour de cassation « *dès lors qu'il était formulé en référence à l'inexécution d'un autre crédit que celui visé dans la lettre d'engagement* »[2]. A travers cet exemple il peut être constaté que, malgré sa portée réduite, l'engagement du bénéficiaire d'une garantie autonome renferme une part minimale d'astriction. Cet exemple d'un engagement extrêmement peu contraignant pour celui qui bénéficie de la sûreté n'est cependant pas isolé. Il en est ainsi de l'engagement du créancier bénéficiaire d'une lettre d'intention.

3. L'engagement du créancier bénéficiaire d'une lettre d'intention

147. Une sûreté protéiforme[3]. L'ordonnance n° 2006-346 du 23 mars 2006 portant réforme des sûretés a permis, outre la consécration de la garantie autonome, celle de la lettre d'intention[4]. Par définition, elle est « *l'engagement de faire ou de ne pas faire ayant pour objet le soutien apporté à un débiteur dans l'exécution de son obligation envers son créancier* »[5]. La formulation du législateur dénote une différence fondamentale entre ce type de sûreté personnelle et celles qui ont été appréhendées jusqu'à présent. La lettre d'intention

[1] Bien qu'elle figure dans le code civil, la collusion n'est qu'une application particulière de la fraude, qu'il n'était pas indispensable de consacrer. De manière générale, c'est la mauvaise foi du créancier bénéficiaire qui est sanctionnée, à condition toutefois qu'elle soit évidente (V. Simler Ph., Delebecque Ph., *op. et loc. cit*.)

[2] Com. 18 avril 2000, n° 97-10.160 ; *RJDA* 2000. 803 ; *RDBF* 2000, n° 156, obs. Mattout J.-P. ; *Banque et droit* novembre-décembre 2000, p. 46, obs. Jacob F. ; *Dr. et patr*. 2001, n° 94, p. 91, obs. Saint-Alary-Houin C. L'exemple est intéressant à double titre : en plus d'illustrer une hypothèse d'appel manifestement abusif et de préciser ainsi la portée de l'engagement du créancier, il permet de relativiser la prétendue autonomie de la garantie. Plus qu'une réalité, cette autonomie se révèle être une commodité de langage pour distinguer clairement la garantie autonome du cautionnement. Le propre d'une sûreté est en effet d'être relative à un engagement préalable, puisqu'il serait insensé de garantir une opération inexistante. À proprement parler, l'autonomie de la garantie n'existe donc pas.

[3] Plusieurs auteurs emploient le qualificatif : Arbellot F., *Les relations entre la sûreté personnelle et le rapport de base en droit français*, thèse Poitiers, 1997, n° 126 s. ; Dupichot Ph., *th. préc.*, n° 404. Bien qu'elle n'emploie pas le terme, la Cour de cassation a clairement souligné cette nature : Com., 21 décembre 1987, *Bull. civ. IV,* n° 281 ; *D.* 1989. 112, note Brill J.-P. ; *JCP G* 1988. II. 21113, concl. Montanier M. ; *RDBF* 1988, p. 101, obs. Contamine-Raynaud M. ; *Banque* 1988, p. 361, obs. Rives-Lange J.-L. ; *Rev. soc*. 1988, p. 398, note Synvet H. ; *RTD com*. 1988. 271, obs. Cabrillac M. et Teyssié B. V. plus généralement sur cette sûreté Barré X., *La lettre d'intention : technique contractuelle et pratique bancaire*, thèse, Economica, 1995.

[4] Comme pour la garantie autonome, la lettre d'intention est issue de la pratique et plus spécialement de la pratique des affaires. La dénomination retenue par le législateur n'est pas la seule connue, plusieurs autres renvoient à une même réalité : lettre de patronage, lettre de confort, lettre de parrainage… Par souci de clarté, la qualification générique que le législateur a choisie sera retenue pour la suite des développements.

[5] Art. 2322 c. civ.

ne met pas à la charge de son souscripteur une obligation de se substituer au débiteur défaillant, ni de payer une somme d'argent déterminée et indépendante de l'opération garantie, mais bien un « *engagement de faire ou de ne pas faire* ». La majeure partie du contentieux afférent à la lettre d'intention est absorbée par sa qualification et par conséquent son régime, soit la nature et la portée de l'obligation souscrite. Malgré sa définition légale, la détermination de l'obligation du souscripteur est parfois problématique, tant la rédaction de la lettre d'intention peut varier d'un cas à l'autre. L'*instrumentum* peut en effet ne contenir qu'un engagement moral, parfois suffisant à conférer le crédit nécessaire au débiteur principal[1], comme il peut, à l'inverse, correspondre à un véritable cautionnement[2]. Entre ces deux extrémités possibles, la difficulté essentielle tient à la détermination de la nature véritable de l'obligation – hormis l'hypothèse d'un acte dont la rédaction claire n'appelle aucune interprétation[3].

148. La détermination délicate de l'engagement du créancier. La difficulté relative à la détermination exacte de l'obligation du souscripteur se répercute inévitablement sur celle de l'engagement du créancier bénéficiaire. Si le terme même « *engagement* » paraît inapproprié pour définir la situation du créancier garanti, tant elle pourrait se réduire à une position d'attentisme, il s'avère comme pour toute autre sûreté personnelle et *a fortiori* pour tout contrat unilatéral que le créancier est bien tenu par un rapport d'obligation qui le lie, ici, au souscripteur de la lettre. Ce rapport d'obligation, dont l'étendue a été mesurée dans le cadre du cautionnement puis de la garantie autonome, est pour la lettre d'intention plus malaisé à définir. Les raison en sont simples. La rareté du contentieux et l'unique disposition, par ailleurs lapidaire, relatifs à la lettre d'intention ne permettent pas de circonscrire avec exactitude la teneur de ce rapport. Il est en revanche certain que le créancier n'est pas libre d'user et d'abuser de la protection que la lettre lui confère ; l'existence de son rapport d'obligation n'est pas sérieusement contestable. Au demeurant, la définition même du rapport d'obligation se vérifie par le recours aux notions de bonne foi et d'opposabilité[4]. Il est alors permis d'imaginer des situations dans lesquelles le comportement du créancier garanti par une lettre d'intention aboutira à la privation de l'avantage qu'il entendait en retirer. De fait, si un

[1] V. en ce sens Versailles, 27 avril 2006 ; *RJDA* 2006, p. 1072.
[2] V. Montpellier, 10 janvier 1985 ; *D.* 1985. IR 340, obs. Vasseur M. ; *Banque* 1985, p. 305, obs. Rives-Lange J.-L. ; *RTD civ.* 1985, p. 730, obs. Mestre J. Quant au pourvoi introduit contre l'arrêt, V. Com. 21 décembre 1987, *préc*.
[3] Cette interprétation est désormais proscrite par l'art. 1192 c. civ. : « *On ne peut interpréter les clauses claires et précises à peine de dénaturation* ».
[4] Sur les notions d'opposabilité et de bonne foi et leur rôle dans la définition du rapport d'obligation, V. Wicker G., *th. préc*., n° 144 et 161.

établissement bancaire maintient abusivement un crédit initialement consenti à une filiale, il n'est pas impensable d'imaginer que la société mère qui a souscrit une lettre d'intention pour conforter ce crédit refuse, de manière tout à fait fondée, l'indemnisation du préjudice que la banque éprouvera dès le premier défaut de paiement de la filiale. La lettre d'intention n'a pas vocation à réparer l'incurie voire la mauvaise foi du créancier bénéficiaire et son déroulement paisible peut très bien être contrarié par le manquement du créancier à son rapport d'obligation. À l'image de la garantie autonome, la lettre d'intention révèle un engagement du créancier dont la portée est toute relative pour ne pas dire restreinte. La raison d'un contrat conclu exclusivement dans l'intérêt du créancier ne doit cependant pas masquer le fait que ce dernier ne saurait satisfaire son intérêt à n'importe quelles conditions. C'est à la même conclusion que l'étude des sûretés *sui generis* aboutit.

4. L'engagement du créancier bénéficiaire d'une sûreté *sui generis*

149. Une nomenclature ouverte[1]. Quand bien même le code civil ne prévoit que trois types de sûretés différentes, d'autres formes de ce genre ont vu le jour dans la pratique contractuelle avant d'être appréhendées par la jurisprudence. Si elles ne connaissent pas un statut officiel de garantie du crédit, une large partie de la doctrine les perçoit comme des sûretés potentielles[2]. Parmi elles, la promesse de porte-fort, les sûretés négatives et plusieurs mécanismes issus du régime général des obligations comme la solidarité passive, la délégation ou encore l'indivisibilité.

150. Des garanties plus que des sûretés. Une étude détaillée de ces mécanismes et de la nature des engagements qu'elles renferment ne serait pas dépourvue d'intérêt, mais cela reviendrait à contredire l'approche conceptuelle des sûretés préalablement retenue. Seules la promesse de porte-fort, la délégation simple et les sûretés négatives pourraient valablement

[1] Les sûretés personnelles s'opposent aux sûretés réelles sur un aspect particulier : il n'existe pas de *numerus clausus* des sûretés personnelles. Sur cette différence : Nancy, 22 septembre 1997 ; *RTD com*. 1998. 655, obs. Cabrillac M. Selon l'arrêt : « *à la différence d'une sûreté réelle, une sûreté personnelle trouve sa source dans l'autonomie de la volonté des parties, même si elle n'a fait l'objet d'aucune réglementation spécifique* ». V. également Req., 18 mai 1831 ; *GAJC*, n° 283 : « *tout privilège* […] *doit être strictement restreint dans les cas expressément spécifiés par les actes législatifs qui l'ont établi* […] ». *Contra* Mouly Ch., « Efficacité en France des sûretés anglaises », *RDBB* juin-juillet 1992, n° 32, p. 160. Quant à l'existence d'un *numerus clausus* des sûretés réelles, V. *supra*, n° 379, spéc. n. 3.

[2] La manière de les traiter et les qualifications qui leurs sont données sont variées, mais rares sont les ouvrages qui n'étudient que les sûretés personnelles légales. Sur ce point, V. not. Bourassin M., Brémond V., Jobard-Bachellier M.-N., n° 407 s. (« *Des sûretés personnelles alternatives au cautionnement* ») ; Cabrillac M., Mouly Ch., Cabrillac S., Pétel Ph., n° 433 s. (« *Les régimes spéciaux de sûretés personnelles* ») ; Legeais D., n° 318 s. (« *Les alternatives au cautionnement* ») ; Piedelièvre S., n° 199 s. (« *Les nouvelles formes de garanties personnelles* ») ; Simler Ph., Delebecque Ph., n° 347 s. (« *Solidarité, indivisibilité, délégation* »).

être analysées, puisqu'elles supposent un engagement extérieur à l'obligation garantie, un engagement qui ne découle pas du jeu normal de cette obligation. La solidarité, la délégation novatoire, l'indivisibilité intègre directement le rapport de droit pour l'affermir davantage alors qu'une sûreté reste *a priori* un mécanisme qui est extérieur, étranger au rapport de droit qu'elle protège et auquel elle s'adjoint. Par exemple la solidarité passive apporte certes une sécurité indéniable au créancier, mais elle est imbriquée dans le contrat pour lui conférer cette sécurité : elle ne procède pas d'un engagement extérieur, elle vient au contraire modifier un contrat de l'intérieur puisqu'elle porte sur l'engagement même qui lie le(s) débiteur(s) et le créancier protégé. Elle constitue donc, avec les autres pseudo-sûretés, une garantie plus qu'une sûreté au sens conceptuel. Malgré tout, il est possible d'y voir systématiquement un engagement du créancier, autrement dénommé rapport d'obligation.

151. Un rapport d'obligation permanent. Indépendamment de la qualification retenue de ces divers mécanismes, l'engagement du créancier bénéficiaire d'une sûreté *sui generis* reste comparable à celui de tout contrat unilatéral : une obligation asymétrique car dépourvue de toute prestation susceptible de constituer une contre-valeur à l'obligation assumée par le débiteur. La nature spontanée de ces garanties, dont le contentieux est beaucoup moins nourri que pour le cautionnement ou la garantie autonome, explique la rareté des illustrations de ce rapport d'obligation. En conséquence, ce sont de nouveau les notions de bonne foi et d'opposabilité[1] qui permettent de délimiter l'étendue de l'engagement du créancier. Qu'ils concernent directement son cocontractant ou qu'ils aient lieu en dehors de la relation contractuelle, les agissements du créancier ne doivent pas contrarier la bonne exécution de ses obligations par le débiteur. Malgré la variété des cas de figure, le rapport d'obligation du créancier garanti est persistant. Le profit qu'il retire de la sécurité apportée par la garantie trouve un contrepoids[2] naturel et impératif dans la restriction de son autonomie. En imposant la conclusion d'une garantie, il s'engage à ne rien faire qui compromette le succès de l'opération contractuelle globale.

[1] Wicker G., *th. préc*., n° 144 et 161.
[2] Le terme est employé à dessein, car il ne s'agit pas d'une contrepartie, au sens juridique usuel du terme. Le créancier n'est pas tenu d'exécuter une prestation, il s'astreint à un comportement conforme à la réalisation de l'opération contractuelle.

CONCLUSION DU CHAPITRE II

152. Conclusion du Chapitre 2. La confrontation du droit des sûretés personnelles et d'une analyse dualiste renouvelée de l'obligation aura permis de tirer divers enseignements positifs.

Il a d'abord été mis en évidence la pertinence de l'analyse dualiste moderne de l'obligation. Selon cette analyse le lien de droit se compose, d'abord, d'un rapport obligatoire qui, *mutatis mutandis*, se réduit à la prestation : ce à quoi et ce pour quoi les parties se sont engagées. Ce rapport contient également le « *pouvoir d'exiger le paiement de la dette dont l'exécution réalisera la prévision contractuelle* »[1] sans lequel la prestation serait vaine. Elle comprend ensuite un rapport d'obligation défini comme l'assujettissement du contractant, la restriction de son autonomie, « *assujettissement en vertu duquel lui incombe, non plus une action, mais une inaction, un état d'abstention* »[2]. C'est cette seconde composante, trop longtemps reléguée, qui semble réellement pertinente. Si la première suffit à rendre compte de la patrimonialité comme de la transmissibilité de l'obligation, la seconde est la seule à révéler la dimension éminemment comportementale de l'obligation. Au demeurant a-t-il fallu amender ponctuellement l'analyse, dont les utilités étaient réduites à la seule explication d'une formation fractionnée de l'obligation. L'analyse dualiste moderne de l'obligation est utile à bien d'autres égards.

Sa confrontation aux sûretés personnelles aura justement permis de confirmer les potentialités pressenties de cette analyse de l'obligation. La confrontation ressort implicitement, tout d'abord, des travaux que M. Séjean expose dans sa thèse sur la bilatéralisation du cautionnement. Arguant d'un assujettissement du créancier cautionné et rejetant la bilatéralisation, l'auteur démontre ce à quoi le créancier s'est engagé, tout en préservant la nature unilatérale du cautionnement. De ces enseignements, il a ensuite été suggéré un prolongement au-delà du cautionnement pour l'appliquer à toutes les sûretés personnelles. Ce fut alors l'occasion d'introduire ce qui participe de la composition du rapport d'obligation : les devoirs et incombances, exigences comportementales auquel tout créancier garanti est astreint. Ce fut aussi l'occasion d'approuver l'existence de l'obligation contractuelle imparfaite comme celle du rapport d'obligation, la première révélant le second. Tout créancier garanti par une sûreté personnelle est ainsi astreint par un rapport d'obligation. S'il ne doit

[1] Wicker G., *th. préc.*, n° 159.
[2] *Ibid.*

réaliser aucune prestation, son pouvoir d'exiger le paiement de l'obligation suppose qu'il adopte un comportement qui n'entrave pas la mise en œuvre de la sûreté, ni ne rende cette réalisation plus grave qu'elle ne l'est pour le garant. La seule différence qui oppose les diverses sûretés personnelles est alors à trouver dans la densité de ce rapport d'obligation. Maximale dans le cautionnement, elle est réduite à son expression la plus élémentaire dans la garantie autonome.

CONCLUSION DU TITRE 1

153. Conclusion du Titre I. La nature de l'engagement des parties liées par une sûreté personnelle se révèle au moyen de l'analyse dualiste moderne de l'obligation. Le débiteur de la sûreté personnelle est tenu par une obligation « normale ». Son rapport obligatoire renferme la prestation littéralement transposée ou au moins inspirée de l'obligation garantie. Il dispose également d'une forme de pouvoir de contrainte dont le contenu diffère de celui du créancier. À l'évidence, ce dernier ne peut être contraint d'exécuter une prestation inexistante mais le débiteur de la sûreté peut reprocher son comportement au créancier : ce pouvoir de contrainte du garant aboutit non pas à une exécution forcée mais à une remise en cause de la sûreté, dans son étendue, voire dans son existence. Il s'agirait donc plus d'un pouvoir de sanction que d'un pouvoir de contrainte. Enfin, un rapport d'obligation vient compléter l'engagement du garant : celui-ci doit également adopter un comportement actif et passif conforme au but de la sûreté, sans quoi il mettrait en jeu sa responsabilité. Envisagée du point de vue du créancier, l'obligation qui l'astreint est différente. Il dispose d'un pouvoir qui l'autorise naturellement à contraindre le garant au paiement, sans quoi la sûreté ne présenterait pas le moindre intérêt. Toutefois son obligation est-elle est strictement dépourvue de prestation : jamais un créancier garanti ne doit réaliser une quelconque prestation au profit du débiteur de la sûreté. La seule prestation dont il est redevable est celle qui résulte de l'obligation garantie. Aussi, le créancier est astreint à un comportement conforme aux intérêts du garant : il est ainsi tenu par un rapport d'obligation, sans rapport obligatoire. C'est de ce même rapport d'obligation isolé que procède la faculté reconnue au débiteur de la sûreté de lui reprocher sa faute : même sans prestation, le créancier est tenu à des exigences comportementales qui épargnent le débiteur de ses éventuels manquements dont les retombées peuvent être délétères. L'analyse dépasse d'ailleurs largement le cadre des sûretés personnelles et peu utilement être employée à l'explication de tout autre contrat unilatéral.

Ces divers enseignements autorisent par ailleurs une réflexion étendue à la notion même de sûreté personnelle et à l'existence d'un droit commun des sûretés personnelles. Au sujet de la notion de sûreté personnelle, deux caractéristiques fondamentales de cet engagement que sont l'adjonction d'un lien de droit et l'absence de contribution à la dette du débiteur de la sûreté ont été éprouvées. Si l'analyse dualiste de l'obligation ne permet pas d'ajouter à ces critères, elle permet au moins de les confirmer et de les préciser. L'adjonction est celle d'un lien de

droit original : la sûreté personnelle est un décalque plus ou moins fidèle de l'obligation principale perçue sous sa seule dimension passive. Le garant assume une dette comparable sinon identique à celle du débiteur garanti, le créancier dispose d'un pouvoir de contrainte nouveau à l'endroit de ce deuxième débiteur. Le critère de l'absence de contribution à la dette, enfin, est affermi par le recours à l'analyse dualiste moderne de l'obligation : cette absence est protégée par les moyens offerts à la caution de reprocher au créancier son comportement fautif, lesquels correspondent à un manquement à son rapport d'obligation. L'étude de la faute permettra de confirmer cet argument dans ses diverses manifestations mais il reste acquis dans son principe : le rapport d'obligation du créancier l'astreint à une attitude qui, en substance, préserve le garant d'une contribution forcée à la dette.

Quant aux règles qui pourraient constituer un droit commun des sûretés personnelles, l'examen du rapport d'obligation qui astreint créancier et débiteur de la sûreté permet d'approfondir l'existence ou le contenu de certaines d'entre elles. Au vu de la composition de ce rapport, il est d'abord permis de confirmer l'exigence de bonne foi[1] qui irrigue les sûretés. Elle concerne le créancier qui se doit de ménager *a minima* les intérêts du débiteur de la sûreté : il ne s'agit pas pour lui de les privilégier, mais seulement de les prendre en compte en évitant d'aggraver l'engagement du garant[2]. Elle s'applique aussi au garant, qui ne doit pas faire reporter le poids de son inconséquence sur le premier débiteur ou sur les débiteurs d'autres garanties (cofidéjusseurs, contre-garants…). Le contenu de cette exigence, variable d'une sûreté à l'autre, est constitué de règles légales ou prétoriennes comme la proportionnalité de l'engagement de la caution, le bénéfice de subrogation, l'information de la caution, la diligence exigée du garant qui ne doit pas payer lorsqu'il existe des moyens de contester la demande du créancier, etc.

Aussi, l'exigence de neutralité économique semble pouvoir être complétée grâce à l'examen de la faute. Selon cette exigence, la sûreté « *ne peut procurer au créancier aucun enrichissement* »[3]. Le montant du cautionnement étant légalement calibré sur celui de l'obligation principale et les recours du garant ayant pour effet naturel, dans les autres sûretés personnelles, de prévenir tout enrichissement de cet ordre, c'est du côté du garant que cette exigence gagnerait à être étendue. Le critère confirmé de l'absence de contribution à la dette

[1] V. Legeais D., n° 29 ; Simler Ph., Delebecque Ph., n° 35 (selon qui « *le phénomène est encore diffus, mais il a le mérite de faire prendre conscience de ce que l'on pourrait appeler un droit commun des sûretés* »). Sur cette exigence envisagée comme un devoir général, V. Association Henri Capitant, *Principes contractuels communs : projet de cadre commun de référence*, *op. cit*., art. 0 : 301, p. 158 : « *Chacune des parties est tenue d'agir conformément aux exigences de la bonne foi, depuis la négociation du contrat jusqu'à la réalisation de l'ensemble de ses effets. Les parties ne peuvent exclure ce devoir ni le limiter* ».

[2] V. en ce sens Albigès Ch., Dumont-Lefrand M.-P., n° 246.

[3] Grimaldi M. (dir.), *Avant-projet de réforme du droit des sûretés*, *op. cit*., art. 2286-3.

du garant permet ainsi de modeler l'exigence de neutralité économique sur son engagement. Il ne doit pas éprouver de perte patrimoniale dont la cause serait imputable à un protagoniste de l'opération de sûreté. Autrement dit, le garant ne doit subir de contribution définitive à la dette que dans l'hypothèse d'un contexte économique défavorable, d'un cas de force majeure ou de tout évènement parfaitement indépendant de la conduite d'une des parties à l'opération, soit en l'absence de toute faute.

TITRE II. LA NATURE DE LA FAUTE

154. Incidences de la nature tripartite de l'opération de sûreté personnelle. Toute sûreté personnelle se distingue par le fait qu'elle met systématiquement en rapport trois personnes : créancier, débiteur de l'obligation garantie et débiteur de la sûreté. Cette nature tripartite aura une incidence inévitable sur l'analyse de la faute commise à l'occasion d'une sûreté personnelle. Dès lors que ces trois personnes peuvent alternativement éprouver ou adopter un comportement répréhensible et que leurs intérêts sont enchevêtrés, il paraît immanquable que la faute commise dans un tel cadre présente une nature originale. Toutes les fautes concevables ne doivent cependant pas être étudiées. L'analyse de la faute du débiteur de l'obligation garantie doit ainsi être exclue.

155. Limitation de l'analyse aux parties à la sûreté. Si le débiteur d'une obligation garantie par une sûreté personnelle est directement concerné par l'opération tripartite, l'analyse de son comportement fautif ne paraît pas devoir être menée. D'une part car le débiteur de l'obligation garantie n'est pas, par définition, partie à la sûreté. D'autre part, cette première raison n'étant pas à elle seule dirimante, il se trouve que l'intérêt d'une telle étude est fortement limité. La raison est simple. La faute du débiteur garanti entrainera, dans l'immense majorité des cas, la mise en œuvre de la sûreté personnelle. Quand bien même cette faute n'est pas le critère exclusif du déclenchement de la sûreté, elle ne présente pas *a priori* une originalité suffisante alors, au contraire, que la faute commise « dans » la sûreté reflètera nécessairement l'atypisme de cet engagement. Il s'agira ainsi de dissocier la faute du créancier de la faute du débiteur de la sûreté pour n'envisager que dans des cas très limités et ponctuels certaines fautes du débiteur de l'obligation garantie[1]. Une autre dissociation doit enfin être employée afin de procéder à l'étude du manquement : l'opposition entre la dimension matérielle et la dimension personnelle de la faute.

156. Dimension matérielle contre dimension personnelle de la faute. Dès lors qu'elle est avant tout un comportement, la faute recouvre deux dimensions essentielles : sa

[1] L'intitulé du sujet impose une telle exclusion : le débiteur garanti n'est pas partie à la sûreté même s'il y est directement intéressé. Sur la nature de la relation qui l'unit au débiteur de la sûreté, V. not. François J., « Le problème de la nature juridique du contrat caution-débiteur », *D.* 2001, chron. 2580 ; Rémond-Gouilloud M., « L'influence du rapport caution-débiteur sur le contrat de cautionnement », *JCP G* 1977. I. 2850.

manifestation concrète, soit le fait d'être rendue objective et constatable en dehors de la personne de son auteur et les considérations propres à cette même personne qui façonnent l'existence et les incidences de la faute qu'il commet. Il conviendra ainsi de dissocier l'étude des dimensions matérielle (Chapitre 1) et personnelle (Chapitre 2) de la faute pour en synthétiser à l'issue les enseignements.

157. Plan. Cette démarche ne saurait en revanche être menée à bien sans revenir au préalable sur la controverse qui a animé la doctrine, classique comme moderne, au sujet de la responsabilité et de ses deux ordres constitutifs. L'un d'eux, la responsabilité contractuelle, a été sérieusement contesté. La faute contractuelle elle-même a été mise en cause, jusque dans son existence. Or nul n'est besoin de rappeler le lien extrêmement étroit que les sûretés entretiennent avec la matière contractuelle : l'étude de la faute en droit des sûretés personnelles serait lacunaire si elle ne faisait pas état de ces discussions. Il s'agira alors de démontrer l'existence et l'autonomie d'un ordre de responsabilité spécifique à la matière contractuelle (Chapitre préliminaire). C'est à nouveau l'analyse dualiste moderne de l'obligation qui permettra de conclure à l'existence de la responsabilité contractuelle et de traiter en conséquence la faute en droit des sûretés personnelles.

Chapitre préliminaire. La reconnaissance préalable de l'existence de la responsabilité contractuelle

Chapitre 1. La dimension matérielle de la faute

Chapitre 2. La dimension personnelle de la faute

Chapitre préliminaire. La reconnaissance préalable de l'existence de la responsabilité contractuelle

158. La naissance d'une controverse relative à la responsabilité contractuelle. À partir des années 1990, une partie de la doctrine française relaye et actualise les arguments de plusieurs auteurs, français et belges, de la fin du XIX[e] siècle et condamne l'idée même d'une responsabilité contractuelle[1]. Selon ses détracteurs, la responsabilité est une notion exclusive au domaine extracontractuel qui ne peut être transposée à la matière contractuelle. Il n'y aurait de faute que délictuelle et tout manquement d'un débiteur contractuel se réduirait à une inexécution du contrat. L'inexécution du contrat absorbe en même temps qu'elle disqualifie la notion de faute contractuelle. Or une fois la faute exclue de la matière contractuelle, il ne serait plus possible de sauvegarder le concept de responsabilité contractuelle. Cette remise en cause, succinctement résumée, ne convainc pas. Les arguments, bien qu'ils soient pertinents et illustrés, ne suffisent pas à convaincre de la disqualification générale du concept de responsabilité contractuelle. Afin de mieux conclure à la permanence de la responsabilité contractuelle et de la faute contractuelle qui en constitue le fondement (Section 2), il est nécessaire de revenir sur les arguments tendant à leur remise en cause (Section 1). Au final, il ne s'agira pas de rejeter en bloc l'une ou l'autre des branches de l'alternative mais de retenir une voie médiane entre ces différentes propositions, afin de promouvoir la singularité de la responsabilité contractuelle (Section 3).

[1] Pour la doctrine classique, V. Sainctelette H., *De la responsabilité et de la garantie*. *Accidents de transport et de travail*, éd. Bruyland-Christophe et A. Chevalier-Marescq, Bruxelles, 1884. La distinction des deux notions est contredite dans la thèse de Grandmoulin (*De l'unité de la responsabilité ou nature délictuelle de la responsabilité pour violation des obligations contractuelles,* Rennes, Typographie de Alphonse Leroy, 1892).
Pour la réactualisation de la controverse par la doctrine moderne, V. not. Faure-Abbad M., *Le fait générateur de la responsabilité contractuelle : contribution à la théorie de l'inexécution du contrat*, LGDJ, Collection de la faculté de droit et des sciences sociales de Poitiers, 2003 ; Lapoyade-Deschamps Ch., « Le mythe de la responsabilité contractuelle en droit français », *in Failure of contracts*, Oxford, éd. Francis Rose, 1997, p. 175 s. ; Le Tourneau Ph., Cadiet L., *Droit de la responsabilité*, Dalloz, 1996, n° 220 s. et n° 1481 s. ; Leturmy L., « La responsabilité délictuelle du contractant », *RTD civ*. 1998. 839 ; Rémy Ph., « "Responsabilité contractuelle" : histoire d'un faux concept », *RTD civ*. 1997, p. 323 s., ainsi que « Critique du système français de responsabilité civile », *Droit et cultures*, 1996, p. 31 s. ; Savaux E., « La fin de la responsabilité contractuelle ? », *RTD civ*. 1999, p. 1 s. ; Tallon D., « Pourquoi parler de faute contractuelle ? », *Droit civil, procédure, linguistique juridique : écrits en hommage à Gérard Cornu*, PUF, 1994, p. 429 s. Pour les auteurs admettant la responsabilité contractuelle : Degonse C., *Approche critique du concept de responsabilité contractuelle*, thèse Paris XI, 2001 ; Jourdain P., « Réflexion sur la notion de responsabilité contractuelle », *in Les métamorphoses de la responsabilité, Sixième journée René Savatier*, Poitiers, 15 et 16 mai 1997, PUF, 1998, p. 73 s. ; Larroumet Ch., « Pour la responsabilité contractuelle », *Mélanges P. Catala*, 2001, p. 243 s. ; Radé Ch., « L'impossible divorce de la faute et de la responsabilité civile », *D.* 1998, chron. 301 ; Viney G., « La responsabilité contractuelle en question », *Mélanges Ghestin*, LGDJ, 2001, p. 921 s.

Section 1. La remise en cause de la responsabilité contractuelle

159. La réactualisation d'une querelle historique. Issues de la fin du XIX^e^ siècle, les premières contestations du concept de responsabilité contractuelle ont eu un succès limité : perçu comme un lieu d'inégalité par excellence, le contrat s'agençait parfaitement avec la notion et les fonctions de la responsabilité. La querelle a cependant connu un regain d'intérêt à la fin du XX^e^ siècle, en même temps que la critique s'est affermie. La seule différence de régime mise en évidence par les auteurs classiques s'est vue remplacée par l'argument bien plus radical, chez les auteurs modernes, d'une différence de nature. Il s'agit alors de suivre les évolutions chronologiques de ces remises en cause : la différence de régime des deux types de responsabilités caractérise la controverse classique (§ 1), alors que la différence de nature est propre à la controverse moderne (§ 2).

§ 1. Une différence de régime au fondement de la controverse classique

160. Un critère de résolution trouvé *a posteriori*. Alors que les auteurs principaux ayant animé cette première querelle doctrinale semblaient irréductiblement opposés, plusieurs autres ont, après eux, proposé de la résoudre. Selon ces derniers, les deux ordres de responsabilité existent et leur opposition tient à une simple différence de régime. Les fondements de la controverse (A) ne sont donc pas inconciliables puisqu'une harmonie a pu être trouvée par ce critère. La controverse a donc été, au moins un temps, résolue (B).

A. Les fondements de la controverse

161. Une querelle transfrontalière. Il convient de relayer ici les arguments des deux auteurs principaux de la controverse, Sainctelette et Grandmoulin. Alors que le premier excluait de la sphère contractuelle la responsabilité pour lui préférer la garantie (1), le second estimait que la responsabilité était une notion unitaire, applicable indifféremment au délit comme au contrat (2).

1. La responsabilité et la garantie, avatars respectifs des domaines délictuel et contractuel

162. La promotion de la garantie à des fins spécifiques. Sainctelette fut le premier, en 1884, à critiquer l'idée même de responsabilité contractuelle. Selon lui, l'ancien article 1147 du code civil impose aux contractants une forme de garantie de leurs engagements, totalement étrangère à la notion de faute. L'avantage de cette conception est d'épargner à la victime la recherche d'une faute, de sa preuve, du lien de causalité entre ce fait fautif et le préjudice qu'il éprouve, etc. Le recours à la garantie permet ainsi le transport de « *la réparation du terrain du délit au terrain du contrat* »[1] et l'automaticité de sa mise en œuvre assure l'efficacité de cette réparation. Il est significatif de préciser ici que le domaine d'étude de Sainctelette est celui qui catalyse les tensions doctrinales au tournant du XX^{e} siècle, à savoir le droit social – ou plus exactement, puisque le terme est anachronique, la législation industrielle. C'est en ce sens que qu'il est permis de supposer que la défense du concept par l'auteur était menée à dessein. La reconnaissance de la garantie comme avatar de la matière contractuelle serait un instrument précieux de défense des ouvriers victimes face aux employeurs fautifs. La garantie se présente ainsi comme un faire-valoir politique plutôt qu'un argument strictement technique[2]. Son succès sera pour le moins limité, puisque le législateur français lui préférera la théorie des risques exposée par Saleilles.

163. La concurrence de la théorie des risques. Parallèlement aux constructions doctrinales de Sainctelette, Raymond Saleilles entend également proposer une solution au problème grandissant de la responsabilité, appliqué aux toutes récentes industries. Plutôt que de raisonner sur le terrain contractuel comme Sainctelette, Saleilles propose une substitution, dans la sphère délictuelle, de la notion de risque à celle de faute[3]. Brièvement résumée, l'opportunité de cette substitution se révèle à la mesure de l'étendue respective de ces deux notions. Bien plus large que la faute, le risque permettrait, s'il était consacré, de condamner plus facilement l'employeur qui a fait courir sur l'ouvrier un risque quant à son intégrité physique. Ici encore, les preuves d'un fait fautif seraient superflues, la seule constatation du risque éprouvé suffisant à faire condamner celui qui l'a laissé courir. De la même manière que

[1] Rémy Ph., « "Responsabilité contractuelle" (…) », *art. préc.*, n° 11.
[2] Dans le même sens : Rémy Ph., *art. préc*., n° 17.
[3] Pour de plus amples développements, V. Saleilles R., *Les accidents du travail et la responsabilité civile. Essai d'une théorie objective de la responsabilité délictuelle*, Libraire nouvelle de droit et de jurisprudence, 1897 ; « Le risque professionnel dans le code civil », *Réforme sociale*, 1898.1.634 ; *Etude sur la théorie générale de l'obligation d'après le premier projet de code civil pour l'Empire allemand*, 2ème éd., 1901, n° 337.

Sainctelette mais sur un terrain différent, Saleilles propose une solution pour protéger plus efficacement les ouvriers en position de faiblesse et peu arrangés par les contraintes de la matière délictuelle. La jurisprudence préférera pourtant cette dernière voie, quitte à la travestir[1], puis ce sera le législateur qui résoudra le contentieux avec la loi du 9 avril 1898 concernant les responsabilités dans les accidents du travail[2].

2. La nature unitaire de la responsabilité

164. Une construction doctrinale originale. Avant que Saleilles ne s'empare de l'argument de la garantie pour lui préférer le risque et que le législateur n'intervienne en matière d'accidents du travail, Grandmoulin proposait quant à lui de reconnaitre l'unité de la responsabilité. Tel fut l'intitulé, au moins partiel, de sa thèse[3]. L'auteur estime que la notion de responsabilité est intrinsèquement unitaire et que l'article 1147 du code civil n'est qu'une déclinaison de l'article 1382 du même code, quand bien même les termes emblématiques du second ne se retrouveraient pas dans le premier. Grandmoulin estime que toute violation du lien contractuel suppose une réparation sur le terrain délictuel. Plus encore, il soutient l'argument selon lequel tout manquement contractuel ne serait autre qu'une faute délictuelle. La faute contractuelle ne serait qu'un exemple parmi d'autres d'un manquement au devoir général de ne pas nuire à autrui, ce qui conduit l'auteur à retenir, dans le titre même de sa thèse, la « *nature délictuelle de la responsabilité pour violation des obligations contractuelles* ». L'auteur développe ainsi la comparaison au point de nier la singularité de la responsabilité contractuelle, sans toutefois remettre en cause son existence[4]. Il n'entend pas, comme le font les détracteurs modernes, refouler le concept de responsabilité contractuelle mais il réduit son existence à une simple modalité du principe général posé par l'ancien article 1382 du code civil[5].

La controverse oppose ainsi plusieurs thèses à première vue irréductibles. La garantie, le risque, la faute sont autant de critères qu'il paraît irréalisable de consacrer cumulativement. Pourtant la doctrine, au début du XX^{e} siècle a pu, une fois retombés les tumultes

[1] Civ. 16 juin 1896, *D*. 1897.1.433, note Saleilles R. ; *S*. 1897. 1. 17 note Esmein A., cité par Rémy Ph., *in art. préc*., n. 38 (l'arrêt marque le parti pris de la jurisprudence en faveur d'un principe de responsabilité du fait des choses).

[2] Le contentieux est ainsi résolu, mais la controverse subsiste. V. Rémy Ph., *art. préc*., n° 11.

[3] *De l'unité de la responsabilité ou nature délictuelle de la responsabilité pour violation des obligations contractuelles,* Typographie de Alphonse Leroy, 1892.

[4] V. plus précisément Rémy Ph., *art. préc*., n° 14 et *spéc*. n. 59 et 62. Egalement : Debat O., « Le contrat, source de responsabilité envers les tiers », *LPA* 2003, n° 190, p. 3 et *spéc*. n. 15.

[5] Sa défense de l'unité de la responsabilité séduit, certains auteurs reprenant et prolongeant ses propositions. V. not. Lefèbvre A.-F., « De la responsabilité, délictuelle, contractuelle », *Rev. crit*. 1886. 485.

caractéristiques de la fin du siècle précédent, proposer une synthèse de ces différentes positions en suggérant une voie médiane comme résolution de la controverse.

B. La résolution de la controverse

165. Unité notionnelle et dualité fonctionnelle. La querelle ainsi présentée a été désamorcée par quelques auteurs postérieurs, parmi lesquels Planiol, Saleilles et Mazeaud[1]. Ces auteurs résument et tarissent la controverse en affirmant l'unité de nature (1) et la simple différence de régime des deux types de responsabilités (2).

1. L'unité de nature des responsabilités

166. L'unité de nature des responsabilités suscitée par la définition classique de la faute selon Planiol. Rares sont les écrits juridiques qui traitent de la notion de faute sans au moins rappeler la définition que Planiol proposait : le manquement à une obligation préexistante[2]. Cette définition permet d'englober toutes les hypothèses de fautes indépendamment de la nature de l'obligation à laquelle l'auteur a manqué. Pour bien comprendre les raisons de cette définition, il est nécessaire de rappeler que l'auteur fondait entièrement l'existence et le sens du Droit sur la notion même de faute. Ce qui explique notamment qu'il ait si vivement combattu les thèses de Sainctelette et Saleilles, lesquelles s'en détachaient largement. Par sa généralité, la définition de la faute permet d'amorcer l'idée que les deux types de responsabilité ont une nature commune. Que ce soit une obligation contractuelle spéciale ou une obligation délictuelle générale, le manquement sera toujours constitutif d'une faute et déclenchera la responsabilité afférente. L'élément déclencheur de la responsabilité est invariablement la faute, peu important la nature du lien qu'elle affecte : la nature unitaire de la responsabilité apparaît en germe[3]. Elle sera confirmée par un auteur contemporain de Planiol.

---

[1] Mazeaud H., « Responsabilité délictuelle et responsabilité contractuelle », *RTD civ.* 1929. 551 et *Droit civil approfondi : la responsabilité contractuelle*, 1946.

[2] Planiol M., *Traité élémentaire de droit civil*, 3ème éd., 1905, II, n° 876.

[3] Il est permis ici de relever le fait que la définition de Planiol est bien plus adéquate à la matière contractuelle que délictuelle : la faute contractuelle suppose un engagement préalable. Il a en effet été reproché à sa conception de postuler ni plus ni moins l'existence d'une obligation générale de ne pas nuire à autrui, là où il n'y aurait qu'un devoir. À l'évidence la définition recèle une part d'artifice puisqu'il n'y a pas à proprement parler d'obligation générale de ne pas nuire à autrui. L'argument n'est cependant pas disqualifiant, car il fait d'une part abstraction de la conception du droit que Planiol retenait (lequel défendait l'idée d'une « *obligation passive universelle* ») et en considération de laquelle sa définition est tout à fait fondée. D'autre part, la définition est parfaitement adaptée à l'analyse dualiste moderne de l'obligation à laquelle il a été préalablement souscrit – rejoignant peu ou prou la conception du droit de Planiol. L'obligation n'est pas seulement une prestation, elle est

167. L'unité de nature des responsabilités consacrée par Esmein. Dans un article consacré aux fondements des responsabilités délictuelle et contractuelle, Esmein consacre la thèse défendue par Planiol en assimilant ces fondements[1]. En reprenant le curseur de la faute, l'auteur défend l'idée selon laquelle ce manquement n'est et ne peut être que l'inexécution d'une obligation. Que l'obligation soit volontairement assumée ou qu'elle soit imposée par le législateur, tout manquement sera constitutif d'une faute et appellera pareillement une sanction. La responsabilité contractuelle partage le même fondement que la responsabilité délictuelle, puisque l'origine de l'obligation est indifférente à la caractérisation d'une faute et à la sanction de son auteur. Esmein dépasse ainsi la pensée de celui dont il se revendique et émet, au-delà d'une unité de nature, l'idée d'une unité de fonction. La responsabilité, quelle qu'elle soit, a systématiquement pour objet de réparer les dommages injustement causés[2]. Cette nouveauté permettra à d'autres auteurs postérieurs de clarifier encore le domaine des responsabilités en affirmant leur dualité de régime.

2. La dualité de régime des responsabilités

168. La consécration de la responsabilité contractuelle par Henri et Léon Mazeaud. Auteurs emblématiques de la première moitié du XX^e^ siècle, Henri et Léon Mazeaud ont réalisé une synthèse des différents travaux qui ont été précédemment exposés. Admettant l'unité de nature des responsabilités délictuelle et contractuelle, les auteurs prolongent l'étude de ces mécanismes en défendant l'autonomie de la responsabilité contractuelle en tant que source d'obligation. Au fondement de cette autonomie se trouve la faute : si la faute est invariable dans les deux ordres de responsabilité, leurs sanctions sont en revanche divergentes. Cette divergence ne tient pas au but de ces sanctions – réparer un dommage – mais à leur source. Il y a en effet une première différence entre sanctionner un devoir général imposé par la loi et sanctionner un devoir spécifique volontairement et

---

aussi un comportement. Alors que le contrat entraine en principe la naissance simultanée des deux rapports, l'obligation délictuelle se caractérise par l'existence préalable d'un devoir général (assimilable au rapport d'obligation) auquel s'adjoint un rapport obligatoire lors de la commission d'une faute. La pertinence de la définition de Planiol est donc fonction de la définition retenue de l'obligation.

[1] Esmein P., « Le fondement de la responsabilité contractuelle rapproché de la responsabilité délictuelle », *RTD civ*. 1933. 627.

[2] « *La société nous fixe des règles de conduite sans lesquelles la vie en commun serait impossible. Elle nous commande avec la même force d'exécuter les ordres qu'elle nous donne elle-même et les engagements que nous avons volontairement assumés. Comment concevoir alors que les principes de la sanction diffèrent suivant l'origine de l'obligation ? Seules sont admissibles des différences sur des points spéciaux, à condition d'être sérieusement justifiées* », *in ibid* et cité par Rémy Ph., *art. préc.*, n. 64.

préalablement assumé. La seconde différence tient au fait que la violation de l'obligation contractuelle donne naissance à une nouvelle obligation, celle de réparer le dommage injustement causé – laquelle, par redondance, n'est pas issue du contrat lui-même. De ces constatations, les auteurs concluent à l'autonomie de la responsabilité contractuelle[1]. Cette autonomie sera définitivement entérinée dans la thèse d'un auteur qui défend la dualité de régime des responsabilités.

169. La dualité de régime des responsabilités selon André Brun. Dans sa thèse consacrée aux « *Rapports et domaines respectifs des responsabilités contractuelle et délictuelle* », Brun consacre les travaux de synthèse de Henri et Léon Mazeaud en reconnaissant la dualité de régime des deux responsabilités[2]. Cette dualité tient essentiellement au particularisme de l'élément déclencheur de la responsabilité, à savoir non pas le contrat lui-même mais le manquement à l'obligation qui en découle. La dualité de régime est confirmée par l'examen de la variété des sanctions de la responsabilité contractuelle. Quand la responsabilité extracontractuelle offre l'allocation de dommages et intérêts pour compenser le préjudice subi, la responsabilité contractuelle offre pléthore de sanctions : exécution forcée, exception d'inexécution, résolution, réduction judiciaire, droit de rétention… L'argument ainsi défendu par Brun viendra cristalliser la position de la doctrine majoritaire, jusqu'à la fin du XX^{e} siècle. C'est alors que les opposants à cette conception de la responsabilité remettront en cause ce que d'aucuns qualifient de « *compromis flottant* »[3]. Plus qu'une différence de régime, c'est une différence de nature qui opposerait les deux ordres de responsabilité.

§ 2. Une différence de nature au fondement de la controverse moderne

170. Renaissance et réactualisation de la controverse. Alors que le concept de responsabilité contractuelle semblait généralement admis, depuis les écrits de Mazeaud et de Brun, la dernière décennie du XX^{e} siècle fut notamment marquée par la réactivation de cette

[1] « *La responsabilité contractuelle est une source d'obligation, tout autant que la responsabilité délictuelle. Sans doute une obligation liait déjà l'auteur du dommage et la victime ; mais l'obligation dont il s'agit est une obligation différente, qui remplace la première. Il y a successivement deux obligations ; la première naît du contrat, la seconde de la responsabilité contractuelle* » (Mazeaud H., L. et J., Chabas F, *Leçons de droit civil, t. II, vol. 1, Obligations, Théorie générale*, 8ème éd., 1991, n° 376, cité par Savaux E., « La fin de la responsabilité contractuelle ? », *art. préc*.).
[2] Brun A., *Rapports et domaines des responsabilités contractuelle et délictuelle*, thèse Lyon, 1930.
[3] Rémy Ph., « "Responsabilité contractuelle" (…) », *art. préc.*, n° 16.

controverse[1]. Or cette fois-ci, la critique est bien plus radicale : la responsabilité contractuelle n'existe pas. Il y aurait donc une différence fondamentale entre les matières délictuelle et contractuelle qui relèverait de leur nature, bien plus que de leur régime. Pour percevoir clairement les tenants et les aboutissants de la remise en cause, ses aspects théoriques (A) seront dissociés de ses aspects pratiques (B).

A. Les aspects théoriques de la remise en cause

171. Deux éléments essentiels à la remise en cause. Les arguments des auteurs contestant la responsabilité contractuelle peuvent se résumer en deux points : le fait que la soi-disant responsabilité contractuelle est introuvable dans les dispositions légales et ne serait alors qu'une pure construction de l'esprit (1). La notion même de faute contractuelle, au fondement de la responsabilité du même ordre, serait quant à elle inexistante (2).

1. La responsabilité contractuelle introuvable

172. La responsabilité contractuelle absente des dispositions relatives aux contrats spéciaux. Les détracteurs de la responsabilité contractuelle invoquent au soutien de leur argumentation plusieurs dispositions du code civil relevant du droit des contrats spéciaux : celles-ci distingueraient clairement l'inexécution contractuelle de la responsabilité extracontractuelle. Les actions offertes au contractant lésé sont en effet d'abord des actions en garantie, dont le but est d'assurer l'exécution normale du contrat et non d'indemniser la victime[2]. La garantie des vices cachés, par exemple, permet à l'acquéreur éprouvant le vice litigieux de demander soit la restitution du prix contre la restitution du bien, soit la réduction du prix de vente à hauteur de la dépréciation résultant du vice[3]. Dans l'un comme dans l'autre de ces cas, il ne s'agit nullement pour lui de demander la réparation d'un préjudice, mais bien l'exécution du contrat conformément aux prévisions. De ces dispositions spécifiques, il ne ressort pas en effet l'existence d'une responsabilité contractuelle. L'examen des dispositions générales aboutit au même constat.

---

[1] V. *supra*, n° 160.
[2] V. Rémy Ph., *art. préc.*, n° 4.
[3] Selon l'ancien art. 1641 c. civ. : « *Dans le cas des articles 1641 et 1643, l'acheteur a le choix de rendre la chose et de se faire restituer le prix, ou de garder la chose et de se faire rendre une partie du prix* ».

173. La responsabilité contractuelle absente des dispositions relatives aux obligations conventionnelles en général. Plus encore que dans les dispositions spéciales de la matière contractuelle, la responsabilité serait absente des dispositions qui forment le socle commun du droit contractuel français. Si l'existence d'une telle forme de responsabilité a pu être décelée, ce ne serait que par une transposition des critères de la responsabilité délictuelle à la matière contractuelle. Or cette transposition serait purement artificielle, ce qui se vérifie à la lecture de quelques articles phares du code civil. En premier lieu, l'ancien article 1147 du code civil prévoyait que « *le débiteur est condamné, s'il y a lieu, au paiement de dommages et intérêts, soit à raison de l'inexécution de l'obligation, soit à raison du retard dans l'exécution, toutes les fois qu'il ne justifie pas que l'inexécution provient d'une cause étrangère qui ne peut lui être imputée, encore qu'il n'y ait aucune mauvaise foi de sa part* ». L'absence, dans cette disposition, de toute référence au fondement de la responsabilité, à savoir la faute, ainsi qu'à son corollaire essentiel, le dommage, permit aux détracteurs de la responsabilité contractuelle d'amorcer la négation du concept. L'objectivité de l'article se détacherait fondamentalement de la subjectivité propre à l'ancien article 1382 du code civil. Là où l'article 1382 prévoit la réparation d'un préjudice éprouvé, l'article 1147 ne régit qu'une modalité spécifique de l'exécution du contrat. Cette objectivité se retrouve systématiquement dans les dispositions relatives aux obligations conventionnelles en général, où la terminologie de la matière délictuelle ne s'y retrouve pas. À l'origine de la négation de la responsabilité contractuelle, il y a en effet la négation d'un concept élémentaire : la faute contractuelle.

2. La faute contractuelle inexistante

174. Une construction purement théorique. La faute contractuelle est à la fois le fondement et l'origine du concept fallacieux de responsabilité contractuelle. Son origine est délicate à retracer, car la notion remonte au droit romain et a subi diverses modifications depuis lors. L'ancien droit connut la théorie de la prestation des fautes, laquelle consistait en une gradation, fonction de la gravité de la faute : *culpa levissima*, *culpa levis*, *culpa lata*… Abandonnée par les rédacteurs du code civil, la théorie de la prestation des fautes laisse place à un vide, ou plus exactement un silence législatif : le code civil ignore la faute contractuelle. La doctrine classique, encore imprégnée des théories de Domat et Pothier, continue pourtant de traiter de la notion[1], en l'opposant sur le terrain probatoire à son corollaire délictuel. Alors

[1] V. par exemple Demolombe Ch., *Traité des contrats et obligations*, t. VIII, n° 450.

que la faute délictuelle doit être prouvée, la faute contractuelle est présumée. Puis, à la charnière du XIX^e^ et du XX^e^ siècle, la faute contractuelle connait son avènement. Entre Grandmoulin qui défend l'unité de la faute, donc son existence en matière contractuelle et Planiol qui fonde l'essence du Droit sur la notion de faute et défend la singularité de la faute contractuelle[1], au point de devenir « *celui par qui la "responsabilité contractuelle" advient véritablement* »[2], la faute contractuelle est définitivement consacrée par la doctrine. Ceux qui récemment la contestent avancent cependant comme premier argument son absence dans les dispositions fondamentales du code civil en matière contractuelle.

175. L'absence de la notion de faute dans les dispositions relatives à l'inexécution contractuelle. L'argument principal de la négation du concept de faute contractuelle tient à son absence dans les articles relatifs à la matière contractuelle. À nouveau, l'ancien article 1147 du code civil sert d'avatar aux auteurs : il y est exclusivement question d'inexécution, jamais de faute. Plus généralement, l'ancienne section 4 du chapitre III traitant « *Des effets de l'obligation* » s'intitulait elle-même « *Des dommages et intérêts résultant de l'inexécution de l'obligation* ». Le titre de la section n'évoquait donc pas la faute, pas plus que tous les articles qui s'y trouvaient : il n'y est question que « *d'inexécution* », de « *retard dans l'exécution* », etc. La critique fondamentale du concept, dépassant par ailleurs l'argument précédemment exposé, est à attribuer à M. Tallon[3] qui concède toutefois l'impossibilité de retrancher totalement la notion du droit positif, en ménageant « *la survie de la faute qualifiée* »[4]. Hormis cette exception, il suggère un changement terminologique au profit de la notion plus juste d'inexécution contractuelle. M. Rémy reconduira la proposition, en restreignant la faute à la sphère délictuelle et en la remplaçant, en matière contractuelle, par l'inexécution[5]. Le changement n'est pas seulement d'ordre terminologique, il a une utilité bien comprise. Il s'agit de restituer au contrat et au délit leur domaine naturel, à savoir respectivement le respect de la parole donnée et la réparation des torts injustement causés.

[1] Planiol M., *Traité élémentaire de droit civil*, 3^e^ éd., 1905, II, n° 863. Sa définition est d'ailleurs bien plus adéquate au contrat qu'au délit.
[2] Rémy Ph., *art. préc*., n° 6.
[3] Tallon D., « Pourquoi parler de faute contractuelle ? », *art. préc*.
[4] *Ibid*.
[5] Rémy Ph., *art. préc*., n° 47.

B. Les aspects pratiques de la remise en cause

176. Le seul respect de la parole donnée ou l'éviction de toute fonction indemnitaire du contrat. L'écueil majeur souligné par les défenseurs d'une responsabilité exclusivement délictuelle est que la faute contractuelle entretient une confusion délétère des fonctions du contrat et du délit. La sanction d'une faute a pour but de réparer le dommage éprouvé par la victime. Cette fonction serait le critère distinctif de la responsabilité délictuelle et ce serait travestir le contrat que de lui assigner un rôle similaire. Il pourrait alors être objecté que les anciennes dispositions du code civil traitaient pourtant des « *dommages et intérêts* » – quand bien même fût-ce relatif à l'inexécution contractuelle – mais l'argument n'a pas échappé à la sagacité de certains auteurs, selon qui « *le* "dommage prévisible" *n'est ni plus, ni autre chose que l'objet même de l'obligation inexécutée* »[1]. Les dommages et intérêts contractuels seraient un équivalent de l'exécution, non la réparation d'un préjudice. Les effets dommageables de l'illusoire fonction réparatrice du contrat forment un trait commun à toute cette partie de la doctrine : c'est la force obligatoire du contrat qui serait atteinte[2] et ce sont toutes les véritables fonctions du contrat qui seraient négligées[3]. Les exemples pris à l'appui sont, il est vrai, particulièrement représentatifs. À commencer par l'obligation contractuelle de sécurité, archétype d'un forçage du contrat largement décrié[4] et qui a permis la reconnaissance progressive d'une « *obligation de sécurité quant aux biens* »[5]. C'est le cas également de la responsabilité contractuelle du fait de choses[6] ou de la responsabilité contractuelle du fait d'autrui[7].

Le vocable de faute serait alors à proscrire de la sphère contractuelle et il serait préférable de parler d'inexécution. Il ne faudrait plus recourir à la responsabilité contractuelle, mais uniquement à l'exécution par équivalent ou à l'exécution forcée. La faute serait l'apanage du

[1] Rémy Ph., *art. préc*., n° 41.
[2] Selon Rémy Ph., *art. préc*., n° 43.
[3] Tallon D., *art. préc*., selon qui : « *A vouloir tout centrer sur la fonction réparatrice, on néglige tout le reste* ».
[4] V. not. Debat O., *art. préc*., p. 4 ; Leduc F., « La spécificité de la responsabilité contractuelle du fait des choses », *D*. 1996, chron. 164, n° 6 à 8 ; Leturmy L., *art. préc*., spéc. § 2 ; Rémy Ph., *art. préc*., n° 18 ; Savaux E., *art. préc*., n° 15 ; Viney G., « Rapport de synthèse », *in La naissance de l'obligation de sécurité (colloque)*, *Gaz. Pal*. 21-23 septembre 1997, p. 42 s., ou encore Jourdain P., « Le fondement de l'obligation de sécurité », *in La naissance de l'obligation de sécurité (colloque)*, *Gaz. Pal*. 21-23 septembre 1997, p. 22 s.
[5] Rémy Ph., *art. préc*., n° 24.
[6] Gridel J.-P., Laithier Y.-M., « Sanctions civiles de l'inexécution du contrat », *JCP* 2008, I, doctr. 143, n° 32 ; Leduc F., *art. préc*. ; Rémy Ph., *art. préc*., n° 33 s. ; Savaux E., *art. préc*., n° 20.
[7] V. Becqué, « De la responsabilité du fait d'autrui en matière contractuelle (contribution à l'étude du droit comparé des obligations) », *RTD civ.* 1914. 251 ; Rebut D., « De la responsabilité contractuelle du fait d'autrui et de son caractère autonome », *RRJ* 1996, p. 411, n° 39 s. ; Rémy Ph., *art. préc*., n° 33 s. ; Rodière R., « Y a-t-il une responsabilité contractuelle du fait d'autrui ? », *D*. 1952. chron. 79.

délit, le paiement celui du contrat[1]. L'exemple du droit contractuel anglo-saxon, éminemment objectif car étranger à la notion de faute, est désigné comme un modèle à suivre. La matière contractuelle débarrassée d'une notion dénaturante serait ainsi bien plus efficiente[2]. Au-delà, l'abandon de la faute, donc de la responsabilité contractuelle, assurerait la clarification des domaines respectifs du contrat et du délit.

177. La clarification consécutive des domaines respectifs du contrat et du délit. La négation de la responsabilité contractuelle permettrait selon ses partisans de restaurer les domaines naturels du contrat et du délit. Le domaine contractuel aurait ainsi une fonction exclusive de paiement et le domaine délictuel aurait une fonction exclusive de réparation. La distinction posée ne semble être de prime abord que théorique : un vendeur qui force un acquéreur à lui verser le prix convenu n'aura que faire de savoir s'il a contraint à l'exécution son cocontractant, ou s'il a obtenu de lui la réparation d'un dommage, car concrètement le résultat est strictement identique. L'intérêt est à trouver ailleurs. Plus que la clarification des domaines respectifs du contrat et du délit, c'est la clarification de leur frontière que l'abandon de la responsabilité contractuelle assurerait. Plus exactement, le principe de non-cumul des responsabilités – lequel doit s'entendre en vérité comme un principe de non-option – ressortirait nettement clarifié d'un tel abandon. La construction de la responsabilité contractuelle, calquée sur son corollaire délictuel, a entretenu la confusion des deux domaines au point de contrarier profondément ce principe de non-cumul, lequel « *devient évidemment critiquable lorsqu'il empêche la victime d'un dommage artificiellement contractualisé de recourir aux règles de la responsabilité délictuelle* »[3]. Il est vrai que les différentes constructions prétoriennes et doctrinales qui se sont enchevêtrées dans la matière contractuelle aboutissent parfois à une incompréhension, voire une impasse. Est-il admissible qu'un dommage corporel soit plus facilement réparé du fait de l'existence d'un lien contractuel préalable entre le fautif et la victime ? Les différences de traitement observées à ce sujet ne se justifient nullement : « *dans la rigueur des principes, il ne devrait y avoir qu'une forme de responsabilité (la responsabilité délictuelle) pour la réparation des dommages qui ne proviennent pas de l'inexécution de l'obligation contractuelle, les autres relevant de l'exécution par équivalent, du paiement* »[4].

[1] *Ibid*., n° 45 à 48 ; Savaux E., *art. préc*., n° 30 ; Tallon D., *art. préc*., p. 429.
[2] Rémy Ph., *art. préc*., n° 29 ; Savaux E., *art. préc*., n° 11 et n° 30.
[3] Rémy Ph., *art. préc.*, n° 46.
[4] Savaux E., *art. préc*., n° 14.

178. Une controverse démentie. La remise en cause du concept de responsabilité contractuelle n'a pas été unanimement reçue en doctrine. En même temps que la controverse prenait de l'ampleur, des voix se sont élevées pour défendre un concept séculaire et promouvoir non pas le *statu quo* mais le maintien, même partiel, de la responsabilité contractuelle. Il semble alors qu'à la rigueur de son éviction doit être préférée la souplesse de son ajustement : la responsabilité contractuelle est permanente.

Section 2. La permanence de la responsabilité contractuelle

179. Une remise en cause perfectible. La négation du concept de responsabilité contractuelle ne convainc que partiellement. Au vrai, l'hypertrophie de la sphère contractuelle a entrainé une confusion regrettable des domaines délictuel et contractuel au point que certaines solutions semblent particulièrement inéquitables. En revanche, la cause ne semble pas être la responsabilité contractuelle en elle-même, mais son interprétation déformante conduite par les tribunaux et relayée par la doctrine. Par ailleurs, l'éviction définitive du concept paraît tout aussi peu enviable. Il est préférable de conserver la responsabilité contractuelle en l'assainissant, en l'expurgeant simplement des fonctions qui lui sont étrangères. La voie ouverte par la contestation du concept de responsabilité contractuelle doit ainsi inspirer la prudence, car elle repose sur un fondement discutable (§ 1) et conduit à une solution excessive (§ 2).

§ 1. Une remise en cause imparfaitement fondée

180. Une vision réductrice du phénomène contractuel. S'il était possible de résumer brièvement ce qui constitue la perfectibilité de la remise en cause, ce serait la conception désincarnée du contrat qu'elle prône indirectement[1]. Réduire les hypothèses de fautes contractuelles à la notion d'inexécution revient finalement à nier la dimension essentiellement comportementale du phénomène contractuel (B). Une situation met clairement en évidence cette contrariété : celle de l'inexécution non fautive du contrat, que les détracteurs de la responsabilité contractuelle semblent omettre (A).

[1] La critique rejoint celle émise à l'encontre des analyses monistes de l'obligation, particulièrement l'analyse moniste objective. V. *supra*, n° 70.

A. L'exemple : l'inexécution non fautive du contrat[1]

181. La désolidarisation nécessaire de l'inexécution et de la faute. Au fondement de la remise en cause de la responsabilité contractuelle se trouve l'argument selon lequel la seule comparaison entre la promesse résultant du contrat et le résultat finalement obtenu suffit à résoudre le sort d'un contrat devenu pathologique[2]. La faute s'épuise dans l'inexécution et devient ainsi un concept superflu. La simplicité du raisonnement ne doit pas masquer sa fragilité profonde. Qu'en est-il, en effet, d'un débiteur qui n'exécute pas la prestation promise sans que cette inexécution lui soit imputable ? Il y a là une impasse insoluble, qui se concrétise de trois manières : l'inexécution du contrat peut être due à la force majeure (1), au fait d'un tiers (2) ou au fait du créancier (3).

1. L'inexécution du contrat due à un cas de force majeure

182. La négation implicite de la force majeure. Une première question vient à l'esprit lorsqu'est affirmée l'assimilation de la faute contractuelle à l'inexécution du contrat. Si la faute n'est qu'une inexécution du contrat et que, parallèlement, l'absence de faute correspond à l'exécution conforme du contrat, quelle place reste-t-il pour l'hypothèse de la force majeure ? Celle-ci est par définition un « *évènement imprévisible et irrésistible qui, provenant d'une cause extérieure au débiteur d'une obligation ou à l'auteur d'un dommage* […] *le libère de son obligation ou l'exonère de sa responsabilité* […] »[3]. Il s'agit bien là d'un obstacle infranchissable. Si l'absence de faute correspond en tout point à l'exécution conforme, faut-il comprendre que la force majeure est également un faux concept ? L'affirmation serait périlleuse. Si les conditions présidant à la force majeure ont pu être discutées, le principe en lui-même ne semble pas contesté, au contraire de la responsabilité

[1] Certains évoquent également l'inexécution « *licite* » du contrat, V. Chabas C., *L'inexécution licite du contrat*, thèse, LGDJ, coll. « Bibliothèque de droit privé », t. 380, 2002. L'auteur affirme : « *au sein de l'inexécution d'un contrat, nous sommes amenés à dire qu'il y a trois sous-ensembles : la résolution judiciaire, la responsabilité contractuelle (née de l'inexécution illicite) et l'inexécution licite. Cette constatation nous oblige à reconnaitre que la faute reste une condition de la responsabilité contractuelle. L'inexécution, à elle seule ne suffit pas, puisqu'elle n'entraîne pas systématiquement la responsabilité du débiteur. Seule l'inexécution illicite conduit à la responsabilité ou au paiement de la peine en cas de clause pénale. On peut donc encore parler de la faute contractuelle* » (*in ibid,* n° 10).

[2] Tallon D., *art. préc.* V. plus précisément, au titre du paragraphe intitulé « *L'élimination de la faute ordinaire dans les contrats* », l'affirmation de l'auteur selon qui « *de même que la faute n'est rien d'autre que l'inexécution du contrat, l'absence de faute se confond avec l'exécution correcte du contrat* ».

[3] Cornu G. (dir.), *Vocabulaire juridique, op. cit.*, V° Force (- majeure), a), p. 471. La définition semble d'ailleurs contenter les détracteurs de la responsabilité contractuelle, puisqu'elle réserve implicitement la responsabilité à la matière délictuelle.

contractuelle[1]. Dès lors, le contournement de l'obstacle passe par deux voies. Soit la force majeure est bannie de la matière contractuelle comme cause d'exonération de responsabilité, car il est impossible de justifier qu'un tel évènement corresponde à une exécution correcte du contrat. Soit une place, ne serait-ce que résiduelle, doit être reconnue à la faute contractuelle. En dehors de cette alternative, le raisonnement selon lequel l'absence de faute correspond à l'exécution conforme du contrat est incorrect.

2. L'inexécution du contrat due au fait d'un tiers

183. La négation implicite du fait d'un tiers. La même question insoluble se pose si c'est par le fait d'un tiers que l'inexécution survient. Dans cette hypothèse correspondant à une « *sorte de force majeure d'origine humaine* »[2], le débiteur ne commet aucune faute mais il n'y a pas pour autant d'exécution conforme du contrat, donc de satisfaction du créancier. De la même manière que pour la force majeure, le fait d'un tiers comme cause d'exonération de responsabilité met en évidence la perfectibilité de la négation de la responsabilité contractuelle. L'absence de faute ne correspond pas systématiquement à l'exécution correcte du contrat. Inversement, toute faute ne se réduit pas à une inexécution. Dans la mesure où le fait d'un tiers entendu comme cause d'exonération de responsabilité doit revêtir les mêmes critères que ceux de la force majeure pour pouvoir être reçu[3], il n'y a pas lieu de s'étendre davantage sur la notion. Elle est, au même titre, une preuve de ce que l'inexécution contractuelle et la faute contractuelle ne sont pas réductibles l'une à l'autre.

3. L'inexécution du contrat due au fait du créancier

184. La négation implicite du fait du créancier. Il est un dernier exemple d'inexécution non fautive du contrat permettant de sauvegarder au moins partiellement le concept de responsabilité contractuelle, celui du fait du créancier[4]. L'hypothèse correspond à une attitude, un comportement, un acte du créancier à la suite duquel le débiteur serait

---

[1] Sur les conditions de la force majeure, V. Ass. plén., 14 avril 2006, *Bull. A. P.*, n° 5 et 6 (deux arrêts). Par ces arrêts, la Cour de cassation maintient la définition classique de la force majeure, dont les autres formations de la juridiction semblaient se défaire. Sur la notion, V. également Radouant J., *Du cas fortuit et de la force majeure*, thèse Paris, 1919 ; Josserand L., « Force majeure et cas fortuit », *DH* 1934, chron. 25 ; Tunc A., « Force majeure et absence de faute en matière contractuelle », *RTD civ*. 1935. 19 ; Antonmattei P.-H., *Contribution à l'étude de la force majeure*, thèse, LGDJ, coll. « Bibliothèque de droit privé », t. 220, 1992.

[2] Garaud E., *Lamy Droit du contrat*, Fasc. 381, novembre 2011, n° 381-120.

[3] Terré F., Simler Ph., Lequette Y., *Droit civil. Les obligations*, *op. cit*., n° 584.

[4] Sur la notion, V. André Ch., *Le fait du créancier contractuel*, thèse, LGDJ, coll. « Bibliothèque de droit privé », t. 356, 2002.

empêché de mener à bien l'exécution de son obligation. De la même manière que la force majeure, le débiteur ne doit avoir aucune emprise sur la commission du fait en question, seule son impuissance face à l'initiative du créancier lui permet de s'exonérer[1]. Les conséquences du fait du créancier sont comparables. Il n'y a aucune faute de la part du débiteur et dans le même temps, il n'y a pas de satisfaction du créancier, lequel serait d'ailleurs bien malvenu d'en faire le reproche au débiteur[2]. Le fait du créancier constitue ainsi, au même titre que la force majeure ou le fait d'un tiers, un évènement correspondant à une rupture d'imputabilité. Il y a bien une inexécution contractuelle mais celle-ci n'est pas imputable au débiteur, lequel ne peut donc pas être considéré comme fautif. Une fois de plus, le prétendu rapport d'équivalence reliant l'inexécution contractuelle et la faute contractuelle relève du mythe : toute inexécution n'est pas une faute[3].

Ces trois exemples d'inexécution non fautive du contrat mettent en lumière les insuffisances du courant doctrinal considérant la faute comme l'apanage du délit. Cette position relève d'une conception désincarnée du contrat, alors que le mécanisme contractuel a une dimension comportementale qui lui est caractéristique.

B. Le principe : la dimension éminemment comportementale du phénomène contractuel

185. La négation de la responsabilité contractuelle fondée sur la négation du comportement contractuel. Au fondement de la contestation du concept de responsabilité contractuelle se trouve une vision excessivement objective du contrat. Celui-ci ne serait que la promesse d'un avantage déterminé. Le phénomène contractuel se réduirait à un automatisme : la promesse d'un résultat matériel et l'accomplissement, ou non, de ce résultat. La dimension comportementale du contrat est niée (1) alors qu'elle est au contraire proprement indéniable (2).

---

[1] V. not. Garaud E., « Exonération totale fondée sur la force majeure », *Lamy Droit du contrat*, n° 381-123.

[2] V. André Ch., *th. préc.*, n° 108.

[3] V. *ibid.*, n° 828 : « *apparaît alors une distinction importante entre l'inexécution, la faute et l'insatisfaction subjective du créancier, distinction qui a été occultée par de nombreux auteurs. MM. Mazeaud posent une équivalence* prima facie *entre inexécution et faute, tandis que M. Tallon, attaché à la spécificité contractuelle, tient toute insatisfaction subjective du créancier pour une inexécution. Le fait du créancier révèle les failles de ces positions dogmatiques et bénéficie en retour de précieux éclairages : le révélateur-révélé* ».

1. Le comportement contractuel nié

186. L'objectivité caractéristique du phénomène contractuel. Il est une constante chez les détracteurs de la responsabilité contractuelle selon laquelle le contrat est totalement étranger à toute considération subjective, à toute recherche de l'état d'esprit des contractants, autrement dit à leur comportement. L'inexécution contractuelle serait un fait purement objectif, tangible et résultant de la seule comparaison entre le promis et l'inaccompli. Ainsi, pour résumer ce parti pris « *il suffit de se poser la question : le créancier a-t-il reçu la prestation promise ? Donc de comparer la promesse faite et le résultat obtenu, ce qui est simple - sous réserve de la preuve du contenu de l'obligation et de la qualité de l'exécution. Peu importe l'analyse du comportement, fautif ou non, du débiteur. Il suffit que le manquement lui soit imputable, c'est-à-dire qu'il ne résulte pas d'une cause étrangère. Et cela est aussi vrai de la violation d'une obligation de moyen que de la violation d'une obligation de résultat. En réalité, dans l'un et l'autre cas, c'est toujours un résultat qui n'est pas atteint : le débiteur n'a pas fait ce qu'il avait promis* »[1]. L'argument, à plusieurs reprises relayé[2], semble contenir en lui-même sa propre contradiction. Le comportement du contractant ne peut être aussi simplement évacué et sa prééminence dans l'appréhension des rapports contractuels est indéniable.

2. Le comportement contractuel indéniable

187. Les contradictions internes de la négation de la responsabilité contractuelle. Avant même d'évoquer les éléments qui témoignent de la nature intrinsèquement comportementale du contrat, il est permis de relever plusieurs contradictions dans les propos de leurs détracteurs. Lorsque par exemple M. Tallon affirme que la comparaison de la promesse faite et du résultat obtenu doit se faire « *sous réserve de la preuve du contenu de l'obligation et de la qualité de l'exécution* », l'aporie est évidente. Qu'est-ce que la qualité de

[1] Tallon D., « L'inexécution du contrat : pour une autre présentation », *RTD civ*. 1994. 223.
[2] V. également Leturmy L., *art. préc*. : « *L'inexécution n'apparaît à l'état pur qu'en cas de non-satisfaction d'un droit qui est objectivement défini par le contrat au profit du créancier sans qu'aucune règle générale de comportement n'ait à être imposée au débiteur* » ; Rémy Ph., *art. préc*., n° 47 qui évoque la « *figure originelle* » du contrat comme étant : « *la promesse d'un avantage déterminé, plutôt que la promesse d'un certain comportement du débiteur, y compris lorsque ce qui est dû est un service (et non un bien ou un droit déterminé). On évitera donc de parler de «* faute contractuelle *» lorsqu'on visera seulement l'inexécution du contrat* » ; Savaux E., *art. préc*. : « *En matière contractuelle, la notion de faute doit être abandonnée au profit de celle d'inexécution de l'obligation. Les dommages et intérêts contractuels étant destinés à fournir au créancier une satisfaction par équivalent, et pas à l'indemniser d'un dommage, il suffit de se demander s'il a reçu la prestation promise. Dans la négative, il a droit à des dommages et intérêts sans qu'il soit nécessaire de se demander si le comportement du débiteur est ou non fautif* ».

l'exécution, sinon le comportement du débiteur, son attitude, la manière avec laquelle il a rempli son obligation ? Le jugement de valeur qu'implique l'analyse de la qualité de l'exécution est une autre manière de dire que le comportement du débiteur doit être apprécié, dans la commission éventuelle d'une faute de sa part. Qualité de l'exécution et comportement du contractant sont en quelque sorte l'avers et le revers d'une même médaille. Certes l'examen de cette qualité n'est pas systématique aux yeux de l'auteur, mais il existe, ne serait-ce que de manière résiduelle. Le comportement ne peut être aussi simplement et drastiquement évacué. De la même manière, lorsque M. Rémy affirme que le contrat est « *la promesse d'un avantage déterminé, plutôt que la promesse d'un certain comportement du débiteur* », le phénomène contractuel en ressort contrarié. L'avantage dont il est question ne procède-t-il pas essentiellement de la manière dont le débiteur tâche de le procurer ? L'avantage matériel que constitue la prestation ne semble pas pouvoir être dissocié du comportement de l'agent, hormis peut-être pour les obligations de sommes d'argent, par nature objectives et pour lesquelles l'examen du comportement est plus délicat. Pour toutes les autres hypothèses, la relégation du comportement ne tient pas. Un exemple abstrait l'illustre. *Quid* d'un contractant qui, profitant de la faiblesse de son cocontractant, commet un dol dans l'exécution de son obligation en imposant, par exemple, une exécution bien plus onéreuse que celle qui pouvait être légitimement attendue ? Le juge, s'il est saisi, devra-t-il se contenter d'une comparaison entre l'avantage promis et le résultat obtenu ? Apparaissent alors clairement toutes les limites de la négation du comportement contractuel.

188. La prise en compte inévitable du comportement contractuel. Il a été démontré en quoi une vision désincarnée du contrat et des obligations serait peu souhaitable au titre de l'analyse de la nature de l'obligation[1]. L'examen de la responsabilité contractuelle renforce ce constat. La vision du contrat réduite à l'obtention d'un avantage déterminé est parcellaire, donc fallacieuse. Le résultat est indissociable de la manière dont il a été atteint. La réciproque est d'autant plus vraie : l'absence de résultat ne peut être réduite à une simple comparaison entre ce qui a été promis et ce qui n'est pas advenu. Cela reviendrait, d'une part, à condamner les hypothèses de rupture d'imputabilité, ce qui est difficilement soutenable[2]. D'autre part, il y aurait un risque certain à ignorer tout comportement fautif, particulièrement lorsque le résultat contractuel est atteint malgré ce comportement. Enfin, ce serait ne pas tenir compte d'une réalité pourtant éprouvée selon laquelle le contrat ne s'assimile pas à une prestation

[1] V. *supra*, n° 94.
[2] À propos de la force majeure, V. *supra*, n° 182.

matérielle, il suppose en plus du « faire » une « manière » de faire. Que deviendrait, en l'absence de cet élément, les contrats *intuitus personae* ? Plus encore, comment appréhender ceux des contrats dont l'objet même est un comportement attendu du débiteur[1] ? Un auteur a ainsi parfaitement mis en évidence la nature comportementale du mécanisme contractuel : « *on ne croit pas qu'il soit possible d'envisager l'inexécution de l'obligation sans se référer, ne serait-ce qu'un bref moment, au comportement de son débiteur (pour ne pas dire de son créancier)* »[2]. Des faiblesses d'une telle vision désincarnée du contrat, il ressort un excès dans la solution préconisée, à savoir la suppression de la responsabilité contractuelle.

§ 2. L'inconstance des solutions proposées

189. Le devenir problématique de la prétendue responsabilité contractuelle. Si les tenants d'une responsabilité exclusivement délictuelle s'accordent sur les fondements de leurs analyses, les solutions qu'ils suggèrent ne sont pas uniformes. D'une suppression pure et simple à un sursis, en passant par un infléchissement, l'absence d'unanimité ressort clairement des solutions proposées (A). Le sort de la controverse a cependant été réglé : le législateur a consacré la responsabilité contractuelle, désavouant du même coup ses détracteurs (B).

A. L'absence d'unanimité dans les solutions proposées

190. Trois solutions divergentes. Il a été proposé que la responsabilité contractuelle soit purement et simplement abandonnée, afin que soit consécutivement clarifiés les domaines du contrat et du délit (1). Cette solution radicale a toutefois été tempérée par une proposition en demi-teinte, celle d'un « *sursis* » de la responsabilité contractuelle (2). Enfin, il a été

[1] Le droit des sûretés offre un exemple idéal avec la lettre d'intention. Le débiteur d'une telle lettre s'engage à « faire le nécessaire », « faire tout son possible ». Ces engagements sont légalement reconnus et pour cause : si le contrat s'épuisait dans une prestation matérielle, ces sûretés n'encourraient-elles pas le grief de l'indétermination ?

[2] Fages B., *th. préc.*, n° 210. L'auteur défend ensuite : « *tout l'intérêt qu'il y a à scruter le comportement du débiteur sur le terrain de l'exécution contractuelle. On l'a vu, le comportement permet à la fois d'apporter la preuve définitive d'une inexécution certaine et la preuve anticipée d'une inexécution prévisible. Sur ce point au moins, on peut d'ores et déjà conclure que la responsabilité contractuelle fait une large part à l'attitude concrète du contractant, à son comportement* » (*ibid.*, n° 239). Avant lui, d'aucuns estimaient déjà que « *la faute civile* […] *résulte de la simple violation de la norme objective de comportement* » (Pirovano A., *th. préc.*, p. 136). V. également Forest G., *th. préc.*, n° 308 selon qui « *la prestation s'entend alors d'un comportement attendu d'un débiteur déterminé, consistant en un sacrifice supérieur à celui que l'on peut légitimement attendre d'un tiers* ».

proposé, pour ce qui concerne plus spécifiquement la faute contractuelle, que celle-ci soit partiellement maintenue (3) au moyen de « *la survie de la faute qualifiée* »[1].

1. L'abandon de la responsabilité contractuelle

191. L'abandon défendu par M. Rémy. La solution la plus simple et la plus radicale fut suggérée par M. Rémy : « *le droit de la responsabilité ne retrouvera sa cohérence que débarrassé de la fausse* "responsabilité contractuelle"*, et* […] *le droit de l'inexécution contractuelle ne retrouvera sa simplicité que déchargé de sa fausse fonction de réparation* »[2]. Plus concrètement, l'auteur propose de décharger le contrat d'une fonction qui lui est étrangère, la réparation des torts injustement causés, en supprimant les hypothèses qui entretiennent la confusion à la lisière du contrat et du délit : la responsabilité contractuelle du fait des choses, du fait d'autrui ou encore l'obligation contractuelle de sécurité. Par ailleurs, il estime superflue la distinction opérée par Demogue entre les obligations de moyens et de résultat, en ce qu'elle entretient et préserve la notion de faute contractuelle, qu'il conjure également[3]. D'autres auteurs ont proposé un sursis de la responsabilité contractuelle.

2. Le sursis de la responsabilité contractuelle

192. Le sursis défendu par M. Savaux. M. Savaux reprend pour une large part les arguments de M. Rémy mais il ne reconduit pas la proposition d'une suppression définitive de la responsabilité contractuelle et préfère quant à lui un « *sursis souhaitable* »[4]. En effet, l'auteur concède que la radicalité du remède serait excessive et qu'il n'est pas souhaitable d'envisager sa suppression pure et simple. Partageant le constat d'un désordre dans les matières du contrat et du délit, par une invasion du second dans le premier, M. Savaux propose plus modérément de « *décontractualiser la sécurité* » car « *il n'est pas certain que la responsabilité contractuelle cause autant de perturbations en dehors de ce domaine particulier* »[5]. Lorsqu'il examine ensuite la notion d'exécution par équivalent, l'auteur se

[1] Tallon D., « Pourquoi parler de faute contractuelle ? », *art. préc.*
[2] Rémy Ph., *art. préc*., n° 47.
[3] La formulation de l'auteur est troublante : « *On évitera donc de parler de* "faute contractuelle" *lorsqu'on visera seulement l'inexécution du contrat* ». L'emploi de l'adverbe « *seulement* » doit-il être compris comme un aveu en faveur de la faute contractuelle ? Car l'affirmation sous-entend clairement que les deux notions ne sont pas réductibles l'une à l'autre : si l'inexécution n'est pas visée à elle seule, c'est qu'une place est laissée à la faute contractuelle. Sur la définition des deux notions, V. *supra*, n° 208.
[4] Savaux E., *art. préc*., n° 26 s.
[5] *Ibid*., n° 40.

détache de la solution de l'abandon pur et simple, en admettant que « *la responsabilité contractuelle* [a] *un rôle de restauration d'une situation manquée, identique à celui de la responsabilité délictuelle, dont il paraît difficile de se passer* »[1]. La solution au problème de la responsabilité contractuelle se distingue clairement de celle précédemment exposée. Un autre auteur, bien que son étude porte plus spécifiquement sur la faute contractuelle, propose de la supprimer partiellement pour ne conserver que la faute contractuelle qualifiée.

3. Le maintien partiel de la faute contractuelle

193. Le maintien partiel défendu par M. Tallon. M. Tallon, à l'issue d'un réquisitoire contre la notion de faute contractuelle, propose quant à lui une solution en demi-teinte. Il propose « *l'élimination de la faute ordinaire dans les contrats* » et dans le même temps « *la survie de la faute qualifiée* »[2]. La faute ordinaire serait à proscrire car elle correspondrait en tout point à l'inexécution contractuelle. Une telle assimilation révèle cependant ses limites, particulièrement lorsque l'auteur évoque « *la qualité de l'exécution* »[3]. Puis, lorsqu'il traite de la « *survie de la faute qualifiée* », l'auteur évoque l'hypothèse d'une « *conduite particulièrement répréhensible du débiteur* » qui viendrait perturber les conséquences normales de l'inexécution. Il propose dans ce cas de parler d'une inexécution « *intentionnelle* », « *délibérée* », « *inexcusable* », voire de « *manquement* ». En résumé, il suggère de clarifier la terminologie relative au sort accidentel d'un contrat, lorsque ce sort ne correspond pas à une simple inexécution. Il est difficile de ne pas voir dans les termes de la substitution proposée, la permanence de la notion de faute contractuelle et, par conséquent, l'artificialité de sa remise en cause. Car en définitive, n'est-ce pas le comportement qui est désigné, plutôt que le contenu du contrat, lorsque de tels adjectifs sont évoqués ? En quoi le manquement ainsi mentionné se détache-t-il d'une faute ? Plus largement, il est permis d'être réservé sur l'intérêt d'un changement purement terminologique. Les mots ne résistent guère aux faits.

De ces trois propositions doctrinales, aucune ne connaitra de consécration légale. Le législateur est en effet venu désavouer les partisans d'une responsabilité unique en consacrant la responsabilité contractuelle dans le code civil, aux côtés de la responsabilité extracontractuelle.

---

[1] *Ibid*., n° 41.
[2] Tallon D., « Pourquoi parler de faute contractuelle ? », *art. préc*.
[3] V. *infra*, n° 187.

B. La remise en cause désavouée par le législateur

194. Un désaveu absent des dispositions nouvelles. Constituant un tournant historique du droit français, l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 est venue refondre le droit des obligations, dont les textes sont restés pour l'essentiel inchangés depuis leur promulgation en 1804. Les titres essentiels du code civil modernisé ne contiennent en revanche aucune référence expresse à la responsabilité contractuelle. Au contraire, il semblerait à première lecture qu'elle soit congédiée : « *Le contrat* » (Sous-titre I du Titre III) est opposé à « *La responsabilité extracontractuelle* » (Sous-Titre II du même titre). Dans le premier sous-titre, le chapitre IV relatif aux effets du contrat contient une section V intitulée « *L'inexécution du contrat* ». D'un point de vue terminologique au moins, il semblerait que la controverse ait inspiré le législateur car il n'est nullement question de « *faute contractuelle* » ou d'une responsabilité du même ordre.

195. Un désaveu contenu dans la *ratio legis*. À la lecture du rapport fait au président de la République relatif à cette ordonnance, il ressort que le parti pris par le législateur est en réalité de reconduire la position classique et majoritaire de la doctrine. La responsabilité contractuelle est ainsi conservée. En effet « *la responsabilité contractuelle ne peut être réformée isolément de la responsabilité extracontractuelle : il est généralement admis que, fondamentalement, ces deux formes de responsabilité sont des mécanismes de même nature, qui reposent sur l'existence d'un fait générateur, d'un dommage, et d'un lien de causalité entre les deux. Seules des différences de régime les opposent, fondées essentiellement sur l'originalité du fait générateur en matière contractuelle, et que la présente ordonnance ne modifie pas. Le régime de la responsabilité contractuelle sera donc modernisé dans le cadre du futur projet de réforme globale de la responsabilité civile, qui détaillera les dispositions communes aux responsabilités contractuelle et extracontractuelle, et les dispositions propres à chacun de ces deux régimes* »[1]. Sans même évoquer le mouvement doctrinal de contestation de la responsabilité contractuelle[2], le législateur prend le parti de reconduire la distinction des deux ordres de responsabilité.

[1] « 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 », *JO* 11 février 2016.
[2] Du reste, il l'évacue indirectement en une expression : « *il est généralement admis* ».

Si les discussions théoriques ne se sont pas taries à l'issue une telle réforme, l'ordonnance vient, au moins d'un point de vue légal, sonner le glas de la controverse. Il reste désormais à tirer les enseignements combinés des deux courants doctrinaux, favorables et réfractaires à la responsabilité contractuelle, à la lueur tant du droit positif nouvellement réformé, que de l'acception de l'obligation préalablement retenue. De ces différents éléments, il est possible de déduire la singularité de la responsabilité contractuelle.

Section 3. La singularité de la responsabilité contractuelle

196. Autonomie et singularité. Non seulement la responsabilité contractuelle est autonome, mais elle est au surplus singulière. La matrice que forme le contrat constitue un cadre de cette responsabilité, nécessairement absent de la responsabilité extracontractuelle. Ce cadre – la parole donnée – confère à tout comportement fautif une dimension qui lui est propre. Une faute contractuelle existe et ne peut exister, en effet, que parce qu'un engagement a été pris en amont par l'auteur. La faute contractuelle témoigne ainsi d'une autonomie (§ 1), qu'il conviendra au demeurant de relativiser. Une fois ce tempérament apporté, il pourra définitivement être conclu à la singularité de la responsabilité contractuelle, qui se révèle lorsqu'elle est confrontée à l'analyse dualiste moderne de l'obligation (§ 2).

§ 1. L'autonomie de la notion de faute contractuelle

197. Le rapport de dépendance liant la faute à la responsabilité. Il paraît indispensable, pour traiter de la responsabilité, de revenir sur son fondement naturel qu'est la faute. Bien qu'elle ait pu épisodiquement être concurrencée par d'autres notions comme la garantie ou encore le risque, elle continue de fonder l'immense majorité des hypothèses de responsabilité[1]. Certains de ses attributs donnent l'impression que le concept est pleinement autonome (A). Sa confrontation avec l'autre type majeur de faute, avec laquelle elle partage certains éléments essentiels, ne permet de conclure qu'à une autonomie relative (B).

[1] En ce sens : Rabut A., *De la notion de faute en droit privé*, LGDJ, 1948, selon qui la faute est « *le fondement légal unique de responsabilité* » (p. 138) ; Radé Ch., « L'impossible divorce de la faute et de la responsabilité civile », *art. préc*.

A. Eléments d'une autonomie absolue

198. Autonomie notionnelle et autonomie fonctionnelle. La faute contractuelle est une faute singulière car elle dépend de l'existence préalable d'un engagement entre deux parties ou plus. C'est un schéma diamétralement opposé qui caractérise la faute délictuelle, puisqu'aucun engagement préalable ne lie auteur et victime (1). Plus encore, la nature et la mesure de sa sanction concourent à cette autonomie (2).

1. L'existence d'un engagement préalable

199. Le manquement à la parole donnée, hypothèse autonome de faute. La première évidence qui découle de l'examen des notions de faute et de responsabilité contractuelles est que la possibilité même de commettre une faute résulte naturellement de l'existence d'un contrat. Quel sens y aurait-il à condamner une personne pour n'avoir pas rempli un service qu'elle ne s'est jamais engagée à rendre ? Le contrat donne naissance, d'une certaine manière, à un ordre juridique : l'ordre juridique contractuel. Celui-ci, s'il est autonome, n'est pas hermétique. Il se fond dans l'ordre juridique global en même temps qu'il côtoie l'ordre juridique délictuel et s'entrecroise parfois avec lui. Ce côtoiement n'enlève rien à l'autonomie de la sphère contractuelle ni à la particularité qui lui est distinctive, à savoir la création volontaire de rapports juridiques privés. La faute délictuelle est toute autre. Sa commission aboutit à la création d'un rapport de droit, sur le fondement duquel pourra être demandée une réparation. Ces schémas opposés préfigurent l'autonomie de la matière contractuelle et de tout comportement fautif qui viendrait le perturber. En somme, le manquement à la parole donnée est bien constitutif d'une faute *per se*[1].

2. La sanction du manquement à l'engagement préalable

200. La nature de la sanction. La variété des sanctions de la faute contractuelle s'oppose directement à l'unique sanction des rapports délictuels que sont les dommages et intérêts. Cette nature composite participe également de l'autonomie de la faute contractuelle. Du fait que l'engagement au contrat implique un comportement et une prestation définis, tout évènement venant perturber ces prévisions pourra être résolu autrement, sinon en plus, que

[1] *Ibid*., spéc. n° 16.

par l'allocation de dommages et intérêts. La sanction désignée aura précisément pour finalité de cantonner au mieux les effets dommageables de la faute commise[1]. La nature particulière de la sanction de la faute contractuelle, conséquence logique de la spécificité propre à tout engagement contractuel, permet à son tour de révéler l'autonomie de la faute et de la responsabilité contractuelles. En plus de la nature de la sanction, sa mesure révèle une fois de plus cette autonomie.

201. La mesure de la sanction. Alors que le montant de la faute délictuelle est fonction du préjudice subi par la victime, il est acquis que la faute contractuelle se mesure autrement, soit par référence à la valeur de la prestation non réalisée. De la même manière que pour sa nature même, la mesure de la sanction de la faute contractuelle est une conséquence naturelle de la spécificité de tout engagement contractuel. Les parties conviennent d'une permutation de valeurs et dans le même temps elles prévoient, le plus souvent, les conséquences d'une absence d'exécution, notamment par le jeu de clauses relatives à la responsabilité contractuelle. Dès lors, l'évaluation de ce que le créancier peut réclamer au débiteur défaillant n'est pas étroitement tributaire du préjudice qu'il a subi : les conséquences de la faute contractuelle ne sont donc pas traitées de la même manière que celles d'une faute délictuelle[2]. Au mieux est-il possible de rapprocher leur nature indemnitaire, car le but d'une sanction civile est bien de réparer un dommage subi. Cela étant, il faut admettre que cette autonomie de la faute contractuelle n'est que relative.

B. Eléments d'une autonomie relative

202. Hétéronomie des composantes de la faute contractuelle. L'autonomie apparente de la faute contractuelle ne doit pas masquer les caractéristiques communes qu'elle partage avec la faute extracontractuelle. Alors que les dimensions contractuelle et délictuelle de la faute relèvent de la nature du concept, les caractéristiques dont il est question forment l'essence de la faute : il s'agit de la culpabilité (1) et de l'imputabilité (2).

[1] V. sur ce point Gridel J.-P., Laithier Y.-M., « Sanctions civiles de l'inexécution du contrat », *art. préc*.
[2] En témoigne également la règle selon laquelle ne sont réparable que les préjudices contractuels qui étaient raisonnablement prévisibles à la formation du contrat. V. art. 1251 du projet de réforme de la responsabilité civile : « *Sauf faute lourde ou dolosive, le débiteur n'est tenu de réparer que les conséquences de l'inexécution raisonnablement prévisibles lors de la formation du contrat* ».

1. L'élément de culpabilité de la faute

203. La culpabilité, premier élément essentiel de la faute. Historiquement, la culpabilité se confond avec la faute. La seconde doit son origine étymologique à la première, dont elle procède naturellement au point de se confondre avec elle. L'ancienne théorie de la prestation des fautes distinguait la *culpa levis*, la *culpa levissima*, la *culpa lata* ; Ihering a développé le concept de *culpa in contrahendo*… Ces concepts sont directement issus du droit romain, où la faute était qualifiée de *culpa*. La culpabilité est la première composante essentielle de la faute, elle désigne l'illicéité de l'acte fautif. Elle correspond à ce qui aurait dû être fait mais qui ne l'a pas été – et inversement. Elle renvoie à ce qu'il y a de fondamental dans la faute : la contrariété à un comportement attendu et préalable à la faute. En tant qu'élément essentiel de la faute, la culpabilité est partagée par la faute délictuelle et contractuelle. Cette dernière n'est pas absolument et intégralement distincte de la première. Aussi incontournable que soit cet élément[1], il ne saurait toutefois se suffire à lui-même pour engager la responsabilité de l'auteur : encore faut-il que l'illicéité soit rattachée à ce dernier pour qu'il soit désigné responsable. Entre alors en jeu l'élément d'imputabilité de la faute.

2. L'élément d'imputabilité de la faute

204. L'imputabilité, deuxième élément essentiel de la faute. L'imputabilité est une autre manière de désigner la causalité. Elle permet de savoir à qui l'acte fautif doit être rattaché et qui doit en assumer la réparation. La caractérisation de la faute procède autant de la culpabilité que de l'imputabilité et, pour cause, les deux notions sont intrinsèquement liées au point parfois de se confondre. La culpabilité renvoie à l'illicéité de l'acte quand l'imputabilité renvoie à la conscience chez l'auteur de cette illicéité. Ainsi l'imputabilité peut se définir comme la faculté chez l'agent d'observer le devoir qui pèse sur lui, voire de mesurer les conséquences de ses actes[2]. L'imputabilité permet également d'introduire et de recevoir le concept de force majeure. En effet, une obligation peut demeurer inexécutée sans que son débiteur soit tenu pour fautif : l'hypothèse correspond pour une grande partie des cas, à celle de la force majeure. Cet élément essentiel de la faute est partagé par les domaines délictuel et

[1] Son évidence fait qu'il est assez largement partagé. V. not. Constantinesco L.-J., *Inexécution et faute contractuelle en droit comparé (droits français, allemand, anglais)*, W. Kohlhammer Verlag, 1960, p. 210 à 212 ; Rabut A., *De la notion de faute en droit privé*, LGDJ, 1948, p. 170 ; Ripert G., *Rev. crit*. 1912, p. 126 ; Ségur L., *La notion de faute contractuelle en droit civil français*, thèse Bordeaux, 1956, p. 12-13.

[2] L'imputabilité est à rapprocher du discernement : ce sont deux manières de supposer chez l'agent son libre-arbitre et par conséquent son aptitude à répondre des actes qu'il commet.

contractuel puisqu'il existe en chacun d'eux des motifs identiques de rupture d'imputabilité. Comme une traduction en termes juridiques d'un postulat philosophique – le libre-arbitre – l'imputabilité en tant qu'élément essentiel de la faute n'a guère été plus discutée que la culpabilité[1]. Aussi est-elle une composante qui transcende le clivage délictuel-contractuel et qui atténue par conséquent l'autonomie de la faute contractuelle.

Il ressort donc de ces éléments une autonomie relative de la faute contractuelle. Cette relativité ne suffit pas, pourtant, à disqualifier le concept même. Il existe une faute contractuelle distincte, dans ses éléments constitutifs, de la faute délictuelle. Il est toutefois possible malgré ce constat de retenir cumulativement et partiellement les enseignements croisés des défenseurs comme des détracteurs de la responsabilité contractuelle. Il ne semble pas que ces doctrines soient frontalement opposées ni définitivement inconciliables. Il est au contraire possible d'en proposer la synthèse par un nouveau recours à l'analyse dualiste de l'obligation. En effet, la distinction du rapport obligatoire et du rapport d'obligation correspond respectivement, lorsque l'auteur de la faute y contrevient, à celle de l'inexécution et de la faute contractuelles.

§ 2. La singularité de la responsabilité contractuelle révélée par le recours à l'analyse dualiste de l'obligation

205. La dualité de l'obligation au soutien d'une conception extensive de la responsabilité contractuelle. La singularité de la responsabilité contractuelle peut être mise en évidence par le recours à l'analyse dualiste moderne de l'obligation, déjà sollicitée[2]. À l'aide de cette analyse, il s'agira de démontrer la possibilité d'une existence conjointe de la faute contractuelle et de l'inexécution contractuelle (A), qui ne sont pas plus antagonistes qu'elles ne se réduisent l'une à l'autre, pour pouvoir ensuite suggérer une conception renouvelée de la responsabilité contractuelle (B).

A. L'existence conjointe de la faute contractuelle et de l'inexécution contractuelle

206. Le bien-fondé de la distinction entre faute contractuelle et inexécution contractuelle. L'étude de la notion de faute contractuelle ne permet ni d'approuver ni de réfuter définitivement et inconditionnellement les arguments de ses détracteurs ou de ses

[1] Pirovano A., *Faute civile et faute pénale*, LGDJ, 1966, p. 97.
[2] V. *supra*, n° 110.

promoteurs. La position qui semble être la plus juste est celle d'une voie médiane entre la reconnaissance de l'autonomie de la faute contractuelle d'une part et celle de l'inexécution contractuelle d'autre part. Si la seconde permet parfois de constater voire de présumer la première, les deux notions n'en conservent pas moins leur autonomie malgré leur proximité : leur coexistence est alors pleinement envisageable. Il convient d'ailleurs sur ce point de relever les propositions pertinentes soutenues dans une thèse consacrée à la comparaison entre ces deux notions voisines[1]. L'auteur rattache à l'inexécution contractuelle une qualité objective : l'inexécution serait purement factuelle, l'intention de l'agent étant indifférente. Il estime en revanche que la faute contractuelle n'est qu'un état d'esprit psychologique blâmable, une attitude contraire à la réalisation du but contractuel, qui peut aboutir à une inexécution[2]. De ces analyses, l'auteur conclut à l'unité comme à la coexistence des deux notions : « *bien que corrélatives, l'inexécution et la faute n'en sont pas moins distinctes. Leur connexité ne doit pas nous faire perdre de vue leur individualité* »[3]. Cette position doit être approuvée sans réserve.

207. L'adéquation de l'analyse dualiste moderne de l'obligation à la distinction entre faute contractuelle et inexécution contractuelle. La vision défendue par cet auteur s'agence idéalement avec l'analyse dualiste moderne de l'obligation.

L'inexécution contractuelle serait un fait objectif qui affecte le seul rapport obligatoire. Ne pas s'exécuter malgré une promesse en ce sens est un manquement objectif, dénué à première vue de toute considération axiologique. Le rapport obligatoire s'épuise dans la prestation promise : tout manquement à ce rapport est alors constitutif d'une inexécution contractuelle. Le rattachement résiste par ailleurs à l'épreuve de la force majeure. En ce cas, il y a bien inexécution mais elle est étrangère à toute faute de l'auteur puisqu'il existe une cause de rupture d'imputabilité entre son comportement et le résultat qui n'a pas été atteint. Quant à la faute contractuelle, elle est par essence subjective. Elle suppose alternativement l'intention de nuire, la malveillance, la négligence, l'imprudence… Elle est avant tout un état d'esprit juridiquement condamnable. Or le rapport d'obligation correspond à la dimension comportementale de l'obligation contractuelle, il constitue une limite à la marge de manœuvre du contractant en dehors de laquelle il ne saurait agir. Il caractérise la dimension normative du

[1] Constantinesco L.-J., *Inexécution et faute contractuelle en droit comparé (droits français, allemand, anglais)*, W. Kohlhammer Verlag, 1960.
[2] « Culpa praecedit factum, *affirmaient les glossateurs. L'observation est toujours valable. Elle indique l'ordre logique et causal des faits. La faute, élément subjectif, est en quelque sorte la cause psychologique de l'inexécution qui, sur le plan matériel et extérieur, en est l'effet* », (*ibid*., p. 207).
[3] *Ibid*., p. 205.

lien de droit, sur lequel la volonté des parties n'a qu'une emprise limitée. Dès lors, tout manquement et, plus encore, seul le manquement au rapport d'obligation est constitutif d'une faute contractuelle. Une vision renouvelée de la responsabilité contractuelle procède de cette idée fondamentale selon laquelle l'hypothèse exclusive de la faute contractuelle est celle d'un manquement au rapport d'obligation.

B. Une conception renouvelée de la responsabilité contractuelle

208. Résolution des controverses par leur synthèse. Sans prétendre à un renversement complet du schéma classique de la responsabilité contractuelle, il est permis de renouveler et d'éclaircir ce concept au moyen de l'analyse dualiste moderne de l'obligation. Alors que la vision classique de cette responsabilité a eu pour effet de travestir les fonctions du contrat et que, d'autre part, la négation du concept reposait sur une méconnaissance des causes de rupture d'imputabilité, une voie médiane s'impose. La responsabilité contractuelle est bien un « vrai » concept, qu'il s'agit d'affiner à la lueur des deux rapports de l'obligation.

209. Définition de l'inexécution contractuelle. Ainsi, l'inexécution contractuelle est la situation dans laquelle seul le rapport obligatoire n'a pas été honoré. L'inexécution contractuelle est alors, plus exactement, l'inexécution du seul rapport obligatoire. La prestation attendue du créancier n'est pas remplie sans que ce manque soit imputable au débiteur. Empêché par une cause sur laquelle sa volonté n'avait aucune emprise, il ne lui était plus possible d'assumer la charge qui pesait sur lui. Dans cette hypothèse seulement est-il permis d'évoquer l'inexécution contractuelle : le résultat espéré n'a pas été atteint, pour des raisons strictement objectives et indépendantes de toute faute. L'inexécution contractuelle est alors, par définition, purement objective.

210. Définition de la faute contractuelle. À l'inverse, la faute contractuelle correspond au manquement au rapport d'obligation. Indépendamment de l'exécution « matérielle » de l'obligation, le contractant s'est rendu coupable d'un comportement répréhensible et dommageable dont il doit répondre. La faute contractuelle, comme la faute extracontractuelle, suppose la réunion de deux éléments : la culpabilité et l'imputabilité, soit respectivement l'illicéité de l'acte fautif et la conscience de cette illicéité chez le contractant[1].

[1] Ce deuxième élément, en ce qu'il est pleinement subjectif, semble devoir être présumé. Il suffirait en effet que le contractant affirme qu'il n'avait pas conscience de l'illicéité de son acte pour que sa faute soit disqualifiée.

Aussi, si la faute se double d'une inexécution, elle ne disparaît pas pour autant à son profit. Leur cumul est tout à fait possible.

211. Agencement de la faute contractuelle et de l'inexécution contractuelle. L'avantage d'un tel schéma est qu'il permet d'embrasser toutes les situations pathologiques du déroulement d'un contrat, là où les détracteurs de la responsabilité contractuelle éprouvaient un embarras certain quant à l'éviction définitive de la notion de faute. Les deux hypothèses sont en effet clairement distinctes, mais elles peuvent très bien se recouper, ce qui est d'ailleurs fréquent lorsque, par son comportement inadéquat, un contractant n'a pas permis que le résultat contractuel soit atteint. Il y a bien dans ce cas faute contractuelle et inexécution contractuelle – ou manquement aux deux rapports constitutifs de l'obligation. La force majeure, le cas fortuit, le fait d'un tiers et le fait du créancier illustrent quant à eux les cas d'une inexécution contractuelle dépourvue de faute contractuelle. Enfin, il est tout à fait concevable qu'un contractant exécute son obligation en même temps qu'il se rend coupable d'une faute contractuelle. L'hypothèse, faisant écho à la notion d'abus de droit, est récurrente dans les cas où existe entre les cocontractants un rapport de force prégnant. Par exemple, un établissement de crédit qui consent un prolongement de crédit, tout en sachant pertinemment que le débiteur ne sera pas en mesure de le rembourser, respecte le rapport obligatoire en même temps qu'il manque à son rapport d'obligation.

212. Préservation de la sphère extracontractuelle. De ces différentes définitions, il pourrait être objecté que le rapport contractuel d'obligation n'est rien d'autre que le devoir général de ne pas nuire à autrui, appréhendé par le contrat. Au vrai, il s'agit dans les deux cas pour le débiteur de l'obligation de ne pas négliger les intérêts d'autrui. Or, la différence tient au fait que ce devoir comportemental a une consistance bien plus marquée dans le rapport d'obligation, par lequel le débiteur ne doit pas seulement éviter de nuire à autrui mais parfois veiller, plus encore, à la préservation des intérêts de son cocontractant. La matrice formée par le contrat opère une transmutation du devoir général de ne pas nuire à autrui en un rapport d'obligation qui impose à son débiteur d'adopter un comportement conforme au but contractuel. L'adoption d'un comportement adéquat est un fondement commun, qui se manifeste plus intensément lorsque les parties ont volontairement assumé la charge d'une prestation. C'est donc le but contractuel, le résultat que les parties espèrent atteindre qui

---

Seules les contingences personnelles de l'agent doivent ainsi aboutir à cette éventuelle disqualification, qu'elles soient permanentes ou ponctuelles.

marque la singularité de l'obligation contractuelle et, dans le même temps, de la faute contractuelle. Il en résulte que l'autonomie de la faute délictuelle est préservée, car elle correspond exclusivement à un manquement au devoir général de ne pas nuire à autrui. En conséquence, la faute dans son sens le plus large correspond à la définition proposée par le projet de réforme de la responsabilité civile : elle est « *la violation d'une prescription légale* »[1]. Cette prescription correspond, dans l'ordre juridique extracontractuel, au devoir général de ne pas nuire à autrui et, dans l'ordre juridique contractuel, au rapport d'obligation. Par conséquent, cette définition de la responsabilité contractuelle semble être une preuve de l'existence et un moyen de clarification des deux ordres juridiques de responsabilité. Elle ne constitue cependant que les jalons d'une théorie qui reste à parfaire, notamment par la reconnaissance souhaitable de la nature dualiste de l'obligation[2].

[1] Art. 1242 du projet. La disposition précise que la faute est également « *le manquement au devoir général de prudence et de diligence* » : il n'est pas certain que cette deuxième proposition soit autonome de la première ni, par conséquent, qu'elle soit seulement utile.

[2] L'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations n'a pas soldé la question d'une définition uniforme de l'obligation, car elle continue de s'y référer sans la définir.

CONCLUSION DU CHAPITRE PRÉLIMINAIRE

213. Conclusion du Chapitre préliminaire. Malgré la vive contestation qu'elle a subie, la responsabilité contractuelle existe et se distingue de la responsabilité extracontractuelle. L'analyse dualiste moderne de l'obligation constitue un argument précieux à son soutien. Dès lors que le rapport d'obligation absorbe toute dimension comportementale du lien d'obligation et que la faute n'est autre qu'un comportement répréhensible, il est permis de conclure à la définition de la faute contractuelle comme tout manquement à ce rapport d'obligation. Le manquement au rapport obligatoire se concrétise alors par la seule absence de réalisation de la prestation : en d'autres termes, l'inexécution contractuelle. Les deux situations ne sont pas exclusives l'une de l'autre et peuvent jouer de manière concomitante ou dissociée, tout comme les deux rapports constitutifs de l'obligation sont indépendants entre eux. Lorsque ces deux rapports sont simultanément contrariés, l'inexécution et la faute contractuelles se combinent. Si seul le rapport obligatoire est négligé, sans faute de la part de l'agent, il ne peut s'agir que d'un cas de force majeure, ou de toute situation qui s'y rattache. Si seul le rapport d'obligation est méconnu, il s'agit alors d'un manquement contractuel commis malgré la réalisation de la prestation : la faute contractuelle sans l'inexécution.

Dès lors que l'existence et la singularité de la responsabilité contractuelle ont été établies, il est à présent possible, en fonction de ces considérations préalables, d'étudier les éléments constitutifs de la faute en droit des sûretés personnelles. Il s'avère que toute faute réunit deux éléments : l'un, objectif ou matériel, relève du comportement de l'agent et constitue l'essence même de la faute. Le second, subjectif ou personnel, tient quant à lui aux contingences personnelles de l'auteur et de la victime. Il convient donc de dissocier la dimension matérielle de la faute (Chapitre I) de sa dimension personnelle (Chapitre II).

Chapitre I. La dimension matérielle de la faute

214. La dissociation nécessaire des fautes du débiteur et du créancier. À première vue, le créancier d'une sûreté personnelle est dans une situation de passivité. Il profite de la chance supplémentaire de paiement que le débiteur de la sûreté lui apporte. Ce dernier est au contraire le seul à supporter un risque particulier : un paiement qui, en définitive, ne lui profitera pas. Ces deux situations antagonistes justifient que l'analyse des fautes respectives du créancier et du débiteur de la sûreté soit dissociée. La dimension matérielle de la faute du débiteur (Section 1) précédera alors l'étude de la dimension matérielle de la faute du créancier (Section 2).

Section 1. La dimension matérielle de la faute du débiteur

215. Adéquation d'une approche par induction. Qu'elle soit prise dans son acception courante, morale, ou juridique, la faute est une notion dont l'analyse ne peut valablement procéder que par voie d'induction[1]. En d'autres termes, il semble opportun de partir d'observations concrètes de la faute, grâce aux illustrations que la jurisprudence offre, pour ensuite formuler une proposition générale qui recouvre l'ensemble de ses spécificités. Le recensement des fautes du débiteur (§ 1) est alors un préalable indispensable à toute tentative de systématisation de la faute du débiteur (§ 2).

§ 1. Recensement des fautes du débiteur

216. Incidence de la temporalité sur la nature du comportement fautif. Il peut paraître surprenant, lorsqu'il s'agit d'analyser le critère matériel d'une faute de recourir à ce qu'il y a par définition de plus immatériel : le temps. Or ce second critère ne peut être évincé tant il gouverne la nature de la faute commise. Une faute ne présentera évidemment pas les mêmes éléments constitutifs ni les mêmes conséquences selon qu'elle est commise lors de la formation de la sûreté (A) ou lors de son exécution (B).

[1] « *Opération mentale qui consiste à remonter des faits à la loi, de cas donnés (propositions dites inductrices) le plus souvent singuliers ou spéciaux, à une proposition plus générale (proposition induite)* » (Rey A. (dir.), *Dictionnaire culturel (…), op. cit*., t. 2, V° Induction, n° 1, p. 1947).

A. Les fautes commises lors de la formation de la sûreté

217. Dissociation des droits et des biens du débiteur. Au moment de la formation d'une sûreté personnelle, le comportement fautif du débiteur sera afférent soit au pouvoir dont il est dépourvu, ou qu'il dépasse, pour contracter un tel engagement (1) soit à l'étendue de son patrimoine, qu'il aura volontairement minimisé (2).

1. Fautes relatives au pouvoir de contracter une sûreté

218. La variété du domaine du pouvoir. La notion de pouvoir en droit privé a été mise en évidence par M. Gaillard[1]. Lorsqu'il est appliqué à la formation des sûretés personnelles, le pouvoir concerne essentiellement trois hypothèses. Il s'agit du mandat, du droit des groupements[2] et du droit des régimes matrimoniaux.

219. Faute, sûretés personnelles et mandat. Le contrat de mandat est celui par lequel la théorie de la représentation est advenue. Il consiste en un acte « *par lequel une personne donne à une autre le pouvoir de faire quelque chose pour le mandant et en son nom* »[3]. Le mandataire représente le mandant et dispose pour ce faire d'un pouvoir, autrement dit d'une prérogative, qu'il doit exercer dans un intérêt au moins partiellement distinct du sien. Les sûretés personnelles peuvent tout à fait se conjuguer avec un mandat. Le mandataire signe l'acte et s'efface au profit du mandant qui devient alors partie à l'opération – indifféremment en tant que débiteur ou créancier. L'éventualité d'une constitution fautive de la sûreté par l'entremise d'un mandataire suggère l'examen du contenu du pouvoir : ce n'est qu'à la mesure de cette prérogative qu'un juge pourra condamner le mandataire fautif. La faute procédera alors d'un détournement[4], d'un dépassement[5], ou d'une absence de pouvoir[1]. Du

[1] Gaillard E., *Le pouvoir en droit privé*, thèse, Economica, 1985, spéc. p. 232. Sur la qualification de pouvoir et les diverses définitions proposées, V. *supra*, n° 443. Pour l'heure, il ne s'agit pas de remettre en cause la définition propre à l'auteur et selon laquelle le pouvoir est une « *prérogative qui permet à son titulaire d'exprimer un intérêt au moins partiellement distinct du sien par l'émission d'actes juridiques (...) contraignants pour autrui* ».

[2] L'expression, quoique non consacrée, permet d'englober toutes les situations dans lesquelles il s'agit, plus précisément, d'une personne physique qui engage en tant que débitrice d'une sûreté personnelle la personne morale à laquelle elle appartient.

[3] Art. 1984 c. civ.

[4] Le détournement de pouvoir implique pour le mandataire l'exercice de sa prérogative dans un but autre que celui pour lequel il en a été investi. Un cas classique est celui du dirigeant-mandataire d'une société commerciale qui engage la société comme débitrice d'un cautionnement afin de garantir un engagement qui lui est strictement personnel. V. par exemple Com., 25 avril 2006, n° 05-12.734.

[5] Le dépassement de pouvoir est caractérisé, par exemple, lorsque le mandataire dépasse l'étendue de la garantie qu'il était censé contracter (Civ. 1ère, 26 janvier 1999, n° 96-21.192, *JCP G* 1999. IV. 1509 ; *JCP N* 1999, p.

point de vue du créancier, la faute se matérialise par une altération de la chance supplémentaire de paiement qu'il espérait obtenir, que cette altération soit totale ou seulement partielle. En effet, le crédit qu'il accorde se fait en considération des garanties que le débiteur lui promet. La chance supplémentaire de paiement qu'il entendait obtenir est alors contrariée, en tout ou partie.

220. Faute, sûretés personnelles et droit des groupements. L'hypothèse de faute la plus courante dans ce cas de figure est celle du membre d'un groupement doté de la personnalité morale qui engage ce dernier en qualité de débiteur d'une sûreté personnelle, alors qu'il ne dispose pas de la capacité pour ce faire. Si le principe de spécialité gouverne les personnes morales, lesquelles n'ont qu'une capacité limitée à l'exercice de leur activité, la faute du représentant n'est pas directement décelable à la lueur de ce principe[2]. En effet, l'illicéité d'un tel engagement ne résulte pas automatiquement d'un comportement fautif. Une erreur commise par le membre du groupement peut, par exemple, en être la source. Pour qu'une faute puisse être caractérisée en pareille occurrence encore faut-il, plus que le devoir spécifique de respecter l'objet du groupement, que le représentant ait eu conscience de ce devoir et la faculté de l'observer – pour reprendre l'expression de Savatier[3]. Il ne s'agira donc pas de recenser les cas de cautionnements souscrits par des personnes morales indépendamment de toute faute du représentant, car la situation n'est pas à elle seule constitutive d'une faute.

La jurisprudence a justement développé un concept qui s'applique notamment à ce type de contentieux : la faute séparable des fonctions[4]. Par définition, prétorienne, le concept

---

628) ou qu'il contracte une garantie autonome, quand le mandat prévoyait seulement la conclusion d'un cautionnement (Civ. 1ère, 13 octobre 1998, n° 96-13.408, *JurisData* n° 1998-003957).

[1] L'absence de pouvoir est caractérisée soit par un mandat qui n'a jamais existé (Com., 24 février 1998, n° 95-13.606, *JCP G* 1998. IV. 1846 ; *D*. 1999, p. 39, note Matsopoulou H.), soit par un mandat révolu ou révoqué (Colmar, 10 mai 2002, JurisData n° 1998-003355).

[2] Sur les liens entre objet social, intérêt social et sûretés personnelles, V. not. Barbièri J.-F., « Cautionnement et sociétés : dix ans de jurisprudence », *LPA* 28 février 1992, p. 4 ; Bouteiller P., « Les conditions de validité d'un cautionnement souscrit par une personne morale », *LPA* 1988, n° 142 ; Dagot M., Mouly Ch., « L'usage personnel du crédit social et son abus », *Rev. soc.* 1988, p. 1 ; Honorat A., « Sociétés et cautionnement », *Defrénois* 1982, art. 32920, p. 1569, n° 18 s. ; Piette G., *Rép. civ. D.*, V° Cautionnement, n° 78 ; *Rép. Com. Dalloz*, V° *Cautionnement commercial*, n° 95 s. et « Cautionnement et intérêt social : les implications réciproques », *JCP G* 2004. I. 142 ; Schultz P., *Les dispositions spécifiques relatives aux garanties consenties par les sociétés au profit de tiers*, thèse, Strasbourg, éd. Septentrion, 2001 et « L'associé cautionné par sa société et l'intérêt social », *in Mélanges Simler*, Dalloz-Litec, 2006, p. 429.

[3] V. *infra*, n° 10, spéc. n. 5.

[4] Com., 20 octobre 1998, n° 96-15.418, *JCP E* 1998. 2025, note Couret A. ; *D.* 1999. 639, note De Laender M.-H. M.-H. ; *RTD com*. 1999. 142, obs. Petit F. ; *JCP G* 2009. I. 116, n° 3, note Simler Ph. L'arrêt propose une définition de la faute séparable des fonctions que d'autres avant lui avaient déjà employée, sans la définir (Com., 22 janvier 1991, *RFC* 1991, p. 62, note Reigné Ph. ; Soc., 9 avril 1975, *Bull. civ. V*, n° 174 ; *RTD civ*. 1976. 137, obs. Durry G.).

s'applique « *lorsque le dirigeant commet intentionnellement une faute d'une particulière gravité incompatible avec l'exercice normal des fonctions* »[1]. La notion trouve son terrain d'élection dans le droit des sociétés, où les dirigeants sociaux sont souvent amenés à engager la personne morale comme débitrice d'une sûreté personnelle, mais elle a davantage vocation à résoudre la question de la réparation. Une telle faute séparable des fonctions, selon la Cour de cassation, ne permet pas d'engager la responsabilité personnelle du dirigeant. Il convient donc de ne pas développer davantage ces considérations, dans la mesure où elles sont spécifiques à la sanction.

Il ressort toutefois de l'émergence et du façonnement de ce concept par la Cour de cassation une contradiction notoire. Le fait pour un membre du groupement d'engager fautivement ce dernier comme débiteur d'une sûreté personnelle n'est pas, selon la haute juridiction, une faute séparable des fonctions[2]. Au vu des critères d'une telle faute, il est permis de discuter ce raisonnement. Une sûreté personnelle est un engagement grave, confinant à l'endettement. La gravité de l'engagement rejaillit sur celle de la faute : la faute semble recouvrer une particulière gravité, car elle est constituée par un engagement d'une particulière gravité. Quant à la nature intentionnelle, elle ne fait pas de doute. Si le dirigeant croyait avoir le pouvoir nécessaire à un tel acte, il s'agit d'une erreur. En toute autre circonstance, un tel dirigeant ne peut ignorer cette absence ou ce dépassement de pouvoir : l'intention semble automatiquement caractérisée[3]. L'incompatibilité avec l'exercice normal des fonctions peut semble-t-il être aussi retenue. Il ne rentre pas dans les fonctions d'un dirigeant d'engager la société par un acte qui est extérieur à son objet social, ou qui entre en contradiction directe avec son intérêt social. Certes le dirigeant est réputé disposer des pouvoirs les plus étendus vis-à-vis des tiers, mais est-il possible d'affirmer, lorsqu'il détourne la finalité d'un tel pouvoir, que son comportement est compatible avec l'exercice normal de ses fonctions ? La seule titularité de ce pouvoir permet-elle d'évincer toute faute incompatible avec de telles fonctions ? La souscription fautive d'une sûreté personnelle par un dirigeant de société

[1] Com., 20 mai 2003, n° 99-17.092, *D.* 2003. 1502, obs. Lienhard A. ; *JCP E* 2003. 1203, obs. Caussain J.-J., Deboissy F. et Wicker G. Sur la notion, V. plus largement Mangematin C., *La faute de fonction en droit privé*, thèse, Dalloz, coll. « Nouvelle Bibliothèque de Thèses », 2014.

[2] V. Com., 20 octobre 1998, *préc.*, ainsi que : Com., 9 mai 2001, n° 98-10.260 ; *JCP E* 2001. 1071, *Banque et droit* juillet-aout 2001. 36, obs. Storck M. ; *RTD com*. 2001. 934, obs. Chazal J.-P. et Reinhard Y. ; *Dr. sociétés* juillet 2001. 19, obs. Lucas F.-X. et Com., 18 décembre 2001, n° 97-22.024 ; *JCP G* 2002. I. 151, n° 1, obs. Viandier A. et Caussain J.-J.

[3] Sur ce point, la définition de la Cour est discutable. L'adage « *culpa lata dolo aequiparatur* », selon lequel « *la faute lourde est équipollente au dol* » a pour effet d'assimiler la faute lourde au dol. Il permet concrètement de se passer de la *probatio diabolica* relative à l'intention nuire. Dès lors, si la faute est d'une particulière gravité, puisqu'elle est lourde voire inexcusable, est-il nécessaire d'exiger sa nature intentionnelle ? Il y a dans la définition jurisprudentielle une redondance néfaste : la seule gravité de la faute devrait être exigée et permettrait de passer outre la preuve extrêmement délicate de l'intention de nuire.

semblerait devoir ainsi être rattachée à la catégorie des fautes de fonction et entraîner la responsabilité personnelle du dirigeant[1]. En effet, la disqualification de la faute de fonction a pour conséquence délétère qu'aucun responsable ne peut être désigné. Le dirigeant est exonéré et il ne saurait être imputé à la société un comportement fautif qu'elle n'a jamais adopté[2].

Sans développer plus avant la sanction appropriée d'un tel comportement et pour revenir aux éléments constitutifs de la faute, il s'agit ici d'une hypothèse de faute extracontractuelle, qui met en cause deux tiers au moment où la faute se produit. La règle violée est bien celle de ne pas nuire à autrui. La nuisance éprouvée est celle du cocontractant du fautif, qui espère pouvoir valablement exiger de la personne morale un paiement en cas de défaillance du débiteur principal. La seconde condition de la faute est la conscience de l'illicéité chez l'auteur. Il est impératif que celui-ci ait agit avec tout son discernement et en connaissance de cause pour que la faute soit constituée. Cette seconde condition est décisive : pour que la croyance du créancier potentiel soit trompée, le fautif doit avoir usé de manœuvres. Si l'engagement résulte d'une négligence du créancier potentiel, qui ne s'enquiert pas de vérifier l'existence ou l'étendue des pouvoirs du membre du groupement, il est évident que la faute de ce dernier, sans être nécessairement absoute, sera au moins minimisée. Il s'agit d'un cas de faute de la victime qui a pour effet de réduire les effets de la responsabilité de son cocontractant[3].

De ces observations, il ressort que ce type de faute consiste à tromper la croyance du créancier potentiel quant à la validité de la chance supplémentaire de paiement qu'il entendait obtenir. Il s'agit donc pour le créancier de l'altération d'une chance supplémentaire de paiement dont il espérait profiter et qui n'est jamais advenue[4].

---

[1] V. en ce sens Mangematin C., *th. préc*., n° 283 ; Simler Ph., n° 189 s.

[2] D'aucuns proposent pourtant que la responsabilité de la société débitrice soit engagée : Cozian M., Viandier A., Deboissy F., *Droit des sociétés*, LexisNexis, 30ème éd., 2017, n° 862 ; Germain M., Magnier V., *Traité de droit des affaires. Les sociétés commerciales*, LGDJ, t. II, 21ème éd., 2014, n° 1670.

[3] V. en ce sens l'art. 1254 du projet de réforme de la responsabilité civile : « *Le manquement de la victime à ses obligations contractuelles, sa faute ou celle d'une personne dont elle doit répondre sont partiellement exonératoires lorsqu'ils ont contribué à la réalisation du dommage* ». Il est d'ailleurs permis de relever la confusion qui ressort de la dissociation entre le manquement aux obligations contractuelles et la faute. Que recouvrent les deux expressions, si elles sont explicitement distinguées ?

[4] La faute, assez logiquement, ne procède pas de la nature de la sûreté. Pour le cautionnement, V. not. Com., 29 janvier 1980, n° 78-12.948 ; *D*. 1980, p. 372 ; *Gaz. Pal*. 1980. I. somm. p. 151 ; *Rev. soc.* 1981, p. 83, 1ère esp., note Guyon Y. Les solutions, par un raisonnement *a fortiori*, s'appliquent également à la garantie autonome. V. Civ. 1ère, 1er octobre 1996, 94-19.597 ; *RDBB* 1996. 239, obs. Contamine-Raynaud M. ; Paris, 27 octobre 2006 ; *Banque et droit* mai-juin 2007. 62, obs. Rontchevsky N. Quant à la lettre d'intention, sa nature juridique particulière conditionne l'existence d'une faute. Si la rédaction de la lettre révèle l'existence d'un engagement purement moral, il serait inconcevable de retenir une faute donc une responsabilité juridique à la charge du confortant. V. à propos de cette sûreté Lyon, 21 mai 1999, *JurisData* n° 144808 ; *RDBF* 2001, n° 187, obs. Cerles A.

221. Faute, sûretés personnelles et droit des régimes matrimoniaux. La nature fautive de la souscription d'une sûreté personnelle peut aussi dépendre des règles issues du droit des régimes matrimoniaux. L'article 1415 du code civil dispose ainsi que : « *Chacun des époux ne peut engager que ses biens propres et ses revenus, par un cautionnement ou un emprunt, à moins que ceux-ci n'aient été contractés avec le consentement exprès de l'autre conjoint qui, dans ce cas, n'engage pas ses biens propres* »[1]. Par une interprétation extensive, la Cour de cassation a élargi le champ d'application du texte, lequel concerne désormais d'autres sûretés personnelles que le cautionnement[2] ainsi que d'autres régimes matrimoniaux que la communauté légale[3]. Seulement en ce domaine, les hypothèses de fautes sont naturellement réduites par l'exigence du « *consentement exprès de l'autre conjoint* ». L'hypothèse la plus évidente est celle d'une manœuvre dolosive, commise par le conjoint qui imite la signature de son époux ou, plus généralement, qui remet un document falsifié témoignant du prétendu consentement de son conjoint. Il peut aussi arriver que le débiteur mente sur sa situation patrimoniale, afin de réduire l'assiette de la sûreté[4].

Contrairement au dirigeant de société qui engage fautivement la personne morale comme débitrice d'une sûreté, l'époux qui a transmis le consentement en réalité inexistant de son conjoint commet une faute qui porte, ici, sur l'étendue et non pas l'existence de la sûreté. En effet son engagement reste valable mais son assiette sera réduite à ses seuls biens propres,

---

[1] Bonnet V., « Le rôle de l'article 1415 du code civil », *RRJ* 2003-1, p. 243 ; Cabrillac M., « L'emprunt ou le cautionnement dans le passif de la communauté légale », *Dr. et patr*. mai 2003, p. 72 ; Flour J., « Le cautionnement et le patrimoine des couples », *Dr. et patr*. avril 2001, p. 80 ; Jacob F., Rontchevsky N., « L'application de l'article 1415 du Code civil aux garanties », *Mélanges AEDBF III*, Banque, p. 197 ; Mouly Ch., « Le cautionnement donné par une personne mariée », *Defrénois* 1988, art. 34163, p. 227 ; Olivier J.-M., « La caution et sa famille », *LPA* 1986, n° 50, p. 23 s., n° 9 à 19 ; Picod Y., « Remarques sur l'application de l'article 1415 du Code civil au cautionnement réel », *Dr. et patr*. avril 2000, p. 34 ; Sadi D., « L'autorisation du conjoint donnée à l'époux caution : étude prospective », *D*. 2014, chron. p. 231 ; Vauvillé F., « Article 1415 du Code civil, les armes du débat judicaire », *Dr. et patr*. 1999, n° 67 et « Le cautionnement des époux communs en bien », *Dr. et patr*. juillet-aout 2003, p. 68.

[2] La disposition s'applique ainsi à l'aval d'un billet à ordre (Com., 4 février 1997, n° 94-19.908 ; *JCP G* 1997. II. 22922, note Beignier B. ; *RTD civ*. 1997. 728, obs. Vareille B.), comme à la garantie autonome (Civ. 1ère, 20 juin 2006, *Bull. civ. I*, n° 313 ; *RTD civ*. 2006. 593, obs. Crocq P. ; *JCP G* 2006. II. 10141, note Piedelièvre S. ; *Defrénois* 2006, p. 1617, obs. Champenois G.). L'interprétation extensive de la Cour a soulevé des critiques doctrinales : comment un texte d'exception (l'art. 1415 étant une exception à l'art. 1413) peut-il faire l'objet d'une interprétation extensive ? Les dispositions d'exceptions doivent en effet être strictement interprétées et si l'argument *a fortiori* suggère d'inclure, par exemple, la garantie autonome dans le giron de l'article 1415, il n'est cependant pas permis d'affirmer que telle était la volonté du législateur lorsqu'il a institué le texte en 1985. À l'inverse, si la *ratio legis* était à la protection du couple contre les risques d'endettement, il serait tout à fait cohérent d'étendre la protection à tous les engagement qui comportent de tels risques. Une intervention législative à ce sujet ne serait pas superflue.

[3] V., pour une application de l'art. 1415 c. civ. à un régime de séparation de biens avec société d'acquêts, Civ. 1ère, 25 novembre 2003, *Bull. civ. I*, n° 236 ; *RDBF* 2004, n° 2, p. 107, obs. Piedelièvre S. ; *RLDC* 2004, n° 4, p. 43, obs. Leandri et Lécuyer H. ; *Dr. fam*. 2004, n° 1, p. 26, obs. Beignier B. ; *JCP N* 2004, n° 37, p. 1342, obs. Casey J. ; *RTD civ*. 2004. 335, obs. Vareille B.

[4] V. Simler Ph., n° 486 et Amiens, 15 février 2007, JurisData n° 2007-329025.

alors que le créancier croyait légitimement pouvoir saisir, en plus, les biens communs. Il s'agit aussi, en substance, d'une altération des chances supplémentaires de paiement dont le créancier espérait jouir.

2. Fautes relatives à l'étendue du patrimoine du débiteur

222. Existence théorique, rareté pratique. Au moment de la conclusion d'une sûreté personnelle, le débiteur de la sûreté peut avoir des raisons de craindre l'appel du créancier lors de la défaillance du débiteur principal. Pour ces raisons il n'est pas impensable que ce débiteur secondaire minimise l'étendue de son patrimoine lorsqu'il s'engage, afin de réduire en conséquence l'assiette de la sûreté. Cette minimisation s'apparente alors à un dol ou, selon le comportement adopté, une réticence dolosive, susceptible d'entraîner la nullité de la sûreté. L'hypothèse est toutefois rare en jurisprudence[1] et pour cause : quand bien même le créancier bénéficiaire de la sûreté aurait connaissance de la manœuvre de son cocontractant et disposerait des moyens pour l'établir, dénoncer la nullité de l'acte sur le fondement du dol serait pour lui un remède pire que le mal. Au lieu de disposer d'une sûreté moins efficace que prévue, le créancier en serait littéralement dépourvu. C'est ici le caractère unilatéral du cautionnement qui façonne la particularité de cette faute, en acculant le créancier à l'immobilisme. À l'inverse, le débiteur de la sûreté peut avoir des raisons de gonfler artificiellement l'étendue de son patrimoine pour que le débiteur initial obtienne le crédit espéré[2]. Le créancier éprouvera alors un préjudice certain, en obtenant une garantie moins étendue que ce qu'on lui a promis – autrement dit, il voit altérée dans son étendue sa chance supplémentaire de paiement.

Au demeurant, si une telle manœuvre résulte d'une collusion entre le débiteur principal et le débiteur de la sûreté, le créancier aura alors la possibilité d'agir sur le fondement de l'article 1305-4 du code civil[3], en imposant au premier la déchéance du terme, donc le remboursement immédiat de la dette. Aussi, une telle hypothèse fait écho à l'exigence de proportionnalité consacrée en droit du cautionnement. Un créancier professionnel ne peut en effet se prévaloir du cautionnement manifestement disproportionné contracté par une personne physique. Or si le créancier a été trompé sur la consistance du patrimoine du débiteur de la sûreté et qu'il a par conséquent exigé un engagement de moindre importance, est-il concevable qu'il demande

[1] V. Simler Ph., n° 136. Cet exemple de faute semble toutefois être un cas d'école.
[2] V. Amiens, 15 février 2007, *JurisData* n° 2007-329025.
[3] « *Le débiteur ne peut réclamer le bénéfice du terme s'il ne fournit pas les sûretés promises au créancier ou s'il diminue celles qui garantissent l'obligation* ».

non pas la réduction, mais l'augmentation du montant cautionnement ? L'argument semble en apparence se heurter au principe selon lequel le cautionnement ne se présume point, mais il semblerait que les manœuvres du ou des débiteurs permettent de contourner ce principe. À défaut d'une augmentation, il est bien plus concevable que le créancier puisse demander l'allocation de dommages et intérêts pour le préjudice qu'il aura éprouvé[1].

La faute du débiteur de la sûreté relative à l'étendue de son patrimoine est l'occasion de souligner un trait commun avec les autres fautes abordées précédemment : par un tel comportement, le débiteur atteint directement la chance supplémentaire de paiement dont le créancier entendait disposer. Aussi et de la même manière qu'un époux falsifiant la signature de son conjoint pour élargir aux biens communs le gage de son créancier, la faute ne porte pas sur la validité de la sûreté, mais sur son étendue. Il s'agit, en somme, d'un manquement du débiteur à une exigence comportementale extracontractuelle (celle de ne pas nuire à autrui) qui se caractérise plus concrètement par une altération de la chance supplémentaire de paiement qu'il a accordée au créancier.

223. Particularisme du dol invoqué par un cofidéjusseur. Si le dol du débiteur d'une sûreté personnelle à l'endroit du créancier est une cause assez rare de contentieux, il arrive plus fréquemment qu'un cofidéjusseur l'invoque à son profit. Le fait que la sûreté lie le créancier à la caution empêche certes le cofidéjusseur d'invoquer une telle manœuvre puisque le dol doit émaner du cocontractant[2] – qualité dont les cofidéjusseurs sont dépourvus entre eux. Lorsque toutefois la caution *solvens* et fautive entend exercer contre ses pairs un recours après paiement, elle risque fortement de se heurter à l'invocation de la manœuvre qu'elle a commise[3]. À l'évidence, l'invocation d'une telle faute aura une résonance bien différente. Les cofidéjusseurs, puisqu'ils sont débiteurs, ne chercheront pas un dédommagement auprès de la caution fautive mais davantage une réduction, voire une décharge de leur engagement. Aussi, puisque la faute préjudicie en cette hypothèse aux cofidéjusseurs plus qu'au créancier, elle consistera non plus en une remise en cause de la chance supplémentaire de paiement accordée

---

[1] Ainsi : « *le droit de demander la nullité d'un contrat par application des articles 1116 et 1117 du Code civil n'exclut pas l'exercice, par la victime des manœuvres dolosives, d'une action en responsabilité délictuelle pour obtenir de leur auteur réparation du préjudice qu'elle a subi* » (Com., 18 oct. 1994, *Bull. civ. IV*, n° 293 ; *D.* 1995. 180, note Atias Ch.).

[2] Pour des illustrations de cette règle, appliquée aux sûretés personnelles, V. Com., 29 mai 2001, *Bull. civ. IV*, n° 100 ; *D.* 2002. 1741, note Luciani A.-M. ; *RDBF* 2001, n° 4, p. 228, note Legeais D. et Cerles A. ; *LPA* 2001, n° 223, p. 19, note Dagorne-Labbé Y. ; *JCP G* 2002, p. 997, note Mortier R. Selon l'arrêt : « *Dans les rapports entre cofidéjusseurs, le dol peut être invoqué par la caution qui se prévaut de la nullité du cautionnement lorsqu'il émane de son cofidéjusseur* ».

[3] L'explication tient au fait que la nullité pour dol « *est une forme de réparation* » (Aynès L., Michel C.-A., « Formation et preuve du cautionnement », *Lamy Droit des sûretés*, étude 110, spéc. n° 110-35).

à celui-ci, mais en une aggravation de l'engagement des cofidéjusseurs : les chances qu'ils ont d'être remboursés après paiement sont réduites. Il n'est pas inconcevable que cette solution puisse être étendue aux hypothèses de faute de la caution fondée sur le pouvoir de conclure une sûreté personnelle. La jurisprudence ne permet pas, cependant, d'illustrer un tel cas.

224. Eléments de systématisation. Cette première approche des fautes commises par le débiteur lors de la formation d'une sûreté personnelle met en lumière plusieurs éléments communs. Il est un premier constat qui relève de l'évidence. Vis-à-vis du créancier de la sûreté, la faute n'est et ne peut être qu'extracontractuelle, la sûreté n'existant qu'à l'état de germe. Elle constitue donc un manquement au devoir général de ne pas nuire à autrui, au devoir général de prudence et de diligence. Selon la victime qui l'éprouve, ce manquement se manifestera différemment. Si le créancier l'invoque c'est parce qu'une telle faute aura contrarié ses prévisions, ou plus exactement, parce qu'elle aura eu pour conséquence d'altérer la chance supplémentaire de paiement que la sûreté était supposée lui procurer. Cette altération peut être partielle ou totale. Si ce sont les autres débiteurs de sûretés personnelles qui éprouvent et invoquent la faute, le motif sera naturellement autre. Ils reprocheront au débiteur fautif d'avoir aggravé leur engagement contre leur volonté initiale. Dès lors que ces débiteurs ont en commun de ne pas être tenus à la dette, la faute aura pour effet d'altérer leur chance de remboursement.
Ces premiers jalons d'une définition de la faute commise par le débiteur lors de la formation de la sûreté étant exposés, il convient à présent d'observer si les fautes commises lors de l'exécution de la sûreté présentent des caractéristiques semblables.

B. Les fautes commises lors de l'exécution de la sûreté

225. Dissociation de l'objet et des modalités de la sûreté personnelle. Une fois la sûreté personnelle formée et à supposer qu'elle le soit valablement, les fautes commises par le débiteur de cet engagement pourront concerner l'assiette de la sûreté (1) comme ses modalités d'exécution (2).

1. Fautes relatives à l'assiette de la sûreté

226. Hégémonie de la fraude paulienne. Lorsque le débiteur d'une sûreté personnelle entend réduire frauduleusement la consistance de son patrimoine et par voie de

conséquence l'assiette de la sûreté – le premier étant l'objet du second – il se rend coupable d'une fraude paulienne. Cette faute particulière dont il conviendra de présenter les traits saillants peut être commise indépendamment de la nature de la sûreté personnelle, puisqu'elle procède exclusivement de l'existence d'un engagement personnel.

227. Définitions de la fraude paulienne. La fraude est par définition un « *agissement illicite par emploi de moyens réguliers* ; [une] *opération consistant à utiliser des moyens licites pour violer la loi* […] »[1]. Elle est plus précisément « *celle qui consiste, de la part du débiteur, à se rendre sciemment insolvable ou à augmenter son insolvabilité* »[2]. Habituellement désignée comme un type de faute consistant en une atteinte par un débiteur au droit de gage général de son créancier[3], la fraude paulienne a vu la définition de ses éléments constitutifs réactualisée : plus qu'une atteinte à ce droit de gage, la fraude paulienne serait un « *manquement particulier à l'assujettissement du débiteur* »[4]. Le rapport d'obligation, siège des contraintes comportementales imposées à tout contractant, serait ainsi méconnu par le débiteur frauduleux lorsqu'il organise son insolvabilité. Cette acception renouvelée de la fraude, qui s'agence idéalement avec l'analyse dualiste moderne de l'obligation, doit être préférée car elle rend parfaitement compte de la nature comportementale de l'obligation et de son manquement. L'application de cette conception aux sûretés personnelles permet de vérifier sa congruence[5].

228. Application de la fraude paulienne aux sûretés personnelles[6]. L'action paulienne d'un créancier à l'encontre du débiteur d'une sûreté personnelle connait plusieurs illustrations prétoriennes[7]. Le débiteur de la sûreté, craignant la défaillance du débiteur de premier rang, cherchera parfois à s'appauvrir intentionnellement afin de faire échec aux

[1] Cornu G. (dir.), *Vocabulaire juridique, op. cit.*, V° Fraude, 3, p. 482.
[2] *Ibid*.
[3] Pour un exposé synthétique de cette interprétation doctrinale, V. Sautonie-Laguionie L., *th. préc*., n° 244 s.
[4] *Ibid*., n° 146 s.
[5] Ce qui avait déjà été remarqué : « *L'analyse dualiste de l'obligation reçoit ainsi une application particulière en matière de cautionnement. Et la définition de la fraude paulienne comme la violation de l'assujettissement du débiteur le confirme. Il revient en effet au même de considérer que la fraude paulienne de la caution correspond à la violation de son obligation de couverture ou de considérer qu'elle résulte de la violation de son assujettissement* » (*ibid.*, n° 359). La distinction entre les deux types d'obligations a cependant été contestée : V. Ancel P., *Force obligatoire* (…), *art. préc*., spéc n° 41 ; Barthez A.-S., Houtcieff D., n° 59 (qui évoquent la « *coexistence prétendue d'obligations de couverture et de règlement* ») ; Théry Ph., n° 89. En faveur de la consécration légale de la distinction, V. Grimaldi M. (dir.), *Avant-projet de réforme du droit des sûretés*, *op. cit*., art. 2318, p. 61.
[6] V. not. Roman B., « La caution et l'action paulienne : la délicate alliance des règles de fond et de procédure », *D.* 2003, chron., p. 2156.
[7] Sur la question, V. Bouteiller P., *Le cautionnement, aspects généraux et pratique bancaire*, Ed. de l'Epargne, 1986, p. 209 s.

poursuites du créancier. Or la seule condition exigée relative à l'engagement auquel il est manqué par le jeu de la fraude paulienne est celle de son existence. L'obligation qui en résulte ne doit être ni liquide, ni exigible, mais seulement certaine en son principe. Ce qui est le cas de tout engagement de sûreté personnelle valablement constitué[1]. Aussi, le créancier doit justifier d'un préjudice pour pouvoir agir et, si l'acte est à titre onéreux, la complicité du tiers à l'acte frauduleux doit-elle être établie[2].

De nombreux exemples de fraude paulienne commise par le débiteur d'une sûreté personnelle peuvent être trouvés, comme le fait de consentir une donation[3], un apport en société[4], un bail emphytéotique[5], ou même une simple vente[6]. Il ressort de cette multiplicité d'exemples un trait commun. La fraude paulienne est toujours commise dans le cadre d'un cautionnement. Hormis la fréquence du recours à cette sûreté personnelle, il ne semblerait pas que d'autres arguments expliquent l'absence d'exemple tirés de la garantie autonome ou de la lettre d'intention. Elles présentent une nature commune car elles sont constitutives, au même titre que le cautionnement, d'un engagement personnel – la différence essentielle tenant à la consistance du rapport d'obligation astreignant le créancier. Toute sûreté personnelle est donc susceptible, par principe, de voir son exécution entravée par la fraude paulienne du débiteur[7]. Au surplus, les sûretés personnelles permettent de mettre en évidence, plus clairement encore que d'autres types d'engagements, le mécanisme de la fraude paulienne. Tout engagement contractuel implique, si le débiteur ne s'exécute pas, l'accès du créancier au patrimoine de ce débiteur sur le fondement du droit de gage général. Les sûretés personnelles n'échappent pas à ce schéma mais elles présentent la particularité d'être des engagements dont les débiteurs ne retirent pas de profit : ils ne contribuent pas à la dette. La fraude paulienne se comprend plus

[1] La certitude de l'engagement ne doit pas être confondue avec celle du paiement : une sûreté personnelle valable est constitutive d'un engagement certain, conduisant à un paiement quant à lui incertain. Les deux éléments ne sauraient être assimilés : la certitude de l'engagement n'est pas contingente de la certitude du paiement. Sur l'exigence de cette qualité, V. Civ. 1ère, 17 janvier 1984, *Bull. civ. I*, n° 16 ; *D*. 1984. 437, note Malaurie Ph. ; *Defrénois* 1984, art. 33266, p. 422 ; *RTD civ*. 1984. 719, obs. Mestre J.

[2] V. plus précisément Terré F., Simler Ph., Lequette Y., *Droit civil. Les obligations*, *op. cit*., n° 1166 s.

[3] Civ. 1ère, 25 février 1981, *Bull. civ. I*, n° 69 ; *JCP G* 1981. II. 19628 ; *Banque* 1981, p. 1313, obs. Martin R. ; *Defrénois* 1981, art. 32787, p. 1573, obs. Aubert J.-L.

[4] Civ. 1ère, 21 juillet 1987, *Bull. civ. I*, n° 231 ; *JCP G* 1987. IV. 347 ; *Banque* 1987, p. 1096, obs. Rives-Lange J.-L.

[5] Civ. 3ème, 4 avril 1973, *Bull. civ. III*, n° 258.

[6] Civ. 1ère, 16 mai 2006, n° 03-16.653.

[7] Peut-être la rareté du contentieux de la fraude paulienne en dehors du cautionnement trouve-t-elle une explication subsidiaire dans le fait que, très souvent, les débiteurs des autres sûretés personnelles sont des personnes morales, dont le patrimoine est habituellement plus important que celui d'une personne physique. Par de telles facultés contributives, ces mêmes débiteurs seraient donc moins exposés au grief d'un appauvrissement frauduleux, car ils sont moins exposés au risque d'endettement. Plus certainement encore, ces engagements étant un signe de l'honorabilité du débiteur qui y consent, la rareté du contentieux s'expliquerait davantage par la réticence de ce débiteur à dénoncer un engagement, ce qui ternirait son image. V. cependant, pour une garantie autonome Com., 28 septembre 2004, n° 02-10.323.

aisément encore : tout débiteur de cet ordre aura des raisons de vouloir échapper, même frauduleusement, aux poursuites du créancier sur son patrimoine, pour éviter le paiement d'une dette dont il ne retire aucun profit et dont il risque d'assumer la charge définitive.

229. La fraude paulienne ou la violation de son rapport d'obligation par le débiteur frauduleux. Alors que les exemples de fautes extracontractuelles abordés jusqu'alors ne résultaient que de la violation du devoir général de ne pas nuire à autrui, la fraude paulienne du débiteur d'une sûreté personnelle est autre. L'existence d'un contrat valable modifie le support de la faute. Plus qu'un devoir général, c'est un devoir particulier qui est violé, celui qui consiste à respecter le but contractuel que les parties veulent atteindre. Ce devoir particulier se situe dans le rapport d'obligation du débiteur, composante comportementale de son engagement. Le rapport obligatoire, assimilable à la prestation, est affecté consécutivement à la violation du rapport d'obligation. C'est par un comportement incompatible avec la réalisation du but contractuel que ce même but n'a pas pu être atteint, ou aurait pu ne pas être atteint. Il convient par ailleurs de désamorcer la confusion qui pourrait résulter de la nature majoritairement monétaire des obligations assumées par de tels débiteurs. Le seul fait qu'ils ne payent pas, ou qu'ils agissent de sorte à ne jamais pouvoir payer, n'est pas une violation de leur rapport obligatoire mais bien un comportement qui entre en contradiction directe avec ce dernier, en rendant illusoire son accomplissement. Autrement dit, il s'agit bien d'un manquement à leur rapport d'obligation.
Envisagée du point de vue du créancier, la faute qu'il éprouve consiste en une altération de la chance supplémentaire de paiement dont il profitait. Par son comportement, le débiteur de la sûreté ne lui permet pas d'obtenir cette satisfaction. Le manquement étudié porte ainsi atteinte à l'efficacité de la sûreté consentie au profit du créancier. D'autres types de fautes concernent quant à elles les modalités d'exécution de la sûreté personnelle.

2. Fautes relatives aux modalités d'exécution de la sûreté

230. Illustrations particulières de l'autonomie des notions d'exécution et de faute contractuelles. Il peut paraître surprenant d'étudier la faute du débiteur d'une sûreté lorsqu'il exécute pourtant son obligation. Plusieurs hypothèses démontrent toutefois que le paiement effectué par le débiteur de la sûreté n'est pas à lui seul un motif d'absolution ni le signe indéfectible d'un comportement irréprochable de sa part – et ce particulièrement lorsque d'autres débiteurs ont consenti des contre-garanties relatives à l'engagement principal. Ces

hypothèses illustrent justement l'autonomie de la faute contractuelle, laquelle peut très bien se cumuler à une exécution contractuelle conforme. Les exemples qui suivent ne sont cependant pas tous afférents au paiement par le débiteur de la sûreté, quelques-uns concernant l'exécution de recours postérieurs audit paiement.

231. Incidence d'une opération au minimum tripartite. Les sûretés personnelles étant par définition des opérations juridiques liant trois personnes au moins, les modalités d'exécution de la sûreté sont une occasion supplémentaire de faute. Le débiteur de la sûreté peut adopter un comportement préjudiciable pour le créancier, le débiteur principal ou d'autres débiteurs de la sûreté malgré l'exécution apparemment conforme de son engagement. Du fait de l'engagement de ces différents protagonistes, les obligations *lato sensu* du débiteur initial de la sûreté sont sensiblement alourdies. Le mécanisme de la subrogation personnelle permettra d'expliquer une telle modification puisque, par son jeu, chaque débiteur de la sûreté est un créancier virtuel des autres débiteurs et cette seule virtualité suffit à imposer au premier d'entre eux des exigences comportementales supplémentaires. Les éléments constitutifs de cette faute seront donc différents selon l'absence (a) ou la présence de contre-garants[1] (b).

a. Les fautes commises en l'absence de contre-garant

232. Le paiement précipité du débiteur de la sûreté malgré l'existence d'exceptions opposables au créancier. Si le débiteur d'une sûreté personnelle a des raisons de vouloir échapper à un engagement dont il ne retire aucun intérêt patrimonial, il peut à l'inverse se rendre coupable d'avoir été trop zélé pour avoir payé le créancier alors que le débiteur garanti avait les moyens de ne pas le faire. Il devra en effet subir les conséquences d'un paiement précipité, quand il pouvait opposer au créancier des exceptions retardant, voire remettant en cause le paiement.

Ainsi a-t-il été jugé qu'une caution commettait une faute en payant au créancier la somme prévue au cautionnement alors que les débiteurs principaux « *avaient par deux fois appelé son attention sur cette situation en lui notifiant leur opposition à tout paiement et sans attendre*

[1] L'expression est habituellement réservée aux contre-garanties souscrite pour protéger le débiteur d'une garantie autonome dans l'exercice de son recours après paiement. Il conviendra de retenir une conception générique qui désigne tout engagement visant à protéger le débiteur d'une sûreté personnelle dans l'exercice de son recours après paiement.

que [le créancier] *ait fait reconnaitre ses droits en justice* »[1]. La chambre commerciale de la Cour de cassation précise bien qu'il s'agit d'une faute de la caution laquelle a certes payé, sur le fondement d'une mise en demeure, mais avant toute poursuite du créancier. L'exemple illustre alors l'idée que toute faute contractuelle n'est pas une inexécution car, ici, la caution commet une faute en exécutant son engagement. Le créancier ne saurait en effet reprocher à la caution de l'avoir payé, quand il n'était pas même certain de pouvoir prétendre à un tel paiement de la part du débiteur principal. En procédant à un paiement de manière précipitée, la caution a fait perdre au débiteur un moyen licite de ne pas s'exécuter. Ainsi, plutôt que de protéger les intérêts du débiteur, la caution les a desservis. Le débiteur est donc fondé à lui en tenir rigueur puisque si la caution exerçait l'un de ses recours, personnel ou subrogatoire, c'est le débiteur qui en supporterait les frais définitifs[2].

Confrontée à une espèce similaire, la Cour de cassation a appliqué le même raisonnement. Une caution paye un créancier sur le seul fondement d'une mise en demeure. Le contenu et la validité de cette mise en demeure avait été discutés : le débiteur avait mis en garde la caution de ce qu'elle était vaine et infondée et « *qu'ils avaient dans ces conditions l'un et l'autre tous les éléments pour résister à une instance en paiement* ». Par conséquent, « *la banque avait commis une faute en payant la dette* [du débiteur principal] *malgré la mise en garde de celui-ci et sans être poursuivie* »[3]. De la même manière que pour l'exemple précédent, la faute ici caractérisée ne préjudicie pas au créancier mais bien au débiteur de l'obligation garantie. La caution a satisfait à son obligation mais dans un contexte qui justifiait qu'elle ne le fît pas.

Un troisième arrêt confirme la nature fautive du paiement par la caution malgré les indications en sens contraires du débiteur principal. Les faits sont un peu plus complexes : un retrait litigieux exercé à la suite d'une cession de créance a abouti à la confusion des qualités de créancier et de débiteur, donc à une extinction de la dette principale. Or « *la caution avait payé la dette au cessionnaire retrayé malgré l'interdiction qui lui en avait été faite par le*

[1] Com. 19 octobre 1970, *Bull. civ. IV,* n° 269. Dans cette espèce, il n'était pas même certain que le bénéficiaire du cautionnement ait eu une créance sur le débiteur principal.

[2] La décision ne mentionnant pas la sanction de la caution, il semblerait que la fin de non-recevoir opposée à tout recours après paiement de la caution serait adéquate. Celle-ci ne saurait s'appauvrir fautivement au détriment du débiteur principal, pour lui demander ensuite le remboursement de cette somme. En ce sens, V. Théry Ph., n° 70, selon qui « *Négligence et excès de zèle sont sanctionnés de la même façon : la caution est privée de recours contre le débiteur. Cependant, la situation ne doit pas tourner à l'avantage du créancier qui reçoit plus qu'il ne lui est dû ou même ce qui ne lui est pas dû. La caution peut donc agir en répétition contre le créancier. Le tracas est pour elle* ».

[3] Civ. 1ère, 16 novembre 1971, *Bull. civ. I,* n° 288. Logiquement, le débit consécutif par la banque du compte ouvert chez elle par le débiteur principal « *avait lui-même un caractère fautif* ».

débiteur cédé qui invoquait le retrait litigieux emportant réunion des qualités de créancier et de débiteur dans la même personne et, en application de l'article 1300 du code civil, confusion de droit éteignant les deux créances ». La Cour d'appel « *en considérant que la caution avait commis une faute en payant malgré l'opposition* » du débiteur, a vu son raisonnement approuvé par la haute juridiction[1].

Une quatrième et dernière espèce illustre la nature potentiellement fautive du paiement. Il s'agit d'une caution qui règle la dette du débiteur principal après avoir « *reconnu que la somme qui lui était demandée était bien due et que le créancier affirmait avoir supprimé son titre par suite du paiement* ». Les juridictions du fond accueillent la demande de la caution qui exerce à l'encontre du créancier une action en répétition de l'indu. La Cour de cassation, dans un attendu de principe rappelant en substance l'ancien article 1377 du code civil[2], condamne la cour d'appel pour avoir reçu cette demande[3]. Bien que l'information sur le fondement de laquelle la caution aurait dû s'abstenir de payer provienne ici du créancier et non du débiteur principal, la caution n'en reste pas moins fautive d'avoir payé. La faute de la caution se comprend ici comme une faute envers elle-même, puisqu'elle est la seule à en subir les retombées. Le créancier est désintéressé et le débiteur n'en souffre pas. L'arrêt permet d'asseoir une fois encore l'argument selon lequel la faute contractuelle ne s'assimile pas purement et simplement à l'inexécution contractuelle.

Plus largement, ces quelques exemples[4] sont l'occasion de préciser davantage la composition du rapport d'obligation de la caution. Ce rapport, d'ordre exclusivement comportemental, suppose le respect de devoirs et incombances par la caution au profit du créancier. Le créancier n'est pas le seul destinataire de ces exigences : le débiteur peut également en revendiquer le bénéfice, comme le prouvent ces décisions. La caution est ainsi tenue par des contraintes comportementales en tant que cocontractant du créancier et en tant que tiers intéressé vis-à-vis du débiteur principal, puisqu'il est amené à devenir potentiellement son

[1] Com., 19 décembre 2006, *Bull. civ. IV,* n° 252 ; *RDBF* mars 2007, n° 2, p. 19, note Legeais D. et p. 48, note Adelle J.-F. ; *JCP E* 2007. 1740, note Markhoff P.
[2] « *La personne qui, par erreur, se croyant débitrice, a acquitté une dette, n'a plus le droit de solliciter le remboursement des sommes versées dans le cas où le créancier a détruit son titre par suite du paiement* ».
[3] Civ. 1ère, 22 juin 1994, *Bull. civ. I,* n° 221.
[4] Un dernier exemple peut être cité, afin de ne pas réduire le raisonnement au strict cautionnement. Il s'agit d'un garant autonome qui paye le bénéficiaire alors même qu'il était en mesure de suspecter un appel abusif de sa part. V. ainsi Com., 7 juin 1994, *Bull. civ. IV*, n° 202 ; Com., 15 novembre 2011, n° 10-26.511. V. également Picod Y., n° 151, qui évoque le paiement d'un garant « *en présence d'une garantie documentaire, sans obtenir au préalable les certificats visés par le contrat de garantie* ».

créancier par le jeu de la subrogation. Le rapport d'obligation est donc composé de contraintes comportementales que le sujet doit observer à l'égard du créancier, des tiers et de lui-même.

233. L'omission de l'invocation d'un moyen de défense[1]. Comme pour l'exemple exposé précédemment, certaines fautes peuvent être afférentes au paiement sans que celui-ci n'ait lieu. Le comportement fautif peut très bien être adopté par le débiteur de la sûreté lorsqu'il oppose au créancier qui l'assigne un moyen de défense[2], plus particulièrement encore lorsque ce moyen de défense implique chez son titulaire l'exécution de certains actes. Ainsi une caution doit-elle, pour pouvoir valablement requérir le bénéfice de discussion, « *indiquer au créancier les biens du débiteur principal, et avancer les deniers suffisants pour faire la discussion* »[3]. L'exception est peu courante en jurisprudence, car le cautionnement solidaire à tendance à devenir bien plus fréquent que le cautionnement simple, or la solidarité a pour effet d'écarter les bénéfices de discussion et de division. Une espèce permet toutefois d'illustrer la particularité de la faute d'une caution à l'occasion de ce bénéfice[4]. Deux personnes physiques se portent cautions d'un prêt consenti à un débiteur. À la défaillance de celui-ci, ils invoquent le bénéfice de discussion, rejeté par les juridictions du fond. La deuxième chambre civile rend un arrêt de rejet, aux motifs que les cautions « *n'ont proposé aucun bien à la discussion du créancier, ni avancé les deniers suffisants pour faire la discussion* ». Par conséquent, le bénéfice n'étant pas valablement requis, les cautions n'ont pu en jouir.

Ce type de faute se distingue de celles jusqu'alors abordées. Il s'agit bien d'un manquement à un devoir préexistant, mais la particularité vient du fait que le préjudice est éprouvé par le fautif lui-même. Son manquement ne préjudicie pas au créancier – c'est d'ailleurs l'inverse qui se produit – pas plus qu'au débiteur principal : seules les cautions sont privées d'un avantage par l'inadéquation de leur comportement[5]. Le bénéfice de discussion permet ainsi d'affiner l'analyse de la composition du rapport d'obligation. Dans ce rapport se nichent des

[1] Une proposition vise, dans ce cas, à priver le débiteur de la sûreté de recours contre le débiteur de l'obligation garantie. V. Grimaldi M. (dir.), *Avant-projet de réforme du droit des sûretés*, *op. cit*., art. 2314, p. 60.

[2] L'autonomie de la garantie autonome suppose que son examen soit ici exclu, dans la mesure où sa définition procède de l'absence de moyens de défense du garant – hormis le cas exceptionnel de l'appel manifestement abusif.

[3] Art. 2300, al. 1, c. civ. Pour une suggestion de redéfinition de ce bénéfice, V. Grimaldi M. (dir.), *Avant-projet de réforme du droit des sûretés*, *op. cit*., art. 2305 et 2306, p. 57-58.

[4] Civ. 2ème, 23 octobre 2008, *Bull. civ. II,* n° 224 ; *RLDC* 2008, n° 54, p. 30, note Marraud des Grottes G. ; *JCP N* 2009, n° 43-44, p. 31, note Simler Ph. et Delebecque Ph. ; *RDBF* 2008, n° 6, p. 43, note Cerles A. ; *Banque et droit* 2008, n° 122, p. 47, obs. Jacob F.

[5] Il reste à savoir, ce que l'arrêt ne dit pas, si cette privation vaut seulement pour l'instance considérée, ou si le bénéfice est définitivement exclu des moyens de défense que les cautions pourront faire valoir à l'avenir.

exigences comportementales dont la violation aboutit à la privation d'un avantage pour le fautif, donc à une forme d'auto-sanction. Le fait pour une caution simple de devoir proposer un bien ou d'avancer les deniers nécessaires au bénéfice de discussion qu'elle invoque s'apparente ainsi à une incombance contractuelle, dont le manquement est principalement sanctionné par une déchéance[1].

234. L'absence de déclaration du débiteur de la sûreté à la procédure collective du débiteur de l'obligation garantie. Le débiteur de la sûreté est un créancier virtuel du débiteur principal. Les recours qui sont ouverts au débiteur *solvens* peuvent cependant être perturbés par les difficultés financières du débiteur principal. À l'occasion de l'ouverture d'une procédure collective, tout garant devra impérativement déclarer sa créance pour espérer obtenir un paiement[2]. Depuis l'adoption de la loi du 26 juillet 2005 de sauvegarde des entreprises, les créances non déclarées ne sont plus considérées comme éteintes mais inopposables à la procédure ou, selon le type de procédure, leurs titulaires sont exclus des distributions et répartitions[3]. La déclaration ne suppose pas, cependant, la qualité de créancier actuel. Le débiteur de la sûreté est justement considéré comme créancier dès la formation de la sûreté et non pas à partir du moment où il paye[4]. Il a donc tout intérêt à déclarer dès que possible sa créance, même sans avoir encore payé. À défaut et s'il ne dispose pas de contre-garantie, le débiteur de la sûreté aura peu de chances d'obtenir un paiement. La faute et sa sanction sont ainsi une illustration supplémentaire des devoirs comportementaux qu'un tel débiteur doit respecter pour pouvoir obtenir un avantage qui lui est personnel. En l'occurrence, il s'agit bien d'une incombance à la charge de la caution, sanctionnée par une forme de déchéance – l'inopposabilité ayant l'effet similaire de priver le débiteur de

[1] Sur les liens entre déchéance et incombance, la première étant présentée comme la sanction naturelle de la seconde, V. Freleteau B., *th. préc.*, n° 415 s.
[2] V. art. L. 622-24 c. com.
[3] Sur la déclaration des créances, V. not. Saint-Alary-Houin C., *Droit des entreprises en difficultés*, LGDJ, coll. « Domat Droit privé », 10ème éd., 2016, n° 739 s.
[4] V. sur ce point Com., 16 juin 2004, *Bull. civ. IV,* n° 123 ; *RDBF* 2004, n° 5, p. 326, note Cerles A. et Legeais D. ; *Banque et droit* 2004, n° 97, p. 76, note Jacob F. ; *Gaz. Pal*. 2004, n° 214, p. 12 ; *RLDC* 2004, n° 10, p. 23, obs. Despres I. ; *JCP G* 2005. I. 107, obs. Cabrillac M. La solution a été étendue à la garantie autonome, car la créance que le garant a ou peut avoir sur le donneur d'ordre prend également naissance à la formation de la garantie : Com., 19 décembre 2006, *Bull. civ. IV*, n° 249 ; *RJDA* 5107, p. 495 ; *RDBF* mars/avril 2007, n° 59, p. 18, obs. Legeais D. ; *Gaz. Pal*. 2007, n° 103, p. 40, note Roussel-Galle Ph. ; *RTD com*. 2007. 450, note Martin-Serf A. ; *Banque et droit* 2007, n° 111, p. 49, note Jacob F.

l'avantage qu'il comptait en retirer. Il s'agit donc d'une autre forme de faute de la caution envers elle-même, dont elle subira seule les conséquences[1].

235. La perte d'un droit préférentiel reconnu au créancier par le fait du débiteur de la sûreté. Le bénéfice de subrogation, fondement récurrent de la faute reprochée au créancier cautionné, suppose entre autres conditions la perte par celui-ci d'un droit préférentiel. Lorsque la perte est imputable au moins en partie à la caution, cette dernière n'est plus recevable à invoquer l'article 2314 du code civil. Il est possible, en effet, qu'une caution soit responsable de la disparition, la détérioration, la dégradation ou la perte d'une chose sur laquelle le créancier avait un droit préférentiel. À l'évidence et étant entendu que nul ne peut se contredire au détriment d'autrui, la caution ne saurait réclamer les conséquences profitables de sa propre faute. Celle-ci porte sur un droit préférentiel qui est par définition extérieur au cautionnement, mais elle a une incidence directe sur le jeu du cautionnement puisque la caution ne pourra invoquer l'exception qui aurait pu la décharger de son engagement[2]. Plus encore, elle peut se rendre coupable d'une infraction pénale[3]. Indépendamment de la constatation de cette infraction, la faute de la caution aura pour effet de précariser le créancier dans ses chances de remboursement. Le comportement de la caution a donc l'effet exactement inverse de ce pour quoi le créancier a exigé son engagement. Il est donc logique, *a minima*, qu'elle ne puisse être déchargée de son engagement par sa propre faute.

236. Les manœuvres du débiteur afin d'échapper au paiement. L'interposition de personnes est un procédé auquel un débiteur de sûreté personnelle peut être tenté de recourir pour échapper à l'exécution de son engagement. La création de plusieurs personnes morales par le biais de multiples fusions-absorptions consécutives permet à la caution de se réfugier derrière la limitation de son engagement. Telle n'est pas cependant l'avis de la Cour de cassation, qui a pu estimer dans ce cas que « *les transformations successives ont été réalisées pour des raisons de pure convenance personnelle par* [la caution] *en vue de s'exonérer de son obligation, sans pour autant vouloir dénoncer son cautionnement* », si bien qu'elle a commis une « *fraude* […] *à l'encontre de la banque* […] *ce dont il résulte que l'engagement de*

[1] A cette exception près que la caution, même en l'absence de déclaration, peut se retourner contre ses cofidéjusseurs, « *les autres cautions ayant elles-mêmes la faculté d'effectuer une telle déclaration, même avant d'avoir payé* » (Com., 5 novembre 2003, *Bull. civ. IV*, n° 158.)

[2] La solution est aussi constante qu'ancienne : Civ., 8 juillet 1913 ; *DP* 1914. 1. 241 ; Com. 3 mai 1960, *Bull. civ. III,* n° 160 ; Com., 20 janvier 1975, *Bull. civ. IV,* n° 16 ; Com., 15 novembre 1988, *Bull. civ. IV,* n° 303 ; *D.* 1989. 296, obs. Aynès L. ; Com. 11 janvier 1994, *Bull. civ. IV,* n° 15 ; *Defrénois* 1994. 35897, obs. Aynès L.

[3] Art. 314-5 c. pén. : « *Le fait, par un débiteur, un emprunteur ou un tiers donneur de gage, de détruire ou de détourner l'objet constitué en gage est puni de trois ans d'emprisonnement et de 375 000 euros d'amende* ».

caution demeurait valable »[1]. Un parallèle avec la fraude paulienne semble pouvoir être établi, bien que la Cour n'y fasse aucune référence. Les actes sont certes frauduleux, mais la volonté de la caution d'échapper à son engagement n'affecte pas l'étendue de son patrimoine : aucun bien n'en est sorti et la seule conséquence de ses agissements est l'extinction souhaitée du cautionnement. En effet, la fraude consiste seulement en l'espèce à rendre inefficace le cautionnement conclu sous l'empire d'un statut devenu obsolète en cours d'exécution.

237. La responsabilité pour insuffisance d'actif de la caution intégrée[2]. Parmi les nombreux schémas possibles représentatifs de l'imbrication du droit des sûretés et du droit des sociétés se trouve le cas du débiteur d'une sûreté personnelle qui, dans le même temps, occupe une fonction essentielle dans la société débitrice. Une telle qualité ne permet pas au débiteur de la sûreté d'éluder les conséquences de ses actes fautifs commis au titre de membre de la société. Un arrêt ancien a posé la règle selon laquelle, dans ce cas de figure, la caution « *tenu*[e] *personnellement* […] *d'acquitter les dettes de la société* […] *ne* [peut] *réclamer* [au cofidéjusseur] *tenu* […] *à titre subsidiaire, paiement d'une quelconque part contributive* »[3]. La caution et cogérante de la société débitrice avait commis une faute de gestion en contractant un emprunt qui avait aggravé l'insolvabilité de la société. Sur le fondement de cette faute, la Cour a estimé que le cogérant devait assumer « *le fait qu'il ne prouvait pas avoir apporté à la gestion des affaires sociales toute l'activité et la diligence nécessaires* ». Au-delà des règles propres à la clôture pour insuffisance d'actif, l'intérêt de l'arrêt réside dans la faute exclusive de la caution-cogérante et l'impossibilité consécutive de demander une quelconque contribution au cofidéjusseur. La particularité du contentieux résulte de la double qualité du fautif, à la fois cofidéjusseur et cogérant de la société débitrice. La solution peut d'ailleurs être vue comme une illustration du principe de cohérence qui se développe progressivement en matière contractuelle[4]. La faute commise au titre d'une fonction ne doit pas permettre à l'auteur de se décharger, même partiellement, de sa responsabilité sur le fondement de sa seconde fonction.

---

[1] Com., 10 octobre 1995, *Bull. civ. IV,* n° 224 ; *LPA* 1995, n° 149, p. 15, note Couret A. et Le Cannu P.
[2] V. les art. L. 651-1 à L. 651-4 c. com.
[3] Com., 8 novembre 1976, *Bull. civ. IV,* n° 282.
[4] V. Houtcieff D., *Le principe de cohérence en matière contractuelle*, thèse PUAM, 2001 ; Association Henri Capitant, *Principes contractuels communs : projet de cadre commun de référence*, *op. cit*., p. 179 : « *le principe de cohérence a une portée plus large, et ce à deux égards. Tout d'abord, lorsqu'une partie est tenue d'accomplir certaines diligences afin de rendre son droit exigible, le principe de cohérence exclut qu'elle puisse invoquer ledit droit si elle n'a pas satisfait aux diligences qui lui incombaient […]. Ensuite, lorsqu'un contractant tolère certains manquements de son débiteur, le principe de cohérence commande qu'il ne puisse pas, par la suite, mettre en œuvre la sanction contractuelle des manquement tolérés* ».

238. La révocation de son engagement par le débiteur de la sûreté. Au-delà même du paiement, il peut arriver que le débiteur d'une sûreté se défasse purement et simplement de son engagement, alors que la nature de ce dernier ne le lui permet pas. Ainsi a-t-il été jugé qu'une caution est fautive de dénoncer avant terme un engagement qu'elle a contracté pour une durée déterminée. La règle n'est à l'évidence pas propre au droit des sûretés et ne constitue qu'une application d'espèce[1].

Une révocation fautive peut aussi avoir un impact sur le sort des autres débiteurs de sûretés garantissant la même créance. De fait, le sort de ces derniers est nécessairement rendu plus rigoureux car ils auraient dû être informés en temps utile d'un tel évènement pour en subir le moins possible les conséquences. Un arrêt a déclaré inopposable aux cofidéjusseurs la révocation de l'un d'entre eux pour ne pas avoir informé ses pairs de sa décharge[2]. L'arrêt ne le précise pas, mais il reste possible que les cofidéjusseurs soient recevables à exercer un recours après paiement contre le cofidéjusseur fautif. Cette faute illustre à son tour le rayonnement du rapport d'obligation du débiteur de la sûreté. Ce rapport assujettit le débiteur à des exigences comportementales dont le créancier seul n'est pas titulaire, mais également le débiteur principal, comme les cofidéjusseurs ou encore les contre-garants. L'explication tient à la complexité d'une opération de sûreté personnelle par essence tripartite : une même dette concerne simultanément deux débiteurs au moins, dont l'intérêt n'est pas partagé. Le comportement attendu du débiteur de la sûreté doit donc être conforme aux intérêts du créancier initial, comme à ceux dont la subrogation est susceptible de conférer une telle qualité.

b. Les fautes commises en présence de contre-garants

239. L'aggravation de l'engagement du débiteur de la sûreté par la souscription d'une contre-garantie. La souscription de plusieurs sûretés personnelles « en chaine » a pour conséquence une densification de l'engagement du débiteur initial de la sûreté. Il convient ici de préciser qu'il s'agit bien de plusieurs débiteurs de sûretés personnelles qui s'engagent du fait d'une dette initiale, mais à des titres différents. Ils garantissent non pas la dette du débiteur principal, mais les recours du créancier ou du débiteur de la sûreté lorsqu'ils

[1] Civ. 1ère, 27 juin 1995, *Bull. civ. I*, n° 283 ; *D*. 1996. 276 ; *JCP E* 1995, n° 29, p. 167, note Béhar-Touchais M. ; *RRJ* 1997, n° 1, p. 135, note Mouralis J.-L.

[2] Civ. 1ère, 7 décembre 1999, *Bull. civ. I,* n° 335 ; *JCP E* 2000, n° 13, p. 561, concl. Sainte-Rose J. ; *LPA* 2000, n° 117, p. 13, note Keita M.

souhaitent être payés ou remboursés. Il ne s'agit donc pas de cofidéjusseurs mais de sous-cautions, certificateurs de caution ou, dans le cadre d'une garantie autonome, de contre-garants[1]. Le débiteur initial de la sûreté ne doit ainsi pas seulement veiller à la satisfaction exclusive de ses propres intérêts, il doit éviter d'aggraver l'engagement des débiteurs de rang inférieur. Les contre-garanties ont donc pour effet naturel d'aggraver l'engagement du débiteur de la sûreté, qui doit respecter les intérêts des contre-garants. Par conséquent, ce même débiteur doit éviter d'aggraver davantage et par son fait l'engagement pris par ces contre-garants.

240. L'omission par le débiteur initial de la sûreté de moyens de défense contre le créancier. La caution qui omet d'invoquer un moyen de défense lors d'une instance contre le créancier se préjudicie d'abord à elle-même : elle devra payer là où elle pouvait être libérée. Cette faute emporte cependant des conséquences sur les autres débiteurs de la sûreté que sont notamment les sous-cautions. Du fait de la négligence de la caution, elles seront amenées à payer une dette qui aurait pu être au moins réduite sinon éteinte. Le caractère accessoire du cautionnement de premier rang se heurte à la nature personnelle de l'action ainsi exercée et rend inopposables les exceptions que le débiteur de premier rang pouvait faire valoir à l'endroit du créancier. Or cette faute permet à la sous-caution de contourner les effets de cette inopposabilité car une action en responsabilité contre la caution lui est ouverte[2]. La nature de la responsabilité, non précisée par la Cour, semble devoir être contractuelle. Caution et sous-caution sont parties à un même contrat et le comportement de la caution a une incidence directe sur la situation de la sous-caution, pénalisée par la perte d'une chance de ne pas

[1] V. sur la notion Delebecque Ph., « Garanties et contre-garanties », *Mélanges Gavalda*, Dalloz, 2001, p. 91 ; Houin-Bressand C., *Les contre-garanties*, Dalloz, coll. « Nouvelle Bibliothèque de Thèses », 2006 et « Les contre-garanties des sûretés bancaires », *RDBF* janvier 2009, n° 1, p. 76.
Le sous-cautionnement est un mécanisme qui vise à protéger la caution en sa qualité de créancière virtuelle du débiteur principal. Une fois qu'elle a payé pour lui et si celui-ci est insolvable, elle peut exiger de la sous-caution le remboursement de la somme payée – cette sous-caution pouvant en dernier recours actionner le débiteur principal. À l'inverse le certificateur de caution protège les intérêts du créancier. Si la caution de premier rang a des raisons de ne pas payer à la place du débiteur principal, le créancier pourra assigner le certificateur de caution en paiement – lequel pourra exercer une action récursoire contre la caution de premier rang. Sur les définitions de ces deux mécanismes, V. not. Simler Ph., n° 115 s.

[2] Com., 27 mai 2008, *Bull. civ. IV,* n° 106 ; *RDC* 2008/4, p. 1282, obs. Houtcieff D. ; *RTD com*. 2008. 611, obs. Legeais D. ; *Droit et procédures*, sept. 2008, p. 290, note Picod Y. ; *RLDC* juillet 2008, p. 29, note Martial-Braz N. ; *JCP E* 2008, n° 50, p. 16, note Simler Ph. ; *Banque et droit*, sept. 2008, n° 121, p. 80, note Jacob F. ; *RTD civ*. 2008. 517, note Crocq P. ; *RDBF* juill. 2007, n° 4, p. 52 ; *D*. 2008. 2399, note Gout O. ; *LPA* nov. 2008, p. 10, obs. Prigent S. La solution est posée dans un attendu de principe clairement énoncé : « *la sous-caution, qui garantit la créance de la caution à l'égard du débiteur principal et non la créance du créancier initial à l'égard de ce débiteur, ne peut se prévaloir des exceptions inhérentes à la dette du débiteur principal à l'égard de ce créancier, sauf à rechercher la responsabilité de la caution pour avoir fautivement omis d'invoquer lesdites exceptions* ».

exécuter son obligation. La faute, dans ses éléments constitutifs comme dans ses conséquences, présente ainsi une coloration contractuelle indéniable.

Le bénéfice de subrogation est un autre moyen de défense qui, négligé par la caution, devrait offrir à la sous-caution une échappatoire. Si le créancier commet une faute compromettant le recours subrogatoire de la caution et que celle-ci oublie de l'invoquer lorsqu'elle est assignée en paiement, il semblerait que la sous-caution puisse lui en faire grief, au même titre : l'aggravation de son engagement par altération de ses chances de remboursement. La situation n'a cependant pas été soumise à la Cour de cassation, laquelle ne s'est prononcée à ce sujet que pour un litige opposant plusieurs cofidéjusseurs[1]. Quelle que soit le type de sanction retenue (action en responsabilité contre la caution ou invocabilité par la sous-caution du bénéfice de subrogation justement omis[2]), il semble indiscutable que la caution ait commis une faute vis-à-vis de la sous-caution et qu'elle doive en répondre.

241. L'absence de déclaration de sa créance à la procédure collective du débiteur principal par le débiteur initial de la sûreté. Il est fréquent que l'exécution d'une sûreté soit perturbée par l'ouverture d'une procédure collective. Les règles du droit des entreprises en difficulté incitent les créanciers à redoubler de vigilance, malgré celle dont ils ont fait preuve en exigeant une sûreté personnelle. Cette exigence est encore accrue lorsque la dette du débiteur initial est elle-même contre-garantie : en sa qualité de nouveau créancier, il doit impérativement déclarer sa créance s'il veut pouvoir prétendre à un remboursement, ne serait-ce que partiel. C'est ainsi qu'a été jugée fautive une caution *solvens* pour ne pas avoir procédé à une telle déclaration lors de la liquidation judiciaire du débiteur principal. Au visa de l'ancien article 1251, 3° du code civil, la Cour de cassation retient « *qu'à défaut de déclaration de la créance de la* [caution]*, celle-ci était éteinte à l'égard des sous-cautions* »[3]. La caution de premier rang ne peut d'ailleurs pas se réfugier derrière l'argument selon lequel le créancier a déclaré sa créance en temps utile car il ne s'agit pas de la même dette. La dette

[1] Com., 11 décembre 2007, *Bull. civ. IV*, n° 261 ; *RLDC* 2008, n° 46, p. 32, note Marraud des Grottes G. ; *RDBF* 2008, n° 1, p. 37, note Legeais D. ; *JCP E* 2008, 2013, n° 10, note Simler Ph.

[2] A suivre le fondement de la décision précitée, il ne semblerait pas que l'article 2314 du code civil soit invocable par la sous-caution pour la perte d'un droit préférentiel imputable au créancier, car il s'agirait d'une exception personnelle, mais la voie de la responsabilité contractuelle de la caution reste *a priori* ouverte.

[3] Civ. 1ère, 7 mai 2002, *Bull. civ. I,* n° 123 ; *D*. 2002. 1902, obs. Lienhard A. ; *RTD civ*. 2003. 324, obs. Crocq P. ; *RTD com*. 2003. 165, obs. Martin-Serf A. V. également Com., 30 mars 2005, *Bull. civ. IV,* n° 71 ; *D*. 2005. 1151 et 2084, obs. Crocq P. ; Com., 5 févr. 2013, n° 11-24.587, *Gaz. Pal*. 20-21 mars 2013, p. 19, obs. Dumont-Lefrand M.-P. En sens contraire, v. Civ. 1ère, 26 février 2002, *Bull. civ. I,* n° 67 ; *D*. 2002. 2863, note Djoudi J. ; *RDBF* 2002, p. 124, obs. Legeais D. ; *JCP G* 2002. I. 162, n° 11, obs. Simler Ph. Selon la première chambre civile : « *dans les rapports existant entre le débiteur principal, la caution et la sous-caution, cette dernière doit, à tous égards, être traitée comme une caution, en sorte qu'elle ne peut se prévaloir, contre la caution qui a payé le créancier, des dispositions de l'article 2031 du Code civil que seul le débiteur est en droit d'invoquer* ».

valablement déclarée est celle du créancier contre le débiteur principal, alors que la créance fautivement omise est celle du recours personnel de la caution contre le débiteur principal. Seule la certification de caution « intègre » le caractère accessoire de la sûreté, puisque le certificateur paye ce que la caution aurait dû payer, soit la dette principale[1]. Le mécanisme du sous-cautionnement suppose un changement dans l'objet du caractère accessoire. Il est accessoire à la créance de la caution *solvens*, il n'est pas accessoire à l'obligation principale. Il est donc logique qu'une caution soit fautive pour une telle omission et que les sous-cautions lui en tiennent rigueur. Plus exactement, dans la mesure où le défaut de déclaration entraîne l'extinction de la créance, les sous-cautions sont libérées de leur engagement.

Le cautionnement offre ainsi des exemples à travers lesquels se manifeste la teneur des obligations et devoirs qu'une caution doit assumer, tant vis-à-vis du créancier et du débiteur que des sous-cautions. Les contre-garanties sont au demeurant bien plus courantes encore dans le cadre des garanties autonomes.

242. Le recours abusif du garant à l'endroit du contre-garant. De la même manière que pour le cautionnement, l'immixtion d'une contre-garantie dans une opération de garantie autonome aura pour conséquence l'aggravation de l'engagement du garant de premier rang. Celui-ci devra, au même titre qu'une caution de premier rang, adopter un comportement qui ne remette en cause ni la satisfaction attendue du créancier, ni la situation des contre-garants. Ainsi lorsque le garant n'a pas eu à s'exécuter, il ne peut mettre en œuvre la contre-garantie. La solution semble des plus évidentes et a été entérinée par la cour d'appel de Paris[2]. En l'espèce, la garantie de premier rang avait expiré sans jamais que le garant ait été appelé, ce qui ne l'empêcha pas de solliciter ensuite le contre-garant en paiement : l'appel a ainsi été jugé abusif. Cet appel avait pour effet, comme toute faute de cet ordre, d'aggraver potentiellement l'engagement du contre-garant car s'il avait payé, il se serait exposé à des difficultés supplémentaires pour obtenir un remboursement après paiement.

243. Illusion d'un recensement intégral. À l'issue d'un tour d'horizon des différentes fautes que le débiteur d'une sûreté personnelle est susceptible de commettre, la question se pose naturellement de savoir s'il est possible de prétendre à l'exhaustivité, tant la diversité des comportements fautifs rend la tâche ardue. Cette entreprise semble irréalisable au vu de la variété des critères : type de faute, nature des liens entre chaque protagoniste,

[1] V. not. François J., n° 65.
[2] Paris, 22 janvier 1991.

nombre de protagonistes impliqués dans l'opération de sûreté, caractéristiques de la sûreté, qualités et fonctions des protagonistes qui n'ont pas encore été abordées… Il n'en reste pas moins que ce recensement, même s'il ne peut qu'être incomplet, permet d'avoir une première idée de ce qui constitue la faute du débiteur d'une sûreté personnelle. Les premiers éléments de systématisation, qui ont été relevés çà et là, doivent être repris et approfondis afin de proposer une définition unitaire de la faute du débiteur d'une sûreté personnelle.

§ 2. Systématisation de la faute du débiteur

244. Rappel et prolongement d'une définition renouvelée de la faute contractuelle. Préalablement à l'étude concrète des fautes du débiteur, il a été proposé une définition générique de la faute contractuelle équivalente à un manquement de l'auteur à son rapport d'obligation[1]. C'est dans ce rapport que se situent les diverses exigences comportementales auxquelles il est manqué lorsqu'une faute est commise[2]. Or les sûretés personnelles ne lient pas trois personnes : les deux débiteurs – débiteur principal et débiteur de la sûreté – sont en effet tiers dans leurs rapports respectifs, ce qui au demeurant n'empêche pas que le comportement fautif de l'un puisse compromettre les intérêts de l'autre. Ainsi, la nature bipartite de la sûreté personnelle et la nature tripartite de l'opération de sûreté personnelle imposent d'étudier en amont les éléments caractéristiques du rapport d'obligation assumé par le débiteur. Sans cette étude, il serait inconcevable de systématiser la faute de ce dernier, car le rapport d'obligation est précisément ce à quoi il est manqué, *i.e.* le cadre de la faute (A). Ce n'est qu'une fois cette étude achevée qu'il sera alors envisageable de proposer une systématisation de la faute du débiteur, par l'examen de son contenu (B).

[1] V. *supra*, n° 210.

[2] V. à ce sujet Freleteau B., *th. préc.*, p. 642. Selon l'auteur, seul le manquement à un devoir contractuel constitue une faute contractuelle. Il semblerait au contraire que tout manquement est constitutif d'une faute, qu'il porte sur un devoir ou sur une incombance. Une de leur différence essentielle tient en effet à la nature des sanctions (*ibid*., n° 337 s.) : alors que les devoirs s'accommodent parfaitement des sanctions habituelles de la responsabilité contractuelle, les incombances échappent à ces schémas traditionnels en ce qu'elles entrainent essentiellement la déchéance du titulaire. Au fondement de cette différence se trouve le critère du préjudice : nécessaire pour engager la responsabilité contractuelle du fautif, il serait intrinsèquement lié au devoir et étranger à l'incombance. Malgré la remarquable cohérence du système proposé par l'auteur, il est permis de s'en détacher sur un point : la faute comme le préjudice sont des conditions de la responsabilité – la cause et la conséquence. Elles ne se réduisent pas l'une à l'autre. Il est dès lors tout à fait concevable, sans remettre en cause le régime propre à chaque contrainte comportementale, d'affirmer que le manquement à une incombance est, au même titre que le manquement à un devoir, une faute contractuelle – indépendamment des conséquences produites.

A. Le cadre de la faute

245. Exclusion liminaire des fautes précontractuelles. Les quelques exemples présentés au titre du recensement des fautes du débiteur de la sûreté relèvent de la période précontractuelle. Ces fautes, bien qu'elles ne soient pas des cas isolés, ne seront pas étudiées plus avant. La raison tient à l'intérêt limité de leur analyse. En l'absence d'une responsabilité précontractuelle autonome, les éléments constitutifs de ces fautes sont ceux d'une croyance trompée par un manquement au devoir général de ne pas nuire à autrui. Il n'y a donc pas matière à développements plus conséquents. Les fautes commises lors de l'exécution de la sûreté personnelle invitent en revanche à une analyse plus fouillée, car elles permettent d'approfondir l'étude de la teneur et de la composition du rapport d'obligation.

246. Application concrète de l'analyse dualiste de l'obligation au droit des sûretés personnelles. Afin que l'argument de l'adéquation du rapport d'obligation aux sûretés personnelles soit pleinement convaincant, il est impératif de déterminer plus exactement les caractéristiques de ce rapport auquel tout débiteur de sûreté personnelle est assujetti. À l'étude de la consistance du rapport d'obligation (1) suivra celle de sa portée (2).

1. La consistance du rapport d'obligation

247. Une consistance fluctuante. Foyer commun des contraintes comportementales de nature conventionnelle, le rapport d'obligation n'est pas uniforme. Ces exigences comportementales peuvent être imposées par la loi et relever de l'essence même de l'engagement. Elles peuvent également être issues de la volonté des parties dont le contrat est un instrument au service de la réalisation de leurs intérêts. Dans ce cas, ces exigences ne sont que naturelles, voire accidentelles au contrat. Partant, il n'est pas de rapport d'obligation qui puisse être abstraitement déterminé et invariablement applicable à toute situation : il procède nécessairement et pour partie au moins, de critères conjoncturels. Le recensement des fautes du débiteur de la sûreté autorise toutefois une première remarque : la consistance du rapport d'obligation semble être fonction tant du type d'engagement (a) que du nombre d'engagements concourant, directement ou non, à la réalisation de la sûreté (b).

a. Une consistance fonction du type d'engagement

248. La nature composite du rapport d'obligation illustrée par la typologie des sûretés personnelles. Le rapport d'obligation qui astreint une caution n'est pas comparable à celui d'un garant autonome, lui-même incomparable à celui du signataire d'une lettre d'intention. Ainsi, le comportement attendu du débiteur de la sûreté pourra être d'abord circonscrit par référence à la nature de la sûreté (i). Par-delà la nature de la sûreté consentie, les caractères qui lui sont propres permettent à leur tour d'évaluer la consistance du rapport d'obligation (ii).

i. Nature de la sûreté

249. Influence relative de la nature unilatérale des sûretés personnelles. Il est un critère partagé par toute sûreté personnelle d'origine conventionnelle : sa nature unilatérale. Expliquée par le recours à l'analyse dualiste de l'obligation, cette nature implique le schéma suivant. Le débiteur s'engage à réaliser une prestation constitutive du rapport obligatoire. Cette prestation doit être permise par un comportement adéquat, soit le respect du rapport d'obligation. À l'inverse, le créancier ne s'engage à aucune prestation, mais il s'engage tout de même : seul un rapport d'obligation l'assujettit à la réalisation du but contractuel. Suivant ce schéma, il apparaît que la nature unilatérale d'un contrat n'exerce qu'une influence relative sur l'appréhension d'un comportement fautif du débiteur. En effet le rapport d'obligation est permanent et astreint systématiquement le créancier comme le débiteur, quel que soit le type de sûreté contractée. Au mieux est-il possible de discerner une gradation entre les différentes sûretés. La dichotomie entre contrats synallagmatiques et unilatéraux n'est pas absolue et l'unilatéralité d'un contrat peut être contrebalancée par un assujettissement plus ou moins rigoureux du créancier[1]. À cet égard, l'influence de la nature unilatérale de la sûreté aura une résonance bien plus forte lorsque l'engagement du créancier garanti sera examiné[2]. Pour le débiteur de la sûreté, la nature unilatérale ne permet pas en revanche de cerner plus

[1] A ce sujet, V. un arrêt intéressant de la Cour de cassation qui, tout en confirmant la nature unilatérale du cautionnement, retient que le créancier assume des « *obligations légales* » (Com., 8 avril 2015, *Bull. civ. IV*, n° 63 ; *RDC* 2016/1, p. 58, note Barthez A.-S. ; *Gaz. Pal*. 2015, n° 144/148, p. 16, note Dumont-Lefrand M.-P. ; *RTD civ*. 2015. 432, note Crocq P. ; *Banque et droit*, mai 2015, n° 161, p. 86, note Jacob F. ; *RLDC* 2015, n° 128, p. 28, obs. Juillet Ch.). Le contrepoids formé par ces exigences comportementales ne saurait, en revanche, jamais être un critère par lequel la sûreté personnelle deviendrait synallagmatique. Si l'engagement impose au créancier une véritable prestation au profit du débiteur, la sûreté personnelle est disqualifiée.

[2] V. *supra*, n° 309 s.

précisément le contenu de son rapport d'obligation. L'examen des caractères de la sûreté aboutit à un résultat plus fructueux.

ii. Caractères de la sûreté

250. Influence décisive des caractères de la sûreté. Si la nature unilatérale des sûretés personnelles ne permet pas véritablement d'évaluer la consistance du rapport d'obligation, il en va autrement des caractères de la sûreté. L'accessoire est un caractère fondamental qui distingue le cautionnement des autres sûretés personnelles. Un autre caractère est également utile à la détermination du rapport d'obligation : la solidarité.

Le caractère accessoire du cautionnement implique que la dette de la caution soit semblable voire identique à celle débiteur. Son rapport obligatoire est un décalque de celui du débiteur principal. La garantie à première demande implique, quant à elle, l'autonomie de l'engagement du garant vis-à-vis de celui du donneur d'ordre. Par ces critères opposés, il est possible d'entrevoir la consistance respective des rapports d'obligations. Là où l'accessoire permet de tolérer certains comportements de la caution, l'autonomie l'interdit au garant. Viennent naturellement à l'esprit les exceptions que la caution peut soulever et qui sont inopposables par le garant – elles sont la traduction la plus éclairante, en termes concrets, de l'accessoriété et de l'autonomie. Ces exceptions, *a priori* inhérentes au rapport obligatoire, sont en réalité constitutives du rapport d'obligation. Elles tendent certes à la réalisation du rapport obligatoire, le paiement de la somme convenue, mais elles sont avant tout des prérogatives d'ordre comportemental. Elles désignent la manière avec laquelle le débiteur devra s'exécuter : soit il pourra discuter du paiement, soit il devra payer sans discussion. Le rapport obligatoire est invariable, alors que le rapport d'obligation est notamment tributaire de la dimension accessoire ou autonome de la sûreté. Le cautionnement offre à la caution des exceptions opposables, relatives au montant de son engagement, à sa durée, à ses modalités d'exécution. Le rapport d'obligation que doit respecter la caution est donc d'une consistance relativement faible, puisque celle-ci dispose d'une certaine marge de manœuvre dans son comportement. La garantie autonome n'autorise pas au garant de tels moyens de défense si bien que son engagement témoigne d'une rigueur particulière. En effet le rapport d'obligation est bien plus contraignant, car plus dense : son comportement sera plus sévèrement appréhendé, car il a fait le choix d'être plus sévèrement engagé. Il y a donc, à travers l'autonomie et l'accessoriété, l'occasion d'une première perception de la consistance du rapport d'obligation du débiteur de la sûreté.

La solidarité se présente comme un second instrument d'analyse de la consistance du rapport d'obligation[1]. Une caution solidaire, du fait qu'elle soit privée des bénéfices de division et de discussion, reconnus à la seule caution simple, verra son comportement bien plus sévèrement apprécié. Dans la mesure où elle dispose de prérogatives plus limitées, la caution se heurtera à l'irrecevabilité de sa demande si elle tente de les invoquer malgré tout : l'absence de prérogatives reconnues au débiteur d'un contrat unilatéral est dans le même temps synonyme d'une astriction plus sévère. Plus il s'engage rigoureusement, plus nombreuses seront les contraintes comportementales qu'il aura accepté d'éprouver et plus rares seront les prérogatives qu'il pourra mettre en œuvre. En conséquence de quoi, les hypothèses de faute qu'il est susceptible de commettre sont nécessairement plus nombreuses.

251. Gravité de l'engagement et consistance du rapport d'obligation. Les caractères des sûretés personnelles apportent ainsi un premier éclairage. La consistance du rapport d'obligation du débiteur de la sûreté procède de la rigueur de son engagement. Un cautionnement simple, offrant à la caution de nombreux moyens de défense, crée un rapport d'obligation relativement peu contraignant à sa charge[2]. La solidarité dans le cautionnement vient densifier ce rapport. La caution ne peut plus exiger du créancier qu'il se paye d'abord sur les biens du débiteur principal, ni se réfugier derrière la pluralité de débiteurs et cofidéjusseurs. Enfin, la garantie autonome se distingue des deux précédentes en ce qu'elle crée à la charge du garant un rapport d'obligation dont la consistance est maximale. La sûreté est justement appréciée des créanciers pour sa rigueur, ce qui se traduit dans les faits par l'impossibilité pour le garant d'invoquer une quelconque exception – hormis à nouveau, dans le cas assez rare d'un appel manifestement abusif. Il restera à comparer, en fonction des différentes sûretés, la teneur du rapport d'obligation assumé par le créancier pour vérifier cette concordance entre la gravité de l'engagement et la consistance du rapport d'obligation[3].

252. Les difficultés d'analyse du rapport d'obligation issu d'une lettre d'intention. La lettre d'intention se distingue nettement du cautionnement et de la garantie

[1] Il convient de préciser que cette modalité de l'obligation concerne exclusivement le cautionnement. L'intérêt d'une clause de solidarité stipulée dans une garantie autonome se heurte en effet à la rigueur de la sûreté : le garant n'ayant d'autre choix que de payer, hormis l'hypothèse d'un appel manifestement abusif du créancier, ce dernier ne retirerait aucun avantage concret à exiger une telle clause. Aussi, d'un point de vue technique, il serait délicat de justifier la solidarité entre deux débiteurs dont les dettes sont supposées être parfaitement dissociées.
[2] Hormis les bénéfices de discussion, de division et de subrogation, le droit de la consommation prévoit d'autres formes d'exceptions au profit de la caution, bien qu'elles ne soient pas qualifiées ainsi : la disproportion de son engagement, le non-respect du formalisme informatif, le défaut d'information de la part du créancier…
[3] V. *supra*, n° 309 s.

autonome par l'imprécision qui lui est caractéristique. La portée de l'engagement du confortant est largement déterminée par son contenu : en fonction seulement des termes qui sont employés pour définir l'engagement est-il possible de déterminer ce à quoi le confortant est tenu. Le particularisme de ces lettres est donc d'osciller entre d'autres sûretés, quand les termes de l'engagement prêtent à confusion, et l'obligation naturelle, simple engagement moral que le signataire aurait remis afin que le débiteur principal jouisse d'un certain crédit auprès de ses créanciers. Il est par conséquent délicat de déterminer abstraitement et de manière générique ce qui compose le rapport d'obligation du débiteur de la sûreté.

L'analyse dualiste de l'obligation met davantage en lumière le particularisme de cette sûreté. Alors qu'elle a permis, à propos des autres sûretés, de déceler l'existence du rapport d'obligation et, dans une moindre mesure, sa consistance en fonction du type d'engagement, elle ne peut conduire ici à un tel résultat. En effet il se peut, d'une part, que le signataire ne se soit jamais engagé à quoi que ce soit, or sans engagement, le rapport d'obligation est un vain mot[1]. D'autre part si l'engagement ne fait pas de doute, encore faut-il déterminer ce à quoi le signataire s'est engagé. Est-ce une obligation de résultat ou une obligation de moyens ? Seule la détermination de son rapport obligatoire permettra ensuite de déterminer le poids des exigences comportementales qu'il assume. En définitive, il ressort de cette imprécision générale un aspect singulier des lettres d'intention. Hormis les cas relativement rares de lettres ne laissant aucun doute quant à la nature et à la portée de la prestation qu'elles renferment, il semblerait que tout engagement de cette nature s'épuise dans le rapport d'obligation. À moins d'une prestation clairement précisée dans les termes du contrat, l'objet même de ce dernier est le comportement du confortant. C'est de ce point de vue qu'il est possible d'évoquer un épuisement, une assimilation de la sûreté dans le rapport d'obligation : seul est attendu un comportement du confortant, plus ou moins déterminable selon la formulation de la lettre d'intention. Cette confusion de l'engagement et du rapport d'obligation peut expliquer la récurrence du contentieux relatif à la nature de l'obligation assumée, civile ou naturelle. La dissimulation du rapport obligatoire donne l'impression d'une obligation diffuse, peu contraignante voire naturelle[2]. Par conséquent, il n'est pas davantage possible, par rapport aux

[1] Au mieux pourra-t-il, sur le fondement de la responsabilité extracontractuelle, être reconnu fautif d'avoir fait miroiter aux yeux du créancier la force obligatoire de son engagement avant de lui remettre une lettre dépourvue en réalité de tout caractère juridique.

[2] Un arrêt de la Cour de cassation apporte un éclairage intéressant sur la nature de ces garanties et leur appréhension parfois malaisée. Une société avait, selon ses dires, souscrit un « *engagement exclusivement moral dont tout éventuel manquement ne saurait être considéré comme une inexécution* ». Malgré cette précision dans les clauses du contrat litigieux, la société viole son engagement « moral » : la Cour refuse d'y voir une telle qualité et retient que la société « *avait exprimé la volonté non équivoque et délibérée de s'obliger envers la société concurrente* ». En retenant la nature juridique de l'engagement, contre les termes clairs d'une clause, la

autres sûretés, de les situer abstraitement sur une échelle de gravité car le rapport d'obligation du confortant est purement contextuel. Cette impossibilité se retrouve au sujet de « *pseudo-sûretés* »[1], dont la consistance singulière fait douter de leur appartenance au concept de sûreté. Il s'agit des sûretés négatives.

253. Hétéronomie conceptuelle des sûretés négatives. Les difficultés précédemment rencontrées pour apprécier la consistance d'un engagement en fonction de sa nature se retrouvent lorsque les sûretés négatives sont examinées. La définition de cette catégorie, dont la qualification est d'origine doctrinale, n'est pas arrêtée[2]. Selon une conception stricte, les sûretés négatives consisteraient pour un créancier à exiger de son débiteur qu'il ne consente pas de sûreté au profit d'un autre créancier. Une acception plus large présente ces mécanismes comme tout procédé par lequel le créancier restreint la marge de manœuvre de son débiteur, en lui interdisant ponctuellement des actes spécifiques ou en l'obligeant à le renseigner périodiquement sur l'évolution de son patrimoine. Quel que soit le sens retenu, il paraît délicat d'affirmer que ces mécanismes sont des sûretés au sens conceptuel du terme.

À supposer que les sûretés personnelles procèdent par définition de l'adjonction au profit d'un créancier d'un lien de droit jusqu'à un patrimoine distinct de celui de son débiteur, cette catégorie ne saurait alors inclure les sûretés négatives. L'effort demandé par le créancier concerne une seule et même personne, son débiteur. Si l'effet de ces mécanismes est comparable à une sûreté en ce que les chances de paiement du créancier sont accrues, les sûretés négatives n'impliquent pas un engagement supplémentaire. Elles ne peuvent, alors, être des sûretés personnelles[3]. Elles ne sont pas davantage des sûretés réelles, car aucun effet lié à ces sûretés ne s'y retrouve. Le créancier n'a pas de droit de suite ou de préférence sur l'objet frappé par la sûreté négative. Il peut sanctionner le débiteur par la déchéance du terme, par l'octroi de dommages et intérêts, voire demander réparation au tiers contractant de mauvaise foi mais il ne peut saisir le bien en quelque main qu'il passe, ni invoquer une

---

Cour illustre et entretient la nature insaisissable du rapport d'obligation, puisqu'il peut exister et assujettir un débiteur, quand il pensait justement ne pas être contraint. V. Com., 23 janvier 2007, *Bull. civ. IV,* n° 12 ; *JCP G* 2008. I. 152, n° 12, obs. Simler Ph. ; *RDC* 2007. 697, obs. Laithier Y.-M. ; *RLDA* 2007, n° 14, p. 23 ; *RLDC* 2007, n° 40, p. 8, note Malaurie-Vignal M. ; *RTD civ*. 2007. 340, note Mestre J. et Fages B.

[1] Cabrillac M., Mouly Ch., Cabrillac S., Pétel Ph., n° 659 s.

[2] V. Chaput Y., « Les sûretés négatives », *Annales de la Faculté de droit de Clermont*, 1974, Fasc. 11, p. 167 s. ; Guyon Y., « Le droit de regard du créancier sur le patrimoine et l'activité de son débiteur considéré comme une sûreté », *RJ com*. févr. 1982, n° spécial, p. 121 ; Vasseur M., « Les garanties indirectes du banquier », *op. cit*., p. 104 s.

[3] A supposer qu'un tiers accepte ce type d'engagement au profit d'un débiteur, son engagement n'aurait pas de sens : comment le créancier pourrait-il exiger de lui un paiement s'il s'est simplement engagé à ne pas vendre tel ou tel bien ? Il manquerait alors l'essentiel : le pouvoir de contrainte assortissant le rapport obligatoire, lui-même absent de cet engagement si le tiers n'a pas accepté de payer pour autrui.

quelconque préférence sur sa valeur. Aussi, les biens concernés ne sont nullement affectés à la garantie d'une obligation préalable. Le procédé est d'ailleurs exactement inverse : plutôt que de réserver la valeur d'un bien à la garantie d'une obligation, le créancier immobilise cette valeur au détriment des autres créanciers, sans pour autant se l'attribuer de manière exclusive ni même préférentielle[1].

L'analyse dualiste moderne de l'obligation permet alors de saisir la teneur véritable de ces engagements. Puisqu'elles consistent à imposer non pas une nouvelle prestation mais exclusivement un comportement spécifique au débiteur de l'obligation, les sûretés négatives ne sont, en définitive, qu'un moyen de renforcer la consistance du rapport d'obligation liant débiteur et créancier. La sévérité accrue par laquelle le débiteur est tenu offre certes des chances supplémentaires de paiement au créancier, mais elle ne passe par l'adjonction d'un lien de droit ou l'affectation d'un bien en garantie d'une obligation : les sûretés négatives ont pour seul effet d'intensifier le rapport d'obligation qui astreint le débiteur de l'obligation. Alors que les sûretés agissent « de l'extérieur » et s'ajoutent à l'obligation garantie, les sûretés négatives ne font que modifier cette obligation « de l'intérieur ». Elles ont en commun de modeler le comportement attendu des parties mais elles se distinguent par l'absence de prérogative attribuée au créancier et caractéristique des véritables sûretés. Les sûretés négatives ne sont donc pas des sûretés au sens strict du terme.

b. Une consistance fonction du nombre d'engagements

254. Le nombre d'engagements afférents à la satisfaction du créancier. Le nombre d'engagements renvoie ici à deux cas de figures. Le premier cas de figure, simple, est caractérisé par la dette d'un débiteur couverte par une sûreté personnelle isolée (i). Un second cas de figure plus complexe suppose quant à lui plusieurs débiteurs de sûretés pour le paiement d'une même dette, ainsi que d'autres débiteurs de rang inférieur : les contre-garants (ii). Selon la présence ou l'absence de ces différents engagements, le rapport d'obligation du débiteur de la sûreté, abstraitement envisagé, sera plus ou moins contraignant.

[1] Pourrait alors être sauvegardée la qualification de sûreté par le critère de l'effet qu'elle engendren. Il a été soutenu que les sûretés réelles sont orientées non pas contre le constituant mais contre les autres créanciers ou ayants cause de ce constituant (V. Gijsbers Ch., *Sûretés réelles et droit des biens*, thèse, Economica, 2015, n° 117 s.). Les sûretés négatives sont alors comparables sur ce point. Elles ont pour effet de retirer aux autres créanciers du débiteur toute faculté d'appropriation préférentielle ou exclusive de la valeur d'un ou plusieurs biens désignés. La seule différence tient au fait que les sûretés négatives n'engendrent pas de prérogative supplémentaire au profit du créancier, comme le droit de suite ou de préférence.

i. Engagement unique

255. Rapport triangulaire simple. Une opération de sûreté personnelle classique implique une relation entre le créancier, le débiteur de l'obligation garantie et le débiteur de la sûreté. Aussi, le rapport d'obligation de ce débiteur est directement influencé par les caractères de la sûreté qu'il a contractée. Il apparaît alors que les engagements voisins et concourants au même objectif, la satisfaction du créancier, exercent une influence comparable sur la consistance de son rapport d'obligation.

Dans ce cas de figure basique, c'est à l'évidence le lien entre le créancier et le débiteur de la sûreté qui façonnera en premier lieu l'existence d'une faute du second. Par son engagement, le débiteur restreint sa liberté et s'assujettit à la satisfaction du créancier : la consistance de son rapport d'obligation sera alors et surtout la résultante de critères propres à cette relation. La qualité du débiteur de la sûreté, comme celle du créancier, la gravité de la sûreté, les modalités de sa mise en œuvre, les exceptions reconnues sont autant d'éléments qui conditionnent en premier lieu le rapport d'obligation du débiteur de la sûreté. Cela étant, même si la relation est simplement triangulaire – un seul créancier, un seul débiteur principal, un seul débiteur de sûreté – le débiteur de la sûreté, au vu des fautes recensées, doit également adopter une attitude qui respecte, autant que faire se peut, les intérêts du débiteur de l'obligation garantie.

En effet, bien que les deux débiteurs ne soient pas contractuellement liés[1], il est parfaitement concevable que celui qui assume la sûreté se voit reprocher son comportement par celui qui assume l'obligation garantie[2]. Le créancier n'a donc pas de monopole quant à la faculté de reprocher au débiteur sa faute dans l'exécution de la sûreté. L'intérêt que retire le débiteur de l'obligation garantie l'autorise à lui en tenir rigueur. Sans préjuger du fondement de cette responsabilité – puisque le triptyque faute, préjudice et lien de causalité est respecté – il est incontestable que le débiteur de la sûreté doit composer avec ces différents intérêts. Son engagement n'implique pas qu'il doive assurer exclusivement la satisfaction des seuls intérêts du créancier. Il restera à déterminer si cette contrainte trouve son siège dans le rapport d'obligation ou si elle ne constitue qu'un exemple parmi d'autres de responsabilité extracontractuelle.

[1] A moins que l'engagement du débiteur secondaire soit rémunéré par le débiteur principal.

[2] Ainsi en est-il d'une caution qui paye le créancier alors que le débiteur principal l'avait prévenue des exceptions qu'il entendait faire valoir. V. *infra*, n° 232 s.

ii. Engagements multiples

256. Rapport quadrangulaire et plus. Si l'opération de sûreté personnelle est, dans sa plus simple expression, une opération triangulaire, elle revêt parfois une forme plus complexe. Au vu des montages juridiques que la loi ou le juge ont reconnus, il y a en théorie une infinité de personnes qui peuvent s'engager sur le fondement du crédit que le créancier aura accordé au débiteur initial.

Il peut tout d'abord y avoir plusieurs débiteurs de sûretés, que ce soit des cofidéjusseurs, des garants autonomes, des confortants… Ceux-ci ont en commun d'être, en termes de lien hiérarchique, sur le même barreau d'une échelle : ce sont tous des débiteurs « secondaires »[1]. Or, de la même manière qu'un débiteur principal peut reprocher au débiteur secondaire sa faute dans l'exécution de son engagement, certains débiteurs secondaires sont recevables à invoquer une faute similaire commise par un autre débiteur de second rang, comme celle commise par le premier débiteur. Plus exactement, seuls les cofidéjusseurs sont fondés à tenir rigueur du comportement de leurs pairs ou du débiteur principal[2]. Ainsi, la pluralité de sûretés personnelles contractées pour garantir une même dette est une occasion d'aggraver les exigences comportementales du débiteur de la sûreté : les intérêts multiples avec lesquels il doit composer rendent plus rigoureuse l'attitude qu'il se doit d'adopter dans l'exécution de son obligation.

Il arrive ensuite que plusieurs sûretés soient enchevêtrées. Dans un premier cas de figure, où le créancier exige une garantie de sa propre garantie, les deux sûretés lui sont destinées. Les deux débiteurs doivent alors assurer sa satisfaction et peuvent être réciproquement fautifs l'un envers l'autre de n'avoir pas été en mesure de payer ou, au contraire, d'avoir payé quand il ne le fallait pas. Cette hypothèse correspond, pour l'essentiel, à la certification de caution[3] : l'imbrication d'une obligation garantie, d'une caution et d'une « caution de la caution » au bénéfice du créancier, a pour conséquence d'alourdir la charge de la caution intermédiaire située entre le créancier et le certificateur. Elle doit, dans le même temps, se substituer au

---

[1] L'adjectif « secondaire » ne doit pas être compris ici comme un synonyme de subsidiaire : il s'agit seulement de désigner les débiteurs qui ne sont pas tenus à la dette. Ils sont secondaires car leur engagement n'existe qu'au vu de l'engagement du débiteur principal : la relativité de principe des sûretés, lesquelles ne peuvent exister sans une créance à garantir, justifie que les débiteurs de ces sûretés puissent être considérés comme secondaires.

[2] L'autonomie de la garantie autonome et la nature protéiforme des lettres d'intention n'autorise pas les débiteurs d'un même rang à user de telles prérogatives.

[3] Art. 2291, al. 2, c. civ. : « *On peut aussi se rendre caution, non seulement du débiteur principal, mais encore de celui qui l'a cautionné* ». Pour une proposition de reformulation du texte, V. Grimaldi M. (dir.), *Avant-projet de réforme du droit des sûretés*, *op. cit.*, art. 2292, p. 4.

débiteur s'il est défaillant et préserver la situation patrimoniale du certificateur, en évitant par exemple un paiement inconsidéré ou tout comportement ayant pour conséquence de la faire échapper à son obligation au détriment du certificateur.

Dans un deuxième cas de figure, l'alourdissement de la charge du débiteur de la sûreté se vérifie à la mesure du mécanisme du sous-cautionnement[1]. Une caution est en droit de se prémunir contre l'insolvabilité du débiteur principal et pour cause, cette situation lui fait courir le risque d'une contribution définitive à la dette. La différence avec les schémas précédents est que la sûreté de rang inférieur profite ici au débiteur de la sûreté initiale et non au créancier. Elle permet à celui-là de garantir l'efficacité de son recours en paiement, une fois le paiement de la dette d'autrui effectué. Dès lors le créancier ne sera jamais légitime à reprocher quoi que ce soit à la sous-caution puisque son engagement lui est totalement indifférent[2]. En revanche, la caution de premier rang voit sa liberté restreinte au même titre qu'en présence d'un certificateur. Elle ne peut se comporter avec négligence, voire malveillance, en dissimulant son patrimoine ou en payant le créancier sans invoquer d'exceptions pourtant valables, pour ensuite se retourner contre la sous-caution et lui faire payer le prix de son incurie. Ce type de sûreté, impliquant une pluralité d'engagements, est donc un exemple supplémentaire d'aggravation de l'engagement du débiteur de la sûreté.

257. De la consistance à la portée du rapport d'obligation. La faute du débiteur de la sûreté est fonction de la consistance de son rapport d'obligation, laquelle est elle-même déterminée tant par le type d'engagement que par le nombre d'engagements. Toutefois ce dernier critère soulève une question essentielle. S'il est certain que la pluralité d'engagements concourant en définitive à la satisfaction du créancier a pour conséquence d'alourdir la charge du débiteur de la sûreté, il est plus délicat de déterminer le siège d'une telle charge. S'agit-il d'une exigence comportementale extrinsèque à l'engagement de ce débiteur dont le manquement ne serait qu'une faute extracontractuelle ? Faut-il au contraire considérer que le rapport d'obligation dépasse la relation qui unit ses sujets actif et passif et que sa violation par

[1] V. not. Gout O., « Réflexions sur la nature juridique du sous-cautionnement », *RLDC* 2008, n° 55, p. 27 ; Saintourens B., « Certificateurs de cautions et sous-cautions : les oubliés des réformes du droit du cautionnement », *in Mélanges M. Cabrillac*, Dalloz-Litec, 1999, p. 397. Pour une suggestion de consécration légale, V. aussi Grimaldi M. (dir.), *Avant-projet de réforme du droit des sûretés*, *op. cit.*, art. 2293, p. 4.

[2] En ce sens : Com., 17 mai 2017, n° 15-18.460 ; *JCP E* 15 juin 2017, n° 24, p. 35, note Cerati-Gauthier A. ; *Gaz. Pal.*, 27 juin 2017, n° 24, p. 22, note Dumont-Lefrand M.-P. ; *JCP G* 5 juin 2017, n° 23, p. 1088, note Rivollier V., selon qui : « *la sous-caution ne garantit pas la dette du débiteur principal envers le créancier, mais la dette de remboursement du débiteur principal envers la caution qui a payé à sa place le créancier, de sorte que, ce dernier n'étant titulaire d'aucun droit contre la sous-caution qu'il aurait pu transmettre par voie de subrogation, sa déclaration de créance au passif du débiteur principal ne peut profiter à la caution lorsqu'elle exerce son recours contre la sous-caution* ».

l'un d'eux puisse être invoquée par un tiers ? L'étude de la consistance du rapport d'obligation met en évidence un élément dont l'analyse est indispensable : la portée du rapport d'obligation.

2. La portée du rapport d'obligation

258. Effet relatif et opposabilité appliqués au rapport d'obligation. Il est connu que le contrat est un instrument destiné à satisfaire les intérêts des contractants, dont la création perturbe la situation juridique des parties et, dans une moindre mesure, celle des tiers. Il n'est pas moins connu qu'un contrat ne peut créer d'obligations qu'à la charge des parties et que les tiers à ce contrat ne sauraient ni se prévaloir, ni souffrir de ses effets. Respectivement, ces deux caractéristiques sont l'effet relatif et l'opposabilité du contrat. Elles illustrent le fait que le phénomène contractuel qui ne peut jamais exister isolément. Par exemple le bien qui forme l'objet d'un contrat peut être un point d'imputation de prérogatives juridiques dont les tiers au contrat sont titulaires. Tout contrat est donc un élément qui, participant d'un ordre juridique contractuel, s'intègre à l'ordre juridique global, à l'image de cercles concentriques. Partageant sa structure, l'obligation est une partie du contrat dans laquelle se conjuguent rapport obligatoire et rapport d'obligation. Ce dernier rapport étant le cadre de la faute contractuelle, il est nécessaire d'éprouver sa portée avant de pouvoir déterminer ensuite le contenu de la faute. La portée du rapport d'obligation à l'égard des cocontractants (a) précèdera ainsi l'étude de sa portée à l'égard des tiers (b).

a. A l'égard des cocontractants

259. Deux catégories de cocontractants du débiteur de la sûreté. Le débiteur de la sûreté est en principe lié au seul créancier, mais par prévoyance, il a pu exiger des contre-garanties afin d'exercer plus efficacement ses recours après paiement. Il est donc tenu à un rapport d'obligation en tant que débiteur de la sûreté et en tant que créancier de la contre-garantie. Il convient alors de revenir sur l'assujettissement que le rapport d'obligation génère avant d'établir la singularité relative de la portée de ce rapport entre les cocontractants.

260. L'assujettissement des parties, effet du rapport d'obligation. Ce qui justifie les contraintes comportementales imposées à chaque acteur de la sûreté n'est autre que la création de l'obligation elle-même. Dès lors que celle-ci n'est pas réductible à un échange de

prestations, mais suppose l'adoption par chaque contractant d'une attitude conforme à la réalisation du but contractuel, il est évident que le rapport d'obligation lie réciproquement créancier et débiteur de la sûreté. Plus exactement, chacune des parties est soumise à un rapport qui lui est propre. Le dualisme de l'obligation ne signifie pas que l'une est titulaire d'un rapport obligatoire et l'autre d'un rapport d'obligation, mais que chaque partie peut être titulaire des deux. Une exception de taille résulte cependant des contrats unilatéraux, qui n'engendrent à la charge du créancier qu'un rapport d'obligation. En d'autres termes, le substrat de toute obligation, sans lequel elle ne saurait exister, est le rapport d'obligation. Ce rapport peut exister seul et indépendamment du rapport obligatoire – alors que la réciproque ne se vérifie jamais.

Ce qui justifie alors que débiteur et créancier de la sûreté puissent être reconnus fautifs l'un envers l'autre est l'existence permanente et inconditionnelle du rapport d'obligation. Il faut relever par ailleurs que ce rapport s'accommode malaisément des qualités de sujets actifs ou passifs. En effet, puisqu'il est exclusivement composé de contraintes comportementales insusceptibles d'exécution forcée et non représentatives d'une quelconque prestation, il n'y a à proprement parler que des sujets passifs du rapport d'obligation[1]. Ajoutée à la remarque précédente sur la permanence du rapport d'obligation, il est possible de conclure définitivement sur sa nature. Le rapport d'obligation est une composante permanente de l'obligation contractuelle qui concentre toutes les exigences comportementales imposées aux parties. Il caractérise l'assujettissement des parties, soit la restriction volontaire d'une part de leur autonomie et constitue le contenant de l'obligation, un cadre en l'absence duquel elle serait inexistante, chimérique. Il est l'armature de l'obligation, à l'intérieur de laquelle se niche le rapport obligatoire. L'image permet de comprendre également en quoi une faute contractuelle est, fondamentalement, un manquement à ce rapport d'obligation. La portée du rapport d'obligation entre cocontractants résulte alors de leur seul engagement.

[1] Cette définition du rapport d'obligation doit être nuancée. Un manquement au rapport d'obligation est certes l'occasion, pour la partie qui le subit, d'en faire grief au fautif : il y a donc bien une dimension active propre à ce rapport, qui permet d'en invoquer la méconnaissance. Or cette prérogative n'est autre que le pouvoir de contrainte composant, avec la prestation, le rapport obligatoire (V. Wicker G., *th. préc.*, n° 159). Il n'est pas impossible de retenir qu'il existe, au contraire, un pouvoir de contrainte propre à chacun des rapports de l'obligation. Afférent au rapport obligatoire, ce pouvoir permettrait au créancier d'exiger l'exécution forcée ou par équivalent de la prestation du débiteur. Afférent au rapport d'obligation, il permet à celui qui éprouve un manquement d'en imposer les conséquences à son auteur, à travers plusieurs sanctions : déchéance, décharge, réduction, dommages et intérêts, inopposabilité… A supposer même que la contrainte soit l'apanage de la prestation, le pouvoir issu du rapport d'obligation serait alors plus exactement un pouvoir de sanction. Au demeurant, cette dissociation du pouvoir de contrainte s'accorde idéalement avec la définition des sûretés réelles qui sera proposée par la suite (V. *infra*, n° 555).

Le débiteur d'une sûreté personnelle y est systématiquement assujetti à l'égard du créancier mais il peut y être assujetti à l'égard d'autres personnes, dans l'hypothèse de contre-garanties.

261. Singularité relative de la portée du rapport d'obligation à l'égard des cocontractants. Le fait pour un débiteur de contrevenir au rapport d'obligation qui l'assujettit autorise son créancier à lui faire grief d'un tel comportement. L'assertion se vérifie y compris lorsque ce débiteur est lui-même créancier au titre d'une contre-garantie. En effet, s'il omet dans son rapport avec le créancier de soulever, par exemple, une exception de nullité, le refus de payer par le contre-garant sera *a priori* recevable, puisque les deux sont liés par leur rapport d'obligation. Il n'y a donc pas de difficulté particulière, pas de singularité dans la mise en œuvre de ce rapport d'obligation contraignant le débiteur de la sûreté.

Il est au demeurant utile de mettre en évidence l'interdépendance de la garantie et de la contre-garantie. Ce qui est fautif dans l'exécution de la garantie de premier niveau, pourra être invoqué lors de l'appel fait au contre-garant. Autrement dit, un comportement fautif ne l'est pas sous la considération exclusive de la qualité de débiteur de la sûreté : s'il commet une faute éprouvée par le créancier, il aura manqué au rapport d'obligation de la sûreté de premier niveau. S'il commet une faute dans l'exercice du recours contre le débiteur de deuxième niveau, il viole son rapport d'obligation résultant de cette deuxième garantie.

En définitive, la nature fautive du manquement et la possibilité pour la victime de l'invoquer résultent de l'objet auquel il a été contrevenu. Si le paiement est en cause, le créancier pourra invoquer la faute ; si le recours est en cause, le contre-garant l'invoquera alors. Les deux exemples ne sont pas hermétiques. Une faute relative au paiement peut tout à fait être invoquée par les contre-garants, si cette faute a pour conséquence d'aggraver leur situation. Ce dernier exemple permet d'introduire les situations dans lesquelles des personnes étrangères au rapport d'obligation violé pourraient être en mesure de l'invoquer. Si le contre-garant peut reprocher au débiteur de la sûreté son comportement fautif dans l'exécution de la sûreté de premier rang, c'est parce que ce comportement a une répercussion directe sur le sort de la contre-garantie – ce qui peut s'expliquer par le principe de l'interdépendance contractuelle. En effet, les deux garanties sont intimement liées. Le débiteur de la sûreté, qui fait la jonction entre le créancier et le contre-garant, pourra se voir reprocher par l'un ou l'autre son comportement fautif. En revanche, qu'en est-il des tiers à qui un tel comportement porte préjudice ? *Quid* d'un cofidéjusseur qui est appelé en paiement par le créancier, alors qu'un autre cofidéjusseur, préalablement appelé, a fautivement payé malgré les indications

contraires du débiteur principal ? La question de la portée du rapport d'obligation du débiteur de la sûreté à l'égard des tiers présente un intérêt accru.

b. A l'égard des tiers

262. Rayonnement du rapport d'obligation. Que deux cocontractants puissent réciproquement se reprocher les fautes qu'ils ont commises dans leurs rapports respectifs n'a rien de révolutionnaire. En revanche, le fait qu'un tiers puisse invoquer la faute commise par un contractant dans l'exécution de son obligation semble plus incongru, au vu de l'effet relatif des conventions. Ce serait oublier son corollaire, l'opposabilité, sur le fondement duquel une personne peut parfaitement invoquer les conséquences de la faute commise par un tiers à l'occasion de son engagement contractuel[1]. Dans ce cas de figure, largement dominé par une catégorie spécifique de tiers – les tiers intéressés[2] – se révèle une autre dimension du rapport d'obligation : son rayonnement en dehors du contrat. La justification de ce rayonnement réside dans l'interdépendance caractéristique des opérations de sûretés.

263. L'interdépendance caractéristique des opérations de sûretés. Les sûretés personnelles sont par définition fondées sur l'adjonction d'un débiteur supplémentaire aux côtés du débiteur initial. Quelle que soit l'explication technique retenue de cette adjonction – conjonction de droits personnels au profit d'un créancier, unité de dette et pluralité de liens, pluralité de dettes et pluralité de liens, ou encore coobligation[3] – un constat est immanquable. Il s'agit du lien étroit qui unit la créance garantie et la sûreté. Avec plus ou moins de force, la sûreté est soumise à l'obligation garantie et son existence n'a de raison d'être qu'à son égard. La classification usuelle des sûretés personnelles, fondée sur leur caractère accessoire, autonome et indemnitaire ne remet pas en cause l'existence du lien, mais sa vigueur. Il est certes possible de distendre, avec plus ou moins d'abstraction, le lien entre la sûreté et la créance qu'elle garantit, mais sans jamais pouvoir le rompre. Cette proximité étroite,

[1] Pour rappel, M. Wicker voyait dans l'opposabilité une manifestation évidente de l'existence du rapport d'obligation : « *l'opposabilité de l'obligation ne peut donc être l'opposabilité de son effet obligatoire* […] *En réalité, lorsque le créancier oppose son droit, c'est moins son pouvoir, son emprise sur le débiteur, que l'assujettissement de celui-ci au but contractuel qu'il entend imposer au respect des tiers* » (Wicker G., *th. préc*., n° 162).

[2] V. Delmas-Saint-Hilaire Ph., *Le tiers à l'acte juridique*, thèse, LGDJ, coll. « Bibliothèque de droit privé », t. 333, 2000. Certains auteurs, à propos des dirigeants qui se portent cautions des engagements de leurs sociétés, emploient d'ailleurs l'expression « *cautionnement intéressé* » (François J., n° 74 ; Picod Y., n° 26).

[3] V. sur le rapport entre la coobligation et les sûretés personnelles, Pellier J.-D., *Essai d'une théorie des sûretés personnelles à la lumière de la notion d'obligation : contribution à l'étude du concept de coobligation*, LGDJ, t. 539, 2012.

confinant à la filiation, semble pouvoir être expliquée au moyen de la notion d'interdépendance contractuelle.

Classiquement l'interdépendance est employée, en droit, pour définir les rapports respectifs de deux parties à un contrat synallagmatique[1]. Plus récemment, est apparue l'interdépendance contractuelle qui désigne quant à elle le lien étroit entre plusieurs contrats distincts qui participent d'une opération juridique globale et commune[2]. Les sûretés semblent répondre à ce schéma. Le crédit obtenu du débiteur doit être remboursé au mieux par lui, sinon par un ou plusieurs autres débiteurs, ou encore grâce à la valeur d'un bien. Le contrat principal et la sûreté concourent donc au même but, la satisfaction du créancier. Il est ainsi possible de fonder l'interdépendance contractuelle sur l'identité de cause de la pluralité de contrats : leur but est commun, seules leurs modalités diffèrent. L'insaisissabilité de la notion de cause ajoutée à sa disparition du code civil depuis 2016 invite cependant à trouver ailleurs une explication à l'interdépendance. La notion de contenu du contrat offre une explication recevable : c'est la matérialité des contrats assortis de sûretés qui fonde leur étroite connexité. Il y a un dénominateur commun entre l'obligation garantie, la sûreté personnelle et la contre-garantie : la satisfaction du créancier originaire[3].

264. Le rapport obligatoire, socle de l'interdépendance. Cette matérialité, identifiée comme fondement de l'interdépendance, comme lien de connexité entre le contrat de base et les sûretés personnelles dont il est assorti, correspond dans la lecture dualiste de l'obligation au rapport obligatoire[4]. C'est de la prestation attendue, de l'obligation dans sa dimension matérielle et non comportementale, que procède l'interdépendance contractuelle en droit des

---

[1] « *Lien spécifique qui, dans les contrats synallagmatiques, fait dépendre l'exécution par une partie de son obligation envers l'autre, de l'exécution réciproque par celle-ci de son obligation envers la première, de telle sorte que l'inexécution de l'une des obligations rend sans cause l'obligation qui en est la contrepartie* […] » *in* Cornu G. (dir.), *Vocabulaire juridique, op. cit.*, V° Interdépendance, 1, p. 563.

[2] V. not. Teyssié B., *Les groupes de contrats*, thèse Montpellier, 1975 ; Bros S., *L'interdépendance contractuelle*, thèse Paris II, 2001 ; Pellé S., *La notion d'interdépendance contractuelle, contribution à l'étude des ensembles de contrats*, thèse Paris II, 2007 ; Najjar I., « La notion d'"ensemble contractuel" », *Mélanges A. Decocq*, 2004, p. 509. Plusieurs expressions sont employées : ensemble de contrats, groupes de contrats… L'essentiel est de cerner leur distinction avec les contrats complexes, lesquels correspondent à une pluralité de mécanismes réunis en un seul contrat, comme le crédit-bail. V. Terré F., Simler Ph., Lequette Y., *Droit civil. Les obligations*, *op. cit*., n° 77.

[3] Il peut être étonannt de lire qu'un sous-cautionnement et qu'une contre-garantie autonome ont vocation à satisfaire le créancier, alors qu'elles couvrent en fait les intérêts du débiteur *solvens* de la sûreté de premier rang. Or, ce débiteur lui-même assure les intérêts du créancier. De manière indirecte, la contre-garantie vient parfaire la sécurité qui lui est promise, au moins sur un point. En présence d'une contre-garantie, le débiteur de la sûreté de premier rang sera en effet bien plus enclin à payer le créancier sans faire valoir d'exception. Les contre-garanties sont ainsi un facteur adventice d'efficacité des sûretés principales et, parfois, de leur existence même (notamment lorsque le débiteur de la sûreté de premier rang érige la constitution d'une contre-garantie en condition de son engagement).

[4] Ce rapport, par définition, « *tend à l'accomplissement direct de la prestation* » (Wicker G., *th. préc.*, n° 159).

sûretés. Le débiteur principal doit régler sa dette ; les débiteurs secondaires également, selon que le premier l'a ou non réglée ; les contre-garants devront payer quant à eux le débiteur de la sûreté de premier rang ce qui concoure, même indirectement, à la satisfaction du créancier. Dès lors, ce rapport de dépendance étroite liant chaque engagement à un but commun – la satisfaction du créancier – permet de comprendre que les perturbations causées à l'un puissent se répercuter sur l'autre. Toutefois, la faute contractuelle n'est qu'un manquement au rapport d'obligation. Il est alors nécessaire de chercher la raison pour laquelle ce rapport d'obligation rayonne au-delà de ses parties, jusqu'aux tiers intéressés qui peuvent l'invoquer. Elle est à trouver dans l'interpénétration des deux rapports constitutifs de l'obligation.

265. L'interpénétration des deux rapports constitutifs de l'obligation au fondement de son rayonnement. Il a été soutenu que l'obligation serait binaire, car ses deux composantes sont indispensables à sa caractérisation. L'obligation n'accéderait alors à la vie que par la conjonction permanente de ses deux éléments constitutifs[1]. L'obligation est cependant duale en ce que cette conjonction permanente ne conditionne pas l'existence de l'obligation. Le rapport d'obligation peut très bien exister sans le rapport obligatoire[2]. Pour autant, lorsque les deux rapports coexistent, une fusion s'opère : le rapport d'obligation vient s'agglomérer au rapport obligatoire pour former une obligation complète. Le schéma ainsi développé, lorsqu'on l'associe au rayonnement du rapport obligatoire, permet de comprendre comment la faute d'un contractant peut lui être reprochée par un tiers. Le rapport d'obligation dispose d'un rayonnement semblable au rapport obligatoire, du fait de leur imbrication. Par conséquent, les tiers au débiteur de la sûreté, intéressés à son exécution, sont fondés à exciper de sa faute sur le fondement combiné de l'interdépendance contractuelle et de l'interpénétration du rapport obligatoire et du rapport d'obligation.
Il convient dès lors de présenter les manifestations de cette portée du rapport d'obligation à l'égard des tiers au débiteur de la sûreté.

266. Deux catégories essentielles de tiers. Dans une opération de sûreté, les tiers concernés par l'engagement du débiteur de la sûreté sont pour l'essentiel le débiteur principal, le débiteur d'une sûreté de même rang et le débiteur d'une sûreté de rang inférieur – qualités qu'il s'agit de dissocier.

[1] V. Forest G., *th. préc.*, n° 248 s.
[2] V. *supra*, n° 111 s.

267. Le rayonnement du rapport d'obligation à l'égard du débiteur principal. La faute du débiteur d'une sûreté peut avoir des conséquences directes sur l'engagement du débiteur de l'obligation garantie, ce qui a été établi[1]. Ces exemples de fautes témoignent du rayonnement du rapport d'obligation par lequel le débiteur fautif est assujetti, puisque c'est un tiers à la sûreté qui pourra lui reprocher l'exécution fautive de son engagement propre. Cette possibilité n'est pas fonction de la nature de la sûreté : qu'elle soit accessoire, autonome ou indemnitaire n'y change rien. C'est en revanche l'interdépendance contractuelle qui justifie à elle seule une telle prérogative du débiteur principal. En effet, si une caution paye alors que la dette principale pouvait par exemple être réduite, la conséquence patrimoniale indésirable est évidente pour le débiteur principal, qui devra à la caution plus que ce qu'elle devait au créancier. Dans une autre mesure, si un garant autonome paye alors que le donneur d'ordre l'en avait interdit, du fait de l'inexécution de l'obligation garantie par le bénéficiaire, le dommage éprouvé par le donneur d'ordre est certain. Ainsi, du fait de l'interdépendance contractuelle, la faute du débiteur de la sûreté aura nécessairement un impact sur le rapport obligatoire du débiteur principal, qui sera alors fondé à s'en prévaloir. L'interdépendance contractuelle s'assimile alors à un lien de causalité. Cette assimilation se vérifie lorsque d'autres débiteurs sont concernés.

268. Le rayonnement du rapport d'obligation à l'égard des autres débiteurs. Ces autres débiteurs sont les débiteurs de même rang que le débiteur de la sûreté – soit les cofidéjusseurs pour le cautionnement et plus marginalement, les garants autonomes distincts – et ceux de troisième degré – les « garants du garant » autrement dit les certificateurs de caution et, s'ils existent, les certificateurs de garants autonomes[2].

Sans qu'il soit besoin de les dissocier plus avant, ces catégories de débiteurs sont identiquement soumises à l'interdépendance contractuelle. L'interdépendance est particulièrement évidente dans le cas de la cofidéjussion, puisque les cofidéjusseurs souscrivent le même engagement. Plus précisément, ils souscrivent un engagement de même nature mais qui leur est propre. Or un cofidéjusseur pourra être amené à répondre de sa faute face à ses pairs[3]. De la même manière qu'à l'égard du débiteur principal, une caution devra respecter la pluralité d'engagements et agir en conséquence, en évitant de faire supporter aux autres le poids de son incurie. Ce qui, à nouveau, autorise les cofidéjusseurs à tenir compte du

[1] V. *supra*, n° 232 s.
[2] S'il n'existe pas d'exemple réel de ce cas de figure, la liberté contractuelle qui règne en la matière et le souhait compréhensible des créanciers d'être toujours plus garantis ne s'y opposent nullement.
[3] V. *supra*, n° 237 et 238.

comportement fautif de l'un d'entre eux n'est autre que l'interdépendance contractuelle. L'altération du rapport obligatoire consécutive à la faute d'une caution entraînera l'altération du rapport obligatoire des cofidéjusseurs et fondera leur recevabilité à l'invocation de cette faute.

Quant au certificateur de caution, il est un exemple supplémentaire de l'interdépendance contractuelle. Débiteur au troisième degré, les deux premiers degrés étant occupés par le débiteur principal et la caution de premier rang, le certificateur de caution se lie par une obligation qui est également fonction de la teneur de l'obligation principale comme de l'obligation de la caution. Une fois encore, le rapport obligatoire est le même : satisfaire le créancier qui a octroyé sa confiance au débiteur de l'obligation garantie. Le paiement précipité de la caution, pour ne prendre que cet exemple, aura des conséquences identiques sur le débiteur principal et le certificateur : l'aggravation de leurs engagements respectifs eu égard à ce qui était initialement convenu.

La question de la portée du rapport d'obligation du débiteur de la sûreté à l'égard des tiers ne saurait toutefois être pleinement résolue sans une dernière analyse. Il faut en effet établir la nature de la responsabilité du débiteur de la sûreté, que les tiers chercheraient à engager.

269. Nature de la responsabilité recherchée par les tiers au débiteur de la sûreté. C'est dans la théorie des ensembles contractuels que la question de la nature de la responsabilité recherchée par un tiers trouve son terrain d'élection. La question a divisé la doctrine et les tribunaux. Lorsqu'une opération contractuelle lie plusieurs protagonistes par son objet, la responsabilité recherchée par un tiers au fautif est-elle de nature extracontractuelle ou contractuelle ? L'ancien article 1165 du code civil, dans une lecture littérale, offrait une réponse *a priori* évidente : la qualité de tiers impose la nature extracontractuelle de la responsabilité. Pourtant la première chambre civile de la Cour de cassation s'est détachée de la lettre du texte et a retenu, au visa des anciens articles 1147 et 1382 que « *dans un groupe de contrats, la responsabilité contractuelle régit nécessairement la demande en réparation de tous ceux qui n'ont souffert du dommage que parce qu'ils avaient un lien avec le contrat initial ; qu'en effet, dans ce cas, le débiteur ayant dû prévoir les conséquences de sa défaillance selon les règles contractuelles applicables en la matière, la victime ne peut disposer contre lui que d'une action de nature contractuelle, même en l'absence de contrat entre eux* »[1]. La solution n'a pas su convaincre la troisième chambre

[1] Civ. 1ère, 21 juin 1988, *Bull. civ. I,* n° 202 ; *D*. 1988. 5, note Larroumet Ch. ; *JCP G* 1988. II. 21125, note Jourdain P. ; *Defrénois* 1989. 537, obs. Aubert J.-L. ; *RTD civ*. 1989. 74, obs. Mestre J., et 107, obs. Rémy Ph.

civile qui maintenait une conception littérale de l'effet relatif des conventions[1]. La controverse a ainsi été résolue par le célèbre arrêt *Besse*[2]. Par cet arrêt, la Cour de cassation revient à la solution de la responsabilité extracontractuelle et les décisions postérieures ont confirmé le retour au *statu quo ante*. Seules les chaines de contrats translatives de propriété justifient que les contractants extrêmes puissent réciproquement engager leur responsabilité contractuelle. Le feuilleton jurisprudentiel a été conclu par un autre arrêt d'Assemblée plénière du 6 octobre 2006 et par lequel la haute juridiction promeut la relativité de la faute contractuelle, invocable par un tiers sur le fondement de la responsabilité délictuelle[3].

La controverse suscitée par les groupes de contrat concerne au premier chef les sûretés. Selon une approche conceptuelle, les sûretés, qui se définissent comme des mécanismes extérieurs et supplémentaires à la créance garantie, forment un exemple idoine de groupes de contrats. Or la solution aujourd'hui préconisée par la Cour de cassation – une responsabilité exclusivement délictuelle – ne semble pas être la plus heureuse en la matière.

Un premier argument découle directement de l'article 2308 du code civil[4]. Le texte prévoit les cas d'une faute de la caution qui paye soit précipitamment, soit malgré les exceptions que le débiteur principal entendait opposer. La conséquence de cette faute est la perte de recours de la caution en sa qualité de créancière virtuelle du débiteur principal. Il y a donc une première contrariété avec les solutions prétoriennes. Là où des dommages et intérêts extracontractuels devraient être accordés selon les tribunaux, la loi prévoit au contraire une déchéance. Cependant, existe-t-il un seul exemple de faute délictuelle qui entraine la déchéance d'un

---

La formulation de l'attendu de principe est directement empruntée aux développements de M. Durry, *in RTD civ.* 1980. 355.

[1] La résistance de la troisième chambre civile a été particulièrement réactive, puisque la solution contraire a été rendue le lendemain de celle nouvellement retenue par la première chambre civile : Civ. 3ème, 22 juin 1988, *Bull. civ. III,* n° 115 ; *JCP G* 1988. II. 21125, note Jourdain P. Sur les deux arrêts opposés, V. également Capitant H., Terré F., Lequette Y., *Les grands arrêts de la jurisprudence civile. Tome II. Obligations, contrats spéciaux, sûretés*, Dalloz, coll. « Grands arrêts », 12ème éd., 2008, n° 174 et 175.

[2] Ass. plén., 12 juillet 1991, *Bull. A.P.,* n° 5 ; *D*. 1991. 549, note Ghestin J. ; *JCP G* 1991. II. 21743, note Viney G. ; *RJDA* 1991.583, concl. Mourier R. ; *Defrénois* 1991. 130, note Aubert J.-L. ; *RTD civ*. 1991. 750, obs. Jourdain P. ; *RTD civ*. 1992.90, obs. Mestre J. V. aussi Capitant H., Terré F., Lequette Y., *Les grands arrêts*…, *op. cit*., n° 176.

[3] Ass. plén., 6 octobre 2006, *Bull. A.P*., n° 9 ; *D*. 2006. 2825, note Viney G. ; *JCP G* 2006. II. 10181, avis Gariazzo A., note Billiau M. ; *JCP G* 2006. I. 115, n° 4, obs. Stoffel-Munck Ph.; *RDC* avril 2007/2, obs. Seube J.-B. et chron. Ancel P., p. 538 ; Delebecque Ph., p. 556 ; Gautier P.-Y., p. 558 ; Grimaldi M., p. 563 ; Jacques Ph., p. 569 ; Sourioux J.-L., p. 583 ; Stoffel-Munck Ph., p. 587 ; Wicker G., p. 593 ; Wintgen R., p. 609 ; *CCC* 2007, n° 63, note Leveneur L. ; *RCA* 2006, étude n° 17, Bloch L. ; *RTD civ*. 2007.123, obs. Jourdain P.

[4] Selon lequel : « *La caution qui a payé une première fois n'a point de recours contre le débiteur principal qui a payé une seconde fois, lorsqu'elle ne l'a point averti du paiement par elle fait ; sauf son action en répétition contre le créancier.*

Lorsque la caution aura payé sans être poursuivie et sans avoir averti le débiteur principal, elle n'aura point de recours contre lui dans le cas où, au moment du paiement, ce débiteur aurait eu des moyens pour faire déclarer la dette éteinte ; sauf son action en répétition contre le créancier ».

droit de l'auteur[1] ? Il y a plus : la variété des sanctions de nature contractuelle, comparée aux sanctions extracontractuelles qui se réduisent aux dommages et intérêts, commande de privilégier l'application de la responsabilité contractuelle. Cette variété offre en effet une palette de sanctions qui se révèleront sensiblement plus adéquates à la réparation du tort causé que le versement d'une compensation financière. Au-delà de cet argument d'ordre politique, la technique justifie elle aussi le refoulement de la responsabilité extracontractuelle. L'argument du lien entretenu par les deux tiers avec l'obligation initiale devrait irriguer les décisions en cette matière. Les opérations de sûretés personnelles se définissent comme l'engagement d'une personne à payer la dette d'un tiers dont il ne retire aucun intérêt patrimonial direct. Le lien est évident entre les deux débiteurs qui s'engagent dans un but commun, sinon à une dette commune et il est artificiel que de le nier en retenant une conception exagérément dogmatique des tiers au contrat. S'il fallait une qualification pour asseoir ce raisonnement, la notion de tiers intéressé s'y prêterait parfaitement[2]. Il ne s'agit pas de tiers que le hasard a épisodiquement mis en relation, mais de « faux » tiers qui en réalité sont liés par le but de leurs engagements connexes et ce, peu important que le lien fût indirect[3]. Le retour à l'exclusivité de la responsabilité extracontractuelle, s'il a pu être expliqué par « *la crainte de la haute juridiction de ne pas maitriser totalement la portée des innovations introduites par la Première chambre civile* »[4], n'en reste pas moins regrettable, au même titre que l'attentisme du législateur quant à la réalité toujours plus pressante des groupes de contrats[5].

---

[1] Il a d'ailleurs été démontré en quoi la déchéance était une sanction autonome et prépondérante des incombances contractuelles. V. Freleteau B., *th. préc.*, n° 456 s.

[2] V. Delmas Saint-Hilaire Ph., *th. préc*.

[3] V. Wicker G., « La sanction délictuelle du manquement contractuel ou l'intégration de l'ordre contractuel à l'ordre juridique général », *art. préc*. Selon l'auteur, l'arrêt d'assemblée plénière rendu en 2006 « *vient consacrer l'action d'un tiers qui n'avait subi le manquement contractuel qu'en raison de sa qualité de créancier du créancier de l'obligation inexécutée.* […] *Il s'agissait donc d'un tiers très particulier, qui, à travers la personne de son débiteur, avait un intérêt personnel à l'exécution du contrat et dont on peut se demander s'il n'aurait pas été plus juste de le soumettre aux règles de la responsabilité contractuelle* ».

[4] Terré F., Simler Ph., Lequette Y., *Droit civil. Les obligations*, *op. cit*., n° 505. V. également Bacache M., *La relativité des conventions et les groupes de contrats*, thèse Paris II, 1996. La dysharmonie des solutions vient accentuer le regret exprimé : seules les chaines translatives de propriété justifient l'engagement de la responsabilité contractuelle entre tiers. Certes, l'effet translatif emporte avec lui les accessoires liés à la chose, mais cela justifie-t-il que les autres types d'ensembles contractuels soient traités différemment ? Il ne semble pas particulièrement cohérent de faire procéder la nature de la responsabilité recherchée entre deux tiers intéressés de la seule nature des contrats qui forment la chaine.

[5] La réforme du droit des obligations intervenue en 2016 constitue une occasion manquée supplémentaire : seul l'art. 1186 c. civ. relatif à la caducité traite des ensembles contractuels, sans jamais les définir de manière autonome, ni se prononcer sur la nature de la responsabilité des contractants extrêmes. Peut-être le nouveau texte sera-t-il l'occasion pour la Cour de cassation de promouvoir à nouveau et durablement le fondement contractuel d'une telle responsabilité.

270. Récapitulatif sur le cadre de la faute. Le rapport d'obligation du débiteur de la sûreté, constituant le cadre de sa faute, présente une consistance qui est davantage fonction d'une pluralité d'engagements destinés à un but commun que de la nature de la sûreté. De même, sa composition est exclusive de toute dimension matérielle, car là est l'objet exclusif du rapport obligatoire. Au contraire, le rapport d'obligation n'est que d'ordre comportemental, ce qui justifie la définition de la faute contractuelle comme manquement à ce rapport. L'étude de la portée du rapport d'obligation, qui dépasse le strict cadre des parties contractantes, permet à présent d'amorcer celle du contenu de la faute. En effet le débiteur de la sûreté n'est pas exclusivement fautif à l'égard de ses cocontractants. Il peut l'être à l'égard des tiers, particulièrement lorsque ceux-ci sont intéressés à l'exécution de la sûreté. Le rayonnement du rapport d'obligation, lié tant à son interpénétration avec le rapport obligatoire, qu'à l'interdépendance contractuelle caractéristique des opérations de sûretés personnelles autorise désormais l'examen final du contenu de la faute.

B. Le contenu de la faute

271. La direction de la faute comme critère d'analyse. La faute du débiteur de la sûreté ne peut être réduite à l'hypothèse d'une défaillance que seul le créancier lui reprocherait. Les manifestations particulièrement variées de ses fautes conduisent alors à dissocier leur examen à la mesure des personnes qui en subissent les conséquences. Selon ce critère, il sera alors possible de systématiser la faute du débiteur de la sûreté en évitant tout recoupement.

Si le créancier de la sûreté en éprouve les conséquences, la faute consistera en une altération de sa chance supplémentaire de paiement (1). Si la faute du débiteur de la sûreté concerne les autres acteurs de l'opération de sûreté, sa faute consistera alors en une altération des engagements interdépendants (2).

1. L'altération de la chance supplémentaire de paiement du créancier

272. La chance supplémentaire de paiement, fonction commune des sûretés. Partant d'une définition conceptuelle des sûretés basée sur l'adjonction d'un droit à une créance primitive, le dénominateur commun de chaque sûreté est, formulé d'une autre manière, la chance de paiement supplémentaire accordée au créancier[1]. Les prérogatives qui

[1] La définition retenue s'accorde avec celle qui est habituellement donnée de la garantie, « *mécanisme qui prémunit une personne contre une perte pécuniaire* » (Cornu G. (dir.), *Vocabulaire juridique*, *op. cit*., V°

en découlent en forment la manifestation positive et à l'inverse, toute faute relative à cette chance en représente la négation. La faute du débiteur de la sûreté commise à l'endroit du créancier est donc, pour ce dernier, une altération de sa chance supplémentaire de paiement. Suivant la définition de l'altération[1], la chance supplémentaire de paiement peut ainsi être altérée dans son étendue (a) comme dans son existence (b).

a. L'altération de l'étendue de la chance supplémentaire de paiement

273. L'étendue de la chance supplémentaire de paiement circonscrite par le patrimoine du débiteur de la sûreté. À la différence des sûretés réelles, dont l'étendue des engagements se mesure à l'aune de la valeur du bien grevé, les sûretés personnelles offrent aux créanciers bénéficiaires un droit sur le patrimoine du débiteur de la sûreté. La technique présente un avantage certain : la chance supplémentaire de paiement ne procède pas de la valeur parfois aléatoire d'un ou plusieurs biens isolés. Cet avantage doit toutefois être tempéré. Alors qu'une sûreté réelle a pour effet de suspendre au moins partiellement certaines prérogatives du propriétaire sur son bien, le débiteur d'une sûreté personnelle dispose d'une marge de manœuvre bien plus lâche. L'étendue de la chance supplémentaire de paiement trouve alors un contrepoids naturel dans la liberté laissée au débiteur de la sûreté personnelle. Cette liberté, à l'évidence, ne signifie pas la licence du débiteur, qui ne saurait nullement compromettre la chance supplémentaire de paiement par son comportement. En ce que son patrimoine constitue l'assiette de la sûreté, sa gestion ne doit pas compromettre l'effectivité de cette sûreté. Dans l'hypothèse inverse, le débiteur de la sûreté commet un type de faute qu'il est possible de systématiser. Il s'agit d'un manquement à son rapport d'obligation par une altération de l'étendue de la chance supplémentaire de paiement.

274. Première modalité de la faute du débiteur de la sûreté : l'altération de l'étendue de la chance supplémentaire de paiement. Lorsqu'elle ne remet pas en cause

---

Garantie, 1, p. 486). Se retrouve ici l'autonomie conceptuelle de la sûreté par rapport à la garantie (car la perte pécuniaire ne se réduit pas à la chance supplémentaire de paiement, objet de l'adjonction) et son hétéronomie fonctionnelle (la sûreté comme la garantie, dont elle n'est qu'un sous-ensemble, vise à épargner le créancier d'une perte pécuniaire par l'octroi de cette chance supplémentaire).

[1] Les dictionnaires juridiques proposent plusieurs définitions qui se révèlent être en adéquation avec cette démonstration. L'acception juridique la plus courante est l'altération des facultés mentales, notion propre au droit des personnes protégées. Un autre sens concerne les biens et consiste en la « *modification apportée à la substance d'une chose, qui a pour objet de fausser la nature, la destination ou la valeur de cette chose et d'où peut résulter un préjudice* […] » (Cornu G. (dir.), *Vocabulaire juridique*, *op. cit*., V° Altération, 2, p. 58). Cette dernière acception pourra d'ailleurs opportunément être reconduite au sujet des sûretés réelles. V. *infra*, n° 490 s. Une des acceptions courantes du terme se prête également à la situation : « *changement, modification en mal par rapport à un état normal* » (Rey A. (dir.), *Dictionnaire culturel (...), op. cit*., t. 1, V° Altération, p. 240, n° 1).

l'intégralité de son engagement, soit l'existence même de la sûreté qu'il contracte, la faute du débiteur de la sûreté consiste invariablement en une altération de l'étendue de la sûreté. Une hypothèse parmi les fautes préalablement recensées correspond parfaitement à la définition. Il s'agit de la fraude paulienne, par laquelle le fautif réduit volontairement la consistance de son patrimoine en s'appauvrissant frauduleusement. Les conditions préalablement relevées se vérifient : l'acte en lui-même est d'abord un manquement au rapport d'obligation, qui se répercute consécutivement sur son rapport obligatoire, l'exécution de sa prestation étant compromise. Du fait de l'appauvrissement, le créancier voit sa chance supplémentaire de paiement décroitre. Plus le patrimoine est dilué, moins il sera en mesure d'obtenir un paiement effectif ou de saisir un bien pour se faire payer sur sa valeur.

Une autre faute comparable révèle cette altération de l'étendue de la sûreté : celle par laquelle le débiteur de la sûreté se livre à des déclarations mensongères sur l'étendue de son patrimoine lors de la conclusion de son engagement[1]. L'exemple se rapproche dans ses effets de la fraude paulienne. Il s'agit pour le débiteur de minimiser les risques d'exécution de son engagement. En revanche, il s'en détache nettement sur un point, l'absence d'engagement, puisque la faute lui est par définition préalable. Il s'agit donc d'un manquement non pas au rapport d'obligation, mais à son corollaire dans la sphère extracontractuelle, soit le devoir de ne pas nuire à autrui. Hormis ce point, le contenu de la faute est identique. Par une tromperie sur l'étendue de ses facultés contributives, le débiteur altère l'étendue de la chance supplémentaire de paiement du créancier[2].

Un dernier exemple illustre clairement cette première systématisation : la faute de celui qui commet un dépassement de pouvoir en contractant la sûreté[3]. À première vue, la faute compromet les intérêts du débiteur de la sûreté plus que ceux du créancier, puisque l'engagement contracté est plus grave que celui autorisé. En réalité, elle porte autant atteinte au créancier qui, sur le fondement de sa croyance légitime, espérait obtenir une sûreté définie et éprouve un préjudice à ne pas l'obtenir. La dimension matérielle de la faute est identique aux deux précédentes : c'est bien l'étendue de la sûreté qui est altérée et par là-même, la chance supplémentaire de paiement.

---

[1] V. *supra*, n° 222.

[2] Sur un point, ce type de faute se confond avec une autre : celle qui consiste à remettre en cause l'existence même de l'engagement, plutôt que son étendue. Pour cela, il faut nécessairement que l'objet de la manœuvre dolosive du débiteur ait été une condition déterminante de l'engagement du créancier. En d'autres termes, il doit avoir intégré le champ contractuel. En l'absence d'une telle condition, il ne semblerait pas que la réticence dolosive puisse être retenue et que le créancier puisse remette en cause la validité de l'engagement. C'est pourquoi cette faut doit être prioritairement traitée au titre des fautes qui portent sur l'étendue de la sûreté et non sur son existence.

[3] V. *supra*, n° 218 s.

b. L'altération de l'existence de la chance supplémentaire de paiement

275. Seconde modalité de la faute du débiteur de la sûreté : l'altération de l'existence de la sûreté. Plus que l'étendue de la sûreté, c'est parfois son existence même qui est remise en cause par la faute du débiteur. Les exemples relèvent ici des deux ordres de la responsabilité civile.

C'est d'abord le cas de celui qui contracte une sûreté personnelle alors qu'il ne dispose pas du pouvoir nécessaire pour ce faire. Le défaut de pouvoir, à la différence du seul dépassement, a pour conséquence de remettre en cause non pas l'étendue mais l'existence de la sûreté. Sans préjuger de la sanction qui en découle, un constat est inévitable. Le contenu de la faute rejoint celles précédemment étudiées, en ce qu'il s'apparente à une altération de la chance supplémentaire de paiement. L'altération est ici totale, puisque le créancier ne pourra pas prétendre à une sûreté de moindre étendue Le préjudice qu'il éprouve se matérialise dans l'absence de garantie, quand il espérait justement en obtenir une. Dès lors que la sûreté n'a jamais existé, à défaut d'une condition essentielle à sa validité, la chance supplémentaire de paiement du créancier reste lettre morte.

C'est ensuite le cas du débiteur d'une sûreté qui, par le truchement de montages juridiques, tend à remettre en cause son engagement[1]. Un exemple réside dans la situation du dirigeant d'une société-caution qui tente de faire échapper la société à son engagement en procédant à plusieurs modifications de la nature de la personne morale, afin de tenir en échec le cautionnement. Il s'agit donc bien d'un manquement du débiteur à son rapport d'obligation ayant pour effet d'altérer l'existence de la sûreté.

Enfin, la révocation injustifiée de son engagement à durée indéterminée par le débiteur de la sûreté constitue un dernier exemple saillant. Par la révocation, le débiteur entend dénoncer l'existence de son engagement – la dénonciation valant pour l'avenir, sans quoi il s'agirait d'une nullité. Le comportement fautif vise ainsi à altérer l'existence programmée de l'engagement. Puisque cet engagement est antérieur, la faute est à nouveau une violation du rapport d'obligation et, plus encore, une violation directe et frontale du but même de son engagement : apporter au créancier une chance supplémentaire de paiement.

[1] V. *supra*, n° 236.

276. Récapitulatif sur la faute du débiteur de la sûreté commise contre le créancier. Par un recensement de ses hypothèses, une première systématisation de la faute éprouvée par le créancier de la sûreté fut possible. Dès lors que la fonction essentielle de la sûreté est de procurer à ce dernier une chance supplémentaire de paiement, toute faute du débiteur de la sûreté consistera en une altération de cette chance supplémentaire de paiement. Cette altération recouvre deux modalités, selon qu'elle affecte l'étendue de la chance supplémentaire de paiement ou son existence même**.**

Au demeurant, la conception retenue des sûretés personnelles et le recensement des fautes du débiteur ont permis de mettre en évidence une dimension radicalement différente de ces fautes, lorsqu'elles ont pour effet d'aggraver les engagements interdépendants constituant l'opération de sûreté. Ce n'est alors plus le créancier, mais tous les autres acteurs de l'opération de sûreté personnelle qui éprouvent la faute commise.

2. L'altération des engagements interdépendants

277. Adéquation de la notion d'altération. Il pourrait être tentant, pour décrire les fautes du débiteur de la sûreté qui atteignent les intérêts des autres débiteurs de l'opération, d'évoquer l'aggravation consécutive de leurs engagements. L'expression est plus éclairante que l'altération et fédère l'immense majorité des situations. Cela étant, il est au moins un exemple qui justifie d'employer à nouveau l'altération pour décrire ce genre de faute : celui du débiteur de la sûreté qui, par ses manœuvres, obtient l'engagement d'un cofidéjusseur, d'un contre-garant, etc. Il serait donc inexact de raisonner en termes d'aggravation, puisque l'engagement est la conséquence de la faute. L'ordre logique et causal des évènements justifie l'évincement du critère de l'aggravation. En effet, est-il seulement possible d'aggraver un engagement inexistant ? Afin de couvrir toute faute du débiteur en cette matière, il est donc préférable d'évoquer l'altération de l'engagement des autres débiteurs de l'opération de sûreté[1]. Parmi ces différents débiteurs, tous n'ont pas le même rôle. Certains garantissent le paiement de la dette principale au créancier, d'autre garantissent le recours après paiement du débiteur de la sûreté. Ces deux catégories sont composées exclusivement de tiers et de cocontractants du débiteur de la sûreté, distinction qu'il convient de prolonger.

[1] L'exemple cité reste concerné. Certes l'engagement résulte de la faute, laquelle n'est pas commise à son occasion mais puisque la faute a provoqué l'engagement litigieux, celui-ci en ressort nécessairement altéré. L'altération a ceci de plus large qu'elle permet d'englober les hypothèses de fautes précontractuelles. L'aggravation est courante mais pas systématique alors que l'altération est permanente. Aussi est-elle plus appropriée pour saisir les fautes précontractuelles car l'altération peut renvoyer à l'état d'esprit de la victime qui croyait s'engager d'une manière qui ne recouvre pas la réalité – état d'esprit qui déteint sur son engagement.

278. Première modalité : l'altération de l'engagement des tiers au débiteur de la sûreté. Le débiteur de la sûreté et les tiers qui relèvent de l'opération de sûreté ont un rôle comparable puisqu'ils doivent tous, *in fine*, pallier la défaillance du débiteur de l'obligation garantie. Ce rôle partagé permet une première appréhension de la faute du débiteur de la sûreté. Ce qu'il n'a pas fait, ce qu'il a mal fait, ou ce qu'il aurait dû faire se répercutera inévitablement sur les autres débiteurs. La proximité technique et fonctionnelle des divers engagements préfigure une équivalence quasiment systématique entre le contenu de la faute commise et l'avantage perdu que la victime aurait pu faire valoir. Plus exactement, lorsque la victime est tenue par un engagement similaire à celui du débiteur de la sûreté – soit, en principe, les cofidéjusseurs et certificateurs de caution – il y a un télescopage naturel entre ce à quoi le débiteur a manqué et ce à quoi la victime aurait pu prétendre. Il convient donc de prolonger la dissociation entre le débiteur de l'obligation garantie et les autres débiteurs de l'opération de sûreté personnelle.

Le débiteur de l'obligation garantie se distingue de tous les autres débiteurs du fait qu'il soit tenu par une contribution à la dette. L'obligation garantie profite aux seuls débiteur et créancier : les autres débiteurs viennent garantir son exécution conforme, sans jamais pouvoir en tirer profit. Du fait de cette situation particulière, la faute du débiteur de la sûreté consistera alors en une précarisation de la situation du débiteur principal. Alors que la sûreté doit lui apporter une sécurité dans l'exécution de son obligation, sa mise en œuvre fautive aboutit au résultat inverse. Que ce soit par un paiement précipité ou par l'omission d'une exception, toute faute du débiteur de la sûreté préjudiciable au débiteur principal consistera pour ce dernier en une altération de son engagement. L'altération est ici, plus encore, une entrave. Alors que le débiteur principal attend d'être conforté, d'être secondé dans le paiement de sa dette, la faute du débiteur de la sûreté aura au contraire pour conséquence de rendre plus délicat le paiement de la dette principale.

Lorsque ce sont les autres débiteurs de l'opération de sûreté qui l'éprouvent, le contenu de la faute n'est guère différent et s'analysera également en une altération de leurs engagements. L'exemple de l'omission d'un moyen de défense peut être repris. Une caution qui paye sans contester le montant de la dette, pourtant sujet à réduction, altérera les engagements des cofidéjusseurs, car ceux-ci auraient pu payer moins si la caution *solvens* avait été plus

diligente[1]. La différence de nature opposant les engagements des différents débiteurs et tenant à l'existence ou non d'une contribution à la dette n'a donc pas d'influence sur l'essence de la faute du débiteur de la sûreté, puisqu'il s'agira invariablement d'une altération de leurs engagements respectifs. Il est seulement possible de discerner une différence de degré entre ces deux types de fautes, puisque les autres débiteurs de l'opération de sûreté éprouvent le risque d'une contribution définitive à la dette dont ils n'ont retiré aucun profit. En déployant le raisonnement jusqu'à son terme, ce risque se caractérise alors par une altération de leur chances de remboursement.

279. Seconde modalité : l'altération de l'engagement des contractants du débiteur de la sûreté. Cette seconde modalité renvoie au seul cas de figure d'une contre-garantie. Qu'il s'agisse d'une sous-caution ou d'un contre-garant, il n'existe pas d'autres cocontractants du débiteur de la sûreté dont l'engagement serait plus ou moins directement lié à cette sûreté, hormis le créancier dont le cas a déjà été traité. Malgré l'isolement de la situation du contre-garant, l'intérêt de son étude n'est pas moindre car son engagement vise à garantir le débiteur de la sûreté dans son recours après paiement[2]. En effet, le contre-garant protège le débiteur de la sûreté, non pas le créancier. L'objet de la protection n'est pas la créance principale mais la créance du débiteur de la sûreté dans l'exercice de son recours après paiement – quand bien même, au final, la protection du créancier est accrue par ce biais. Les manifestations comme le contenu de la faute du débiteur de la sûreté ne sont pourtant pas radicalement différents. La sous-caution qui reproche à la caution de ne pas avoir soulevé une exception invocable contre le créancier subit consécutivement une altération de son engagement. Selon que l'exception aurait permis de réduire ou d'annuler la dette, la sous-caution sera en mesure de demander une sanction à la hauteur de l'obligation qui aurait dû être réduite voire annulée, puisqu'elle ne peut invoquer à son tour ladite exception – l'objet de sa dette n'étant pas le même. Un rapprochement est permis avec la première modalité. Ce n'est pas tant la nature de la créance qui importe pour déterminer les griefs que la sous-

[1] A ce titre, il existe une règle prétorienne dite de la représentation mutuelle des coobligés solidaires, selon laquelle lesdits coobligés sont tenus par un mandat tacite impliquant, notamment, que toute sentence rendue à l'encontre de l'un vaut à l'encontre des autres et fonde leur irrecevabilité à contester cette même sentence par la voie de la tierce-opposition. Sans que le fondement d'une telle règle puisse être compris, il semblerait que la Cour de cassation s'en soit détachée, au moins ponctuellement. V. Com. 5 mai 2015, *Bull. civ. IV*, n° 70 ; *RLDA* 2015, n° 115, p. 47, note Mestre J. et Mestre-Chami A.-S. ; *Bull. Joly* juillet 2015, n° 4, p. 234, note Bonhomme R. et p. 238, note Borga N. ; *Rev. Soc*. mai 2015, n° 5, p. 317, note Le Bars T. ; *RTD civ*. 2015. 933, note Théry Ph. ; *Banque et droit* mai 2015, n° 161, p. 87. Pour une critique radicale de cette prétendue théorie, V. Veaux D., Veaux-Fournerie P., « La représentation mutuelle des coobligés » *in Études dédiées à Alex Weill*, Dalloz-Litec, 1983, p. 547 s.

[2] Com., 17 mai 2017, *préc*.

caution peut soulever contre la caution, mais l'interdépendance de leurs engagements. La sous-caution ne payera que si la caution elle-même a payé : le paiement de l'une conditionne le paiement de l'autre. Il est donc logique de considérer la faute du débiteur de la sûreté comme une altération de l'engagement de son cocontractant. L'interdépendance contractuelle justifie également que le contre-garant soit dans une telle situation, peu important l'autonomie de son engagement[1]. La mise en œuvre de la garantie conditionne celle de la contre-garantie : la mise en œuvre fautive de la première vient nécessairement altérer la mise en œuvre de la seconde[2]. Aussi, comme pour les cofidéjusseurs ou certificateurs de caution, la faute est unitaire. Elle s'analysera en une altération de leur chance de remboursement.

280. Récapitulatif sur la faute du débiteur de la sûreté commise contre les autres débiteurs. Contrairement au créancier, les débiteurs d'une opération de sûreté personnelle ne bénéficient pas d'une chance supplémentaire de paiement, ils en assurent l'effectivité. Lorsqu'un tel débiteur commet une faute contre ses pairs, il vient perturber leurs engagements. Cette perturbation consiste invariablement en une altération, bien qu'elle se manifeste différemment selon que le débiteur principal ou les autres débiteurs l'éprouvent. La faute commise contre le débiteur de l'obligation garantie est une altération spécifique. Elle prend la forme d'une contradiction directe de son engagement par le débiteur de la sûreté, qui compromet les intérêts de ce dernier plutôt que de les sécuriser. La faute commise contre les autres débiteurs de l'opération de sûreté est une altération de leurs engagements dépourvus de contribution à la dette : cette faute revient consiste, pour eux, en une altération de leur chance de remboursement. Ce tour d'horizon de la faute du débiteur de la sûreté doit désormais être reconduit au sujet du bénéficiaire de la sûreté.

Section 2. La dimension matérielle de la faute du créancier

281. Reconduction de l'approche par induction. De la même manière que lors de l'analyse de la faute du débiteur de la sûreté, il doit être procédé à l'étude de celle du

[1] V. Com., 3 mai 2016, n° 14-28.962 ; *Gaz. Pal.* 2016, n° 23, p. 35, note Dumont-Lefrand M.-P. ; *Lexbase Hebdo – Edition affaires*, mai 2016, n° 467, note Piette G. ; *JCP G* 2016, n° 25, p. 1238, note Simler Ph. V. également Picod Y., n° 149.

[2] Par « *fautive* », il s'agit de comprendre « *abus ou fraude manifestes* » pour respecter les termes de l'art. 2321 c. civ. À propos de l'influence d'un appel manifestement abusif de la garantie de premier rang sur la validité de l'appel de la contre-garantie, V. Com., 3 mai 2016, *préc*. L'arrêt est singulier en ce qu'il semble écarter la condition de l'abus ou de la fraude du bénéficiaire initial et ne retient que la collusion pour justifier le blocage du paiement de la contre-garantie, ce qui réduit significativement les motifs de blocage de la contre-garantie, contre la lettre du texte.

créancier[1]. À la suite au recensement des fautes que ce débiteur est susceptible de commettre (§ 1) il conviendra d'en proposer une systématisation (§ 2).

§ 1. Recensement des fautes du créancier

282. La différence de portée des fautes selon le moment de leur commission. L'incidence du critère temporel sur la faute du créancier ne se vérifie pas seulement à l'égard de sa sanction, mais également à l'égard du cadre dans lequel elle est commise. Est-ce le rapport d'obligation qui est méconnu ou est-ce, au contraire, le seul devoir de ne pas nuire à autrui que le créancier n'a pas su observer ? La faute du créancier est nécessairement différente selon qu'elle est commise lors de la formation de la sûreté (A) ou lors de son exécution (B).

A. Les fautes commises lors de la formation de la sûreté

283. Trinité des types de fautes. L'idée que le créancier ne soit redevable de rien à l'égard du débiteur d'une sûreté personnelle est largement dépassée, ce qui se vérifie particulièrement dans le cautionnement. Lors même de la formation du contrat de sûreté, le créancier doit-il informer le potentiel débiteur (1) sur les conséquences de son engagement et, pour certains types de cautionnements au moins, il doit exiger un engagement dont le montant doit être proportionné aux facultés contributives de la caution (2). Enfin, certaines fautes du créancier commises lors de la formation de la relation principale peuvent être invoquées par le débiteur de la sûreté (3).

1. Fautes relatives à l'information due par le créancier

284. Emergence grandissante d'une obligation précontractuelle d'information. Quoiqu'elle ne soit pas expressément prévue par les textes, une obligation générale d'information avant la formation du contrat a été élborée par la jurisprudence et mise en lumière par la doctrine[2]. La généralité d'une telle obligation n'épargne pas le droit des sûretés, essentiellement conventionnel. Son importance est d'ailleurs accrue en la matière. Toute

[1] V. *supra*, n° 215 s.
[2] V. not. Fabre-Magnan M., *De l'obligation d'information dans les contrats, essai d'une théorie*, thèse, LGDJ, t. 221,1992.

sûreté personnelle, parce qu'elle engage le patrimoine du débiteur, est un acte grave qui justifie que le consentement des parties soit le plus éclairé possible. Le créancier pourra alors se rendre coupable d'une faute pour avoir omis une information capitale lors de la conclusion du contrat. Il est dans ce cas impératif de faire le départ entre les fautes intentionnelles et celles qui ne le sont pas. Respectivement, si le créancier commet une négligence dans la délivrance d'une information qui s'avère déterminante du consentement du débiteur de la sûreté, il s'agira alors d'une erreur[1]. Si le créancier dissimule l'information ou donne volontairement une information erronée, il se rendra alors coupable d'un dol[2].

285. La faute non-intentionnelle du créancier quant à l'information due au débiteur de la sûreté. Le cas de figure ici présenté reste quantitativement marginal. Les illustrations sont rares de créanciers qui oublient de prévenir leur cocontractant d'un élément qui l'aurait dissuadé de s'engager. Au surplus, l'erreur du débiteur comme motif de nullité de son engagement est sévèrement traitée par la jurisprudence, notamment l'erreur sur la solvabilité du débiteur principal[3]. Aussi la marginalité de ce type de faute trouve une explication dans la proximité de l'erreur et du dol, lesquels se confondent parfois au profit du second. Le créancier qui se garde bien de révéler la situation lourdement obérée de son débiteur induit en erreur le futur garant, au prix d'une réticence dolosive. La proximité affective, ou à tout le moins personnelle, entre le débiteur principal et le débiteur de la sûreté tarit plus encore les occurrences d'erreurs. Il arrive toutefois qu'une telle erreur soit retenue lorsque c'est la négligence du créancier qui l'a générée – la frontière étant mince, à nouveau, entre l'erreur et le dol. L'erreur a notamment été retenue au profit d'une caution qui espérait pouvoir profiter, en cas de paiement, d'une hypothèque de second rang, alors qu'elle n'était que de quatrième rang[4]. Par négligence, le créancier n'avait pas vérifié l'état des inscriptions hypothécaires et pensait qu'une seule hypothèque avait été préalablement constituée.

---

[1] L'erreur dont il est question est, certes, celle du débiteur de la sûreté, mais elle peut très bien avoir été stimulée par la négligence du créancier. Ce cas sera d'ailleurs le seul qui sera traité : si le débiteur se trompe sans que cela soit dû au comportement du créancier, il n'y a pas de faute de sa part. Sur les applications de l'erreur en droit des sûretés personnelles, V. Simler Ph., n° 137 s. et n° 197.

[2] Il est nécessaire de mentionner ici une obligation d'information spécifique qui ne sera pas traitée plus avant. Il s'agit de celle contenue à l'article L. 313-21 CMF relative à l'affectation prioritaire des biens professionnels de l'entrepreneur individuel. Lorsqu'un cautionnement est fourni dans ce cadre, bien que l'information intéresse la caution, elle est redevable à l'entrepreneur lui-même : il ne s'agit donc pas d'un devoir liant le créancier au débiteur de la sûreté. Pour de plus amples développements, V. Simler Ph., n° 455.

[3] Pour être recevable, l'argument de la solvabilité du débiteur principal doit avoir été une condition déterminante de l'engagement du débiteur de la sûreté. V. Civ. 1ère, 25 octobre 1977, *Bull. civ.* I, n° 388 ; *D.* 1978. IR 74 ; Com. 11 janvier 1994, *Bull. civ.* IV, n° 15 ; *Defrénois* septembre 1994, n° 18, p. 1164, note Aynès L.

[4] Civ. 1ère, 1er juillet 1997, *Bull. civ.* I, n° 219 ; *D.* 1999. 181, note Brémond V. ; *JCP G* 1998. I. 103, n° 2, obs. Simler Ph. Selon l'arrêt, l'acte de cautionnement stipulait « *une hypothèque prise par la banque sur un immeuble*

286. La faute intentionnelle du créancier quant à l'information due au débiteur de la sûreté[1]**.** Si un créancier ne néglige pas de transmettre une information décisive, mais qu'au contraire il omet sciemment de le faire[2], ou s'il transmet une information erronée[3], il se rend alors coupable d'un dol à l'égard du débiteur de la sûreté. La dimension fautive du comportement du créancier est ici bien plus marquée, puisqu'elle est « positive », elle suppose une conscience malveillante et non une simple négligence. L'hypothèse ne présente pas de particularité notable et n'est qu'une application ponctuelle des vices du consentement en général. Elle s'applique indistinctement au cautionnement, à la garantie autonome et aux lettres d'intention[4]. Il y aura au contraire matière à développements supplémentaires lorsque sera examinée la dimension personnelle de la faute[5], puisque les qualités respectives des parties peuvent avoir une influence décisive sur la caractérisation et les conséquences de cette faute.

287. L'appréhension malaisée du dol du créancier contre le débiteur principal. Il est en revanche une situation dont le traitement est particulièrement épineux : celle du dol du créancier contre le débiteur principal, que la caution entend invoquer. Le dol implique que seul le cocontractant victime puisse s'en prévaloir, ce que la caution n'est pas au regard du contrat principal. Or son engagement accessoire justifierait que la nullité de l'engagement principal emporte la nullité du sien. Tel n'est pourtant pas l'avis de la Cour de cassation, qui a formellement affirmé en la matière la nature purement personnelle de l'exception de dol[6]. La caution est alors irrecevable à soulever cette exception pour que son engagement soit, par capillarité, déclaré nul à son tour.

La solution est pour le moins surprenante, car si elle respecte la règle selon laquelle le dol doit

---

appartenant aux emprunteurs […] *inscrite après une hypothèque prise par un autre créancier* ». L'erreur se conçoit aisément, mais il est curieux qu'aucune référence ne soit faite au comportement du créancier. L'acte n'a certainement pas été rédigé par la caution, ni par le débiteur : quid, alors, de l'imprécision donc de la négligence du créancier ? Plus largement, l'exemple démontre que l'erreur sur l'existence d'autres sûretés garantissant la même opération est constitutive d'une erreur sur la substance.

[1] Vuillemin-Gonzales, « La réticence dolosive des établissements bancaires à l'égard des cautions, un manquement à l'obligation de contracter de bonne foi », *D*. 2001. 3338.

[2] Civ. 1ère, 30 janvier 2001, n° 98-17.677. V. également Aix-en-Provence, 23 février 2005, *JurisData* n° 2005-271017.

[3] Com., 7 février 1983, *Bull. civ.* IV, n° 50 ; *RTD com*. 1983. 450, obs. Cabrillac M. et Teyssié B.

[4] Com., 18 décembre 1990, n° 89-15.545 ; *D*. 1991, somm. p. 193, obs. Vasseur M. ; *RTD com.* 1991. 627, obs. Cabrillac M. et Teyssié B. ; Com., 14 mai 2008, n° 06-21.108 ; *JCP G* 2008, I, 211, n° 11, obs. Simler Ph. ; *RDBF* 2008, comm. 111, obs. Legeais D. ; *Banque et droit* sept.-oct. 2008, p. 81, obs. Rontchevsky N.

[5] V. *infra*, n° 330 s.

[6] Ch. mixte, 8 juin 2007, *Bull. ch. mixte* n° 5 ; *RDC* 2007/4, p. 1226, note Houtcieff D. ; *JCP E* 2008, n° 2, p. 16, note Simler Ph. et Delebecque Ph. ; *RTD com*. 2007. 585, note Legeais D. ; *RLDA* 2007, n° 19, p. 35, note Bouteiller P. ; *RDBF* 2007, n° 4, p. 16, note Cerles A.

être émané du cocontractant, elle s'explique difficilement au regard du caractère accessoire du cautionnement. Certes le litige concernait la recevabilité de l'action de la caution et non son bien-fondé : ce n'est donc pas une contradiction directe et frontale au caractère accessoire. La Cour de cassation n'a pas annulé le contrat principal pour ensuite sauvegarder le cautionnement, elle a seulement refusé à la caution la possibilité de s'en prévaloir. Il est pourtant délicat d'approuver sans réserve la solution. Elle permet, d'abord, à un créancier d'obtenir paiement d'un acte potentiellement nul, ce d'autant que la nullité est suspectée être de son fait. Aussi, dans l'espèce qui a donné lieu à l'arrêt, le débiteur était une société et la caution son gérant. Le gérant en sa qualité de représentant de la personne morale était recevable à invoquer le dol du créancier, mais irrecevable en sa qualité de caution. La solution méconnait une réalité pourtant évidente : le représentant du débiteur principal et la caution sont la même personne. Refuser à l'un ce qui est accordé à l'autre sur le seul fondement d'une qualité juridique est alors peu convaincant. La solution a au moins eu le mérite de mettre en évidence la fragilité de la distinction opérée par le code civil entre les exceptions inhérentes à la dette et les exceptions purement personnelles au débiteur principal. Cette distinction ne présente pas une étanchéité absolue – l'hypothèse du dol le prouve d'ailleurs – et les difficultés d'interprétation qu'elle engendre sont autant d'arguments en faveur de son abandon. En retenant une approche unitaire des exceptions que la caution peut invoquer, c'est-à-dire en l'autorisant à soulever toutes les exceptions que le débiteur principal peut opposer, c'est le caractère accessoire du contrat qui s'en trouverait renforcé[1]. Il semble alors que l'article 2313 du code civil mériterait d'être réécrit et simplifié afin, notamment, que la solution de la troisième chambre civile antérieure au revirement du 8 juin 2007 redevienne le principe[2].

2. Fautes relatives au montant de la sûreté

288. Émergence d'un principe de proportionnalité en droit des contrats. Au tournant du XX^{e} siècle, le paradigme contractuel s'est enrichi de valeurs nouvelles, ou renouvelées, défendues par la doctrine et parfois consacrées par la jurisprudence. Le dogme de l'autonomie de la volonté, selon lequel le libre arbitre des parties à un contrat suffit à lui

[1] V. en ce sens Grimaldi M. (dir.), *Avant-projet de réforme du droit des sûretés*, *op. cit*., art. 2299, p. 55. Par ailleurs, les nouveaux art. 1137 et 1138 c. civ. relatifs au dol ne paraissent pas apporter de changement significatif dans le traitement de ce contentieux, puisque le dol reste une cause de nullité relative. Au vu de la spécificité des engagements de sûretés personnelles, la modification du seul droit spécial paraît plus adaptée.
[2] Civ. 3ème, 11 mai 2005, *Bull. civ. III*, n° 101 ; *JCP G* 2005. IV. 2422, note Simler Ph. ; *RDBF*. 2005, comm. 126, obs. Legeais D. ; *RTD civ*. 2005. 590, obs. Mestre J. et Fages.

seul pour régir leurs relations a en effet été concurrencé par d'autres valeurs comme la loyauté contractuelle, la bonne foi objective, l'égalité contractuelle, ou encore le solidarisme contractuel[1]. De ces principes découlent plusieurs applications concrètes, parmi lesquelles le « *principe de proportionnalité* »[2]. Celui-ci aurait pour fonction d'éviter tout déséquilibre significatif entre les prestations des parties, que ce soit au moment de leur formation ou de leur exécution. Le principe serait un argument en faveur notamment de la reconnaissance de la théorie de l'imprévision[3]. Majoritairement conventionnel, le droit des sûretés personnelles n'a pas échappé à cette transformation du droit des contrats. Ce d'autant plus qu'il est un droit par essence déséquilibré. Une personne s'engage au profit d'un créancier à payer une somme d'argent sans en retirer le moindre intérêt et sans que le créancier assume l'exécution d'une prestation. Le déséquilibre évident explique que l'exigence de proportionnalité découverte en droit des contrats trouve en droit des sûretés personnelles un terrain d'élection. Sans surprise, c'est au sujet du cautionnement que le développement de cette exigence se révèle être le plus significatif.

289. Illustration de l'exigence de proportionnalité en droit du cautionnement. L'idée d'un équilibre entre les prestations des parties à un contrat peut paraître surprenante lorsqu'on l'applique au cautionnement puisque seule la caution est censée accomplir une prestation. Le principe de proportionnalité prend toutefois un autre sens. Appliqué au cautionnement, il implique que le montant de l'engagement de la caution ne soit pas manifestement disproportionné à ses biens et revenus. Il ne s'agit pas alors de comparer les prestations réciproques, ni la prestation de la caution à celle du débiteur principal[4], mais bien

---

[1] V. not. Picod Y., *Le devoir de loyauté dans l'exécution du contrat*, LGDJ, coll. « Bibliothèque de droit privé », t. 208, 1998 ; Jamin Ch., « Plaidoyer pour le solidarisme contractuel », *Mélanges Ghestin*, LGDJ, 2001, p. 441, Grynbaum L., Nicod M. (dir.), *Le solidarisme contractuel*, Economica, coll. « Etudes juridiques », 2004 ; Mazeaud, « Loyauté, solidarité, fraternité, la nouvelle devise contractuelle ? », *Mélanges en hommage à François Terré*, Dalloz, 1999, p. 603 ; Thibierge-Guelfucci C., « Libres propos sur la transformation du droit des contrats », *RTD civ*. 1997. 357.

[2] V. les actes du colloque du 20 mars 1998 organisé par le Centre de droit des affaires et de gestion de la Faculté de droit de Paris V intitulé « *Existe-t-il un principe de proportionnalité en droit privé ?* », *LPA* 30 sept. 1998 ; Fin-Langer L., *L'équilibre contractuel*, thèse, LGDJ, coll. « Bibliothèque de droit privé », t. 366, 2002 ; Bakouche D., *L'excès en droit civil*, thèse, LGDJ, coll. « Bibliothèque de droit privé », t. 432, 2005 ; Le Gac-Pech S., *La proportionnalité en droit privé des contrats*, thèse, LGDJ, coll. « Bibliothèque de droit privé », t. 335, 2000.

[3] Il semblerait que le législateur ait été sensible aux remarques d'une partie de la doctrine lors de la réforme du droit des obligations. Ne serait-ce qu'au vu du nouvel art. 1195, al. 1er c. civ. : « *Si un changement de circonstances imprévisible lors de la conclusion du contrat rend l'exécution excessivement onéreuse pour une partie qui n'avait pas accepté d'en assumer le risque, celle-ci peut demander une renégociation du contrat à son cocontractant. Elle continue à exécuter ses obligations durant la renégociation* ».

[4] Une telle comparaison est évacuée par le caractère accessoire du cautionnement et son application particulière à l'art. 2290 c. civ. : « *Le cautionnement ne peut excéder ce qui est dû par le débiteur, ni être contracté sous des conditions plus onéreuses* ».

de comparer ce à quoi la caution s'est engagée et l'étendue de ses facultés contributives.[1]

Initialement contenue dans la loi n° 89-1010 du 31 décembre 1989, dite loi « *Neiertz* », l'exigence de proportionnalité doit son essor à la jurisprudence. Dans le célèbre arrêt *Macron*[2], la Cour de cassation condamne, sur le fondement de l'ancien article 1382 du code civil, le créancier d'un avaliste à des dommages et intérêts car « *dans 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* ». La solution a inévitablement engendré un contentieux foisonnant, car elle offrait aux cautions un moyen de défense supplémentaire contre leurs créanciers, ce qu'elles n'ont pas manqué de soulever par la suite. La boite de Pandore ainsi ouverte, la haute juridiction est revenue partiellement sur sa position quatre ans plus tard. Dans un arrêt *Nahoum*[3], elle retient 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'*[elles]*-mêmes auraient ignorées, ne sont pas fondé[e]s à rechercher la responsabilité de cette banque* ». Face à une telle évolution, le législateur a pris le relais de la jurisprudence par la loi du 1er aout 2003 en créant l'article L. 341-4 du code de la consommation, devenu l'article L. 332-1[4]. Rompant partiellement avec la solution prétorienne, la loi prévoit désormais que la disproportion manifeste du cautionnement joue entre une personne physique, indépendamment de ses qualités et un créancier professionnel. Surtout, la loi abandonne le système par lequel l'octroi de dommages et intérêts à la caution réduisait, par le jeu de la compensation, la disproportion manifeste à une juste mesure entre le cautionnement et le patrimoine de la caution. La faute du créancier relevée par la haute juridiction en ce domaine est passée sous silence dans la solution prônée par le législateur. Elle ne doit pas faire illusion. S'il s'agit bien d'un écart objectif entre deux valeurs, la

[1] V. Saint-Cène M., Grillot J., « L'engagement de caution disproportionné », *RDBF* 2000, p. 190.
[2] Com., 17 juin 1997, *Bull. civ. IV*, n° 188 ; *JCP E* 1997. II. 1007, note Legeais D. ; *RTD com*. 1997. 662, obs. Cabrillac M. ; *Defrénois* 1997, art. 36703, obs. Aynès L. ; *D*. 1998. 208, note Casey J. ; *RTD civ*. 1998. 157, obs. Crocq P.
[3] Com., 8 octobre 2002, *Bull. civ. IV*, n° 136 ; *JCP E* 2002. 1730, note Legeais D. ; *JCP G* 2003. I. 124, n° 6, obs. Simler Ph. et II. 10019, note Picod Y. ; *D*. 2003. 414, note Koering C. ; *RTD civ*. 2003. 125, obs. Crocq P.
[4] Suite à l'ordonnance n° 2016-301 du 14 mars 2016. Selon ce texte : « *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* ».

disproportion manifeste d'un cautionnement ne peut résulter que d'un comportement fautif du créancier.

290. Caractérisation du comportement fautif du créancier pour avoir exigé un cautionnement disproportionné. D'une solution prétorienne basée sur la responsabilité extracontractuelle, le législateur en est venu à une solution objective, *a priori* indifférente à la commission d'une faute. Ce basculement ne doit pas masquer la dimension matérielle de la faute du créancier, qu'il convient d'établir.

Si la disproportion apparaît comme un obstacle objectif à l'efficacité du cautionnement, elle résulte invariablement d'une faute de comportement[1]. En effet, quand bien même la seule comparaison du montant du cautionnement et de l'étendue du patrimoine de la caution suffit à caractériser la disproportion manifeste, cet écart objectif ne signifie aucunement que le comportement du créancier y est étranger. Un créancier s'enquiert nécessairement des facultés contributives de ses débiteurs que ce soit pour l'octroi un prêt et plus encore pour la souscription d'un cautionnement. De ce fait il ne peut pas ignorer l'impossibilité pour ceux-ci d'assumer leur engagement, eu égard à leurs biens et revenus[2]. La disproportion résulte donc nécessairement d'un comportement fautif précontractuel, autrement dit un manquement au devoir de ne pas nuire à autrui. Soit le créancier agit avec négligence et ne remarque pas l'énormité de la situation, soit il agit avec malveillance et égoïsme en exigeant un engagement dont il sait que la caution ne pourra jamais l'assumer. Dans tous les cas, il se rend fautif pour avoir fait souscrire à la caution un engagement qui l'amènera plus sûrement à l'endettement que s'il était proportionné. Apparaît ici la dimension matérielle de la faute du créancier : faire souscrire à une personne physique un acte bien plus grave qu'il ne devrait l'être et dont l'utilité est pour partie inexistante. Comment imaginer, pour reprendre les données de l'arrêt *Macron*, qu'une caution puisse être en mesure de payer l'équivalent de cinq fois la valeur de son patrimoine ? Le cautionnement peut en effet aboutir à un endettement mais un cautionnement disproportionné rend ce risque plus prégnant encore. Ainsi, le débiteur d'un cautionnement disproportionné encourt le risque d'une contribution à la dette, là où son engagement ne suppose qu'une obligation à la dette. De surcroit si la caution paye, c'est que le débiteur n'a pu le faire. Les chances de réussite de son recours après paiement fondent alors

[1] Dans le même sens : Albigès Ch., Dumont-Lefrand M.-P., n° 241 (« *le comportement fautif du créancier peut justifier le recours à un mécanisme relevant du droit de la consommation, la disproportion* »), Fenouillet D., « Le Code de la consommation ou pourquoi et comment protéger la caution ? », *RDC* avril 2004, p. 304 s., spéc. p. 315 ; Séjean M., *th. préc.*, n° 279.

[2] Ce qui permet de comprendre également la règle selon laquelle le créancier n'a pas à vérifier la véracité des éléments fournis par la caution, relatifs à l'étendue de son patrimoine.

comme neige au soleil. Le risque encouru par la caution d'éprouver une contribution à la dette est accru par la disproportion manifeste de son engagement : là se trouver la dimension matérielle de la faute du créancier.

En définitive, s'il est heureux que le législateur se soit emparé de ce problème, il est en revanche plus regrettable qu'il ne l'ait pas fait d'une manière idoine. Le système légal s'avère en effet perfectible.

291. Perfectibilité du système légal. Le premier regret qu'il est permis de formuler au sujet de l'article L. 332-1 du code de la consommation est qu'il se défait d'un système de responsabilité basé sur la faute. La définition qui en est proposée laisse penser que la disproportion est un vice objectif, qui ne serait imputable à personne. Or la disproportion, de la même manière que le défaut d'information ou le bénéfice de subrogation, procède fondamentalement d'une faute du créancier.

A s'en tenir à des considérations plus techniques, un premier écueil frappe la disposition légale, celui de son domaine d'application. Si la catégorie de créanciers visés est compréhensible, la qualité du bénéficiaire de la disposition – une personne physique – est quant à elle plus discutable. Elle permet en effet que des personnes avisées jouissent de la disposition en suscitant potentiellement leur mauvaise foi. Le dirigeant caution d'une société débitrice rompu aux affaires n'aura pas de mal à déceler la disproportion manifeste de son engagement et pourra ainsi s'engager en connaissance de cause pour dénoncer ensuite le vice au moment où il sera appelé en paiement. La disposition tient en échec la solution de l'arrêt *Nahoum*, mais elle est critiquable pour une même raison. La solution prétorienne aboutissait à priver des dirigeants sociaux novices d'une protection qui leur était nécessaire. Par son dogmatisme, l'arrêt *Nahoum* négligeait le sort des cautions dont la qualité n'était pas représentative de leur expérience. À l'inverse la solution légale est-elle trop large : elle peut profiter à des cautions qui ont pleinement conscience du vice qui affecte leur engagement et qui attendront sciemment sa mise en œuvre pour le dénoncer. Le destinataire de la protection devrait ainsi être affiné, pour éviter que la disposition ne soit détournée à des fins contraires. Puisque le code de la consommation vise à la protection des consommateurs, ce n'est pas la qualité de personne physique de la caution qui devrait gouverner l'application de l'exigence de proportionnalité mais bien celle… de consommateur[1] !

[1] V. Grimaldi M. (dir.), *Avant-projet de réforme du droit des sûretés*, *op. cit*., art. 2301, p. 56. La solution préconisée par l'avant-projet consiste en l'abrogation des dispositions consuméristes relatives à la

Dans le même ordre d'idée, il est permis de se demander si le principe de proportionnalité ne pourrait pas jouer au profit des personnes morales cautions. Il serait certes inapproprié de faire le reproche au code de la consommation de ne pas régir un domaine qui lui est étranger car seules les personnes physiques jouissent et doivent jouir des dispositions consuméristes. Cela étant, l'objectif de protection visant à épargner les particuliers de l'endettement serait-il moins louable s'il profitait également aux personnes morales ? L'activité économique qu'elles déploient et les emplois qu'elles génèrent ne mériteraient-ils pas une protection semblable ? La disproportion d'un cautionnement ainsi souscrit pourrait avoir des conséquences délétères si la personne morale était contrainte de réaliser entièrement son patrimoine au profit d'un créancier – conséquences parfois plus délétères encore que pour une personne physique seule[1]. Si les règles du droit des sociétés peuvent tenir en échec une telle sûreté, par le jeu de l'intérêt social, il serait plus opportun encore que le droit des sûretés personnelles lui-même élargisse cette exigence aux personnes morales.

Un troisième grief peut être adressé à l'exigence légale de proportionnalité, en ce qu'elle concerne le cautionnement seul. Il est surprenant que la garantie autonome, bien plus grave que le cautionnement, ne soit pas assortie d'une telle exigence. Il est vrai que l'article L. 314-19 du code de la consommation prohibe la constitution de garanties autonomes pour les crédits à la consommation et les crédits immobiliers, mais pour tous les autres types de crédits, la prohibition ne joue plus. Pourtant la gravité de cette sûreté, ajoutée à celle de sa disproportion éventuelle, justifie que l'exigence d'un engagement proportionné soit généralisée à toutes les sûretés personnelles. La raison profonde tient au trait commun de ces sûretés : l'absence de contribution à la dette du débiteur de la sûreté. L'absence d'intérêt pécuniaire à la souscription d'une garantie justifie la protection de ce débiteur contre le risque d'une contribution définitive à la dette. Dès lors, enfin, que la nature fautive du comportement du créancier qui exige une sûreté démesurée est indépendante des caractères de cette sûreté, il

---

proportionnalité du cautionnement et, simultanément, en une consécration de cette exigence au profit de toute caution personne physique.

[1] V. sur ce point Civ. 3ème, 12 sept. 2012, *Bull. civ. III*, n° 121 ; *D*. 2012. 2166, obs. Lienhard A. ; *Rev. soc*. 2013. 16, note Viandier A. ; *RTD civ*. 2012. 754, obs. Crocq P. ; *Gaz. Pal*. 12-13 déc. 2012, p. 18, obs. Dumont-Lefrand M.-P. L'arrêt est relatif à une sûreté réelle pour autrui mais le raisonnement est reconductible à l'hypothèse d'un cautionnement. La haute juridiction reproche aux juges du second degré de ne pas avoir recherché « *si la garantie consentie par la SCI n'était pas contraire à son intérêt social, dès lors que la valeur de son unique bien immobilier évaluée à 133 000 euros était inférieure au montant de son engagement et qu'en cas de mise en jeu de la garantie, son entier patrimoine devrait être réalisé, ce qui était de nature à compromettre son existence même* ». La décision ne renvoie pas au terme de « disproportion » mais ce dernier irrigue la solution de manière sous-jacente et illustre clairement les risques d'un tel excès. La référence à l'intérêt social est parfaitement appropriée : la SCI n'a pas été constituée dans le seul but d'éponger les dettes d'un de ses membres – pas plus qu'une personne physique ne se porte caution pour être pieds et poings liés à un créancier. Dans le même sens : Com., 3 juin 2008, n° 07-11.785, *Rev. soc.* 2009. 383, note Randoux D.

n'y a pas d'obstacle à ce que l'exigence de proportionnalité soit généralement et inconditionnellement étendue. Autrement dit, la disproportion d'une sûreté personnelle ne procède en rien de son caractère accessoire, autonome ou indemnitaire : seuls comptent le montant de l'engagement et la valeur du patrimoine du débiteur de la sûreté.

Pour conclure, il est un dernier écueil que l'article L. 332-1 du code de la consommation ne règle pas : la mesure de la disproportion[1]. Il est certes impensable de fixer un seuil légal à partir duquel toute disproportion serait automatiquement caractérisée. Toutefois certaines dispositions légales offrent des éléments de mesure. Parmi elles, l'article 2301, alinéa 2, du code civil qui dispose que « *le montant des dettes résultant du cautionnement ne peut avoir pour effet de priver la personne physique qui s'est portée caution d'un minimum de ressources fixé à l'article L. 331-2 du code de la consommation* »[2]. Ce « reste à vivre » auquel le code civil renvoie pourrait utilement être reproduit à l'article L. 332-1 du code de la consommation afin d'éviter que l'appréciation souveraine des juges du fond ne conduisent à des contrariétés de jugements.

3. Fautes relatives à l'obligation garantie

292. Octroi abusif de crédit[3]. L'octroi abusif de crédit consiste pour un dispensateur de crédit à consentir un prêt à un débiteur alors que celui-ci ne dispose pas des capacités financières suffisantes pour l'honorer. L'octroi de crédit est également abusif lorsque la situation du débiteur est déjà lourdement obérée[4] – ce que le créancier fait parfois sciemment, ayant connaissance de la solvabilité de la caution[5]. La situation correspond *mutatis mutandis* à l'exigence de proportionnalité du cautionnement, appliquée à l'obligation garantie. La faute est commise tant à l'égard du débiteur de premier rang qu'à celui de second rang, à ceci près, contrairement à la proportionnalité, que l'invocation de l'octroi abusif de crédit est

[1] Il pourrait encore être reproché à la disposition l'excessive radicalité de la sanction qu'il prévoit. En effet, le créancier « *ne peut pas se prévaloir* » d'un cautionnement disproportionné, ce qui revient à une déchéance : « *on se trouve en présence d'un système du tout ou rien* » (Piedelièvre, n° 196). L'allocation de dommages et intérêts qui, par compensation, aura pour effet de réduire le montant du cautionnement plutôt que de l'annuler s'avère être un remède plus mesuré. En ce sens, V. Grimaldi M. (dir.), *Avant-projet de réforme du droit des sûretés*, *op. cit*., art. 2301, p. 56. *Contra* Mignot M., n° 302.

[2] Si la disposition est compréhensible sur le fond, le fait qu'elle paraisse au titre du bénéfice de discussion est en revanche plus curieux. V. Grimaldi M. (dir.), *Avant-projet de réforme du droit des sûretés*, *op. cit*., art. 2310, p. 59.

[3] V. Legeais D., « La caution dirigeante peut-elle se prévaloir d'un dol commis par un établissement de crédit dans l'octroi d'un prêt ? », *RDBB* 1998, p. 193 ; Trav. Assoc. H. Capitant, *La responsabilité du banquier : aspects nouveaux*, t. XXXV, 1984.

[4] La solution n'est pas nouvelle, V. Com., 24 mai 1976, *Bull. civ. IV*, n° 171 ; *Defrénois* 1977, art. 31350, p. 146, obs. Aubert J.-L.

[5] Civ. 1ère, 16 mai 1995, n° 93-12.496 ; *JCP G* 1996. II. 22736, note Lucas F.-X.

contingente des caractères de la sûreté : une caution peut soulever un tel vice, ce qu'un garant autonome ne saurait faire. Aussi l'hypothèse est-elle proche du devoir de mise en garde. Le débiteur de la sûreté, comme l'emprunteur, méritent d'être informés sur les risques de l'opération, à moins que par leur expérience ils puissent procéder seuls à une telle évaluation. La distinction, en droit du cautionnement, entre cautions profanes et cautions averties oriente ainsi le contentieux, mais ces considérations ont trait à la dimension personnelle de la faute qui sera étudiée subséquemment[1].

Cette faute consiste alors pour le créancier à ne pas s'enquérir des facultés contributives de son débiteur, soit en « *un manquement au devoir de se renseigner qui conduit à la fourniture d'un crédit inadapté aux facultés de remboursement de l'emprunteur* »[2]. Par voie de conséquence, la caution éprouve à son tour un préjudice, de nature différente : elle ne souffre pas en principe d'un engagement démesuré, puisque ses capacités financières sont distinctes de celles du débiteur. Elle est cependant exposée à un risque caractérisé : celui de la contribution à la dette. En couvrant un engagement dangereux, la caution prend le risque de ne pas être remboursée. Si la dette est trop importante pour le débiteur principal eu égard à son patrimoine, il y a fort à parier qu'il ne puisse l'honorer, ni même désintéresser la caution une fois que celle-ci aura payé pour lui. L'octroi abusif de crédit est alors comparable aux autres fautes commises lors de la formation de la sûreté. Elle se caractérise pour le débiteur de la sûreté en une altération de ses chances de remboursement[3].

Dans ce cadre, la question de la nature de la responsabilité encourue par le créancier se pose à nouveau. La solution ne semble pas poser de problème, que ce soit le débiteur principal ou la caution qui invoque la faute. Dès lors que c'est à l'occasion de la constitution des contrats que la faute est commise, celle-ci est nécessairement délictuelle.

En revanche, la nature abusive du crédit doit-elle être prouvée par celui qui l'avance et la situation simplement précaire du débiteur principal ne rend pas le crédit automatiquement abusif. Il reste concevable qu'un créancier ignore la détresse économique de son débiteur ou

---

[1] V. *infra*, n° 330.

[2] Legeais D., n° 293. V. à ce sujet Ch. mixte, 29 juin 2007, *Bull. Ch. mixte* n° 8 ; *RLDA* 2007, n° 20, p. 32, note Devèze J. ; *RTD com*. 2007. 579, note Legeais D. ; *JCP E* 2007, n° 46, p. 17 ; *Dr. et patr*., oct. 2007, n° 163, p. 42, note Le Goff M. ; *RTD civ*. 2007. 779, note Jourdain P. ; *Banque et droit*, sept. 2007, n° 115, p. 31, note Bonneau Th. ; *RLDC* 2007, n° 44, p. 25, note Delebecque Ph. Il est par ailleurs assez surprenant que la décision contienne un visa à l'ancien art. 1147 c. civ., alors que la faute liée à un octroi abusif de crédit ne semble pouvoir être que délictuelle.

[3] L'octroi abusif de crédit permet d'affirmer que l'altération subie par le débiteur de la sûreté peut être de deux ordres. Soit l'altération porte sur l'étendue de ses chances de remboursement, à l'image du bénéfice de subrogation qui entraine la décharge de la caution à hauteur du droit perdu. Soit l'altération porte sur le principe même du remboursement, ce que l'octroi abusif de crédit illustre : sans ce crédit, le débiteur de la sûreté n'aurait même pas eu à rembourser une quelconque somme.

croit légitimement en la rentabilité future des activités économiques permises par le crédit[1]. Une dernière difficulté, non des moindres, concerne l'octroi abusif de crédit au débiteur. S'agit-il d'une exception inhérente à la dette ou purement personnelle au débiteur ? Malgré les faiblesses de cette distinction, elle reste applicable et la solution de principe posée par l'arrêt de chambre mixte du 8 juin 2007 jette le trouble quant à la possibilité pour la caution d'invoquer cette faute. Illustrant l'inutilité de la distinction et les difficultés d'interprétation qu'elle engendre, la jurisprudence en la matière est pour le moins bigarrée. Or si la Cour de cassation a en effet considéré qu'il s'agissait d'une exception personnelle au débiteur[2], elle a également jugé que la caution pouvait en éprouver un préjudice[3] – ce qui peut s'entendre *a contrario* comme constitutif d'une exception inhérente à la dette, même si la Cour de cassation ne la mentionne pas[4]. L'invocation par la caution d'un octroi abusif de crédit constitue ainsi un argument solide en faveur de l'abandon de la prétendue distinction entre les exceptions inhérentes à la dette et les exceptions purement personnelles au débiteur principal.

B. Les fautes commises lors de l'exécution de la sûreté

293. Dualité des types de fautes. Une fois la sûreté personnelle valablement constituée, le créancier peut se rendre coupable d'une faute contre le débiteur de l'obligation garantie (1) ou contre le débiteur de la sûreté (2).

1. Fautes commises à l'égard du débiteur de l'obligation garantie

294. Maintien et rupture abusifs de crédit. L'octroi abusif de crédit par le créancier trouve deux corollaires une fois le contrat formé : le maintien abusif de crédit ou la rupture abusive de crédit. Dans le premier cas, la faute est quasiment identique à l'octroi abusif de crédit. Le créancier aggrave sciemment la situation patrimoniale d'un débiteur déjà obérée, ce qui doit être prouvé et ne résulte ni du seul maintien ni de la précarité du débiteur.

---

[1] Sur ces différents cas de figure, V. Simler Ph., n° 472, p. 494.

[2] Com., 22 septembre 2009, n° 08-10.389 ; *RLDC* 2009, n° 65, p. 32, note Ansault J.-J. ; *JCP N* 2010, n° 2, p. 32, note Delebecque Ph. ; *RDBF* nov. 2009, n° 6, p. 56, note Legeais D. et Cerles A. ; *JCP G* 2009, chron. 492, n° 8, obs. Simler Ph. Dans le même sens : Metz, 24 mai 2007, *JurisData* n° 2007-344383 ; Douai, 13 novembre 2008, *JurisData* n° 2008-007383.

[3] Com., 30 mars 2010, n° 09-14.287, *RDBF* 2010, comm. 133, obs. Legeais D.. La solution mérite d'être approuvée en ce qu'elle est plus respectueuse de la nature du cautionnement, mais il est cependant regrettable qu'elle soit rendue au visa de l'ancien art. 1382 c. civ. La responsabilité contractuelle semblerait être un fondement plus approprié, car la caution tire un intérêt personnel, quoique médiat, à l'exécution de l'obligation principale et est liée contractuellement au créancier fautif.

[4] Il est permis d'y voir un aveu implicite de la Cour de cassation quant à l'inadéquation de la distinction.

L'appréciation souveraine des juges du fond permet de mettre en évidence la nature abusive du maintien ou de la rupture de crédit. La différence tient toutefois à la nature de la faute : contrairement à l'octroi abusif, le maintien abusif de crédit concerne deux contractants. Il y a donc engagement d'une responsabilité immanquablement contractuelle du créancier vis-à-vis du débiteur. Quant à la caution, il semblerait qu'elle puisse agir contre le créancier sur le même fondement[1]. Lorsque le créancier prolonge artificiellement le crédit du débiteur principal, il fragilise dans le même temps la situation de la caution. Celle-ci aurait pu être libérée plus précocement sans la faute du créancier, laquelle a donc une répercussion inévitable sur l'engagement de la caution. La faute contre le débiteur est en même temps un manquement du créancier au rapport d'obligation qui le lie à la caution, puisqu'il aggrave fautivement son sort. Elle a été analysée en doctrine comme faisant « *perdre à la caution une chance de ne pas être inquiétée* »[2]. La notion de perte de chance est éclairante : sans ce maintien abusif, la caution aurait pu être libérée sans encourir le risque d'un paiement pour autrui. Plus précisément, la chance perdue concerne le remboursement de la caution. En effet, s'il est prouvé que le créancier connaissait la situation compromise de son débiteur tout en sachant que le maintien de crédit aggraverait plus encore sa situation, il néglige l'absence de contribution à la dette de la caution, car elle sera probablement amenée à payer et plus probablement encore à ne jamais être remboursée, faute de solvabilité du débiteur principal. La dimension matérielle de la faute est particulièrement accusée lorsque le créancier maintient le crédit en ayant seulement égard à la solvabilité de la caution[3]. Par son comportement, le créancier fait fi de l'essence de l'engagement de la caution et cherche à être payé sans savoir si celle-ci pourra être désintéressée.

La rupture abusive de crédit participe du même raisonnement, qu'il convient de reproduire à l'identique. Une telle rupture par le créancier, si elle conduit le débiteur à la défaillance, peut être abusive si elle intervient à contretemps ou sans motif valable. Comme pour le soutien ou le maintien abusif de crédit, il n'y a pas d'automatisme : encore faut-il établir les circonstances fautives de la rupture. Un créancier peut avoir des raisons fondées de rompre le crédit, ce qui ne le rend pas fautif de ce seul fait[4]. S'il est en revanche établi que la rupture n'avait pas lieu d'être, l'abus est caractérisé à l'endroit de chacun de ses débiteurs. Le

[1] Le seul cas de la caution sera abordé, car l'autonomie de la garantie à première demande empêche au garant d'invoquer une quelconque exception, qu'elle soit inhérente à la dette ou personnelle au débiteur. La souscription d'une lettre de confort ne donne pas lieu non plus à l'invocation d'exception par le confortant.
[2] Simler Ph., n° 471.
[3] Civ. 1ère, 16 mai 1995, *préc.* ; Civ. 1ère, 1er décembre 1998, *préc.* ; Paris, 27 mai 2001, *JurisData* n° 2001-150745.
[4] Com., 19 octobre 1999, n° 96-20.693 ; *Dr. et patr.* avril 2000, n° 81, p. 110, note Chauvel P.

débiteur principal voit sa situation patrimoniale aggravée par le comportement inapproprié du créancier. La caution est par conséquent précarisée, car elle peut être amenée à payer pour un débiteur qui risque fortement de ne pas être en mesure de la rembourser. C'est alors, à nouveau, l'altération des chances de remboursement du débiteur de la sûreté qui constitue la dimension matérielle de la faute du créancier[1].

2. Fautes commises à l'égard du débiteur de la sûreté

295. Trinité des types de faute. Lorsqu'elles concernent directement le débiteur de la sûreté, la faute du créancier se présente sous trois formes. Elle peut être relative à l'information due par le créancier (a), aux recours du débiteur de la sûreté (b) ou encore à la réalisation de la sûreté (c).

a. Fautes relatives à l'information du débiteur de la sûreté

296. Place croissante de l'obligation d'information pesant sur le créancier. L'information précontractuelle fait l'objet, ces dernières années, d'un développement inédit auquel le droit des sûretés n'échappe pas. L'inflation des obligations contractuelles d'information est plus significative encore[2] : plusieurs droits spéciaux, le droit de la consommation en tête, ont eu pour effet l'alourdissement de la charge du créancier par la multiplication de ce type d'information. Le cautionnement est le lieu privilégié de ces diverses informations qu'il convient de présenter. Ces informations peuvent être ponctuelles (i) ou conjoncturelles (ii).

i. Informations ponctuelles

297. Historique des diverses informations ponctuelles. Les informations qualifiées de ponctuelles sont relatives aux situations du débiteur principal et de la caution

[1] Pour des illustrations de rupture abusive de crédit, V. Com., 22 avril 1980, *Bull. civ. IV*, n° 163 ; *D*. 1981. 22, obs. Vasseur M. ; *RTD com*. 1981. 121, obs. Cabrillac M. et Rives-Lange J.-L. ; Com., 31 mars 1992, *Bull. civ. IV*, n° 145 ; Com., 17 novembre 1998, n° 96-13.748.

[2] Crocq P., « Les développements récents de l'obligation d'information de la caution », *Mél. M. Cabrillac*, Dalloz-Litec, 1999, p. 349 ; Gourio A., Legeais D., « Les devoirs du banquier envers son client et les cautions (Colloque Paris 16 novembre 2011) », *RDC* 2012, p. 1053 ; Martin, « L'information de la caution », *Mél. De Juglart*, 1986, p. 155 ; Picod Y., « L'évolution de l'obligation d'information de la caution pendant l'exécution du contrat », *Mél. Simler*, Litec-Dalloz, 2006, p. 395.

indépendamment de tout évènement accidentel[1]. Elles sont à échéance régulière et de nature objective : elles ne visent pas à dénoncer un incident ou informer la caution d'un quelconque changement dans ses rapports avec le créancier mais seulement à rappeler à la caution le principe et les modalités de son engagement.

La première consécration légale[2] de cette information objective date de la loi du 1er mars 1984 instituant l'article L. 313-22 du code monétaire et financier[3]. Malgré la largesse de son champ d'application, la disposition a inspiré la loi du 11 février 1994 relative à l'initiative et à l'entreprise individuelle. Sont désormais concernées les cautions personnes physiques garantissant la dette professionnelle d'un entrepreneur individuel[4]. C'est ensuite par une loi votée en 1998 que la règle a connu un élargissement plus notable[5]. L'article 2016 du code civil, devenu l'article 2293, a été complété par un second alinéa afin que l'information soit délivrée à toute personne physique, mais pour un type de cautionnement seulement[6]. C'est enfin la loi « Dutreil » du 1er aout 2003 qui clôt cette évolution légale en consacrant l'article L. 341-6 du code de la consommation[7]. L'information concerne alors toute caution personne physique engagée envers un créancier professionnel.

Cette législation construite par sédimentation génère une impression de désordre. Le chevauchement des diverses informations, jamais identiques, rend obsolètes celles dont le champ d'application est plus restreint. Il serait souhaitable que le législateur généralise et

---

[1] V. not. Pardoël D., « Les obligations d'information de la caution portant sur l'évolution de la dette principale », *LPA*, 3 juill. 2001, n° 131, p. 13 s.

[2] A l'image de nombreux autres mécanismes, les prémisses de cette obligation d'information avaient déjà été posées par la jurisprudence, afin d'éviter que l'unilatéralisme du cautionnement ne préjudicie par trop à celui qui l'avait assumé. Sur cette évolution jurisprudentielle, V. Simler Ph., n° 427 s.

[3] « *Les établissements de crédit ou les sociétés de financement ayant accordé un concours financier à une entreprise, sous la condition du cautionnement par une personne physique ou une personne morale, sont tenus au plus tard avant le 31 mars de chaque année de faire connaître à la caution le montant du principal et des intérêts, commissions, frais et accessoires restant à courir au 31 décembre de l'année précédente au titre de l'obligation bénéficiant de la caution, ainsi que le terme de cet engagement. Si l'engagement est à durée indéterminée, ils rappellent la faculté de révocation à tout moment et les conditions dans lesquelles celle-ci est exercée* […] ».

[4] Aux termes de l'al. 1er de l'art. 47 de la loi : « *En cas de cautionnement à durée indéterminée consenti par une personne physique pour garantir une dette professionnelle d'un entrepreneur individuel, le créancier doit respecter les dispositions prévues à l'article 48 de la loi n° 84-148 du 1er mars 1984 relative à la prévention et au règlement amiable des difficultés des entreprises* ».

[5] Loi n° 98-657 du 29 juillet 1998 d'orientation relative à la lutte contre les exclusions.

[6] « *Lorsque ce cautionnement est contracté par une personne physique, celle-ci est informée par le créancier de l'évolution du montant de la créance garantie et de ces accessoires au moins annuellement à la date convenue entre les parties ou, à défaut, à la date anniversaire du contrat, sous peine de déchéance de tous les accessoires de la dette, frais et pénalités* ». L'adjectif démonstratif « *ce* » renvoie au cautionnement indéfini d'une obligation principale : l'élargissement opéré par la loi de 1998 est en trompe l'œil. Il concerne certes toute caution personne physique, mais pas tous les types de cautionnements. Sur la pertinence de la démarche, V. Simler Ph., n° 445.

[7] Devenu l'art. L. 333-2 suite à l'ordonnance n° 2016-301 du 14 mars 2016 relative à la partie législative du code de la consommation.

concentre en un seul texte cette obligation objective[1]. Malgré ces faiblesses légales, l'évolution de l'information due par le créancier témoigne clairement des charges grandissantes qui sont les siennes et, par contrecoup, des fautes qu'il est susceptible de commettre. La présentation des informations conjoncturelles s'avère alors nécessaire pour que l'analyse de la faute du créancier en ce domaine soit complète.

ii. Informations conjoncturelles

298. Historique des diverses informations conjoncturelles. Il faut entendre, par informations conjoncturelles, celles qui portent sur le déroulement accidentel de l'obligation garantie ce qui revient, concrètement, au premier incident de paiement du débiteur garanti. Ainsi, la loi du 31 décembre 1989 dispose que toute caution personne physique d'une opération de crédit à la consommation ou de crédit immobilier doit être « *informée par le créancier professionnel de la défaillance du débiteur principal dès le premier incident de paiement non régularisé dans le mois de l'exigibilité de ce paiement* »[2]. Puis, la loi déjà mentionnée du 11 février 1994 reprend cette exigence d'information pour l'appliquer aux cautionnements souscrits par des personnes physiques « *pour garantir une dette professionnelle d'un entrepreneur individuel ou d'une entreprise constituée sous forme de société* », sans distinction quant à la qualité du créancier. Cette distinction servira en revanche à fonder la dernière consécration de l'obligation d'information conjoncturelle du créancier dans le code de la consommation, par le jeu de la loi du 29 juillet 1998 relative à la lutte contre les exclusions[3]. Par cette loi, seuls les créanciers professionnels assument une telle charge à l'endroit des cautions personnes physiques, indépendamment de la nature du contrat principal.

Une dernière information spécifique a été consacrée par le législateur. Dans un bail d'habitation, si le locataire ne paye pas, « *le commandement de payer est signifié à la caution dans un délai de quinze jours à compter de sa signification au locataire* »[4]. La marginalité du champ d'application de la disposition et sa proximité fonctionnelle avec celle préalablement étudiée justifient qu'elle ne soit pas traitée davantage.

---

[1] V. ainsi Grimaldi M. (dir.) *Avant-projet de réforme du droit des sûretés, op. cit*., art. 2303, p. 57.

[2] Le texte, initialement prévu par la loi n° 89-1010 du 31 décembre 1989 relative à la prévention et au règlement des difficultés liées au surendettement des particuliers et des familles, a ensuite été codifié à l'art. L. 313-9 c. conso. Suite à l'ordonnance précitée (V. note précédente), il a été renuméroté pour devenir l'actuel art. L. 333-1.

[3] Codifiée à l'art. L. 341-1 c. conso., puis déplacée à l'article L. 333-1.

[4] Art. 24 de la loi n° 89-462 du 6 juillet 1989 tendant à améliorer les rapports locatifs.

299. Analyse liminaire des obligations d'information à la charge du créancier. L'information du créancier au profit, en l'occurrence, de la caution est l'un des éléments fondamentaux qui a suscité un doute quant à la nature, unilatérale ou synallagmatique, du cautionnement[1]. La prolifération des diverses informations, la déchéance frappant le créancier, le contentieux pléthorique que ces nouvelles prérogatives ont généré sont notamment à l'origine de ce questionnement. Ces « obligations », qu'il serait plus exact de qualifier de devoirs ou d'incombances[2], figurent parmi les composantes du rapport d'obligation auquel le créancier est astreint et dont le manquement est constitutif d'une faute contractuelle. Précisément, il est possible de livrer une première analyse de ce manquement. Que l'information soit ponctuelle ou conjoncturelle, la dimension matérielle de la faute du créancier est composée par le risque accru qu'il fait peser sur la caution. En ne l'informant pas, il ne lui permet pas d'agir en temps utile. Ce faisant, il lui fait encourir un risque accentué de paiement, autrement dit il lui fait perdre une chance de ne pas être appelé. Plus fondamentalement encore, le défaut d'information est une cause supplémentaire de mutation de l'obligation à la dette en une contribution à la dette : la contrariété à l'engagement du débiteur de la sûreté se matérialise en ce risque. Si une caution est informée en temps utile du défaut de paiement du débiteur principal, elle pourra prendre les mesures nécessaires afin d'éviter de payer ou, en fonction, afin d'avoir une chance, sinon la certitude, d'être remboursée. À l'inverse, si un créancier néglige d'informer la caution des multiples défauts de paiement du débiteur principal et que celui-ci se retrouve définitivement insolvable au point de ne plus pouvoir désintéresser intégralement ses créanciers, la caution *solvens* aura alors la lourde tâche d'assumer définitivement un paiement pour autrui.

Il faut toutefois admettre que le lien entre le manquement du créancier à son devoir d'information ponctuelle et la contribution à la dette de la caution qui en résulte n'est pas évident, pour ne pas dire obscur. Or, l'information ponctuelle est en substance le préalable de l'information conjoncturelle. Si l'information relative au montant des encours fait par exemple ressortir l'octroi de délais supplémentaires au profit du débiteur principal, elle permet à la caution d'anticiper son éventuelle défaillance[3]. Les deux informations ont alors pour but de perpétuer, pendant l'exécution du cautionnement, le consentement éclairé de la caution lors de la formation et d'éviter qu'elle ne soit amenée à payer par – mauvaise –

[1] V. Séjean M., *th. préc.*
[2] *Ibid*., spéc. n° 273 s. et n° 324 s. ; Freleteau B., *th. préc.*, n° 159.
[3] D'autres exemples illustrent l'utilité de l'information délivrée et la possibilité pour la caution d'anticiper une évolution peu désirable de la sûreté : la perte de son emploi par le débiteur, la cessation de ses fonctions sociales…

surprise. Cette fonction est certes plus évidente lorsqu'un incident de paiement survient, mais cela ne revient pas à dire que les deux informations sont de natures différentes. Il n'y a entre elles qu'une différence de degré, expliquée par la différence de gravité de chaque situation. Dès lors, la dimension matérielle de la faute du créancier est commune aux deux types d'informations. Elle consiste en une aggravation de l'engagement du débiteur de la sûreté par altération de ses chances de remboursement[1].

b. Fautes relatives aux recours du débiteur de la sûreté

300. Les recours postérieurs au paiement, conséquence de l'engagement du débiteur d'une sûreté personnelle[2]. Le paiement effectué par le débiteur d'une sûreté personnelle a vocation à être temporaire. Ce débiteur, devenu créancier *solvens* à l'égard de celui pour qui il a payé, entend être remboursé : les recours qui lui sont reconnus assurent cette fonction. Puisqu'il ne retire aucun intérêt patrimonial de son engagement, il doit pouvoir recouvrer ce dont il s'est acquitté pour autrui. La question est clairement résolue par la loi pour ce qui concerne le cautionnement La caution dispose en effet d'un recours personnel et d'un recours subrogatoire[3]. Pour les autres sûretés, la loi reste silencieuse. La jurisprudence et une partie de la doctrine ont cependant reconnu l'existence de ces deux recours dans la garantie autonome. Le recours personnel semble évident : peu importe l'autonomie de la garantie et la nature du contrat liant le garant au donneur d'ordre, le premier effectue un paiement libératoire au profit du second. S'il était permis d'en douter, l'existence par ailleurs fréquentes de contre-garanties permet de clore le débat. Pourquoi un garant ferait-il souscrire de tels engagements, si ce n'est pour accroître ses chances d'être remboursé ? Plus épineuse est la question du recours subrogatoire[4]. L'autonomie de la garantie indépendante se heurte en apparence à la reconnaissance de ce recours, puisque le garant paye une autre dette que le

[1] V. à propos de cette aggravation Gilissen J., *Esquisse d'une histoire universelle des sûretés personnelles. Essai de synthèse générale*, *op. cit.*, p. 117. L'auteur évoque le « *right of exoneration* » apparu au XVII[ème] siècle en droit anglo-saxon, qui permettait au débiteur d'une sûreté personnelle de contraindre le débiteur garanti à l'exécution de son obligation en cas de négligence du bénéficiaire, afin d'éviter une aggravation consécutive de son engagement.

[2] Ne seront pas traités les recours avant paiement reconnus à la caution, parce qu'ils ne supposent aucune faute : ils ont au contraire une fonction préventive. Aussi, leur marginalité et l'interprétation stricte du texte que la formulation laisse deviner (confirmée par Civ., 19 novembre 1872 ; *S.* 1873, 1, p. 193, note De Loynes P. ; *DP* 1873, 1, p. 38) justifie que leur étude ne soit pas faite. Sur les recours des garants en général, V. Mégret G., *Les recours du garant : contribution à l'étude du cautionnement et de la garantie autonome en droit interne*, thèse, PUAM, 2011.

[3] Contenus respectivement aux art. 2305 et 2306 c. civ.

[4] En faveur de son extension à la garantie autonome et à la lettre d'intention, V. Barthez A.-S., Houtcieff D., n° 1375 s. et n° 1468 ; François J., n° 428.

donneur d'ordre : il ne semble alors pas pouvoir bénéficier des droits préférentiels que le créancier avait sur celui-ci. La Cour de cassation n'est pas de cet avis et retient de manière constante « *qu'il résulte de l'article 1251-3° du Code civil que celui qui s'acquitte d'une dette qui lui est personnelle peut néanmoins prétendre bénéficier de la subrogation s'il a, par son payement, libéré envers leur créancier commun celui sur qui doit peser la charge définitive de la dette*[1] »[2]. Le raisonnement s'applique ainsi parfaitement à la garantie autonome : le garant *solvens* peut agir sur les deux fondements, car il paye pour autrui un créancier commun sans avoir à en éprouver la charge définitive[3].

301. Le recours personnel, remède aux fautes subies par le débiteur de la sûreté. Lorsque le débiteur d'une sûreté personnelle éprouve un préjudice anormal du fait de son engagement, son recours personnel lui permettra de compenser les pertes subies. À l'évidence, l'exercice de ce recours n'est pas conditionné à la commission d'une faute par le débiteur de l'obligation garantie. Il joue de plein droit, dès que le garant paye valablement. Si d'aventure ce garant est obligé de payer plus que la somme initialement convenue, lorsqu'il éprouve par exemple des frais personnels pour procéder à ce paiement, la nature de son engagement l'autorisera à revendiquer un retour au *statu quo ante* en recouvrant les sommes qu'il a ainsi dépensées. Dès lors, cette hypothèse n'étant pas un exemple de faute du créancier mais une occasion marginale de faute du débiteur de l'obligation garantie, son étude n'intéressera guère. Il convient simplement de préciser que les conditions habituelles de la

[1] Le propos de la première chambre civile est fondamental : le propre d'une sûreté personnelle est d'être assumée par un tiers à un débiteur initial. Ce tiers ne doit, autant que possible, éprouver aucune perte. L'expression « *celui sur qui doit peser la charge définitive de la dette* » renvoie ainsi clairement à l'essence des sûretés personnelles et permettra d'asseoir fermement l'argument selon lequel cette charge est le critère par le biais duquel doit être évalué le comportement du créancier. Sa faute devra avoir pour conséquence de faire peser sur le débiteur de la sûreté la charge de la dette, ne serait-ce que sur le principe.

[2] Civ. 1ère, 23 février 1988, *Bull. civ.* I, n° 50 ; *D*. 1988. IR 69 ; Civ. 1ère, 7 février 1989, *Bull. civ.* I, n° 72 ; Com., 9 mai 1990, *Bull. civ.* IV, n° 146 ; *D*. 1990. IR 161 ; Civ. 1ère, 15 mai 1990, *Bull. civ.* I, n° 106 ; *D*. 1991. 538, note Virassamy G. ; *JCP G* 1991. II. 21628, note Petit F. ; *RTD civ*. 1990. 662, obs. Mestre J., ou encore Civ. 1ère, 17 février 1998, *Bull. civ. I*, n° 68 ; *D*. 1998. 230, obs. Groutel H. Dans une autre décision, la haute juridiction ajoutait que ce recours existe lorsque « *la cause dont procède le paiement implique, pour le débiteur, l'obligation de lui rembourser les sommes ainsi versées* » (Civ. 1ère, 2 juin 1992, *Bull. civ. I*, n° 167 ; *D*. 1992. 407, obs. Delebecque Ph. ; *RTD civ*. 1993. 130, obs. Mestre J.). Le raisonnement explicitement causaliste semble aujourd'hui condamné par la réforme du droit des obligations : si le terme ne peut plus fonder la solution, ses effets persistent. La dimension causaliste du phénomène contractuel ne peut être définitivement écartée : la force du raisonnement ici présenté en est un exemple.

[3] L'ancien art. 1251, 3° c. civ. évoquait bien une personne qui est « *tenue avec d'autres ou pour d'autres au paiement de la dette* ». D'aucuns critiqueront le raisonnement en ce qu'il méconnait l'autonomie de la garantie : or le raisonnement ingénieux de la Cour est parfaitement fondé, puisqu'il se détache à bon escient d'une conception exagérément dogmatique de l'autonomie de la garantie. L'idée que le garant paye une dette différente a certes des vertus éclairantes, voire pédagogiques : il n'en reste pas moins que si le garant paye, c'est pour que le créancier obtienne satisfaction, faute au donneur d'ordre de pouvoir, ou d'avoir pu, le faire. En ce sens, V. not. Simler Ph., Delebecque Ph., n° 316 s.

responsabilité contractuelle doivent être réunies pour prétendre aux remboursements des sommes autres que celle garantie. Si le préjudice avéré trouve sa cause dans la faute du débiteur, le remboursement pourra être exigé[1].

L'exemple, bien qu'il ne soit pas approprié dans le cadre de l'étude de la faute du créancier, permet cependant de renforcer l'idée selon laquelle le critère catégoriel des sûretés personnelles est à trouver dans l'absence de contribution à la dette du débiteur de la sûreté. Celui-ci ne doit pas éprouver indéfiniment le paiement qu'il a fait pour autrui. Sur ce point, la faute du débiteur principal est comparable dans ses effets à celles du créancier, puisqu'elle peut avoir pour conséquence de faire supporter au débiteur de la sûreté le poids définitif d'une dette qui n'est pas la sienne. Enfin, l'argument de l'absence de contribution à la dette relevant de l'essence de l'engagement en qualité de débiteur d'une sûreté personnelle se vérifie également, au sujet des différents recours. Les deux différents débiteurs n'ont pas à convenir entre eux de recours postérieurs au paiement : ces recours sont consubstantiels à l'engagement du garant[2].

302. La faute relative au recours subrogatoire : le bénéfice de subrogation. Tout comportement fautif compromettant l'effectivité du recours subrogatoire de la caution ne peut trouver son origine que dans la personne du créancier. L'article 2306 du code civil énonce que « *la caution qui a payé la dette est subrogée à tous les droits qu'avait le créancier contre le débiteur* ». Son corollaire, l'article 2314 du même code, dispose quant à lui du bénéfice de subrogation : « *la caution est déchargée, lorsque la subrogation aux droits, hypothèques et privilèges du créancier, ne peut plus, par le fait de ce créancier, s'opérer en faveur de la caution. Toute clause contraire est réputée non écrite* ». Le bénéfice de subrogation ne peut ainsi être mis en œuvre qu'à la condition d'un comportement fautif du créancier qui compromet l'efficacité du recours subrogatoire de la caution en lui causant un préjudice par la

[1] Les exemples ne sont pas légion mais la jurisprudence a eu l'occasion de traiter quelques cas comme celui d'une caution qui reproche au débiteur de ne pas avoir mis en œuvre une sûreté réelle qu'il a pourtant promise au créancier (Paris, 3 juillet 1956 ; *D*. 1957, somm. p. 105 ; *Gaz. Pal*. 1957, I, p. 92). Dans un autre cas, ce sont les « *procédures dilatoires caractérisant le comportement des* [débiteurs principaux] » qui « *avaient entrainé pour les cautions "des débours, des soucis, des tracas et des frais irrépétibles"* » (Civ. 1ère, 18 décembre 1978, *Bull. civ*. I, n° 391).

[2] Civ. 1ère, 3 juillet 2013, n° 11-24.805. L'arrêt n'est pas publié, mais la sobriété du raisonnement contenu à l'attendu décisoire est évocatrice : « *les sommes litigieuses avaient été acquittées en exécution d'un engagement de caution souscrit par M. X...* […] *de sorte que ce dernier disposait* […] *des recours personnel et subrogatoire* ». Le débiteur invoquait dans cette espèce l'absence de clause, que ce soit dans le cautionnement ou le contrat principal, lui imposant de rembourser la caution si elle venait à payer à sa place.

perte d'un droit préférentiel entré dans les prévisions de la caution[1]. Aussi présente-t-il une particularité procédurale. Il ne peut être soulevé qu'à titre d'exception par la caution et ne saurait lui servir de fondement à l'introduction d'une instance[2].

303. Le rattachement du bénéfice de subrogation au domaine de la responsabilité contractuelle. Le mécanisme du bénéfice de subrogation s'accorde parfaitement avec l'analyse dualiste moderne de l'obligation. Les droits préférentiels du créancier ont vocation à profiter à la caution *solvens* par le jeu de la subrogation, si bien que leur efficience est tributaire du comportement du créancier. La charge pesant sur le créancier consistant à maintenir la valeur de ces droits préférentiels est à trouver dans le rapport d'obligation, siège des contraintes comportementales.

Cette explication théorique du bénéfice de subrogation n'a cependant rien de véritablement inédit. Au vu de l'acception retenue de la responsabilité contractuelle, laquelle procède exclusivement d'un manquement au rapport d'obligation, le bénéfice de subrogation s'avère en être une illustration. En retenant une approche extensive de cette responsabilité, le fondement du bénéfice de subrogation s'accorde avec la thèse d'une majeure partie de la doctrine. Plus encore, elle complète les failles de ses explications fondées sur une vision étroite de la responsabilité contractuelle.

Une première faille résulte du caractère unilatéral du cautionnement. L'engagement du créancier, même tacite, de conserver les droits préférentiels au profit de la caution, conférerait à la sureté un caractère synallagmatique. C'est oublier l'absence totale d'interdépendance. La caution ne s'engage pas au vu de ces droits préférentiels, ni dans le seul but d'être subrogée au créancier en cas de paiement, mais seulement pour conforter le débiteur[3]. Il n'y a pas d'équivalence directe entre la prestation de la caution et la charge du créancier :

---

[1] Le mécanisme du bénéfice de subrogation a fait l'objet de nombreuses décisions prétoriennes et commentaires doctrinaux. V. les références citées *supra*, n° 139.

[2] La règle se comprend aisément à la lueur de la virtualité du paiement de la caution. L'engagement est ferme, mais son exécution est conditionnée à la défaillance du débiteur : quel intérêt une caution aurait-elle à reprocher sa faute à un créancier qui a obtenu satisfaction du débiteur principal ? Elle ne peut prétendre être subrogée pour un paiement qu'elle n'a pas effectué. Le bénéfice de subrogation est bien un moyen de défense : il faut que la caution soit assignée en paiement pour qu'elle en fasse grief au créancier.

[3] L'argument suffit à lui seul pour évincer les explications doctrinales du mécanisme fondées sur la cause ou la condition : la raison d'être de l'engagement de la caution n'est pas l'obtention conditionnelle de tels droits préférentiels. Le raisonnement de la haute juridiction, selon qui « *la contemplation des sûretés promises peut être regardée comme la cause impulsive et déterminante et déterminante de l'engagement de la caution* » paraît alors bien peu représentatif de la réalité des faits. V. not. Req., 5 décembre 1843 ; *DP* 1844, 1, p. 58 ; *S.* 1844, 1, p. 71. Sauf erreur, aucune décision récente ne reproduit le raisonnement.

l'unilatéralisme est alors préservé[1].

Une seconde faille réside dans un arrêt de la Cour de cassation qui condamne une cour d'appel pour avoir refusé l'exercice du bénéfice à deux cautions. Celles-ci avaient obtenu, en leur qualité d'associées d'une société civile immobilière débitrice, compensation du préjudice éprouvé par la faute du créancier. Agissant sur le fondement de l'article 2314 du code civil, elles espéraient obtenir une décision similaire en leur qualité de cautions. Les juges d'appel refusèrent la demande, ce que la haute juridiction censura. Du fait de l'absence d'identité de cause, l'autorité de la chose jugée quant à la responsabilité du créancier ne préjuge pas de la recevabilité de la demande fondée sur l'article 2314 du code civil. La solution serait un désaveu du rattachement de cet article au domaine de la responsabilité contractuelle[2]. Cependant la haute juridiction elle-même n'est pas constante et avait déjà jugé que le bénéfice de subrogation était un cas de responsabilité délictuelle[3]. L'isolement de cette solution dans d'une jurisprudence fluctuante est révélateur de sa fragilité. Aussi le visa de la décision à l'ancien article 1351 du code civil ne semble pas justifié puisqu'il traite de l'autorité de la chose jugée et renvoie notamment à la qualité des parties comme condition de cette autorité. Dans l'espèce présentée, les parties agissaient en qualité associés d'une société puis en qualité de cautions des engagements de cette société. Comment comprendre alors que l'autorité de la chose jugée ait pu jouer en la matière ? L'arrêt litigieux ne permet pas de condamner définitivement le lien entre bénéfice de subrogation et responsabilité contractuelle[4].

Un dernier écueil doit être évincé. Il s'agit de l'exigence prétorienne d'une faute exclusive du créancier. Les tribunaux ont érigé comme condition du bénéfice de subrogation l'exclusivité de la faute du créancier[5]. Si une autre personne a contribué à la perte du droit préférentiel, la caution serait alors irrecevable à invoquer le bénéfice. D'aucuns ont alors perçu cette exigence comme une cloison étanche séparant le bénéfice de subrogation de la responsabilité contractuelle. L'argument ne semble pas décisif, en premier lieu car la jurisprudence elle-même y avait vu un cas de responsabilité contractuelle, confortée en ce sens par une partie de la doctrine[6]. D'autre part, il n'est pas impensable que le critère de l'exclusivité soit un choix

---

[1] Au surplus, il est inconcevable que le devoir de conserver les droits préférentiels puisse faire l'objet d'une exécution forcée.

[2] L'association est par ailleurs condamnée par une partie de la doctrine. V. not. Barthez A.-S., Houtcieff D., n° 1129 s.

[3] V. not. Civ., 19 janvier 1863 ; *S.* 1863, 1, p. 187 ; *DP* 1863, 1, p. 86.

[4] *Contra* Simler Ph., n° 835, prenant comme exemple Civ. 1ère, 9 novembre 2004, n° 02-14.315.

[5] Com., 12 novembre 1991, *Bull. civ.* IV, n° 340 ; *JCP G* 1992. IV. n° 159 ; *RJDA* 1992, n° 77.

[6] Req., 18 mars 1901 ; *S.* 1903, 1, p. 137, note Wahl A. ; Com., 26 juin 1978, *Bull. civ.* IV, n° 178 ; *D.* 1979. 142, obs. Vasseur M. ; *RTD com.* 1979. 300, obs. Cabrillac M. et Rives-Lange J.-L. Les exemples sont limités, mais ils ont le mérite de mettre en évidence que le cloisonnement entre l'art. 2314 c. civ. et la responsabilité contractuelle n'est pas aussi étanche qu'on le présente. V. également Bétant-Robet S., « La décharge de la

d'opportunité permettant une simplification du contentieux. De fait, le calcul d'un partage de responsabilité peut s'avérer particulièrement malaisé, si bien que l'exclusivité s'offre comme un gage de simplicité, permettant d'évacuer définitivement la difficulté[1]. Au vu des enjeux, il serait toutefois de bon ton de revenir à la règle du partage et de résoudre les litiges en cette matière à l'aune d'une juste mesure. En somme, il conviendrait d'éviter que la collusion du créancier et d'un tiers ne serve au premier pour conserver coûte que coûte sa garantie. Aussi, un tel retour assurerait un regain d'homogénéité à la responsabilité contractuelle, plutôt que de la reléguer à un rôle subsidiaire qu'elle ne devrait pas avoir[2].

304. La dimension matérielle de la faute du créancier entraînant le bénéfice de subrogation : l'altération des chances de remboursement de la caution *solvens*. Dans le régime des obligations conjointes, solidaires ou *in solidum*, il est classiquement enseigné que l'obligation à la dette « *est relative aux relations entre le créancier et les codébiteurs* » et que la contribution à la dette « *est relative aux relations entre les codébiteurs entre eux* »[3]. En d'autres termes, la distinction permet de déterminer, respectivement, qui doit procéder effectivement au paiement de l'obligation et qui doit supporter définitivement la perte pécuniaire qui en résulte. Suivant cette distinction, appliquée au cautionnement, il ne fait aucun doute que l'obligation à la dette est partagée par le débiteur et la caution et que la contribution à la dette ne doit concerner que le premier, puisqu'il est le seul à tirer profit de l'exécution du contrat principal. Comme pour les fautes du créancier déjà étudiées, celle qui entraîne le bénéfice de subrogation se caractérise matériellement par une mutation sinon effective, au moins potentielle, de l'obligation à la dette en une contribution à la dette de la caution. En effet, le recours subrogatoire est une prérogative qui a pour effet d'augmenter les chances de remboursement de la caution *solvens*. Elle ne peut prétendre à un remboursement supérieur à ce qu'elle a effectivement payé au titre de son obligation, ce que seul le recours

---

caution par application de l'article 2037 du code civil », *RTD civ*. 1974. 309, spéc. n° 79 et 80 ; Mouly Ch., *th. préc.*, n° 406.

[1] En prolongeant cet argument, la règle prétorienne peut être perçue comme une faveur faite aux créanciers. Elle limite les cas de décharge et tempère la rigueur d'une disposition que les créanciers condamnent. La position de la haute juridiction sonne comme un écho favorable à leurs revendications.

[2] Com., 3 juillet 2007, n° 06-13.959. La Cour de cassation approuve la condition d'exclusivité de la faute, mais désapprouve les juges du fond de ne pas avoir recherché l'existence d'un manquement du créancier « *à son obligation de "conseil et de loyauté"* ». Il est possible d'imaginer que la cour d'appel de renvoi constate une telle faute et qu'elle condamne le créancier à des dommages et intérêts, lesquels diminueront par compensation la dette de la caution. Si tel est le cas, quel intérêt y a-t-il à sortir le bénéfice de subrogation du giron de la responsabilité contractuelle ? Seuls deux écueils transparaissent. Le bénéfice de subrogation reste un élément perturbateur des concepts classiques du droit civil et la responsabilité contractuelle est artificiellement pourvue d'une fonction subsidiaire, là où elle devrait au contraire servir de fondement à la solution.

[3] Mignot M., « Obligations conjointes et solidaires. Obligations *in solidum* », *Jcl. civ.*, art. 1197 à 1216, fasc. 30, LexisNexis, juin 2016, n° 43 s.

personnel lui assure. Elle peut en revanche le faire au moyen des droits préférentiels dont le créancier dispose et dont elle est investie par le jeu de la subrogation. Par conséquent, si le créancier méconnait ces droits, il diminue d'autant les chances de remboursement de la caution. Par contrecoup et sans que l'insolvabilité du débiteur principal n'ait à être avérée, le créancier augmente le risque pour la caution de ne pas être désintéressée. Matériellement, la faute du créancier consistant à compromettre le recours subrogatoire de la caution est ainsi, dans le même temps, une méconnaissance de la nature de son engagement. La caution, voyant ses chances de remboursement altérées, pourra être amenée à supporter au moins partiellement une dette qui n'a profité qu'au débiteur principal.

La sanction du bénéfice de subrogation, enfin, permet de confirmer cette dimension matérielle de la faute du créancier. La caution est déchargée de son engagement, à concurrence de la valeur des droits perdus. Cette décharge est un moyen offert à la caution de ne pas contribuer à la dette pour ce qui concerne la valeur du droit préférentiel perdu. Si la caution doit contribuer à la dette ce doit donc être exclusivement « par la force des choses » et non par le fait du créancier : la décharge épargne ainsi la caution d'un risque aggravé de contribution définitive à la dette.

305. Application du bénéfice de subrogation au-delà du cautionnement. L'article 2314 du code civil prévoit le bénéfice de subrogation pour le seul cautionnement : la question s'est naturellement posée de savoir s'il pouvait être étendu aux autres sûretés personnelles. Au sujet de la garantie autonome, la jurisprudence semble constante : le bénéfice de subrogation ne joue pas[1]. Aucune disposition n'est d'ailleurs prévue en ce sens, depuis que la sûreté a connu une consécration légale. L'autonomie de la garantie par rapport au contrat de base justifierait en dernier lieu que le bénéfice ne soit pas invocable. Il subsiste pourtant un écueil dans le régime de la garantie autonome relative à ce sujet. La jurisprudence reconnait l'existence d'un recours subrogatoire au profit du garant *solvens*[2], en même temps qu'elle condamne le bénéfice de subrogation. La contradiction est flagrante et témoigne des difficultés d'appréhension et de définition du régime de la garantie. Si l'autonomie de la sûreté ne s'oppose pas à ce que le garant *solvens* puisse jouir des droits préférentiels du créancier qu'il a subrogé, pour quelle raison le droit positif ne consacre-t-il pas l'invocabilité du bénéfice de subrogation ? Il n'existe aucune raison qui, techniquement, empêcherait une

[1] Paris, 6 décembre 1984, *JurisData* n° 1984-026201 ; Paris, 1er juillet 1986, *JurisData* n° 1986-023207 ; Toulouse, 26 avril 1995, *JurisData* n° 1995-047462. Egalement : Simler Ph., n° 1053, p. 1080 ; Cabrillac M., Mouly Ch., Cabrillac S., Pétel Ph., n° 558.

[2] V. *supra*, n° 300.

telle reconnaissance. L'autonomie n'est qu'un trompe-l'œil. Elle se présente comme un fondement technique rationnel du régime de la garantie, mais elle s'avère à l'examen n'être qu'illusoire. La preuve en est avec le recours subrogatoire et le raisonnement explicite des juridictions l'ayant reconnu, qui passent sous silence cette prétendue autonomie. Comment comprendre cette autonomie, si un garant payant sa « propre » dette se retourne ensuite contre le donneur d'ordre pour se faire rembourser ? La mise à l'écart de ce moyen de défense ne semble alors répondre qu'à des considérations pragmatiques : sauvegarder l'efficacité de la garantie. L'extension du bénéfice de subrogation à la garantie autonome serait pourtant un gage de cohérence et de clarté du droit positif, quitte à restreindre partiellement l'efficacité de la garantie[1]. La charge que cette disposition fait peser sur le créancier est l'expression la plus élémentaire de son rapport d'obligation car elle vise directement à préserver l'absence de contribution à la dette de la caution. Sa mise en œuvre suppose en effet que le débiteur principal ait été défaillant et qu'il soit exigé du débiteur de second rang qu'il paye. Il y a donc une incidence immédiate de la faute du créancier sur les chances de remboursement du débiteur de la sûreté. Le devoir de préserver le recours subrogatoire de ce débiteur, en ce qu'il concerne directement l'essence de son engagement, devrait être étendu à toute sûreté personnelle et échapper à l'emprise de la volonté individuelle[2]. L'autonomie de la garantie ne devrait pas être un obstacle à l'extension du bénéfice de subrogation. La rigueur de la sûreté devrait en effet trouver un tempérament minimal dans les contraintes comportementales du créancier. Cette extension aurait pour effet d'harmoniser l'ensemble des contraintes comportementales du créancier garanti qui tendent, fondamentalement, vers un objectif unitaire : préserver les intérêts du débiteur de la sûreté en le protégeant contre une contribution à la dette[3].

[1] Dans le même sens : Mégret G., *th. préc*., n° 278.

[2] L'apport de la loi du 1er mars 1984 sur ce point est fondamental : le bénéfice de subrogation, objet d'une contrainte comportementale consubstantielle à la qualité de créancier cautionné, est devenu d'ordre public. L'ancien art. 2037 c. civ. s'était en effet vu ajouter un second alinéa : « *Toute clause contraire est réputée non écrite* ».

[3] En ce sens, V. not. Picod Y., n° 145. Préserver ne signifie pas pour le créancier « *privilégier les intérêts de la caution au détriment des siens* » (ce qu'évoque le magistrat rapporteur F. Cachelot, dans son rapport relatif à l'arrêt Ch. Mixte, 17 novembre 2006, *Bull. Ch. mixte*, n° 10, *préc*.). À nouveau, l'art. 2306 c. civ. constitue un argument idéal : si le créancier devait privilégier les intérêts de la caution, il ne pourrait en aucun cas la forcer à s'exécuter, lorsqu'il dispose d'autres sûretés pour la même dette. Or le but du recours subrogatoire est bien de faire profiter à la caution *solvens* des droits préférentiels du créancier. Si ce dernier avait l'obligation de privilégier les intérêts de la caution, il ne pourrait pas être autorisé à la contraindre au paiement en présence de tels droits : il devrait d'abord mettre ces droits en œuvre.

c. Fautes relatives à la réalisation de la sûreté

306. Restriction des hypothèses de réalisation fautive du cautionnement du fait de sa nature subsidiaire. Rares sont les cas de mise en œuvre fautive du cautionnement par le créancier. Les exemples rencontrés concernent soit la formation du cautionnement, soit les éléments de son régime qui ne sont pas directement liés à la réalisation, si bien que les rares fautes qui concernent la mise en œuvre du cautionnement sont celles d'une réalisation tardive. Si par son manque de diligence le créancier a aggravé le sort du débiteur principal, donc celui de la caution, sa faute pourra lui être reprochée. Selon que le créancier appellera la caution en paiement bien après la défaillance du débiteur principal[1], ou qu'il accepte trop tardivement un moyen de paiement qui aurait entraîné l'extinction de la créance principale[2], il se rendra coupable d'une faute dont la dimension matérielle est identique aux précédentes. Son incurie aura en effet pour conséquence d'aggraver le sort de la caution et de lui faire encourir le risque d'une contribution définitive à la dette par altération de ses chances de remboursement – ce risque étant caractérisé si, pendant l'intervalle, le débiteur est devenu insolvable.

Hormis cette hypothèse, il apparaît que la réalisation d'un cautionnement ne puisse être fautive que d'une seule manière : lorsque le créancier appelle la caution en paiement, alors même que le débiteur principal n'est pas défaillant. Considéré comme fautif, ce comportement suggère de reconnaitre au cautionnement une nature subsidiaire. Bien qu'elle soit largement contestée, cette nature semble pourtant définir la sûreté[3]. L'article 2288 du code civil contient lui-même cette idée lorsqu'il annonce que la caution s'engage à satisfaire le créancier « *si le débiteur n'y satisfait pas lui-même* ». La défaillance du débiteur est ainsi une condition du paiement effectué par la caution : c'est notamment sur ce point que le

[1] Com., 30 mai 2006, 05-14.323. La haute juridiction censure, au visa de l'ancien art. 1147 c. civ. une cour d'appel qui « *après avoir relevé que la banque avait attendu plus de treize ans avant de tenter de recouvrer contre les cautions les sommes dues* », a omis de rechercher « *si ce comportement n'était pas fautif* ». V. également Paris, 2 février 2001, *JurisData* n° 2001-144192 ; Paris, 18 mai 2001, *JurisData* n° 2001-153379. Pour un équivalent de cette règle en droit comparé, V. not. Korevaar J.-D., « Les sûretés personnelles en URSS » *in Recueil de la société Jean Bodin* (…), *op. cit.*, t. III, p. 469 selon qui « *la caution et la garantie s'éteignent si le créancier n'a pas assigné la caution pendant trois mois à partir du jour de l'exigibilité de l'obligation* ».

[2] Com., 3 avril 2013, n° 12-13.886. La chambre commerciale précise clairement dans son raisonnement que la faute du créancier avait causé un préjudice à la caution « *consistant dans la mise en œuvre de son engagement de caution et non dans la perte d'une chance d'échapper à cette mise en œuvre* ».

[3] Pour les auteurs contestant cette qualité V. Cabrillac M., Mouly Ch., Cabrillac S., Pétel Ph., n° 77 ; Legeais D., n° 60. V. pour ceux qui reconnaissent ce caractère Pellier J.-D., *th. préc.*, n° 171 s. (qui voit dans la subsidiarité le « *véritable critère de distinction entre la solidarité passive et le cautionnement* » : le véritable critère séparant ces deux mécanismes semblerait plutôt être celui de l'absence de contribution à la dette de la caution) ; Piette G., *Rép. Civ. D.*, V° Cautionnement, n° 22 ; Rouvière F., « Le caractère subsidiaire du cautionnement », *RTD com.* 2011. 689 ; Simler Ph., Delebecque Ph., n° 47. V. aussi, d'un point de vue historique, Gay J., « Les sûretés personnelles dans le comté de bourgogne pendant le Moyen-Âge » *in Recueil de la société Jean Bodin* (…), *op. cit.*, t. 2, p. 120, d'après lequel la caution « *ne peut être mise en cause que dans la mesure où la défaillance du débiteur a été constatée* ».

cautionnement diffère de la garantie autonome. Cette dernière permet une mise en œuvre indépendamment de toute défaillance du donneur d'ordre. Plus encore, l'efficacité de la garantie ressort pleinement de cette faculté préventive : pouvoir appeler en paiement le garant afin d'anticiper une défaillance à venir du donneur d'ordre. Ainsi, l'élément déclencheur permettant l'appel de la caution est, plus que la défaillance du débiteur principal, l'absence de satisfaction du créancier. Celle-ci est actée dès lors qu'à l'échéance, il n'obtient pas un paiement spontané du débiteur[1]. Il a aussi été avancé en doctrine que le cautionnement solidaire était un exemple de l'absence de subsidiarité du cautionnement[2]. L'argument est erroné pour trois raisons. Premièrement, la solidarité n'est qu'une modalité, une manière d'être de l'obligation : l'existence du cautionnement solidaire ne remet pas en cause les éléments qui procèdent de la définition du modèle, le cautionnement simple. Deuxièmement, malgré la multiplication des cautionnements solidaires[3], lesquels tendent à devenir de plus en plus courants, le principe reste le cautionnement simple. L'argument quantitatif n'a strictement aucune influence sur l'essence du cautionnement. Troisièmement, si la clause de solidarité porte atteinte à cette dimension subsidiaire, elle n'atteint en réalité que la subsidiarité des poursuites, en laissant intacte la subsidiarité du paiement[4]. Ce n'est pas parce qu'un cautionnement est solidaire que le créancier peut exiger un paiement de la caution avant que le débiteur soit défaillant. Ainsi, excepté le cas d'une réalisation tardive, la faute dans la mise en œuvre du cautionnement se caractérise seulement lorsque l'appel de la caution simple n'a pas été précédé de l'appel du débiteur principal[5]. Telle devrait être la solution préconisée par les textes et appliquée en jurisprudence, car elle aurait pour atout de conserver son rôle

[1] Les deux évènements que sont l'échéance du terme et la défaillance du débiteur sont en réalité très proches, en pratique. Lorsque le débiteur ne paye pas au terme convenu, il est alors défaillant : les deux évènements se confondent. Aussi la distinction n'a qu'un intérêt pratique relatif, car dans un cautionnement simple, la caution pourra exiger le bénéfice de discussion, en cas de terme échu sans certitude de la défaillance du débiteur et une caution solidaire ne pourra rien exiger. Il importe donc peu de savoir s'il y a véritablement défaillance ou non. L'essentiel est que le créancier agisse parce qu'il n'a pas obtenu satisfaction.

[2] François J., n° 44. L'auteur admet toutefois que « *le cautionnement n'est subsidiaire que lorsqu'il est simple, et encore cette subsidiarité ne se manifeste-t-elle pas automatiquement* » (n° 45).

[3] Evoqués à l'art. 2298 c. civ. : « *La caution n'est obligée envers le créancier à le payer qu'à défaut du débiteur, qui doit être préalablement discuté dans ses biens, à moins que la caution n'ait renoncé au bénéfice de discussion, ou à moins qu'elle ne se soit obligée solidairement avec le débiteur* ».

[4] Sur cette distinction, V. Rouvière F., *art. préc*., n° 25.

[5] Il est alors possible d'envisager la consécration d'un nouveau moyen de défense de la caution, qui primerait les trois autres déjà consacrés (discussion, division, subrogation), sans dénaturer l'essence de la sûreté : le bénéfice de subsidiarité. Il permettrait à la caution de tenir en échec l'appel du créancier s'il s'avère que celui-ci n'a pas d'abord demandé paiement au débiteur principal, sans qu'elle ait à « *indiquer au créancier les biens du débiteur principal,* [ni à] *avancer les deniers suffisants pour faire la discussion* ». V. plus précisément sur le bénéfice de subsidiarité Briand Ph., *Eléments d'une théorie de la cotitularité des obligations*, thèse Nantes, 1999, n° 181, spéc. n. 460.

essentiel au cautionnement – pallier la défaillance[1] éventuelle du débiteur principal – en préservant la nature de l'engagement de la caution – l'absence de contribution à la dette.

307. La théorie de l'appel manifestement abusif, ou l'illusoire autonomie de la garantie indépendante[2]. Le régime de la garantie autonome connait une hypothèse particulière de faute : l'appel manifestement abusif. Pour rappel, la garantie autonome s'explique, grâce à l'analyse dualiste moderne de l'obligation, par une réduction du rapport d'obligation du bénéficiaire à sa plus simple expression[3]. L'efficacité redoutable de la sûreté en est tributaire : seule une faute caractérisée et évidente du bénéficiaire peut la tenir en échec. Il est nécessaire de préciser que la fraude, l'abus ou la collusion, à supposer qu'il soit possible de les dissocier, doivent trouver leur origine dans l'obligation garantie[4]. En effet, si la garantie n'existe pas ou plus, le bénéficiaire ne saurait en abuser ; s'il le fait tout de même, la solution ne serait pas à trouver dans la théorie de l'appel manifestement abusif. L'abus manifeste du bénéficiaire permet ainsi de relativiser la nature véritablement autonome de la garantie du même nom. La constitution « *en considération d'une obligation souscrite par un tiers* »[5], la reconnaissance d'un recours personnel au profit du garant *solvens*, la réalisation de la sûreté tenue en échec par un éventuel abus manifeste du bénéficiaire dont les motifs sont à trouver dans le contrat de base sont autant éléments qui prouvent que, de l'autonomie de la garantie, il ne reste que le nom. D'autant plus qu'une sûreté dite « autonome » est un contre-sens : il n'existe pas de sûreté *ex nihilo* car il est inconcevable de garantir l'inexistant, une garantie est toujours afférente à une obligation préalable qui lui donne sa raison d'être. Certes ces deux engagements peuvent plus ou moins artificiellement être détachés, mais l'examen du régime de la garantie témoigne de ce que son autonomie se réduit à une stricte commodité de

[1] Aussi la référence à l'échéance du terme plutôt qu'à la défaillance du débiteur principal devrait-elle être évacuée, pour le cautionnement simple au moins. Celui-ci ne devrait être mis en œuvre qu'à la condition d'un déroulement accidentel de l'obligation garantie, car il n'a qu'une fonction palliative et non prophylactique. Il est vrai qu'un débiteur qui ne paye pas à l'échéance est un débiteur défaillant, ce qui peut laisser croire que les deux termes sont interchangeables. Il persiste toutefois une différence pratique : le créancier doit, ou devrait, s'enquérir au préalable de l'impossibilité pour le débiteur de payer à l'échéance avant de pouvoir se retourner contre la caution.

[2] Sur cette prétendue autonomie : Mégret G., *th. préc*., n° 355 s., qui consacre un titre de sa thèse au « *mythe de l'autonomie absolue de la garantie indépendante* ». V. également François J., n° 87 qui, au sujet des garanties financières professionnelles estime que « *l'affirmation de* [leur] *autonomie n'est pas le fruit d'un raisonnement juridique étayé par des éléments objectifs de qualification. Elle résulte d'une volonté de faire prédominer l'esprit des textes sur leur lettre* ».

[3] V. *supra*, n° 144.

[4] A ce sujet V. Poullet Y., « Les garanties autonomes : les exceptions au devoir de paiement », *in L'actualité des garanties à première demande*, Bruylant, coll. « AEDBF », 1997, p. 231 ; Prüm A., « La consécration légale des garanties autonomes », *in Mél. Simler*, Litec-Dalloz, 2006, p. 409 ; Simler Ph., n° 1029.

[5] Art. 2321 c. civ.

langage[1].

Du fait de cette autonomie relative, la faute du bénéficiaire doit ainsi trouver son origine dans le contrat de base. Sans se livrer à une étude empirique et exhaustive des cas de fautes, quelques exemples récurrents peuvent être relevés. Ainsi en est-il du bénéficiaire qui ne remplit pas ses obligations issues du contrat de base[2], ou qui appelle le garant pour le paiement d'une dette non prévue au contrat de base[3], ou encore qui appelle le garant dans le seul but de contraindre le donneur d'ordre à accepter une modification du contrat de base, détournant alors la finalité de la garantie[4].

La faute commise par le bénéficiaire d'une garantie autonome a ceci de particulier qu'elle fait ressortir le lien entre la garantie et le contrat de base. Si la réalisation de la garantie est fautive, cette dimension fautive doit trouver son explication dans le contrat de base. La réelle différence avec le cautionnement est dans la nature manifeste de la faute, dans son évidence. Dans un cas elle devra être prouvée pour déployer ses effets ; dans l'autre cas, l'évidence doit suppléer cette démonstration[5]. Hormis ce point, la faute est matériellement tout aussi comparable. L'abus manifeste, s'il n'est pas contesté, a pour conséquence l'aggravation du sort du débiteur de la sûreté. Il encourt un risque latent de contribution à la dette. Au vu des sommes en jeu et de la rigueur de la garantie, le risque d'une contribution à la dette est donc particulièrement accusé. Il est de même nature que dans le cadre du cautionnement, mais d'un degré supérieur.

L'analyse est transposable à l'hypothèse d'une contre-garantie. Le contentieux en la matière est d'ailleurs révélateur des difficultés de traitement que la garantie autonome engendre. Les solutions prétoriennes, guidées par une seule disposition textuelle laconique, ne sont ni parfaitement homogènes, ni parfaitement fondées[6]. La faute reste semblable. Il s'agit pour le

---

[1] En ce sens V. Com., 11 décembre 1985, *Bull. civ. IV*, n° 292 ; *JCP G* 1986. II. 20593, note Stoufflet J. ; *D*. 1986. 213, note Vasseur M. La Cour de cassation affirme clairement à cette occasion que la « *collusion frauduleuse faisait échec au principe de l'autonomie en matière de garanties et de contre-garanties à première demande* ». Le raisonnement est limité à l'appel abusif mais il prouve, au demeurant, que l'autonomie n'a rien d'absolu. V. également Contamine-Raynaud M., « Les rapports entre la garantie à première demande et le contrat de base en droit français », *in Mél. Roblot*, 1984, n° 29, p. 431.

[2] Com., 10 juin 1986, *Bull. civ. IV*, n° 117 ; *JCP G* 1986. I. 120, note Simler Ph. ; *Banque* 1986, p. 711, obs. Rives-Lange J.-L. ; *D*. 1987. 17, 2ème esp., note Vasseur M. ; *Gaz. Pal*. 1987, 1, p. 75, note Piedelièvre S. ; *RDBB* 1987, p. 18, obs. Contamine-Raynaud M.

[3] Com., 18 avril 2000, n° 97-10.160 ; *RDBF* 2000, comm. 156, obs. Mattout J.-P. ; *Banque et droit* nov.-déc. 2000, p. 46, obs. Jacob F. ; *Dr. et patr.* 2001, p. 91, obs. Saint-Alary-Houin C.

[4] Lyon, 17 mai 1991, *JurisData* n° 1991-050952 ; *D*. 1993, somm. p. 99, obs. Vasseur M.

[5] Laissée à l'appréciation souveraine des juges du fond, l'évidence désigne une faute qui n'a pas à être prouvée, qui ne nécessite ni investigation, ni enquête, ni témoignage ou preuve. Elle participe de l'efficacité de la garantie, car elle est plus difficilement caractérisée et illustre également la réduction du rapport d'obligation du bénéficiaire à sa plus simple expression.

[6] V. not. Simler Ph., n° 1032 s. Pour un état plus récent de la jurisprudence : Com., 3 mai 2016, *préc*. L'arrêt rejette l'idée que l'abus commis dans l'appel de la garantie de premier rang puisse entrainer automatiquement

garant, bénéficiaire de la contre-garantie, d'aggraver le sort du contre-garant en altérant les chances dont il dispose d'être désintéressé.

§ 2. Systématisation de la faute du créancier

308. Reconduction de la définition de la faute contractuelle. À l'instar de la faute du débiteur de la sûreté, la faute commise par le créancier garanti est constituée par un manquement à son rapport d'obligation le liant au débiteur de la sûreté ou au débiteur de l'obligation garantie. La faute du créancier permet alors, plus encore que celle du débiteur, de confirmer l'existence et l'autonomie de la faute contractuelle comme celles de la responsabilité du même ordre. Le créancier n'est débiteur d'aucune prestation mais il peut se rendre fautif pour avoir méconnu les intérêts de son cocontractant. La faute contractuelle n'est donc pas liée à la prestation, ou au rapport obligatoire mais bien plus au « contenant » de l'obligation, le rapport d'obligation qui impose au créancier le respect de plusieurs exigences comportementales. Le rapport d'obligation forme ainsi le cadre de la faute (A) qu'il s'agira d'étudier plus en détail, avant de pouvoir systématiser la faute du créancier par l'examen de son contenu (B).

A. Le cadre de la faute

309. Analyse du rapport d'obligation astreignant le créancier de la sûreté personnelle. Afin d'étudier les caractéristiques de ce rapport d'obligation, il est opportun de dissocier sa consistance (1) de sa portée (2).

1. La consistance du rapport d'obligation

310. Une consistance graduelle fonction de la nature de la sureté. Les exigences comportementales pesant sur le créancier d'une sûreté personnelle sont fonction de la nature de cette sûreté : le cautionnement, marqué par une protection toujours plus importante de la

l'abus de l'appel de la contre-garantie, ce qui n'est pourtant pas inconcevable. Le garant de premier rang ne peut pas ignorer l'abus qu'il subit, ni celui qu'il commet par contrecoup et la seule conscience de l'absence de droit, autrement dit la mauvaise foi, devrait suffire et remplacer l'abus, la fraude ou la collusion manifestes. Aussi, la Cour estime que l'abus doit être caractérisé au moment de l'appel de la contre-garantie : le repère temporel devrait être l'exécution de ses engagements par le bénéficiaire, car au moment de l'appel, la faute est déjà consommée. Enfin la Cour ne vise dans son attendu de principe que la collusion, alors que la loi renvoie à la fraude et à l'abus : preuve en est que la dissociation de ces trois notions est peu évidente.

caution, assujettit le créancier à un rapport d'obligation dont la consistance est largement supérieure à toute autre sûreté personnelle. La garantie autonome s'en démarque, précisément par une réduction de la consistance de ce rapport d'obligation à sa plus simple expression. Les lettres d'intention sont, quant à elles, plus délicates à analyser et à synthétiser, car leur étendue procède quasi exclusivement des clauses contractuelles. Le rapport d'obligation est alors variable d'une lettre à l'autre.

311. La densité du rapport d'obligation du créancier cautionné. Le développement constant du crédit depuis la deuxième moitié du XX^e^ siècle a entraîné le développement des garanties qui l'assortissent, au premier rang desquelles figure le cautionnement. Par un mouvement de reflux, c'est ensuite la protection de la caution contre la gravité de son engagement, parfois accentuée par les abus des créanciers, que le législateur a mise en place. Plusieurs dispositions éparses, notamment relatives au droit de la consommation, au bail d'habitation et aux entrepreneurs individuels, ont alourdi la charge du créancier qui doit aujourd'hui « *mériter* » le paiement de la caution[1]. Le recensement des fautes commises par un créancier cautionné a été l'occasion de mettre en évidence les diverses exigences comportementales astreignant le créancier. Elles tiennent à la formation du cautionnement (obligation d'information, devoir de mise en garde, formalisme du cautionnement, exigence de proportionnalité), à son régime (multiples informations au profit de la caution, devoir de préserver son recours subrogatoire) ou à sa réalisation (devoir de diligence dans l'appel de la caution). Sans tenir compte des contingences propres à chaque contractant et qui constituent la dimension personnelle de la faute, un premier constat s'impose[2]. Le rapport d'obligation du créancier cautionné est d'une densité supérieure à toute autre sûreté personnelle. Il n'existe pas d'équivalent aux dispositions protectrices de la caution, pour les garants autonomes ou les confortants, dans leur nombre au moins. Sans jamais devenir un contrat synallagmatique, le cautionnement n'en constitue pas moins la sûreté personnelle la plus contraignante qui soit pour le créancier. Cette contrainte se matérialise dans la densité du rapport d'obligation, lequel rassemble devoirs et incombances. Ces derniers, dépourvus de contrepartie, assurent au cautionnement la conservation de son caractère unilatéral. Cette densité est révélatrice de la variété des comportements fautifs que le créancier peut adopter : plus il assume d'exigences comportementales, plus il aura d'occasions de les méconnaitre. Face à cet engagement rigoureux, une sûreté personnelle concurrente est venue alléger la charge du créancier en

[1] Séjean M., *th. préc.*, n° 268.
[2] V. *supra*, n° 330 s.

réduisant significativement les devoirs qu'il devait remplir au profit de la caution : la garantie autonome.

312. La légèreté du rapport d'obligation du créancier garanti. Le bénéficiaire d'une garantie autonome n'est tenu à aucune exigence comportementale comparable à celles que le cautionnement lui aurait imposées. Il jouit en effet d'une liberté que seules les règles du droit commun des obligations viennent encadrer. Telle était l'intention du législateur de 2006, à savoir consacrer une sûreté plus efficace que le cautionnement, dont les dispositions protectrices de la caution étaient perçues comme de sérieuses entraves à son efficacité. Ainsi le rapport d'obligation du créancier garanti est réduit à sa forme la plus modeste. L'information, la proportionnalité, la préservation du recours subrogatoire, pour ne citer qu'elles, sont exclues des devoirs du créancier. En réalité, la seule limite aux prérogatives du bénéficiaire est contenue à l'article 2321 du code civil qui condamne son appel en garantie guidée par une mauvaise foi[1]. Plus encore, cette mauvaise foi doit-elle être manifeste, ce qui réduit d'autant la consistance du rapport d'obligation astreignant le créancier. Inutile de comparer point par point les éléments de dissemblance avec le cautionnement, car la recherche serait trop fastidieuse : la garantie autonome est l'exemple type d'un rapport d'obligation dénué. Ce dénuement laisse entrevoir ce qui est substantiel dans le rapport : ne pas contredire par ses agissements l'engagement pris. Il ne s'agit pas pour le créancier de tenir compte du garant, d'assurer une protection minimale de ses intérêts, mais simplement de ne pas agir de manière à contredire littéralement son engagement. En définitive, le rapport d'obligation du créancier garanti est assimilable au principe de cohérence en matière contractuelle[2]. Il impose seulement au créancier de ne pas reprendre d'une main ce qu'il a donné de l'autre. Cela ne signifie pas que la faute du créancier doive être lourde, grave ou dolosive pour tenir en échec l'appel de la garantie, il faut seulement qu'elle soit manifeste – en témoigne la solution qui condamne un créancier pour avoir abusivement appelé le garant, alors que le donneur d'ordre avait correctement rempli ses obligations et transmis une preuve de ce paiement au garant. Aussi, la dimension matérielle de la faute ne change-t-elle pas, à la comparer au cautionnement : lorsque le créancier appelle de mauvaise foi le garant, son comportement a pour effet d'alourdir la charge de ce garant au-delà de ce pour quoi il s'est engagé. Subséquemment, le manquement au rapport d'obligation du créancier a donc pour

[1] La disposition évoque certes l'abus, la fraude ou encore la collusion mais il n'y a pas lieu de reconduire une distinction qui, fondamentalement, n'existe pas. La seule référence à la mauvaise foi du créancier suffit, autrement dit l'absence de droit et la conscience de l'absence de droit.
[2] Houtcieff D., *Le principe de cohérence en matière contractuelle*, *th. préc*.

conséquence de faire peser sur le garant le risque d'une contribution forcée à la dette par altération de ses chances de remboursement. Cette transformation est ici liée non pas à la gravité de la faute mais à celle de l'engagement. Le garant n'ayant aucune exception à faire valoir, ou presque, le risque qu'il encourt est d'autant plus accusé.

313. La variabilité du rapport d'obligation du créancier conforté. Quant au rapport d'obligation souscrit par le créancier d'une lettre de confort, il s'avère aussi protéiforme que la sûreté elle-même. Sa définition légale, évasive, ajoutée à la multiplicité des types de lettres que la jurisprudence a traitées ont pour conséquence la variabilité du rapport d'obligation du créancier conforté. L'existence, la nature, l'étendue des devoirs qu'il assume sont alors majoritairement tributaires de la rédaction des clauses de la sûreté. En découle une variabilité presque infinie de la consistance du rapport d'obligation, dont il est seulement possible de tracer les contours au moyen du droit commun des obligations – essentiellement, pour les décisions à venir, au moyen du nouvel article 1104, alinéa 1er, du code civil selon lequel « *Les contrats doivent être négociés, formés et exécutés de bonne foi* ».

Si la lettre d'intention se démarque du cautionnement et de la garantie autonome, en ce qu'elle renferme une obligation de faire[1] et non pas une obligation de payer à la place du débiteur principal, la faute commise par le créancier ne diffère en rien. S'il appelle injustement le souscripteur de la lettre, ce dernier éprouvera potentiellement le risque d'un paiement sans rétribution. Il pourra être amené à soutenir le débiteur sans avoir la certitude d'être désintéressé ensuite. Or la fonction de garantie de la lettre d'intention, commune aux autres sûretés personnelles, offre au souscripteur la faculté d'un recours après paiement[2]. Si le créancier compromet le sort heureux de ce recours, il fera peser sur le souscripteur une contribution à la dette en réduisant ses chances de remboursement. Il y a donc, malgré la variabilité de l'étendue du rapport d'obligation, un substrat permanent qui impose au créancier une « bonne conduite » minimale. Ce substrat forme la consistance générique du rapport d'obligation assumé par le créancier d'une sûreté personnelle.

[1] V. Com., 21 décembre 1987, *Bull. civ. IV,* n° 281 ; *préc*.

[2] Ni la loi, ni les tribunaux ne l'affirment. La fonction de garantie autorise toutefois une telle conclusion : la solution fondée sur l'art. 1251, 3° c. civ. par lequel la Cour de cassation a étendu le recours subrogatoire au profit du garant autonome est applicable en la matière. Une personne s'engage à satisfaire un créancier, indirectement, en aidant son débiteur : l'absence de profit propre à la sûreté fonde son recours après paiement, personnel comme subrogatoire. Si l'engagement s'est fait à l'insu du débiteur, le critère de l'utilité propre à la gestion d'affaires pourra alors être appliqué. En ce sens : Simler Ph., n° 1077.

314. La consistance générique du rapport d'obligation : la préservation par le créancier des intérêts du débiteur de la sûreté. Quelle que soit la nature ou les caractères de la sûreté personnelle, le rapport d'obligation qui en découle à la charge du créancier présente une physionomie constante. Il impose au créancier de préserver les intérêts du débiteur de la sûreté. Cette consistance permanente constitue un seuil minimal qui ne saurait être réduit. Il peut éventuellement être aggravé, densifié par le jeu des clauses contractuelles mais en tout état de cause le créancier doit assurer au débiteur de la sûreté la préservation de ses intérêts. Concrètement, cette préservation passe par le respect de son engagement et l'absence de contribution à la dette qui le caractérise. Cette absence est de l'essence de tout engagement en qualité de débiteur d'une sûreté personnelle. L'adjonction d'un débiteur non intéressé à la dette suppose que ce dernier n'éprouve pas, à la place du débiteur qui tire profit de la sûreté comme de l'obligation garantie, le poids d'un paiement définitif. Les exigences comportementales astreignant le créancier concourent toutes à ce but, à la seule différence qu'elles le font plus ou moins directement et avec plus ou moins de force. Ainsi le créancier doit-il épargner au débiteur de la sûreté toute perte patrimoniale qui résulterait de sa faute. Si ce débiteur est amené à éprouver une telle perte, ce ne doit être que pour des raisons objectives, donc en l'absence de faute du créancier.

2. La portée du rapport d'obligation

315. Dissociation des cocontractants et des tiers. L'étude du cadre de la faute ne saurait être complète si elle ne comprenait pas l'étude de la portée du rapport d'obligation. De la même manière que pour la faute du débiteur de la sûreté, il s'agira d'analyser distinctement la portée du rapport d'obligation à l'égard des cocontractants (a) et sa portée à l'égard des tiers (b).

a. A l'égard des cocontractants

316. Deux catégories de contractants liés au paiement de la dette. Un créancier garanti par une sûreté personnelle disposera d'une première catégorie de cocontractants que sont les débiteurs directs de la sûreté. Caution, garant et confortant ont en commun d'être concernés au premier plan par le paiement de la dette. Une deuxième catégorie de débiteurs est parfois amenée à assurer ce même rôle mais de manière plus indirecte. Il s'agit des certificateurs de caution, dont l'engagement est un palliatif de la défaillance de la caution de

premier rang. Le créancier est lié à chacun d'eux par un rapport d'obligation. Pris dans leur ensemble, ces rapports exercent entre eux une influence réciproque.

317. L'interdépendance des rapports d'obligation unissant le créancier aux débiteurs de différents degrés. Tout rapport d'obligation ne lie que les parties au contrat qui le génère, soit un créancier à son débiteur principal, un garant et son contre-garant, etc. Ce même rapport présente un rayonnement qui dépasse toutefois les seules parties et dont le fondement réside dans l'interdépendance contractuelle des engagements compris dans une opération de sûreté[1]. Les différents rapports d'obligation imposent à leurs titulaires des exigences comportementales qui varient en fonction du type d'engagement, de la qualité des parties… Lorsque toutefois ils sont inclus dans une même opération contractuelle d'ensemble, la pluralité de débiteurs de différents degrés exercera en retour une influence sur la consistance du rapport d'obligation. En effet, la consistance générique du rapport d'obligation astreint le créancier à la préservation des intérêts de son débiteur. L'interdépendance des engagements concourant à la satisfaction du créancier justifie alors que le manquement de ce dernier à l'un de ces rapports ait des répercussions sur les autres. Si le créancier néglige les intérêts d'un débiteur de premier rang, les autres débiteurs de rangs inférieurs souffriront au moins indirectement du préjudice subi, puisque tous ont en commun l'objectif, même indirect, de satisfaction du créancier. Si le créancier compromet lui-même cette satisfaction, tout débiteur qui doit en assurer l'effectivité pourra en principe l'invoquer à son encontre. Ainsi en est-il de la faute commise contre le débiteur principal : invocable par la caution ou le souscripteur d'une lettre d'intention, elle doit en revanche être manifeste pour qu'un garant autonome l'invoque. Quant aux fautes commises contre le débiteur de premier rang de la sûreté, le débiteur principal ne saurait s'en prévaloir quelle que soit la nature de la sûreté. Une telle faute n'a pas pour effet d'altérer son engagement, puisqu'il est le seul à être tenu d'une contribution à la dette. L'argument de l'interdépendance des rapports s'efface alors au profit de la distinction entre obligation et contribution à la dette. En effet, si le débiteur de la sûreté ne peut plus remplir son office par la faute du créancier, cela n'a pas d'incidence sur la nature de l'engagement du débiteur de l'obligation garantie, lequel devra payer le créancier plutôt que le garant *solvens*. Enfin, cette même faute peut être invoquée par les débiteurs de sûreté de second rang (principalement les certificateurs de cautions) car les intérêts compromis des débiteurs intermédiaires se répercutent sur les leurs. Si une caution a par exemple subi un dol

[1] Sur cette interdépendance, V. *supra*, n° 263 s.

dans la formation du contrat, le certificateur de caution pourra à son tour l'invoquer, son engagement étant nécessairement entaché par capillarité.

b. A l'égard des tiers

318. La satisfaction du créancier, dénominateur commun des engagements formant l'opération de sûreté personnelle. Les tiers directement concernés par la faute du créancier bénéficiaire d'une sûreté personnelle sont, pour l'essentiel, les débiteurs de contre-garanties. Ces débiteurs, bien qu'ils assurent la satisfaction des débiteurs de premier rang de la sûreté et non celle du créancier, peuvent éprouver un préjudice par la faute de celui-ci. En effet, si l'appel infondé de la garantie de premier rang n'est pas contesté, voire s'il a été effectué sur le fondement d'une collusion et que le garant appelle ensuite le contre-garant en paiement, celui-ci pourra sous certaines conditions se prévaloir du premier appel abusif, en l'absence duquel il n'aurait pas été inquiété[1]. C'est à nouveau l'interdépendance des différentes sûretés imbriquées dans la même opération qui fonde cette exception au profit des tiers intéressés. Les contre-garants et sous-cautions ont indirectement un rôle de satisfaction du créancier en assurant un recours au profit de ceux qui en assument la charge directe. Leur engagement participe bien de la satisfaction du créancier, quoique de manière médiate. Il semble légitime que les contre-garants puissent alors agir contre le créancier, sur un fondement contractuel que l'interdépendance des engagements justifie[2]. Le lien de causalité est à trouver dans la personne du débiteur de la sûreté car, en ne soulevant pas la nature fautive du comportement du créancier, il prive le débiteur de la contre-garantie d'une chance de ne pas être appelé. Son engagement est alors altéré.

B. Le contenu de la faute

319. L'absence de contribution à la dette du débiteur de la sûreté comme repère. L'analyse du rapport d'obligation astreignant le créancier d'une sûreté personnelle étant achevée, il est désormais possible de procéder à l'étude du contenu de la faute du créancier. Il convient ainsi d'asseoir l'idée selon laquelle l'absence de contribution à la dette est le critère

[1] V. Com., 3 mai 2016, *préc*. L'arrêt, s'il limite singulièrement la possibilité pour le contre-garant d'invoquer la faute du bénéficiaire de la garantie autonome, ne l'exclue pas par principe pour autant.

[2] La solution implique, à nouveau, de retenir une conception extensive tant de la responsabilité contractuelle que de l'interdépendance contractuelle. Pour l'heure, il semblerait que la solution ne trouve que de rares échos favorables : Ancel P., *Les sûretés personnelles non accessoires en droit français et en droit comparé*, thèse Dijon, 1981, n° 248 ; et Paris, 19 octobre 2001, *JurisData* n° 2001-163629. *Contra* Simler Ph., n° 1047 ; Prüm A., *La garantie à première demande*, Litec, 1994, n° 282 s.

distinctif d'un engagement en qualité de débiteur d'une sûreté personnelle (1). Cette absence se concrétise par l'existence de recours après paiement reconnus à ce débiteur lui assurant un remboursement. Par conséquent, la faute du créancier est en substance une altération des chances de remboursement du débiteur de la sûreté (2).

1. L'objet de la faute : l'absence de contribution à la dette du débiteur de la sûreté

320. Le critère catégoriel des sûretés personnelles. Longtemps considéré comme figé ou poussiéreux, le droit des sûretés a connu un regain d'intérêt depuis la fin du XX^e^ siècle, principalement entraîné par l'essor considérable du crédit. Ce renouveau n'est pas sans difficulté. La coexistence de mécanismes du droit civil traditionnellement ancrés et des sûretés récemment consacrées donne à la matière, du fait de son morcellement, l'impression d'une insaisissabilité. Les fonctions des sûretés sont communes mais leurs caractères si différents qu'il paraît délicat d'en proposer une systématisation et, plus encore, un droit commun[1]. Il n'est cependant pas impossible de trouver dans les sûretés personnelles un dénominateur commun. L'extériorité, ou l'adjonction, du mécanisme de la sûreté au regard de l'obligation qu'elle garantit se reflète dans une qualité spécifique de l'engagement lorsqu'il est de nature personnelle : celui de l'absence de contribution à la dette du débiteur de la sûreté. Après l'avoir plusieurs fois mentionné, mais seulement de manière ponctuelle, il convient d'étudier spécifiquement ce critère. Il sera ensuite possible de conclure à l'idée que l'absence de contribution à la dette est de l'essence de l'engagement d'un débiteur d'une sûreté personnelle, au respect de laquelle le créancier garanti est tenu. Cette astriction du créancier est matérialisée par son rapport d'obligation. La faute du créancier étant un manquement à ce rapport d'obligation, lorsqu'au moins elle intervient postérieurement à l'engagement, elle prend alors la forme d'une altération des chances de remboursement du débiteur de la sûreté.

321. L'absence de contribution à la dette : critère générique des engagements en qualité de débiteur d'une sûreté personnelle. Parmi les modalités de l'obligation se trouve la pluralité. Cette manière d'être de l'obligation suppose qu'il y ait plusieurs créanciers ou

[1] Pour un essai de théorie générale des sûretés personnelles, fondée sur la notion d'obligation, V. Pellier J.-D., *th. préc.* Au sujet des sûretés réelles, V. Mestre J., Putman E., Billiau M., *Traité de droit civil. Droit commun des sûretés réelles*, LGDJ, 2 t., 1996. Pour une contribution à un droit commun à l'ensemble des sûretés, V. De Ravel d'Esclapon T., *Le droit commun des sûretés : contribution à l'élaboration de principes directeurs en droit des sûretés*, thèse Strasbourg, 2015.

plusieurs débiteurs d'une même obligation. Lorsque plusieurs débiteurs sont engagés, tous ne tirent pas forcément profit du paiement. C'est ici qu'intervient la distinction entre obligation à la dette et contribution à la dette. La contribution est définie comme la « *part que doit supporter chacun dans une charge incombant à plusieurs* »[1]. Selon une autre définition plus précise, la contribution est la « *répartition entre les coobligés de la charge définitive d'une dette commune (ou faite dans un intérêt commun) qui, régissant les rapports des codébiteurs entre eux, se distingue de l'obligation (laquelle, concernant les rapports des débiteurs et du créancier, se rapporte au droit de poursuite de celui-ci)* »[2]. L'obligation à la dette est ainsi définie, par opposition à la contribution à la dette, comme ne régissant que les rapports entre créanciers et débiteurs. Cette formulation négative permet de percevoir dans l'obligation à la dette, lorsqu'elle est isolée, un engagement que le débiteur doit assumer mais dont il ne tire aucun profit et dont il ne doit éprouver aucune perte. Elle implique pour ce débiteur que la consistance de son patrimoine ne soit pas, autant que possible, altérée par le fait de son engagement. L'obligation à la dette, lorsqu'elle ne se double pas d'une contribution, signifie alors que le débiteur d'un tel engagement ne doive pas éprouver définitivement le poids de son paiement.

Cette définition s'accorde parfaitement avec la situation de tout débiteur d'une sûreté personnelle. Qu'il soit caution, garant à première demande ou souscripteur d'une lettre d'intention, le débiteur d'une sûreté personnelle s'engage pour le débiteur de l'obligation garantie à la satisfaction de leur créancier commun. En aucun cas il ne saurait tirer profit de sa situation[3]. Pas plus ne doit-il en subir de préjudice : l'existence de recours après paiement en constitue la preuve. Il a été ainsi affirmé au sujet de la caution que « *tenue sans contrepartie, ses droits consistent pour l'essentiel en un recours contre le débiteur, dont l'efficacité dépend*

[1] Cornu G. (dir.), *Vocabulaire juridique*, *op. cit.*, V° Contribution, p. 266. Le verbe employé dans la définition est par ailleurs assez évocateur : la contribution est une charge « *incombant* » à son titulaire. Suivant la conception retenue de l'obligation, cette définition s'y prête aisément : tout ce qui relève de la répartition du poids définitif d'une dette ne rentre pas dans le rapport obligatoire mais appartient davantage aux exigences comportementales, donc au rapport d'obligation. Ce n'est donc pas l'engagement dans son principe dont il s'agit, mais de la manière avec laquelle il est assumé.

[2] *Ibid.*

[3] Sauf à être rémunéré, ce qui ne remet pas en cause le raisonnement. S'il est rémunéré par une autre personne que le créancier, un tel paiement est extérieur à l'objet de la garantie et n'interfère pas avec son obligation à la dette, puisque le profit qu'il tire est étranger à ce rapport. Si le créancier le rémunère, il ne s'agit alors plus d'une sûreté mais d'une assurance. Aussi certaines cautions retirent un profit de leur engagement : parmi elles, les dirigeants qui garantissent les dettes de leur groupement. Cet intérêt est cependant médiat, du fait de la dissociation entre la personne physique garante et la personne morale débitrice. Il n'y a donc pas de profit actuel, direct et immédiat pour ces dirigeants-cautions : l'argument est préservé. *Contra* Picod Y., n° 38, selon qui le cautionnement est « *un contrat toujours à titre onéreux* ».

elle-même du créancier. Celui-ci a donc à son égard un devoir de loyauté particulier (…) »[1]. Hormis pour ce qui concerne le devoir de loyauté, variable en fonction de chaque sûreté, le raisonnement est extensible à toutes les sûretés personnelles. L'absence de contribution à la dette est le critère générique distinctif d'un engagement en qualité de débiteur d'une sûreté personnelle que le créancier est tenu de respecter, en faisant montre de loyauté. À l'examen, le critère s'avère être pleinement adéquat à l'approche conceptuelle des sûretés.

322. Congruence du critère de l'absence de contribution à la dette et d'une approche conceptuelle des sûretés personnelles. Sous réserve d'être confirmé, le critère préalablement évoqué concernant la notion de sûreté est celui de l'adjonction d'un lien de droit – du créancier jusqu'à un patrimoine, ou jusqu'à un bien isolé. Au sujet des sûretés personnelles, ce critère se trouve confirmé et complété par l'absence de contribution à la dette. Le débiteur de la sûreté personnelle accepte d'engager son entier patrimoine au service de la réalisation d'une dette à laquelle il n'est pas tenu, celle du débiteur de l'obligation garantie. Il accepte toutefois d'éprouver temporairement les conséquences patrimoniales de cette réalisation, que ses recours en paiement ont vocation à neutraliser. La conjonction des deux critères explique la situation des débiteurs de sûretés personnelles. Leur engagement constitue un service rendu au débiteur, qui profite au créancier et à l'issue duquel ils pourront demander remboursement au débiteur principal, voire à des contre-garants. Il y a un rapprochement évident, si ce n'est une similitude, entre l'engagement du débiteur de la sûreté étranger à ses intérêts propres et l'adjonction d'un lien de droit qui en découle. La sûreté reste extérieure à l'obligation garantie tant dans ses éléments constitutifs, qui ne modifient pas cette obligation, qu'au regard de ses sujets qui ne doivent ni retirer de profit, ni subir de perte. Cette équivalence étant mise en lumière, plusieurs enseignements peuvent en être tirés, au sujet notamment de la constitution d'une sûreté réelle pour autrui. Le mécanisme, objet d'une controverse prégnante, peut être résolu par le biais des critères ici présentés. Puisqu'en cette hypothèse, c'est un tiers qui garantit la réalisation d'un rapport de droit préalable auquel il est étranger, son engagement n'est autre qu'une sûreté personnelle et ce, indépendamment de la limitation de l'assiette de la sûreté à un ou plusieurs biens.

[1] V. Aynès L., Crocq P., n° 279 s. (évoqué dans une sous-section intitulée « *Faute du créancier* »). Quant au devoir de loyauté, V. également Association Henri Capitant, *Principes contractuels communs : projet de cadre commun de référence*, *op. cit*., p. 133 s. ; Picod Y., *th. préc*.

323. Exemple de résolution d'une controverse sur le fondement du critère de l'absence de contribution à la dette : le rattachement des « *sûretés réelles pour autrui* » à la catégorie des sûretés personnelles[1]. La sûreté réelle pour autrui est un mécanisme qui met à mal la *summa divisio* opposant les sûretés personnelles aux sûretés réelles. Il s'agit d'un droit conféré par une personne sur un ou plusieurs de ses biens en vue de garantir la dette d'un tiers. La définition révèle la nature hybride du mécanisme, à mi-chemin entre une sûreté personnelle et une sûreté réelle. Par commodité de langage, il fut longtemps qualifié de cautionnement réel[2]. La controverse relativement récente suscitée par cette qualification est contingente de l'essor du cautionnement et des règles protectrices de la caution qui le caractérisent. Les juridictions faisaient une application distributive tant des règles du cautionnement que de celles des sûretés réelles, mobilières ou immobilières, sans jamais se prononcer de manière définitive sur sa véritable nature. Un arrêt de chambre mixte rendu en 2005 par la Cour de cassation est venu sceller la controverse en écartant la qualification de cautionnement : « *une sûreté réelle consentie pour garantir la dette d'un tiers n'impliqu*[e] *aucun engagement personnel à satisfaire à l'obligation d'autrui et* [n'est] *pas dès lors un cautionnement, lequel ne se présume pas* »[3]. Le raisonnement semble tout à fait fondé. L'objet de la sûreté est un bien, il s'agit donc d'une sûreté réelle ce qui est confirmé par le fait que le débiteur ne s'engage pas sur son entier patrimoine. Il apparaît, au demeurant, que le raisonnement fait l'économie d'un critère pourtant essentiel à ce type d'engagement : l'absence de contribution à la dette du débiteur de la sûreté[4]. En effet, le tiers constituant n'a pas vocation à éprouver définitivement le poids de la dette garantie. Si le créancier se paye sur le bien, le tiers pourra alors exercer un recours en remboursement contre le débiteur de

---

[1] Le premier argument en faveur de ce rattachement est d'ordre historique. Le glissement fonctionnel du cautionnement est en effet perceptible dès l'avènement du droit suméro-akkadien : « *la responsabilité personnelle du garant qui était, du moins primitivement, inhérente à la notion de cautionnement* […] *a été, par la suite, étendue aux* "biens" *affectés à titre de* "caution"*, ce qui a donné lieu à la naissance de l'institution du* "*cautionnement réel*" » (Szlechter E., « Les sûretés personnelles dans le droit suméro-akkadien », *in Recueil de la société Jean Bodin (…), op. cit.*, t. 1, p. 214).

[2] V. sur la notion Ansault J.-J., *Le cautionnement réel*, thèse, Defrénois, coll. « Doctorat et notariat », 2009 ; Aynès L., Crocq P., n° 150 ; Cabrillac M., Mouly Ch., Cabrillac S., Pétel Ph., n° 397 s. ; Grua F., « Le cautionnement réel », *JCP G* 1984. I. 3167 ; Legeais D., n° 78 s. ; Piedelièvre S., n° 373 s. ; Simler Ph., n° 19 ; Simler Ph. et Delebecque Ph., n° 71 s. ; Crocq P., « Nature juridique de la sûreté réelle pour autrui », *Lamy Droit des sûretés*, étude 301. V. également Aynès A., « Quelques aspects du régime juridique des sûretés réelles pour autrui », *in Liber amicorum Ch. Larroumet*, Economica, 2010, p. 1 s.

[3] Ch. mixte, 2 décembre 2005, *Bull. Ch. mixte* n° 7 ; *préc*. Dans le même sens, V. François J., n° 92 selon qui « *le cautionnement réel est une pure sûreté réelle* ».

[4] Aussi le raisonnement de la chambre mixte n'a-t-il pas été constamment respecté à la lettre, d'autres décisions ultérieures poursuivant leur référence au cautionnement réel : Civ. 2ème, 14 septembre 2006, *Bull. civ. II*, n° 226 ; *Banque et droit* nov.-déc. 2006, p. 50, obs. Rontchevsky N. ; *RDBF* 2006, comm. 192, obs. Legeais D. ; Civ. 1ère, 28 juin 2007, 06-13.714 ; *JCP E* 2008. II. 212, note Simler Ph. et Delebecque Ph. ; Com., 17 novembre 2009, *Bull. civ. IV*, n° 149 ; *RDBF* 2010, comm. 15, obs. Legeais D.

l'obligation garantie. Certes le créancier choisit une telle sûreté au regard de la valeur du bien, non au regard des qualités du tiers ; il existe davantage dans cette situation un *intuitus rei* plutôt qu'un *intuitus personae*. Ce critère est-il cependant réellement déterminant dans la qualification de la sûreté ? Les règles du cautionnement doivent-elles être écartées au seul motif que le créancier entendait profiter, virtuellement, de la seule valeur du bien affecté ? Il semblerait au contraire qu'un raisonnement plus objectif devrait prévaloir au détriment d'un raisonnement essentiellement fonctionnel. Le service rendu par le tiers prime en effet l'intérêt que le bien grevé représente aux yeux du créancier. Si le créancier entend être payé sur le bien, cela ne saurait se faire sans qu'il ait égard à l'absence de profit pour le constituant. Par ailleurs, la circonscription de l'étendue de la sûreté par son objet n'entre pas en contradiction directe avec la qualification de sûreté personnelle. Nul n'est besoin de rappeler les hypothèses de cautionnements dont les montants sont inférieurs à la dette principale, sans que leur qualification ne soit discutée, ni le montant des garanties autonomes qui, par définition, sont indépendants de celui de l'obligation garantie. Certes, il n'y a pas d'engagement personnel à proprement parler puisque l'action du créancier est limitée au bien affecté et cette partie du raisonnement de la Cour de cassation ne peut qu'être approuvée. Pourtant, l'absence d'intérêt que le tiers retire de l'opération devrait-elle être placée au premier rang afin notamment que les règles du cautionnement soient applicables – à supposer que le mécanisme soit rattachable à cette sûreté[1]. L'exercice des recours après paiement n'est pas condamné, grâce aux dispositions du régime général des obligations et à leur interprétation ingénieuse par la haute juridiction mais d'autres dispositions aujourd'hui écartées devraient trouver application dans ce cas de figure – au premier rang desquelles le bénéfice de subrogation[2].

Le critère de l'absence de contribution à la dette ainsi présenté et éprouvé, il convient d'étudier enfin sa négation, constitutive d'une faute. La faute du créancier est, fondamentalement, la méconnaissance de l'absence de contribution à la dette du débiteur de la

[1] Pour une solution qui tente de concilier la position actuelle de la jurisprudence avec les prérogatives qui devraient découler d'un engagement de cette nature, V. Lelieur J., « L'application analogique du régime du cautionnement à la sûreté réelle pour autrui », *RRJ* 2007, n° 3, p. 1235. En faveur du rattachement de cette sûreté au cautionnement, V. également Grimaldi M. (dir.), *Avant-projet de réforme du droit des sûretés*, *op. cit*., art. 2291, p. 52 : « *le tiers constituant est réellement, à bien des égards, dans la même situation qu'une caution, spécialement si la sûreté réelle constituée est exécutée, et plus encore si ce tiers constituant paye volontairement la dette pour éviter la perte du bien affecté en garantie* ».

[2] En ce sens : Simler Ph., « Le cautionnement réel est – réellement – aussi un cautionnement », *RJDA* 2001, chron. p. 235 et *JCP G* 2001. I. 367 ; « Et pourtant, une sûreté réelle constituée en garantie de la dette d'un tiers est un cautionnement…réel », *JCP G* 2006. I. 172 ; Picod Y., n° 44 ; Ansault J.-J., *th. préc.* Ce dernier auteur suggère de dissocier la nature purement personnelle de l'obligation de couverture de la caution réelle, de la nature purement réelle de son obligation de règlement. Cette analyse mixte est pleinement convaincante et paraît d'ailleurs correspondre, *mutatis mutandis*, aux deux rapports de l'obligation : le rapport d'obligation imposerait au créancier l'adoption d'un comportement idoine à la réalisation éventuelle de la sûreté par le tiers (obligation de couverture), cette réalisation ne pouvant être menée que sur le bien affecté (obligation de règlement).

sûreté. Cette méconnaissance prend la forme d'une altération des chances de remboursement du débiteur de la sûreté.

2. L'essence de la faute : l'altération des chances de remboursement du débiteur de la sûreté

324. La faute du créancier bénéficiaire d'une sûreté personnelle par altération des chances de remboursement du débiteur de la sûreté. À travers le recensement des fautes du créancier, un trait commun a pu être mis en évidence, cristallisant la dimension matérielle de ces fautes. Le manquement du créancier à son rapport d'obligation se traduit concrètement par la compromission de la nature de l'engagement du débiteur de la sûreté. La situation de ce débiteur est en effet marquée par cette alternative. Soit il ne sera jamais amené à payer, soit il le sera et demandera ensuite remboursement au débiteur de l'obligation garantie[1]. En d'autres termes, l'engagement doit assurer autant que possible à son débiteur une neutralité patrimoniale, c'est-à-dire ni gain ni perte liés à la sûreté[2]. Il se peut qu'il assume définitivement le poids de son engagement, particulièrement lorsque le débiteur de l'obligation garantie est dans une situation irrémédiablement compromise. Cette situation ne peut et ne doit être que le fruit de circonstances indépendantes du comportement du créancier pour que le débiteur de la sûreté subisse ainsi le poids d'une dette dont il n'a pas tiré profit[3]. À l'inverse dès lors que le créancier se comporte fautivement il en résultera invariablement une altération des chances de remboursement du débiteur de la sûreté. Les devoirs d'information, contractuels ou précontractuels, visent par exemple à prévenir la caution contre les risques potentiels ou avérés de son engagement. Sans ces informations, la caution pourrait ne pas être en mesure de comprendre la portée de son engagement et les prérogatives qui lui sont offertes. Le devoir de mise en garde est à ce sujet plus éclairant

[1] S'il s'abstient volontairement de demander remboursement au débiteur de l'obligation garantie, la qualification de la sûreté personnelle entre alors en conflit avec celle de donation déguisée. V. Barthez A.-S., Houtcieff D., n° 113 ; Simler Ph., n° 59 et 581. Pour une illustration en jurisprudence, V. Civ. 1ère, 17 novembre 1987, *Bull. civ. I*, n° 297 ; *D*. 1988. 275, obs. Aynès L. ; *Defrénois* 1988, art. 34337, p. 1251, obs. Champenois.

[2] Il convient de préciser ici que l'exigence de neutralité économique concerne habituellement l'engagement du créancier, qui ne peut jamais s'enrichir par le seul effet de la sûreté. L'exigence ici appréciée est différente : un débiteur de sûreté personnelle peut tout à fait éprouver une perte définitive. Si le débiteur protégé connait des difficultés financières telles que plusieurs de ses créanciers, dont le garant *solvens*, subissent l'effacement de leur créance, ces derniers n'auront aucun recours. La situation est indépendante du comportement des parties. C'est ici qu'intervient justement la faute : si c'est par le comportement du créancier que le débiteur d'une sûreté personnelle s'expose potentiellement à une contribution à la dette, il disposera alors de moyens juridiques pour en tenir rigueur au créancier fautif.

[3] Ainsi, M. Picod évoque au sujet du cautionnement que « *L'exigence de bonne foi et son corollaire l'obligation de coopération devraient conduire le créancier à ne pas inutilement aggraver le sort de la caution* » (Picod Y., n° 122). Si le critère de l'aggravation suscite l'adhésion, le renvoi à l'inutilité de l'acte est en revanche trop restrictif : il s'agirait plutôt pour ce créancier de ne pas fautivement aggraver le sort de la caution.

encore puisqu'il vise à épargner le débiteur d'un engagement qui pourrait se retourner contre lui. L'exigence de proportionnalité évite à la caution un engagement qui la conduirait certainement, à l'issue de la défaillance du débiteur, à un endettement définitif. Le bénéfice de subrogation assure justement à la caution une chance de restitution : c'est l'archétype de la faute du créancier comme méconnaissance de l'absence de contribution à la dette du débiteur. Les exemples sont nécessairement plus limités dans la garantie autonome, puisque les hypothèses de fautes sont réduites au maximum. Seule la mauvaise foi caractérisée du bénéficiaire tient en échec l'appel du garant. Le raisonnement reste transposable : ce n'est pas parce que le risque doit être caractérisé dans la garantie autonome que la faute du créancier prend une autre tournure. Elle est simplement appréhendée de manière plus souple, plus favorable au créancier mais ses éléments constitutifs sont identiques.

Les garanties dites indemnitaires sont les seules qui échappent quelque peu à la logique d'une contribution à la dette entraînée par la faute du créancier. La raison tient à leur nature : le confortant ne s'engage pas nécessairement à payer une somme d'argent au créancier à la place du débiteur mais à agir de telle sorte que ce dernier honore ses engagements. Il n'en reste pas moins que, si le raisonnement fondé sur l'absence de contribution à la dette n'est pas exactement transposable, la faute du créancier est en substance comparable. Elle aggrave la situation du débiteur de la sûreté qui n'aurait pas eu à agir si le créancier s'était montré diligent et respectueux de ses intérêts. Les effets de cette altération peuvent être seulement virtuels : il suffit que le débiteur secondaire encoure un risque de contribution à la dette pour que le créancier soit fautif. Ce sont donc les chances de remboursement qui sont altérées, non pas le remboursement lui-même[1].

325. La condition suffisante d'une contribution potentielle à la dette ou l'altération des chances de remboursement. Il est impératif de nuancer le critère matériel de la faute du créancier par la précision suivante. La méconnaissance par le créancier de la nature de l'engagement du débiteur de la sûreté n'a pas à déployer ses effets pour être sanctionnée, elle peut être simplement virtuelle. Il suffit que le débiteur soit exposé, par la faute du créancier, à un risque de contribution à la dette. De fait, tout débiteur d'une sûreté personnelle n'est pas immunisé contre ce risque, particulièrement si le débiteur principal est aux abois et

[1] V. en ce sens Picod Y., n° 122, qui affirme à propos du cautionnement : « *le comportement du créancier constitue une faute contractuelle (défaut de vigilance) ; le préjudice consistera généralement en la perte d'une chance d'échapper au paiement de la dette principale* ». V. également Arlie D., « L'inefficacité du cautionnement en raison d'un manquement ou d'une négligence du créancier dans ses rapports avec la caution », *RRJ* 2001-4, p. 1445.

que les chances de réussite d'une action récursoire par le garant se volatilisent en conséquence. En dehors de cette hypothèse, chaque faute du créancier aura pour conséquence de précariser un peu plus le débiteur de la sûreté. Du fait que le seul droit de ce débiteur soit concentré dans ses recours après paiement, les chances de remboursement qui en résultent sont le seul témoin d'une éventuelle faute du créancier. La nature seulement potentielle de la transformation est incontournable et il n'est guère nécessaire de revenir sur chaque exemple recensé. Le traitement de la faute du créancier, par la loi comme par les tribunaux, prouve que le débiteur n'a pas à subir une contribution à la dette avérée et définitive pour assigner le créancier fautif. Au contraire, dans l'immense majorité des hypothèses de faute, le débiteur n'attend pas d'éprouver concrètement la faute avant d'agir. Par exemple, la perte d'un droit préférentiel par un créancier cautionné entraine selon l'article 2314 du code civil une réduction du cautionnement équivalente à la valeur du droit perdu. Cela ne signifie nullement que la caution aurait contribué à la dette à la hauteur exacte de cette valeur, si elle avait payé le créancier sans invoquer le bénéfice de subrogation. La virtualité du paiement de la caution trouve un écho dans la faute du créancier. Ce n'est pas le remboursement lui-même qui est contrarié, car il reste par définition conditionnel, mais les chances de remboursement qui sont altérées. Cette altération porte par ailleurs sur l'étendue voire le principe même de ces chances de remboursement, selon la nature de la faute[1].

Tout autre exemple permet d'arriver au même constat. Dès lors que le créancier perturbe la situation du débiteur de la sûreté au vu de ce qui a été ou aurait dû être convenu, il méconnait la nature de son engagement et la transforme potentiellement en une contribution à la dette. Il est donc permis de voir en conséquence, dans le droit des sûretés personnelles au moins, l'émergence d'un devoir du créancier : celui de préserver les intérêts du débiteur de la sûreté.

326. L'émergence d'un devoir général du créancier : la préservation des intérêts du débiteur de la sûreté. Plusieurs auteurs ont déjà souligné le mouvement uniforme qui frappe le droit des sûretés personnelles et qui consiste à assigner au créancier le respect de nombreux devoirs[2]. Le déséquilibre consubstantiel à la matière dont s'est emparé le droit de la consommation, relayé par la jurisprudence, est ainsi progressivement corrigé en épargnant les

[1] Il est significatif de constater que, pour le cautionnement au moins, le bénéfice de subrogation se présente comme la faute générique du créancier envers la caution. L'effet relatif aux chances de remboursement de la caution est plus évident encore que dans les autres fautes et, surtout, il fait partie des rares dispositions qui concernent toutes les variétés de cautionnements, puisqu'il est d'ordre public.

[2] V. not Dupichot Ph., *th. préc.*, n° 167. V. également Aynès L., « Vers une déontologie du contrat ? », *Bull. inf. C.* 2006, n° 646, p. 4 ; Marty R., « Cautionnement et comportement du créancier », *JCP E* 13 septembre 2007, n° 37, p. 9 s. ; Séjean M., *th. préc.*, n° 268 s.

débiteurs d'engagements jugés trop risqués pour eux. Cette protection grandissante, dont le respect a été attribué aux créanciers, surtout lorsqu'ils sont institutionnels, a eu pour conséquence l'émergence d'un devoir nouveau et générique à leur charge. Ce nouveau devoir peut être énoncé comme un devoir de préserver les intérêts du débiteur de la sûreté[1]. Cette émergence, à s'en tenir à de strictes considérations d'opportunité, est louable. Le déséquilibre propre à la matière, s'il ne peut ni ne doit être absolument effacé, mérite au moins d'être corrigé avec plus ou moins de vigueur. L'efficacité de la sûreté ne doit pas être comprise comme une ligne de mire unique et indépassable, de la même manière que la protection de débiteurs de sûretés personnelles n'est pas le signe d'un déclin irréversible de la discipline. La recherche d'un équilibre, d'une juste mesure des intérêts de chacun doit irriguer la détermination du régime de ces sûretés. Comme un reflet négatif des devoirs que le créancier assume désormais, sa faute est un curseur utile à la recherche de cet équilibre. Aussi, l'analyse dualiste moderne de l'obligation offre une explication appropriée. Dépourvu de rapport obligatoire, autrement dit de prestation, l'engagement du créancier ne donne lieu qu'à la création d'exigences comportementales, constitutifs de son rapport d'obligation. La densification croissante de ce rapport permet d'attester l'existence d'un devoir générique de préservation des intérêts de la caution. En somme le créancier doit « *mériter* » son paiement[2]. Si la nature fondamentalement unilatérale des sûretés personnelles justifie d'autant plus que le créancier assume de telles exigences, il est impérieux de veiller à ce qu'elles ne se transforment pas en un devoir de privilégier les intérêts du garant. La sûreté reste un mécanisme qui doit d'abord profiter au créancier et la situation patrimoniale parfois périlleuse du débiteur ne justifie pas que cette fonction soit littéralement sacrifiée sur l'autel de considérations étroitement axiologiques, voire moralisantes. Le devoir de préserver les intérêts du débiteur de la sûreté[3] doit être savamment entretenu afin d'éviter qu'il travestisse le droit des sûretés personnelles en devenant le devoir de privilégier ces intérêts.

---

[1] Des auteurs évoquent « *un devoir de ne pas aggraver le sort de la caution* » (Cabrillac M., Mouly Ch., Cabrillac S., Pétel Ph., n° 328, citant comme exemple Civ. 1ère, 16 juillet 1998, n° 96-17.476 ; *JCP G* 1998. II. 10000 et *JCP E*. 1998. 128, note Fages B. ; *Rev. soc*. 2001, n° 4, p. 843, note Stoufflet J.). L'arrêt condamne, sur le fondement de l'ancien art. 1147 c. civ., un créancier pour avoir laissé s'accumuler de nombreux loyers impayés, sans en demander progressivement paiement à la caution. V. également Picod Y., n° 122 : « *à l'égard de l'obligé accessoire, cela se traduira par une obligation, sinon de coopération, tout au moins de* vigilance *quant à la sauvegarde des intérêts de la caution* ». L'argument est extensible à tout débiteur de sûreté personnelle.

[2] Séjean M., *th. préc.*, p. 251.

[3] Selon une formule comparable : « *le créancier supporte le devoir de minimiser la dette de la caution […] La violation de ce devoir par le créancier est une faute du créancier* » (Mignot M., n° 296).

327. L'inexistence du devoir de privilégier les intérêts du débiteur de la sûreté. Le visage moderne des sûretés, marqué par une diligence accrue exigée du créancier, doit être épargné d'un risque qui, à peine caricaturé, reviendrait à transformer la sûreté en un mécanisme qui ne profite plus guère au créancier mais davantage à son débiteur. Il faut toutefois se garder de croire qu'un tel stade soit déjà atteint, ce que d'aucuns pourtant redoutent[1]. Aucune disposition légale n'autorise une conclusion aussi drastique et la jurisprudence tempère cette crainte au prix, parfois, de quelques excès et maladresses. Il a par exemple été décidé, dans le cadre de l'apurement de passif d'un débiteur, que le créancier n'était pas fautif à l'endroit de la caution pour être convenu avec le débiteur du paiement d'une dette autre que celle cautionnée[2]. Plusieurs autres décisions vont dans le même sens. Dans l'hypothèse d'une pluralité de sûretés pour une même dette, la haute juridiction a retenu l'absence de faute du créancier lorsque celui-ci met en œuvre un cautionnement plutôt qu'une clause de réserve de propriété[3] ou qu'une garantie autonome[4]. Il est à espérer que l'appréhension par la jurisprudence de la pluralité de sûretés pour une même dette soit à l'avenir aussi convaincante et, globalement, que le droit des sûretés personnelles sera préservé de cette dérive qui consisterait à protéger surtout le débiteur, là où le créancier mérite en premier lieu cette protection. Il en va de la fonction et de la cohérence du droit des sûretés. La primauté des intérêts du débiteur de la sûreté sur ceux du créancier constitue ainsi une

[1] V. not. Barthez A.-S., Houtcieff D., n° 662 s. ; Mignot M., « Le devoir de mise en garde de l'emprunteur et de la caution : devoir d'informer, de conseiller, ou de s'abstenir de contracter ? » *in Le crédit. Aspects juridiques et économiques*, Dalloz, 2012, spéc. n° 20.

[2] Com., 9 juin 1987, *Bull. civ. IV*, n° 137 ; *JCP* 1987, IV, p. 283.

[3] Com., 14 juin 1994, *Bull. civ. IV*, n° 209. Il s'agissait en l'occurrence d'un concours entre un cautionnement et une clause de réserve de propriété, à propos duquel la Cour retient « *que dans le cas où un vendeur bénéficie à la fois d'un cautionnement solidaire garantissant le paiement du prix de vente et d'une clause de réserve de propriété, aucun texte ne subordonne l'exercice de son recours contre la caution à la revendication préalable du bien vendu* ». La solution est incontestable pour deux raisons. Premièrement, la seule pluralité de sûretés n'est pas un motif suffisant pour imposer au créancier un ordre dans la réalisation de celles-ci. D'ailleurs comment comprendre l'existence du recours subrogatoire offrant à la caution *solvens* la transmission des droits préférentiels du créancier, s'il était obligatoire pour celui-ci d'épuiser tous ces droits avant d'actionner la caution ? En deuxième lieu et de manière plus circonstancielle, quel sens y aurait-il à imposer au créancier la revendication du bien vendu sur le fondement de la clause de réserve de propriété avant d'invoquer le cautionnement ? Dans la mesure où ladite clause n'est pas satisfactoire des intérêts du créancier, puisque sa mise en œuvre aboutit à un retour au *statu quo ante*, il serait incompréhensible de le priver du bénéfice de la vente, alors que le cautionnement a précisément été conclu dans le but de donner à ce contrat son plein effet, malgré la défaillance éventuelle de l'acquéreur.

[4] Com., 2 juin 2004, *Bull. civ. IV*, n° 106 ; *Gaz. Pal*. oct. 2004, n° 280, p. 9 ; *CCC* aout 2004, n° 8, p. 11, note Leveneur L. ; *D*. 2004. 2706, note Aynès L. ; *RLDC* janv. 2005, p. 21, note Pardoël D. L'attendu, bien que seulement décisoire, sonne comme un attendu de principe : « *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* ». La réserve émise par la Cour est bienvenue : la liberté est de principe mais si elle est détournée par le créancier qui entend simplement nuire à la caution, elle doit être sanctionnée. V. plus largement sur la question Mestre J., « Réflexions sur l'abus du droit de recouvrer sa créance », *Mél. Raynaud*, Dalloz, 1985, p. 439.

limite infranchissable et indispensable à la création des devoirs du second, dont l'étude des manquements arrive à son terme.

328. Récapitulatif sur la faute du créancier commise contre le débiteur de la sûreté. Un premier élément commun à tout engagement en qualité de créancier d'une sûreté personnelle, sans préjuger de la qualité des parties, est que le créancier doit adopter un comportement approprié à l'endroit de ses différents débiteurs. Le foyer des exigences comportementales se situe dans son rapport d'obligation, composante systématique et expression la plus élémentaire du *vinculum juris*. Telle est la nature fondamentale de l'engagement d'un créancier à une sûreté personnelle.

Aussi, la faute contractuelle a vu sa définition ajustée, comme étant un manquement au rapport d'obligation. Lorsque la faute est précontractuelle, le devoir manqué est celui contenu à l'article 1240 du code civil : ne pas nuire à autrui. Ce devoir n'est autre que le rapport d'obligation avant qu'il soit saisi par l'engagement des parties. Lorsque la sûreté est valablement constituée, la faute est bien un manquement par le créancier à son rapport d'obligation, donc aux exigences comportementales exigées de lui. De cette définition large, a pu être déterminé à travers plusieurs exemples ce qui est réellement constitutif de la faute du créancier. Il s'agit d'une compromission de la nature de l'engagement du débiteur de la sûreté. Cet engagement étant fondamentalement caractérisé par une absence de contribution à la dette, la faute du créancier consiste alors en une altération des chances de remboursement du débiteur de la sûreté. Autrement dit chaque fois que le créancier se rend fautif à l'égard du débiteur de la sûreté, il l'expose à un risque plus grave que celui qui découle de l'engagement lui-même : assumer définitivement le poids d'une dette dont il ne retire aucun profit. Il y a donc dans l'engagement du créancier, un devoir générique qui consiste à préserver les intérêts du débiteur de la sûreté, sans jamais que ce devoir ne lui impose de privilégier ces intérêts.

CONCLUSION DU CHAPITRE I

329. Conclusion du Chapitre I. La dimension matérielle de la faute est invariable et ne dépend pas des parties. Il s'agit d'un manquement au devoir général de ne pas nuire à autrui ou aux exigences comportementales spécifiques que le rapport d'obligation fait peser sur chaque partie. Ces exigences étant nécessairement différentes selon qu'elles astreignent le sujet passif ou actif de l'obligation, leur traduction concrète correspond alors aux schémas suivants.

La faute du débiteur d'une sûreté personnelle commise à l'endroit du créancier consiste en une altération de la chance supplémentaire de paiement octroyée à ce créancier. Sa faute commise contre les autres débiteurs de l'opération garantie, les autres débiteurs de la même sûreté ou les débiteurs de garanties de second degré, consiste quant à elle en une aggravation de ces divers engagements interdépendants. La faute du débiteur de la sûreté est ainsi plurielle car sa physionomie est fonction de la personne qui en éprouve un préjudice et de sa qualité (créancier, débiteur de l'obligation garantie, débiteur d'une sûreté de second rang).

La faute du créancier d'une sûreté personnelle est en revanche unitaire. Elle est invariablement constituée par une perturbation de la nature de l'engagement du débiteur de la sûreté. Ce dernier ne contribuant pas à la dette, la faute du créancier revient à altérer ses chances de remboursement. Cette altération se vérifie qu'il s'agisse du débiteur de la sûreté ou d'un contre-garant, au sens large.

Ces premiers éléments de synthèse doivent désormais être complétés par l'analyse de la dimension personnelle de la faute. Cette dimension personnelle, ou subjective, correspond aux diverses qualités juridiques que les protagonistes d'une opération de sûreté personnelle peuvent revêtir et qui exercent une influence directe sur la consistance de leurs droit et devoirs. Par conséquent, cette dimension personnelle aura également une incidence sur les éléments constitutifs d'une faute commise par l'un de ces protagonistes.

Chapitre II. La dimension personnelle de la faute

330. La faute, manifestation d'un comportement inapproprié de l'auteur. Le fait pour le débiteur d'une sûreté personnelle de compromettre la chance supplémentaire de paiement reconnue au créancier sera diversement appréciée selon qu'il est rompu aux techniques du crédit, seulement initié, ou à l'inverse totalement ignorant. Cette dimension n'est pas propre au droit des sûretés, toute faute ayant une dimension matérielle et une dimension personnelle. Aussi la dimension matérielle de la faute devait-elle être analysée en priorité : la faute est avant tout un comportement objectivement décelable, un fait extériorisé par l'agent et saisi par le droit. Toute recherche des éléments relevant de la personnalité, des qualités, des habitudes de l'agent serait vaine s'il s'avérait qu'en amont, le fait reproché n'avait rien de fautif. À l'inverse, l'analyse du seul fait est insuffisante. Les qualités de l'agent déterminent largement la nature fautive de son comportement. En matière de sûretés, les qualités des parties sont alors déterminantes, ce à quoi la professionnalisation du crédit n'a d'ailleurs pas été indifférente.

331. La force d'attraction de la professionnalisation du crédit. Le développement considérable du crédit depuis la deuxième moitié du XX^{e} siècle n'est plus à établir, tant le mécanisme est devenu la pierre angulaire des sociétés libérales. Comme une suite logique de cette évolution, le crédit est devenu affaire de profession. Bien que le monopole bancaire connaisse des exceptions de plus en plus variées, le crédit institutionnel reste aujourd'hui le principe. En reflet parfois tardif de ces réalités, le droit s'est emparé de la professionnalisation du crédit pour la régir. Les lacunes du code civil écrit pour un autre temps ont engendré la prolifération de divers textes spéciaux, puis de codes concurrents et enfin de disciplines à part entière, marquées par une autonomie certaine vis-à-vis du droit civil. Le mécanisme du crédit est désormais davantage organisé par le droit de la consommation, le droit commercial ou encore le droit bancaire plutôt que par le seul droit civil.

Or au fondement du crédit se trouvent les sûretés, que le Livre IV du code civil régit. Leur évolution est semblable. Initialement de nature civile, les sûretés trouvent aujourd'hui leur terrain d'élection dans le monde des affaires[1]. Par conséquent, seront traitées différemment les sûretés consenties par un commerçant dans le cadre de son activité professionnelle et celles

[1] Au point que certains acteurs ont fait des sûretés leur activité principale, comme les sociétés de cautions mutuelles ou l'agent des sûretés.

consenties par un particulier dans le cadre de sa vie privée, pour ne prendre que ces exemples. Ce seront alors les fautes commises par chacun qui, à l'évidence, feront l'objet de traitements variés : dans l'exemple cité, la faute du premier sera en principe plus sévèrement appréhendée que celle du second. Le schéma ne peut cependant être résumé aussi simplement, car le droit positif connait une multitude de qualités que les parties à une sûreté peuvent revêtir. Cette multitude est complexifiée par le cumul possible des diverses qualités, qui ne sont pas toutes exclusives les unes des autres. La mise en évidence de ce foisonnement révèle les difficultés qui peuvent ressurgir dans le traitement d'une faute.

332. Le foisonnement conflictuel de qualités multiples. Les acteurs d'une opération de sûreté peuvent tour à tour être une personne physique ou morale ; un consommateur, un professionnel ou un non-professionnel ; un commerçant ou un non commerçant ; une caution avertie ou une caution profane… Nul n'est besoin de dresser une liste exhaustive des qualités qui intéressent le droit des sûretés pour pressentir la conflictualité de leur agencement. Pourtant, leur détermination est décisive et l'argument dépasse le seul cadre du droit des sûretés. S'il est vrai qu'un contrat est une technique d'échange de biens et autres valeurs économiques, il n'est pas un mécanisme absolument indifférent aux qualités de ceux qui l'ont créé. Ces personnes exercent sur le contrat, par le biais de leur qualité, une influence décisive, avant-même que leur comportement ne le fasse. Il y a donc dans les sûretés personnelles en particulier une difficulté fondamentale qu'il s'agira de traiter : l'existence de multiples qualités, dont les recoupements sont autant d'obstacles à la mise en place d'un régime uniforme. La mise en œuvre des qualités s'avère en effet contrariée par la diversité et l'absence d'harmonie de ces qualités. Il convient ainsi d'analyser, quant à l'appréhension de la notion de faute, l'influence de la qualité des parties (Section 1) et la mise en œuvre de la qualité des parties (Section 2).

Section 1. L'influence de la qualité des parties dans l'appréhension de la faute

333. Une influence variable, fonction de l'origine de la qualité. Toutes les qualités que le droit positif reconnait n'exercent pas la même influence sur le régime des sûretés, ce qui se vérifie spécialement à travers l'examen de la faute. Certes les qualités les plus fondamentales – personnes physiques ou morales par exemple – auront une incidence mais il

s'avère que les qualités découvertes par la jurisprudence illustrent bien plus nettement la manière dont une faute sera appréhendée et sanctionnée juridiquement. L'influence modérée des qualités légales dans l'appréhension de la faute (§ 1) laisse alors place à une influence marquée des qualités prétoriennes (§ 2).

§ 1. L'influence modérée des qualités légales

334. Des qualités générales aux qualités particulières. Un contractant peut simultanément revêtir plusieurs qualités lorsque celles-ci ne sont pas incompatibles. Ce cumul possible doit son explication aux sources des différentes qualités réparties entre le droit commun (A) et les droits spéciaux (B).

A. Qualités issues du droit commun

335. Personnes physiques et personnes morales. À suivre la classification tripartite des sûretés personnelles telle qu'elle consacrée dans le code civil, il n'est fait aucune référence à la qualité de personne physique ou morale des parties à l'acte : les deux peuvent invariablement être débitrices ou créancières d'une sûreté[1]. Hormis pour ceux des groupements dont la personnalité juridique peut susciter des interrogations, la dichotomie est évidente car elle repose sur une donnée factuelle. Elle oppose une personne à un groupement de personnes. En elle-même, cette première distinction n'est pas réellement source de difficultés lorsqu'il s'agit d'établir la responsabilité ou le degré de responsabilité de la partie qui commet une faute. Ce sont en revanche des questions de protection qui peuvent se poser au sujet de ces deux qualités. Est-il concevable, par exemple, qu'une personne morale soit protégée par l'exigence consumériste de proportionnalité lorsqu'elle s'engage en qualité de caution ? La mise en perspective des différentes qualités sera l'occasion de revenir sur ces

[1] Sur les rapports entre personnes morales et sûretés personnelles, V. Barbieri, « Cautionnement et sociétés : dix ans de jurisprudence », *LPA* 26 février 1992, p. 6 et 28 février 1992, p. 4 ; Bouteiller P., « Les conditions de validité du cautionnement souscrit par une personne morale », *art. préc.* ; Cerles A., « Conditions de validité du cautionnement délivré par une société civile », *RDBF* 2008, étude n° 1 ; Honorat A., « Sociétés et cautionnement », *Defrénois* 1982, art. 32970 ; Hovasse H., « Les cautions données par les sociétés et l'objet social », *Dr. et patr*. avril 2001, n° 92, p. 76 ; Piedelièvre A., « Remarques sur l'infléchissement de la notion de personnalité morale par le cautionnement », *Gaz. Pal*. 1982, 1, doctr. p. 85 ; Piette G., « Cautionnement et intérêt social. Les implications réciproques », *JCP G* 16 juin 2004, n° 25, p. 1111 ; Schultz P., *Les dispositions spécifiques relatives aux garanties consenties par les sociétés au profit des tiers*, thèse Strasbourg, éd. Septentrion, 2001 et « L'associé cautionné par sa société et l'intérêt social », *Mélanges Simler*, Litec-Dalloz, 2006, p. 429. V. également Houtcieff D., « La garantie autonome souscrite par une personne physique : une sûreté en quête d'identité », *RLDC* 2006, n° 29, p. 31 s.

questions. Pour l'heure, la distinction fondamentale du droit des personnes ne suscite pas de difficultés dans le traitement de la faute.

336. Mineurs, majeurs et majeurs protégés. Deux autres distinctions cardinales du droit des personnes sont celles opposant les mineurs aux majeurs et les majeurs protégés aux majeurs non-protégés. À lire les règles propres à ces catégories de personnes (mineur émancipé ou non[1], majeur sous tutelle[2], curatelle[3] ou sauvegarde de justice[4]) comme celles spécifiques à chaque sûreté[5], la distinction ne perturbe pas réellement le traitement de la faute commise dans ces hypothèses. Les dispositions concernées traitent exclusivement de la question de la capacité de ces personnes donc, puisqu'il est directement lié, de leur consentement. Dès lors, si la sûreté consentie par une personne mineure ou protégée l'est valablement, ces qualités n'auront qu'une incidence résiduelle, voire inexistante, dans le traitement de la faute. Ce n'est qu'au titre de la formation de la sûreté que ces qualités intéressent le droit ou, plus marginalement, si le débiteur de la sûreté est frappé par une mesure de protection lors de d'exécution de l'opération garantie.

B. Qualités issues des droits spéciaux

337. Les qualités propres au droit de la consommation : professionnel, consommateur et non-professionnel. Le développement récent du droit de la consommation s'est accompagnée d'une définition étonnamment tardive des qualités pourtant fondamentales de cette branche du droit. Il est désormais possible de trouver une définition légale de ces qualités à l'article liminaire du code de la consommation. Le consommateur est défini comme

[1] Le mineur ne peut, seul, se porter caution (Paris, 5 juillet 1979, *JurisData* n° 1980-098476) ; le mineur émancipé peut quant à lui le faire, puisqu'il est capable « *comme un majeur, de tous les actes de la vie civile* » (art. 413-6 c. civ).

[2] La disposition essentielle est l'art. 464 c. civ., qui prévoit un régime original quant aux actes accomplis par le protégé. Ceux-ci sont réductibles si le créancier connaissait la situation de son cocontractant lors de la formation de la sûreté et éventuellement annulables si le protégé en éprouve un préjudice. La conclusion de sûretés personnelles relève de cette catégorie. V. par ex. : Civ. 1ère, 24 mai 2007, *Bull. civ. I*, n° 208 ; *JCP G* 2007, I, 212, n° 2, obs. Simler Ph. ; *D*. 2007, act. p. 1666, obs. Delaporte-Carré C.

[3] L'art. 464 c. civ. précité est également applicable, avec cette réserve toutefois que la présence du curateur lors de la conclusion de l'acte permet de donner à ce dernier sa validité. En effet, selon l'art. 467, al. 2 c. civ. : « *lors de la conclusion d'un acte écrit, l'assistance du curateur se manifeste par l'apposition de sa signature à côté de celle de la personne protégée* ».

[4] Celui-ci peut tout à fait se porter débiteur d'une sûreté personnelle, étant entendu « *qu'il conserve l'exercice de ses droits* » (art. 435 c. civ.).

[5] Seul l'art. 2289 c. civ. renvoie à l'hypothèse de la minorité : « *on peut néanmoins cautionner une obligation, encore qu'elle pût être annulée par une exception purement personnelle à l'obligé ; par exemple, dans le cas de minorité* ». Un raisonnement par analogie avec les règles générales de protection appliquées au cautionnement permet de déduire qu'elles le sont également à toute autre sûreté personnelle dès lors que leur critère commun est celui d'un engagement de payer à titre de garantie dépourvu, donc, de contribution à la dette.

« *toute personne physique qui agit à des fins qui n'entrent pas dans le cadre de son activité commerciale, industrielle, artisanale, libérale ou agricole* ». Le professionnel s'entend de « *toute personne physique ou morale, publique ou privée, qui agit à des fins entrant dans le cadre de son activité commerciale, industrielle, artisanale, libérale ou agricole, y compris lorsqu'elle agit au nom ou pour le compte d'un autre professionnel* ». Quant au non-professionnel, il s'agit de « *toute personne morale qui n'agit pas à des fins professionnelles* ». Ce triptyque est donc partiellement fondé sur la *summa divisio* du droit des personnes distinguant les personnes physiques des personnes morales. Cela étant, il peut par exemple paraître curieux que le non-professionnel ne puisse être qu'une personne morale et que la qualité de personne physique soit exclusive de celle de non-professionnel. Il est tout à fait concevable, en effet, qu'une personne physique n'agisse pas à des fins professionnelles, sans être pourtant assimilable à un consommateur[1]. Il semblerait donc que les définitions légales soient à parfaire pour que leur application soit plus heureuse encore, ce d'autant plus que le code de la consommation lui-même se défait parfois de ces qualités, en conférant à certaines dispositions un champ d'application qui dépasse largement l'objectif de protection souhaité[2].

Avant de suggérer des pistes de réflexion et de tenter d'harmoniser et de rationaliser les différentes qualités des parties à une sûreté personnelle, il est essentiel de souligner ici l'influence grandissante du droit de la consommation sur le droit des sûretés personnelles. Le code de la consommation contient en effet des dispositions spécifiquement consacrées, par exemple, au cautionnement ou à la garantie autonome[3]. La raison, déjà évoquée, tient à l'expansion du crédit, lui-même intimement lié aux garanties. Les trois qualités fondamentales

---

[1] Par exemple, la profession d'avocat relève, en général, du domaine juridique et judiciaire. Chacun dispose d'un domaine de compétence plus ciblé, par exemple le droit de l'informatique. Poursuivant cet exemple, un avocat qui entend profiter des services d'une société pour l'installation et la maintenance d'un parc informatique et de logiciels nécessaires au développement de son activité doit-il être considéré comme un professionnel ou un consommateur ? Faut-il s'en tenir à sa discipline en général (la sphère juridique) et conclure qu'il est un consommateur ou faut-il rechercher plus précisément ses compétences et estimer qu'il est un professionnel ? Les deux réponses recèlent leur part d'artifice et témoignent de l'insuffisance des définitions légales dès lors qu'elles ne sont pas basées sur le critère de la compétence.

[2] Selon l'art. L. 332-1 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* ». L'ambiguïté est flagrante. Les dirigeants de société, qui sont des personnes physiques habituées aux techniques du crédit et des garanties, se trouvent protégées par la rédaction inopportunément large de cette disposition consumériste.

[3] Pour exemple, le livre III consacré au crédit contient un titre III exclusivement dédié au cautionnement. Aussi, l'art. L. 314-9 dispose que « *la garantie autonome définie à l'article 2321 du code civil ne peut être souscrite à l'occasion d'un crédit relevant des chapitres II et III du présent titre* », à savoir le crédit à la consommation et le crédit immobilier.

de la matière jouent donc un rôle essentiel dans le traitement des sûretés en général et de la faute en particulier.

338. Les qualités propres au droit commercial : commerçant et non-commerçant. Les commerçants sont « *ceux qui exercent des actes de commerce et en font leur profession habituelle* » selon l'article L. 121-1 du code de commerce. La définition ne manque pas de clarté, mais elle n'est que relative. Le commerçant n'est, du point de vue du code de la consommation, qu'une variété spécifique de professionnel. La relativité des différentes qualités se ressent davantage lorsqu'elles sont confrontées à celles des autres branches du droit et préfigure ainsi les difficultés de leur agencement. Toutes les qualités ne sont pas, en effet, parfaitement hermétiques les unes aux autres. Certes les garanties commerciales sont pour l'essentiel exclusivement réservées aux commerçants mais cela ne résout pas le problème de l'influence croisée des différentes qualités[1].

Indépendamment du chevauchement de ces qualités, celles issues du droit commercial jouent un rôle qualitativement comparable à celles du droit de la consommation. Les règles générales qui gouvernent le droit des commerçants s'appliquent naturellement aux sûretés que ceux-ci concluent. Or le commerce est un domaine que le crédit innerve. Par voie de conséquence, certaines sûretés ont une origine et une identité que le droit commercial a entièrement façonnées. Cette singularité ne doit toutefois pas préjuger de l'autonomie de la faute en la matière, car les mécanismes sont fondamentalement similaires à ceux du droit civil, dont le droit commercial n'est qu'un dérivé. Enfin, le traitement de la faute en la matière ne doit pas non plus dissimuler le rôle bien plus important des sûretés réelles en droit commercial, à côté desquelles les sûretés personnelles paraissent bien marginales[2].

339. Des distinctions légales à la distinction prétorienne. Ces qualités élémentaires succinctement présentées exercent une influence inégale sur le droit des sûretés. Il est une

[1] Sur les garanties de nature commerciale, en général, V. not. Legeais D., « De la distinction des sûretés civiles et commerciales », *Mélanges P. Didier*, Economica, 2008, p. 237 ; Martin-Serf A., « L'interprétation extensive des sûretés réelles en droit commercial », *RTD com.* 1980. 677 ; Roblot R., « Le cautionnement des dettes d'une société commerciale par ses dirigeants », *Mélanges Derruppé*, Litec, 1991, p. 347.

[2] Certes la garantie autonome, avant d'être légalement consacrée, est née de la pratique du commerce international et les sociétés de cautions mutuelles sont des organismes régis par le code de commerce (art. L. 121-6). Les exemples de sûretés réelles spécifiquement commerciales ou nées de cette pratique sont en revanche bien plus variés. Les art. L. 521-1 à L. 527-9 c. com régissent en effet le gage commercial, les dépôts en magasins généraux, le warrant hôtelier, le warrant pétrolier, le nantissement de l'outillage et du matériel d'équipement, les mesures de protection de l'entrepreneur individuel et du conjoint, et le gage des stocks. D'autres dispositions isolées traitent de sûretés spécifiques, comme l'art. L. 142-1 relatif au nantissement de fonds de commerce.

autre qualité découverte par les juges en matière de cautionnement dont l'influence est aujourd'hui décisive, particulièrement dans le traitement de la faute. Il s'agit de la qualité de caution avertie, opposée à celle de caution profane. À première vue, il semblerait que ces notions soient un exemple supplémentaire de la perméabilité des qualités examinées, la distinction n'étant pas sans rappeler celle opposant professionnels et consommateurs, par exemple. Il s'agit de revenir sur les origines et le développement de ces qualités prétoriennes, frappées d'un certain paradoxe. Alors qu'elles semblent vouées à ne régir que les stricts rapports liant une caution à son créancier, elles ont déjà essaimé et influencé en retour la qualité bien plus large de débiteur. Ces qualités prétoriennes ont donc une influence avérée sur le traitement de la faute.

§ 2. L'influence avérée des qualités prétoriennes

340. La qualité de caution avertie, une œuvre prétorienne moderne. Aucun texte de loi n'évoque la qualité de caution avertie, c'est à la jurisprudence que revient le mérite de cette création. Il convient de revenir sur la découverte de cette qualité (A), son contexte, ses raisons, avant de présenter le développement qualitatif et quantitatif qu'elle a connu (B).

A. La découverte de la qualité de caution avertie

341. Une distinction découverte pour limiter les cas de responsabilité du créancier cautionné[1]. La distinction entre caution avertie et caution profane ne dispose d'aucune assise textuelle, elle est une création purement prétorienne[2]. Cette création répondait à un besoin concret : limiter les hypothèses devenues trop nombreuses d'engagement de la responsabilité du créancier, ce qui avait pour conséquence d'affecter sensiblement l'efficacité

[1] Il a été avancé que la distinction entre cautions profanes et averties serait un obstacle à la relance du crédit, puisqu'elle susciterait la méfiance des créanciers. Or la distinction a précisément un effet inverse. En effet, s'il n'existait pas de dissociation entre ces types de cautions, elles bénéficieraient toutes des mesures protectrices, lesquelles constituent le frein au crédit tant décrié. La découverte de la qualité de caution avertie permet justement de faire échapper un nombre important de cautions aux mesures de protection parfois inhibitrices du crédit. La distinction est un soutien à l'efficacité du cautionnement puisqu'elle enraye le jeu de ces mesures qui, appliquées à des initiés, seraient illégitimement surprotectrices. Pour des développements plus complets, V. Palvadeau E., « Réflexions sur la caution avertie », *Dr. et patr*. oct. 2012, n° 218, p. 36.

[2] Ce qui sert d'ailleurs d'argument aux détracteurs de la distinction : l'absence de fondement légal suffirait à la congédier. Cela ne convainc pas, d'abord parce que la distinction peut toujours être rattachée à un fondement légal, au besoin par une interprétation extensive. Aussi, nul n'est besoin de rappeler le rôle de la jurisprudence comme source informelle du droit, ce que les détracteurs semblent omettre. La distinction est ainsi plus une œuvre *praeter legem* que *contra legem*. *Contra* Barthez A.-S., Houtcieff D., n° 220.

du cautionnement[1]. Le contentieux type à l'origine de la distinction est celui d'un dirigeant qui se porte caution des engagements de sa société et qui, une fois appelé en paiement, agit sur le terrain de la responsabilité du créancier qui ne l'aurait pas suffisamment informé des risques de son engagement. La Cour de cassation, initialement réceptive à ces demandes, est ensuite largement revenue sur sa position en refusant que la responsabilité du créancier soit retenue lorsque le dirigeant « *avait une parfaite connaissance de la situation de l'entreprise lorsqu'il s'en est porté caution* »[2]. Reprenant le critère des connaissances dont la caution dispose quant aux risques inhérents à son engagement, la Cour de cassation n'a depuis lors cessé de reconduire cette solution en dehors des considérations de fait propres au contentieux initial, à savoir un dirigeant caution qui invoque le manquement du créancier à son obligation d'information.

342. L'extension de la distinction à d'autres situations. Si l'information due par créancier cautionné constitue la matrice de la distinction, d'autres hypothèses ont connu son application. Parmi elles, la proportionnalité du cautionnement. Avant que le législateur n'intervienne sur ce point avec la loi *Neiertz* du 31 décembre 1989 puis la loi *Dutreil* du 1er aout 2003, l'arrêt *Macron* avait posé l'exigence d'une juste mesure entre le montant de l'engagement de la caution et ses facultés contributives[3]. La généralité de la solution ayant incité nombre de cautions à en tirer profit, la chambre commerciale a sensiblement restreint la portée de l'exigence de proportionnalité en décidant, dans l'arrêt *Nahoum* que les dirigeants 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 fondés à rechercher la responsabilité de cette banque* »[4]. La qualité de caution avertie, si elle n'apparaît pas explicitement dans l'attendu décisoire de l'arrêt, n'en est pas moins au fondement de la solution. Elle peut en effet se déduire de la référence aux informations que la banque aurait eues.

Cette même qualité a, enfin, permis d'écarter la responsabilité du créancier sur le fondement de son devoir de mise en garde. Envisagé comme le versant négatif de l'obligation d'information, le devoir de mise en garde impose au créancier de prévenir la caution sur les

[1] V. Simler Ph., Delebecque Ph., n° 189.
[2] Com., 15 février 1994, *Bull. civ. IV*, n° 60 ; *Gaz. Pal*., 20 mars 1998, n° 79, p. 2, chron. Rivet B. L'arrêt, s'il n'évoque pas la qualité de caution avertie, semble être toutefois le premier à écarter la responsabilité de l'établissement de crédit du fait de l'implication de la caution.
[3] Com., 17 juin 1997, *préc*. V. *supra*, n° 289.
[4] Com., 8 octobre 2002, *préc.* V. *supra*, n° 289.

risques particuliers de son engagement, au point parfois de devoir la dissuader de contracter. Alors que la Cour de cassation a reconnu le bénéfice de ce devoir aux cautions[1], elle en a par la suite expressément exclu les cautions averties[2]. Cette exclusion ne s'est pas faite sans difficulté. Lors d'une parenthèse jurisprudentielle, la Cour de cassation avait d'abord retenu que la caution profane ne pouvait engager la responsabilité du créancier que par voie de demande reconventionnelle : elle ne pouvait donc s'en défendre par la seule voie de l'exception[3]. Vivement critiquée[4], la solution a ensuite été abandonnée pour laisser toute latitude procédurale à la caution[5]. Bien plus respectueuse de la notion de demande reconventionnelle, cette nouvelle solution donne aujourd'hui encore son cadre à la dimension procédurale de la demande de la caution relative au manquement du créancier à son devoir de mise en garde.

L'application de la distinction prétorienne entre cautions profanes et cautions averties a ainsi connu un essor remarquable. Cet essor s'accompagne pourtant d'un certain flottement, qui tient à l'absence d'une définition arrêtée de la caution avertie, si bien que les critères de qualification ont sensiblement évolué.

B. Le développement de la qualité de caution avertie

343. Une approche initialement dogmatique. La découverte par la haute juridiction de la notion de caution avertie s'est d'abord faite d'une manière dogmatique. Le seul fait pour une caution d'être dirigeante de société, ou associé majoritaire ou encore professionnel du droit suffisait à emporter la qualification de caution avertie et par conséquent à décharger certains créanciers de leur responsabilité. Le procédé a l'avantage de la simplicité, puisque le seul constat, assez aisé par ailleurs, d'une profession, d'une fonction ou d'un titre de la caution suffisait à fonder la responsabilité ou l'absence de responsabilité du créancier. Malgré

[1] Civ. 1ère, 12 juillet 2005, *Bull. civ. I*, n° 124 à 127 ; *D*. 2005. 3094, note Parance B. ; *JCP G* 2005. II. 10140, note Gourio A. ; *JCP E* 2005. 1359, note Legeais D. Sur l'évolution de la solution, V. *RDBF* sept. 2005, p. 84, art. Lasserre-Capdeville J.

[2] Civ. 1ère, 16 septembre 2010, n° 09-15.058 ; *JCP G* 2011, chron. 770, n° 4, obs. Simler Ph. ; *RDBF* 2010, n° 163, obs. Legeais D. ; *Banque et droit* nov.-déc. 2010. 50, obs. Rontchevsky N. V. également Com., 17 mai 2011, n° 10-14.936 ; *RDBF* 2011, n° 133, obs. Legeais D.

[3] Com., 16 mars 1993, *Bull. civ. IV*, n° 102 ; Com., 22 avril 1997, *Bull. civ. IV*, n° 96 ; Civ. 1ère, 24 juin 1997, *Bull. civ. IV*, n° 211.

[4] V. not. Guinchard S., « Le droit a-t-il encore un avenir à la Cour de cassation ? », *in Mél. Terré*, Dalloz-PUF-Litec, p. 761.

[5] Ch. mixte, 21 février 2003, *Bull. Ch. mixte*, n° 3 ; *RJDA* juin 2003, n° 6, p. 495, avis De Gouttes R. ; *JCP G* 2003. II. 10103, note Boucard ; *Banque et droit* 2003, n° 90, p. 60, note Jacob F. ; *RDBF* 2003, n° 69, obs. Legeais D. ; *LPA* 30 juin 2003, p. 9, obs. Houtcieff D. ; *Gaz. Pal*. 2003, n° 220, p. 10, note Piedelièvre S. L'arrêt avance que les juridictions du fond doivent recevoir la demande de la caution « *qu'elle qu'en fût la qualification procédurale* ».

cette commodité, le raisonnement par lequel une caution était considérée abstraitement comme avertie aboutissait parfois à des solutions peu souhaitables. Les connaissances effectives de la caution ne correspondant pas systématiquement à la qualité qui lui était attribuée.

344. Une approche devenue pragmatique. Au tournant de l'année 2010, plusieurs décisions de la Cour de cassation ont témoigné d'une conception bien plus pragmatique de la notion de caution avertie[1]. Il semblerait en effet que la Cour ait progressivement abandonné le raisonnement qui consistait à assimiler d'office une fonction prédéterminée à celle de caution avertie. Désormais il convient, pour les juges du fond, de rechercher les connaissances effectives de la caution, ses expériences passées, le rôle qu'elle joue véritablement dans la société cautionnée, avant de pouvoir affirmer qu'elle est avertie ou profane. En somme, le critère déterminant est devenu celui de la compétence de la caution. L'appréciation des juges du fond est sur ce point soumise à un contrôle léger de motivation par la Cour de cassation[2]. Ce changement s'est opéré dans la jurisprudence en deux temps successifs.

La Cour de cassation, dans un premier temps, est venue tempérer la radicalité de ses solutions en concédant plusieurs exceptions. Ainsi une caution n'est plus automatiquement qualifiée d'avertie, sur le fondement de critères conjoncturels parmi lesquels l'inexpérience du dirigeant-caution[3], son âge[4], la complexité de l'opération cautionnée[5]… Ces exceptions ne fonctionnent pas à sens unique puisque des cautions qu'une approche dogmatique aurait désignée comme profanes ont, à l'inverse, été considérées comme averties[6].

Dans un deuxième temps, il semblerait que la Cour de cassation se soit entièrement départie

---

[1] Dans son bulletin d'information du 15 janvier 2010, la Cour de cassation publie une étude intitulée « *Les obligations du banquier au regard des cautions* ». Elle propose à cette occasion de revenir sur les critères de qualification des cautions averties employés par les juges du fond sans proposer de définition générale. Une première remarque vient à la lecture des décisions ultérieures. L'analyse proposée est basée sur un système de présomption, infléchi par quelques exceptions. Par exemple, les associés sont présumés être des cautions averties, sauf lorsqu'ils ne sont pas impliqués dans la vie de la société. Les arrêts suivants semblent cependant se détacher totalement de toute présomption pour ne retenir qu'une approche concrète de la qualité de caution avertie, à travers un faisceau d'indices recensés dans ce même rapport. Ce décalage illustre le fait que la qualité de caution avertie est difficilement saisissable. V. *BICC*, 15 janvier 2010, n° 714, p. 31 s.

[2] V. Legeais D., « Etendue du contrôle de la Cour de cassation en matière de qualification de caution avertie », *JCP G* 2009. II. 10081.

[3] Aix-en-Provence, 10 avril 2014, *JurisData* n° 2014-012269.

[4] Com., 5 février 2013, n° 11-26.262 ; *RJC* mai 2013, n° 3, p. 260, note Macorig-Venier F. ; Com., 3 mai 2006, *Bull. civ. IV*, n° 103 ; *RJC* 2007, n° 1, p. 58, note Macorig-Venier F. ; *Dr. et patr*. 2006, n° 151, p. 83, note Mattout J.-P. et Prüm A. ; *RTD civ*. 2007. 103, note Mestre J. et Fages ; *RLDC* 2006, n° 29, p. 36, note Marraud des Grottes G. ; *Banque et droit* 2006, n° 108, p. 53, note Rontchevsky N. ; *Gaz. Pal*. 2006, n° 179, p. 8, note Piedelièvre S. ; *RDBF* mai 2006, n° 3, p. 20, note Legeais D. ; *D*. 2006. 1445, note Delpech X.

[5] Aix-en-Provence, 12 mai 2011, *JurisData* n° 2011-013101.

[6] Com., 13 mars 2012, n° 10-30.923 ; *Rev. soc*. sept. 2012, n° 9, p. 487, note Riassetto I.

de sa conception abstraite. Plutôt que de procéder de manière négative, exception par exception, les décisions les plus récentes témoignent expressément de ce que la Cour de cassation n'entend plus associer d'office la qualité de caution avertie à telle ou telle fonction exercée par cette caution. Elle exige clairement que cette qualité soit établie et non plus seulement déduite[1].

La méthode aujourd'hui retenue par la Cour de cassation a ceci de moins attrayant qu'elle repose sur une analyse concrète de la personne de la caution, qui peut parfois être délicate à mener, lorsqu'elle n'est pas divinatoire. Au surplus, l'appréciation souveraine des juges du fond risque immanquablement d'entraîner des disparités de jugements, d'un juge à l'autre et d'une juridiction à une autre. À terme, si la haute juridiction ne s'empare pas du problème pour harmoniser les solutions, c'est à un dévoiement de la qualité de caution avertie que ces disparités peuvent aboutir. Cette approche de la Cour de cassation doit alors être louée, car si elle implique des investigations parfois délicates de la part des juridictions du fond, elle tarit dans le même temps les risques d'une qualification erronée, donc d'un traitement exagérément sévère pour une caution en réalité non initiée. Inversement, elle retire une échappatoire aux cautions avisées et malveillantes. Le raisonnement de la Cour de cassation est en effet bien plus représentatif de la réalité que celui consistant à prendre d'abord en compte une qualité plutôt qu'une compétence. Il reste à espérer que la Cour maintienne ce cap, en attendant le relais bienvenu du législateur[2].

Au demeurant, bien que cette dichotomie jurisprudentielle ait permis d'enrayer un contentieux devenu pléthorique tout en préservant l'efficacité du cautionnement, force est de constater que sa coexistence avec les qualités déjà présentées engendre un autre problème, celui de la mise en œuvre de la qualité des parties.

---

[1] Une première décision, évoquant les « *motifs impropres à établir que chaque caution était une caution avertie* » est annonciatrice du revirement ensuite opéré (Com., 16 septembre 2010, n° 09-15.058 ; *JCP N* 2011. II. 1285, obs. Simler Ph. et Delebecque Ph. ; *Banque et droit* nov. 2010, n° 134, p. 50, obs. Rontchevsky N. ; *RDBF* nov. 2010, n° 6, p. 90, obs. Legeais D.). Puis, la Cour de cassation censure une juridiction du fond pour avoir estimé « *que la caution était avertie, ce qu'elle ne pouvait déduire de sa seule qualité de dirigeant et associé de la société débitrice principale* » (Com., 22 mars 2016, *Bull. civ. IV*, n° 284 ; *Gaz. Pal*. juin 2016, n° 21, p. 70, note Bourassin M. et n° 23, p. 28, note Albigès Ch. ; *JCP E* 2016. II. 1311, obs. Simler Ph. ; *BMIS* mai 2016, n° 5, obs. Barbièri J.-F.). Elle reprend, dans une décision proche, un raisonnement identique appliqué cette fois à la qualité de commerçant (Com., 5 avril 2016, n° 14-19.621 ; *RCA* juil. 2016, n° 7, p. 23).

[2] Il semblerait que ce soit le cas, notamment lorsqu'elle évoque explicitement la compétence de la caution. V. ainsi Com., 13 septembre 2017, n° 15-20.294.

Section 2. La mise en œuvre de la qualité des parties dans l'appréhension de la faute

345. Une mise en œuvre perfectible. Les différentes qualités présentées exerçant une influence directe sur le traitement de la faute en droit des sûretés personnelles s'entrecoupent, se cumulent, car elles ne sont pas toutes exclusives les unes des autres. Il résulte de ce chevauchement un constat inévitable, celui d'une mise en œuvre contrariée des différentes qualités (§ 1). Ces qualités président pourtant directement à la détermination de la faute commise dans la formation ou la réalisation d'une sûreté personnelle. Il conviendra alors de proposer les moyens d'une mise en œuvre perfectionnée (§ 2).

§ 1. Le constat d'une mise en œuvre contrariée

346. La diversité des sources et l'absence de hiérarchie à l'origine des difficultés. Il semblerait que la mise en œuvre des différentes qualités qu'une partie à une sûreté peut revêtir est contrariée à la fois par le fait que ces qualités n'ont pas la même origine ni d'ailleurs la même influence, ainsi que par l'absence de hiérarchie dans ces différentes qualités. Elles s'appliquent plus ou moins spontanément, avec plus ou moins de réussite. Le problème de leurs définitions, imprécises (A), rend leur agencement réellement conflictuel (B).

A. L'imprécision problématique des qualités

347. La caution avertie : une notion indéfinie. La découverte par les tribunaux de la qualité de caution avertie ou profane s'est faite progressivement et se construit encore. Or cette construction prétorienne est empirique et se fait à la mesure des contentieux qui se succèdent devant la haute juridiction. Sans préjuger des valeurs de ce nouvel édifice, son origine prétorienne explique que la notion soit encore mouvante. L'évolution de la jurisprudence démontre que, à son stade actuel, la notion de caution avertie reste indéfinie. Seuls quelques éléments épars permettent de la saisir, en procédant seulement par exclusion. Par exemple, il est désormais acquis qu'un commerçant ou un dirigeant de société n'est plus automatiquement averti lorsqu'il se porte caution. Il ne s'agit pas cependant de condamner la notion, ni la démarche de la Cour de cassation mais seulement de mettre en lumière leurs

insuffisances. C'est ici qu'apparaît en germe l'opportunité d'une définition unitaire. À l'évidence, une notion aussi subjective impose aux juges du fond une démarche empirique qui semble à première vue contradictoire avec l'idée d'une définition abstraite et unitaire. Il ne paraît pourtant pas inconcevable de définir ne serait-ce que globalement les traits saillants d'une caution avertie, pour pouvoir l'appliquer et l'agencer d'une meilleure manière. L'occasion sera alors donnée de proposer des éléments de définitions car la qualité de caution avertie est prépondérante dans l'appréhension de la faute en droit du cautionnement – comme elle pourrait d'ailleurs utilement être employée en dehors de cette sûreté qui lui sert de matrice[1].

348. Les qualités consuméristes : des notions incomplètes. Le code de la consommation a tardivement consacré les définitions des qualités qui lui sont essentielles, à savoir le consommateur, le professionnel et, dans l'entre-deux, le non-professionnel. Ces qualités commandent l'application de l'ensemble des règles protectrices du droit de la consommation, ce qui laisserait croire qu'elles sont idéalement définies. La largesse des définitions les plus opposées suscite la conviction : un consommateur agit en dehors de sa sphère de compétence alors qu'un professionnel agit au dedans. Aussi, l'attribution de la qualité de consommateur aux seules personnes physiques est évidente. Une personne morale, du fait du principe de spécialité qui la frappe, est nécessairement professionnelle car elle est constituée dans un but précis, en vue d'une activité précise. Il n'y a donc que les personnes physiques qui puissent être des consommateurs. Dans le même ordre d'idée, il est heureux que les professionnels soient répartis entre personnes physiques et personnes morales. Prolongeant l'argument précédant, une personne physique peut exercer une activité spécifique sans obligatoirement constituer une personne morale pour ce faire. Il semblerait donc jusqu'alors que les définitions proposées par le code de la consommation soient irréprochables. Cependant, la définition intermédiaire du non-professionnel se révèle être discutable. Il s'agit d'une personne morale qui n'agit pas à des fins professionnelles. L'exclusion des personnes physiques ne saurait être comprise que pour deux raisons possibles. Soit le législateur entend exclure les personnes physiques de ce statut intermédiaire en restreignant volontairement sa définition[2], soit il s'agit d'une négligence de sa part pour ne

[1] V. *infra*, n° 357 s.

[2] Cette position se détacherait alors nettement de celle retenue par la Cour de cassation, selon qui « *la notion distincte de non professionnel, utilisée par le législateur français, n'exclut pas les personnes morales de la protection contre les clauses abusives* » (Civ. 1ère, 15 mars 2005, *Bull. civ. I*, n° 135 ; *Defrénois* 2005, n° 24, p. 2009, obs. Savaux E. ; *RLDC* 2005, n° 17, p. 5, obs. Calais-Auloy J. ; *CCC* 2005, n° 5, p. 31, obs. Raymond G. ;

pas avoir perçu qu'une personne physique peut très bien se situer dans cet entre-deux[1]. Quelle que soit la véritable raison, le constat de l'inachèvement des définitions est immanquable et il ressort de leur seule lecture l'impression d'une incohérence. Le grief serait mineur s'il ne s'accompagnait pas d'une autre faille, qui intéresse en première ligne le droit des sûretés : la référence par les autres dispositions du code de la consommation aux seules personnes physiques, indépendamment de leurs qualités.

Certaines dispositions renvoient en effet à des qualités autres que celles définies dans l'article liminaire. Les articles L. 314-15 à L. 314-19 du code de la consommation, par exemple, composent une section 3 intitulée « *Sûretés personnelles* » et sont communs aux dispositions relatives aux crédits immobiliers et aux crédits à la consommation. Hormis le dernier qui ne contient pas de référence à la qualité des personnes visées, chacun de ces articles vise la personne physique qui s'est portée caution. Que ce soit pour la mention manuscrite, l'obligation d'information ou l'exigence de proportionnalité, il s'agit bien de toutes les personnes physiques sans exception. De la même manière le titre III du livre III du code de la consommation, exclusivement consacré au cautionnement, ne contient-il de référence qu'aux personnes physiques qui se portent cautions des créanciers professionnels. Cette dernière qualité est certes propre à la matière mais il est difficilement compréhensible que les consommateurs ne soient pas visés au lieu des personnes physiques[2]. La question n'est pas seulement de principe et ne se réduit pas à un problème de légistique. La confusion des qualifications aboutit à une extension des dispositions protectrices bien au-delà de ce que le législateur entendait. Il est un exemple parfaitement éclairant. Les dispositions précitées, par leur maladresse rédactionnelle, profitent à tous les dirigeants qui se portent cautions de leur société, y compris ceux qui ont une parfaite connaissance du crédit et des garanties. Le code de la consommation protège alors des personnes physiques… professionnelles ! Ce dévoiement des qualités consuméristes est d'autant plus remarquable lorsqu'on le rapproche

---

JCP G 2005, n° 36, p. 1571, obs. Paisant G. ; *LPA* 2005, n° 94, p. 12, obs. Bert D.). Cette décision prend le contrepied de la jurisprudence européenne, plus proche de celle du législateur français et selon laquelle « *la notion de consommateur* […] *doit être interprétée en ce sens qu'elle vise exclusivement les personnes physiques* » (CJUE (3ème ch.), 22 novembre 2001, C-541/99 et C-542/99). L'affaire concernait une société qui avait pourtant signé un contrat avec une autre société, dont l'objet était « *à l'usage exclusif de ses propres salariés, totalement dissocié et étranger à son activité professionnelle et commerciale typique* ».

[1] Il est inutile de détailler toutes les activités professionnelles possibles pour comprendre qu'elles ne sont pas toutes absolument étanches les unes aux autres, qu'elles ne sont pas diamétralement et fondamentalement opposées. Au contraire, certaines activités sont proches par leurs domaines sans être assimilables. Cela justifierait qu'une personne physique soit considérée comme non-professionnelle, afin d'ajuster l'application des dispositions protectrices et d'éviter qu'elles ne profitent à des personnes qui n'en ont aucunement besoin.

[2] Ces dispositions paraissent ouvertement hostiles à ceux qui font du crédit leur profession. Il aurait été plus juste de viser les consommateurs face à ce genre de créanciers, plutôt que de renvoyer à la seule qualité de ces derniers. Le but de ces dispositions est en effet la protection d'une catégorie de personnes, pas la condamnation d'une autre.

de la notion de faute. Il permet aux cautions de se prévaloir d'une faute d'un créancier, alors qu'elles n'en éprouvent aucun préjudice[1]. Le grief, il est vrai, est limité au seul cautionnement, mais d'autres peuvent être soulevés quant à la garantie autonome. La sûreté est expressément visée par l'article L. 314-19 du code de la consommation qui prohibe sa constitution dans le cadre d'un crédit à la consommation ou d'un crédit immobilier. Pourtant, la prohibition n'est pas reconduite pour le cautionnement d'un crédit professionnel, lequel peut très bien être assumé par une personne physique. La question se pose alors de savoir si la volonté du législateur était à la protection des seuls consommateurs de crédit contre les dangers de la garantie autonome, ou si elle s'étendait à toutes les personnes physiques[2]. Une fois encore, il ressort de la lecture de ces dispositions l'impression d'un ensemble désordonné. Du fait de leur imprécision, les différentes qualités examinées s'exposent à un risque accru : celui de leur agencement conflictuel.

B. L'agencement conflictuel des qualités

349. L'agencement conflictuel des qualités propres au droit de la consommation. Une première difficulté liée à l'application des qualités consuméristes réside dans leur perméabilité. Non pas que les définitions liminaires du code de la consommation soient vaines mais le recours à la notion bien plus large de personne physique est source de difficultés intarissables. L'imprécision de cette dernière qualité contrarie l'objectif de protection d'une catégorie particulière de personnes physiques. Les obligations mises à la charge des créanciers professionnels garantis par un cautionnement ont alors vocation à profiter à des personnes que la *ratio legis* n'entendait pas protéger. Le procédé est d'ailleurs assez singulier, puisqu'il vise davantage les personnes à la charge desquelles la protection est assignée, plutôt que de viser celles qui en bénéficient. Il est vrai que les créanciers professionnels sont par définition les seuls à être initiés au crédit et à ses subtilités : leur désignation n'est pas incongrue et leur charge se comprend. Il est en revanche beaucoup moins compréhensible que si ces créanciers manquent à leurs charges à l'endroit d'un débiteur personne physique, ils soient tenus pour

[1] L'exemple de l'obligation d'information suffit. Il est aisément compréhensible qu'un dirigeant de société soit autant sinon mieux informé que le créancier sur l'évolution de la dette du débiteur. Il suffit d'un manquement ponctuel de celui-ci à son obligation pour que la caution l'invoque, sans jamais avoir été inquiétée de ce seul fait…

[2] Au point de se demander s'il y a vraiment eu une réflexion d'ensemble sur la sûreté, tant son traitement est disparate, ce qui détonne avec la gravité qui la caractérise. V. plus spéc., à propos de la garantie autonome souscrite par une personne physique, Houtcieff D., « La garantie autonome souscrite par une personne physique : une sûreté en quête d'identité », *art. préc.* ; Rawach E., « La licéité des garanties à première demande à la lumière du droit de la consommation », *RDBF* 2000, p. 57.

fautifs[1] indépendamment des compétences de celui-ci. La dimension personnelle de la faute résulte avant tout des connaissances et expériences du responsable et de la victime. Un comportement ne revêtira pas la même dimension fautive selon ces critères. L'imprécision des qualités consuméristes et le renvoi du code de la consommation à des qualités qui dépassent de trop son domaine d'application ont pour conséquence une dilution de cette dimension personnelle de la faute. De fait et pour ne prendre qu'un exemple, si une caution est l'unique associé d'une société débitrice, comment pourrait-il être tenu rigueur à un créancier de ne pas avoir informé la première de la défaillance de la seconde ? La jurisprudence, par son ingéniosité, a heureusement permis de redonner un sens à ce type de contentieux. Il n'en reste pas moins que l'agencement est plus conflictuel encore, lorsqu'on confronte les qualités de domaines juridiques différents.

350. L'agencement conflictuel des qualités issues de différents domaines. À s'en tenir aux qualités des parties qui intéressent directement le droit des sûretés, un parallèle semble pouvoir être établi. Il est en effet tentant de croire à une équivalence respective entre les notions légales et prétoriennes rencontrées jusqu'alors : peu ou prou, le consommateur serait un contractant profane et le professionnel un contractant averti. Le parallèle est aussi séduisant qu'il est infondé. Fondamentalement, les deux diptyques sont comparables puisqu'ils se caractérisent par une opposition hiérarchique. En substance, ils ne le sont pas, car l'un repose sur une opposition objective, l'autre sur une opposition subjective. En effet, l'exercice d'une activité commerciale, industrielle, artisanale, libérale ou agricole est objectivement déterminable. Il n'y a pas d'alternative entre l'exercice d'une activité relevant de ce domaine et l'exercice d'une autre activité – ce qui ne préjuge en rien, cependant, de leur possible cumul. À l'inverse, la détermination de la qualité de caution avertie ou profane est nécessairement subjective, quand bien même la Cour de cassation entendait, récemment encore, y voir une part d'objectivité en association fonctions et qualités. Les connaissances et expériences d'une personne sont par définition subjectives. Dès lors, la confrontation des deux types de qualités ne saurait avoir lieu sans perturber la cohérence globale du droit de la consommation et du droit des sûretés, car un consommateur peut très bien être averti du fait de son métier, comme un professionnel d'une discipline spécialisée peut tout à fait ignorer les tenants et aboutissants d'un contrat de prêt et du cautionnement qui l'assortit. Par voie de

[1] L'argument doit être compris comme faisant abstraction des constructions prétoriennes sur la notion de caution avertie, qui visent précisément à contrer la portée bien trop large des dispositions citées. Il est permis de se demander pourquoi le législateur ne désigne pas le consommateur plutôt que la personne physique et si, dans la perspective inverse, la notion de caution avertie aurait pu voir le jour.

conséquences, l'appréhension de la faute commise par l'un ou l'autre s'en retrouve largement complexifiée. Apparaît alors un intérêt particulier à clarifier voire à redéfinir les différentes qualités et leur domaine d'application. Outre l'exemple du dirigeant de société protégé par le code de la consommation, certaines décisions de la haute juridiction sont particulièrement évocatrices au sujet de ces difficultés notionnelles.

351. Illustration des difficultés générées par la pluralité de qualités dans le traitement de la faute : l'exclusion des cautions averties de l'action en responsabilité contre le créancier. La conjonction des différentes qualités que les parties à une sûreté personnelle peuvent recouvrir est une source de difficultés supplémentaire dans le traitement de la faute, ce dernier étant en jurisprudence pour le moins erratique. Alors que la détermination même de la qualité de caution avertie semble relativement favorable aux intéressés, les conséquences tirées de la qualification sont parfois drastiques. Un arrêt de la chambre commerciale de la Cour de cassation est symptomatique de cette sévérité[1]. Une caution, dirigeante d'une société débitrice en difficulté, assigne en responsabilité le créancier dispensateur de crédit. Deux arguments essentiels sont invoqués. Le premier porte sur le manquement de la banque à son obligation d'information, constitutif d'une réticence dolosive de la banque qui aurait en réalité « *dissimulé son intention véritable qui était de se constituer un débiteur substitué* ». Le second concerne l'octroi abusif de crédit au débiteur qui aurait fait éprouver à la caution « *un préjudice distinct et personnel à raison de la mise en œuvre des garanties consenties ensuite de la procédure collective de la société* ». Le premier moyen est rejeté de manière convaincante. Après avoir concrètement démontré que la caution était avertie, la Cour de cassation retient que l'obligation d'information ne lui était pas due. En revanche, le second moyen est l'occasion pour la Cour de livrer un raisonnement aussi surprenant qu'il est sévère. Elle retient que « *M. X... était une caution avertie, ce dont il résultait qu'il n'était pas fondé à rechercher la responsabilité de la banque à raison de la faute commise par celle-ci lors de l'octroi du crédit* ». La solution est radicale : la caution est avertie, donc elle ne peut rechercher la responsabilité de la banque. Sans trop exagérer, il est permis de comprendre l'attendu comme une immunité du créancier contre toute faute par lui commise sur le seul fondement de la qualité de caution avertie. Il faut à l'évidence tempérer l'interprétation de l'arrêt par une donnée de fait. La caution et le débiteur étant intimement

[1] Com., 27 janvier 2014, *Bull. civ. IV*, n° 20 ; *Banque et droit* 2014, n° 155, p. 32, note Helleringer G. ; *RLDC* mars 2014, n° 113, p. 13, note Le Gallou C. ; *RTD civ*. 2014. 361, note Barbier H. ; *Gaz. Pal* 2014, n° 99-100, p. 17, note Houtcieff D. ; *RDC* 2014/3, p. 365, note Carval S. ; *BMIS* 2014, n° 4, p. 216, note Ansault J.-J. ; *Lexbase-Hebdo Ed. Affaires* 2014, n° 374, note Piette G.

liés, la première a pu être en mesure de déceler la nature abusive du crédit, d'autant plus qu'elle était avertie. Toutefois, l'exonération définitive du créancier sur ce seul fondement ne convainc pas pour plusieurs raisons. L'octroi du crédit relève en dernier ressort de la volonté du créancier. C'est à lui que revient la charge d'évaluer les avantages ou le danger que représente le crédit sollicité, sans que la qualité de la caution ne joue un quelconque rôle. Aussi, les connaissances et expériences justifiant la qualification de caution avertie sont celles relatives au cautionnement, non pas au monde des affaires dans ses moindres aspects. Enfin, la qualité de caution avertie n'est pas un prétexte que le créancier se contenterait d'invoquer pour jouir d'une immunité : il peut très bien être fautif, y compris lorsqu'il contracte avec une personne rompue aux affaires. L'argument met en évidence la formulation bien trop large de l'attendu décisoire, à la lecture duquel il est possible de croire que les cautions averties seront désormais sévèrement traitées, lorsqu'elles chercheront la responsabilité de leurs créanciers. Si les raisons de la décision se comprennent (une caution avertie est plus à même de mesurer les dangers d'un crédit qu'une caution profane, justifiant qu'elle ne soit pas créancière d'un devoir de mise en garde), sa formulation en des termes bien trop généraux est regrettable. En tout état de cause et même si la solution n'a pas été reconduite, l'arrêt illustre les difficultés d'interprétation qu'engendre la qualité des parties à une sûreté personnelle[1].

Ces diverses qualités exercent ainsi une influence contrastée sur l'appréhension de la faute commise par le créancier ou par le débiteur d'une sûreté personnelle. Le foisonnement de ces qualités constitue par ailleurs un obstacle au traitement uniforme de la faute : des origines diverses à leur absence de définition, la variété de ces qualités devrait être rationnalisée, afin que leur mise en œuvre soit plus appropriée et plus prévisible.

§ 2. La nécessité d'une mise en œuvre perfectionnée

352. Pour un ordonnancement des différentes qualités. Afin que l'appréhension de la faute en droit des sûretés personnelles ne soit pas gênée par la variété des qualités des parties, il paraît inévitable de définir la caution avertie – définition pour l'heure inexistante. Il

[1] Il a été avancé que l'arrêt était l'occasion pour la haute juridiction de limiter la portée de la jurisprudence *Myr'Ho* (Ass. plén., 6 octobre 2006, *Bull. A. P.*, n° 9) sur l'invocation d'une faute contractuelle par un tiers au contrat. La proximité, voire l'identité, de la caution et du débiteur en l'espèce est en effet un argument parfaitement opérant : il serait incohérent de refuser au débiteur d'une main, ce qu'on lui accorderait de l'autre, en qualité de caution. La solution inverse aurait en effet permis au débiteur d'obtenir sur le terrain de la qualité de caution ce qu'on lui a refusé en qualité de débiteur. Cela ne suffit pas, cependant, à approuver la solution sans réserve, car en raisonnant ainsi, le créancier est ni plus ni moins immunisé dans ce cas de figure et ce n'est pas la double casquette du débiteur-caution, ni sa qualité d'averti, qui suffisent à absoudre purement et simplement le comportement fautif du créancier.

sera ensuite possible de suggérer une hiérarchisation des différentes qualités qui interviennent dans le traitement de la faute en droit des sûretés personnelles en élargissant à tout débiteur de telles sûretés la distinction entre le profane et l'averti. Une fois ce travail achevé, les divers éléments constitutifs de la faute en droit des sûretés personnelles pourront alors être retracés et résumés. Pour ce faire, il paraît indiqué que de suggérer une définition unitaire de la caution avertie (A) avant de proposer un agencement des différentes qualités existantes (B).

A. Une définition unitaire de la caution avertie

353. D'une recherche empirique à une première systématisation. Purement prétorienne, la qualité de caution avertie a été progressivement dessinée au fil des arrêts de la Cour de cassation sans jamais que la notion soit conceptualisée. Il est possible de déduire des différents motifs de ces arrêts plusieurs critères en fonction desquels une définition est concevable. Aussi, le rapport annuel de la Cour de cassation de 2006 propose une première systématisation de ces critères. Il s'agit alors d'étudier la proposition faite par la haute juridiction (1) afin d'éprouver la pertinence de ces critères. Ce n'est qu'après avoir partiellement amendé cette proposition, qu'il sera envisageable de proposer une définition (2).

1. Les critères de la notion de caution avertie selon la Cour de cassation

354. Un degré de connaissance suffisant permettant de comprendre les risques de l'opération. Au sujet d'un arrêt de la chambre commerciale du 3 mai 2006, la Cour de cassation évoque dans son rapport annuel de la même année les qualités d'emprunteur et caution avertis[1]. Elle avance ainsi que le « *devoir de mise en garde s'efface lorsque l'emprunteur ou la caution a un degré de connaissance suffisant permettant à ces derniers d'être informés sur les risques encourus tant au regard de leur capacité financière que de la rentabilité de l'opération* »[2]. Une première remarque vient à l'esprit à la lecture de la définition de la Cour de cassation. Elle ne limite pas son propos à la caution mais l'étend à l'emprunteur. La qualité de débiteur averti transcenderait alors le droit des sûretés. L'inclusion de l'emprunteur n'est cependant pas surprenante, puisque la haute juridiction a plusieurs fois eu l'occasion de qualifier un débiteur d'averti, sans qu'il soit caution[3]. Si cette

[1] Com., 3 mai 2006, *Bull. civ. IV*, n° 103, *préc*.
[2] Rapport de la Cour de cassation 2006, p. 385.
[3] Civ. 1ère, 12 juillet 2005, 4 arrêts, *préc*.

inclusion ne participe pas de la définition ici analysée, elle témoigne au demeurant de sa nature primordiale lorsqu'est en jeu la responsabilité du créancier.

Deux éléments issus de cette première définition doivent être dissociés. Il y a d'une part « *le degré de connaissance suffisant permettant* [aux débiteurs et cautions] *d'être informés* » et d'autre part l'objet de ces connaissances, soit « *les risques encourus tant au regard de leur capacité financière que de la rentabilité de l'opération* ». Il convient d'analyser séparément ces composantes de la qualité de débiteur averti.

355. Première composante de la qualité de débiteur averti : le degré de connaissance suffisant permettant d'être informé des risques. La qualité de débiteur averti, telle que la Cour de cassation l'entend, est intrinsèquement liée aux connaissances qu'il a de l'opération à laquelle il s'engage. Il y a un lien indéfectible entre l'avertissement du débiteur et les informations dont il dispose relatives à son engagement. Etre averti signifie alors être informé, être au courant, être conscient. Jusque-là, la définition ne pose pas de difficultés. La question des risques n'est pas plus délicate : il s'agit bien pour le débiteur de cerner non seulement les tenants et aboutissants de son engagement abstraitement considéré, mais également ceux qui concernent son engagement propre, concrètement envisagé. Il doit connaitre les mécanismes généraux qui forment la nature de l'engagement, comme les contingences spécifiques au sien : situation du débiteur principal s'il s'agit d'une caution, modalités de l'engagement, étendue de son patrimoine, prérogatives dont il dispose… Le lien entre la qualité d'averti et les connaissances qui la fondent n'est donc pas particulièrement délicat à cerner. La formulation de la Cour de cassation rend son interprétation plus hasardeuse lorsqu'elle renvoie à l'idée de « *degré* » de connaissance « *permettant* » d'être informé des risques.

En effet, il n'est pas possible de déduire de ces seuls termes le positionnement de la haute juridiction[1]. Pour conclure à la qualité de débiteur averti ou profane, les juges du fond doivent-ils mettre en évidence le degré exact de connaissances de l'intéressé ? Inversement, peuvent-ils se contenter des éléments dont ils disposent pour supposer ces qualités ? Autrement dit, ces qualités opposées doivent-elles faire l'objet d'une appréciation *in abstracto* ou *in concreto* ? Aucune réponse assurée ne peut être donnée à la seule lecture de ces éléments de définition. D'une part, car chaque interprétation est recevable. Le « *degré* » de connaissance « *suffisant* » laisse penser qu'il s'agit des connaissances effectives, concrètes du

[1] D'aucuns interprètent au contraire la formulation comme renvoyant à « *l'aptitude à connaitre les risques que représentent l'opération de cautionnement* » (Palvadeau E., *art. préc.*).

débiteur, que le juge aura dû mettre en évidence avant de déterminer sa qualité. Il est également possible d'y voir un seuil abstrait, générique, susceptible de présomption. Les expériences, métiers, connaissances, fonctions, formations, études de l'intéressé suffiraient à lui attribuer une qualité, sans que les juges aient à vérifier si elles le rendent réellement averti ou profane. D'autre part, les premiers mouvements de la jurisprudence semblaient favorables à la deuxième approche sans que les arrêts ne reprennent, ce faisant, les éléments de définition proposés en 2006. Il apparaissait alors que les qualités de débiteur averti ou profane étaient abstraitement discernables et que leur appréhension ainsi facilitée épargnerait aux juges du fond des investigations aussi fastidieuses que divinatoires. D'aucuns ont par ailleurs vu la définition de la Cour de cassation comme étant justement abstraite. Le débiteur averti serait celui qui témoigne d'une « *aptitude à la connaissance* » des risques qu'il encourt et non pas celui qui dispose de connaissances effectives[1]. En définitive, il n'est pas possible de conclure assurément sur l'interprétation qui doit être faite des termes retenus par la Cour de cassation. Les critères posés ne sont pas expressément repris par les arrêts qui suivent cette première définition et seule l'évolution d'une approche dogmatique à une approche pragmatique est perceptible.

356. Seconde composante de la qualité de débiteur averti : capacité financière et rentabilité de l'opération. Les connaissances présumées ou avérées du débiteur dont la qualité est évaluée portent, selon la définition de la Cour de cassation, sur sa capacité financière et sur la rentabilité de l'opération. Les capacités financières concernent l'étendue du patrimoine du débiteur, considéré en lui-même et au regard de l'opération projetée. La rentabilité de l'opération désigne l'effectivité du contrat garanti, ses chances de réussite comme d'échec[2]. Les deux éléments paraissent devoir être distingués, car ils ne supposent pas le même degré d'avertissement. La capacité financière du débiteur averti est une donnée dont l'évaluation ne procède pas de ses connaissances particulières relatives à son engagement. Hormis le cas du cautionnement omnibus dont la détermination du montant est par hypothèse impossible, sans que cela soit lié aux connaissances des protagonistes, l'évaluation de ses capacités financières par le débiteur d'une sûreté ne répond pas à des connaissances spécifiques. L'arrêt *Macron* offre un exemple adéquat : nul n'est besoin d'être initié à la

[1] Palvadeau E., « Réflexions sur la caution avertie », *art. préc*. L'auteur dissocie l'aptitude à la connaissance par l'implication de la caution et par l'assistance de la caution. D'autres auteurs fondent la qualité de caution avertie sur ce critère d'aptitude, de propension à la maitrise de son engagement. V. ainsi Barthez A.-S., Houtcieff D., n° 216 ; Bourassin M., Brémond V., Jobard-Bachellier M.-N., n° 94 et 95 ; Legeais D., n° 54.

[2] V. Com., 31 mai 2016, n° 15-12.354. L'arrêt évoque une « *étude prospective de faisabilité* » menée par la caution qui prouvait, entre autres causes, qu'elle était avertie.

pratique du crédit et des garanties pour deviner que l'engagement d'un débiteur dépassant cinq fois la valeur de son patrimoine rend sa capacité financière pour le moins fragile.
Le critère de la rentabilité de l'opération est en revanche plus directement lié aux connaissances spécifiques du débiteur. Le lien n'est toutefois pas permanent. S'il s'agit d'une opération complexe dont l'évaluation délicate du montant perturbe la détermination de la sûreté personnelle qui la garantit, la qualité de débiteur averti est alors en lien avec les connaissances qu'il a de ces difficultés. S'il s'agit en revanche d'un simple prêt à la consommation, l'évaluation de la rentabilité ne semble pas tributaire de l'expérience avérée du débiteur de la sûreté, tant l'opération semble courante et aisément déterminable.
Ces deux objets sur lesquels portent les connaissances du débiteur contiennent ainsi leur part d'artifice, du fait de leur relativité. Une caution peut, par exemple, être parfaitement informée de ses devoirs et prérogatives sans avoir une seule idée de la rentabilité de l'opération qu'elle couvre. Faut-il comprendre qu'elle est avertie car ses connaissances sont partielles au vu des critères exposés ? Ou faut-il au contraire considérer l'objet des connaissances comme étant cumulatifs et conclure à sa qualité de profane ? Aucune réponse ne peut être définitivement retenue. La loi ignore encore la distinction et la Cour de cassation, si elle continue de l'employer, ne reprend presque jamais les critères qu'elle a exposés dans son rapport annuel de 2006, du reste ne le fait-elle pas explicitement. Le droit positif est donc marqué par cette ambiguïté. La distinction est devenue à ce point cardinale, tant les débiteurs voient dans la qualité de profane une planche de salut, que le contentieux en la matière en ressort hypertrophié, alors que dans le même temps, les critères de distinction continuent d'être évasifs. Il est impérieux de remédier à cette ambigüité, car la distinction innerve l'appréhension de la faute en droit du cautionnement et pourrait d'ailleurs largement dépasser ce cadre. L'occasion sera alors donnée d'arguer en faveur d'une extension de la distinction au-delà du cautionnement, dans la mesure où elle est symptomatique de la gravité et de la complexité des opérations juridiques intégrant une sûreté personnelle.

2. Proposition d'une définition de la caution avertie

357. Rappel de l'état actuel de la jurisprudence sur la détermination de la caution avertie. La proposition d'une définition de la caution avertie ne saurait être faite sans un bref retour sur l'état du droit positif en la matière. Malgré le rapport de la Cour de cassation de

2006, où apparaissait une première définition de la caution avertie[1] et le bulletin d'information du 15 janvier 2010 contenant une étude consacrée à cette qualité[2], il n'existe pas en droit positif de définition légale de la caution avertie. La première définition jurisprudentielle suggérée, ajoutée au faisceau d'indices présenté par la Cour de cassation, constituera le point de départ de la construction d'une définition. Pour ce faire, l'examen des éléments qui devraient être maintenus précédera celui des éléments qui devraient être modifiés voire écartés.

358. Les éléments à conserver dans la définition jurisprudentielle. Un premier élément est incontournable dans la définition retenue par la haute juridiction. Il s'agit du degré de connaissance suffisant. Le caractère averti de la caution est en effet une autre manière d'exprimer ses connaissances, ses expériences, ses compétences en matière d'opérations financières et de garanties. La référence à ce qui cristallise sa qualité est donc inévitable. Aussi, l'adjectif « *suffisant* » doit-il être conservé, en ce qu'il assure une certaine malléabilité dans l'appréciation des connaissances de la caution. Il ne faudrait pas, en effet, que de simples connaissances superficielles soient assimilables à une compétence avérée et que l'attribution de la qualification de caution avertie soit alors bien trop sévère pour l'intéressée. L'adjectif permet également de tempérer l'appréciation *in concreto* de la caution avertie, laquelle, si elle était exclusive, mènerait les juges du fond presque systématiquement à une impasse. Il est en effet illusoire d'appliquer une qualification sur la base d'éléments qui relèvent pour majeure partie de la sphère psychologique. Les connaissances de la caution ne résultent, en définitive, que de ce qu'elle veut bien admettre. L'adjectif modère ce risque en permettant aux juges du fond de se suffire d'éléments objectifs afférents aux connaissances et expériences de la caution, sans être inconditionnellement liés à ce qu'elle avance. De la même manière, l'idée de degré introduit une marge de manœuvre dans l'appréciation desdites connaissances qui n'est pas superflu et reflète la dimension éminemment casuistique de la qualité de caution avertie. Toutes les cautions n'ont pas, à l'évidence, le même degré de connaissance. Enfin, la référence aux risques encourus comme objet des connaissances est tout aussi élémentaire. Elle est au fondement de la découverte de la qualité de caution avertie. Ce qui a motivé la jurisprudence dans son œuvre créatrice est la nécessité de protéger une partie considérée comme faible, cette protection passant par une prévention optimale des risques inhérents à

[1] Rapp. C. cass. 2006, p. 385. Pour rappel, la caution avertie est celle qui dispose d'un: « *degré de connaissance suffisant [lui] permettant […] d'être informé[e] sur les risques encourus tant au regard de [sa] capacité financière que de la rentabilité de l'opération* ».
[2] *BICC*, 15 janvier 2010, n° 714, p. 31 s.

l'engagement[1]. La notion de risque est alors centrale et doit participer de la définition de la caution avertie. Les autres éléments mentionnés par la Cour de cassation dans son rapport de l'année 2006 sont à l'inverse surabondants.

359. Les éléments à modifier dans la définition jurisprudentielle. L'objet des connaissances est réparti entre la « *capacité financière* » de la caution et la « *rentabilité de l'opération* ». Ces deux objets ont un contenu clairement distinct. La capacité financière est une donnée propre à la caution et indépendante de la rentabilité de l'opération. La rentabilité est inhérente à l'engagement, sans être tributaire de la capacité financière de la caution. Cette distinction se double par ailleurs d'une distinction de registre. La capacité financière de l'engagement est décelable sans qu'il soit nécessaire d'être rompu à la pratique des affaires, alors que la rentabilité de l'opération suppose justement des connaissances de cet ordre. Il existe ainsi une différence majeure entre ce qui relève des connaissances générales (savoir évaluer, en les comparant, deux montants) et ce qui est de l'ordre des connaissances spécifiques (savoir évaluer la faisabilité d'une opération financière, parfois complexe). Le premier registre est superflu, car il n'est pas spécifique à la matière des sûretés personnelles, alors que le second est une résultante de sa spécificité et, surtout, de sa gravité. Il apparaît alors que la conscience éclairée de la caution sur ses capacités financières n'est pas l'apanage des cautions averties et que sa présence dans la définition de cette qualité est dispensable. Au surplus, la référence à la rentabilité n'est pas des plus pertinentes, en ce qu'elle est teintée de subjectivisme[2]. La substitution du succès de l'opération à sa rentabilité paraît plus appropriée, car le succès est assimilable à la réalisation du contrat, lequel est objectivement constatable – alors que la rentabilité appartient davantage au for intérieur des parties et ne procède pas nécessairement de la réalisation de l'opération garantie.

En dernier lieu, la définition générique de la caution avertie serait nettement améliorée si elle était accompagnée d'un faisceau d'indices auquel les magistrats du fond pourraient se référer. Ces indices assureraient que la définition soit uniformément interprétée et permettraient de compenser la généralité des termes de la définition. Cela écarterait d'autant les risques d'une interprétation extensive qui pourrait nuire à l'efficacité du cautionnement, si la qualité de

[1] Pour exemple, V. Com., 15 février 1994, *Bull. civ. IV*, n° 60. L'arrêt ne recours pas à la notion de caution avertie, mais écarte la responsabilité du créancier recherchée par le dirigeant de la société débitrice, car il « *avait une parfaite connaissance de la situation de l'entreprise lorsqu'il s'en est porté caution* ». Le dirigeant reprochait au créancier d'avoir exigé une caution « *à un moment où la situation de l'entreprise était désespérée* » : le fondement du pourvoi est donc le risque encouru et éprouvé par la caution.

[2] La notion est en effet conditionnée par les attentes propres aux acteurs de l'opération de sûreté. Il n'existe pas de seuil objectif : la rentabilité peut correspondre à l'absence de perte, dans une acception restrictive, comme au dépassement du profit envisagé, dans une acception extensive.

caution avertie était trop aisément reconnue. Une liste de ces faisceaux a été dressée par la Cour de cassation[1] et contient les éléments suivants :

- la spécificité de l'opération de cautionnement (le niveau de complexité du montage financier, les risques encourus) ;
- les critères personnels inhérents à la caution (la profession, l'expérience en matière d'opérations financières, la formation, l'âge, le patrimoine) ;
- le degré d'implication de la caution (dans le projet financier, dans l'activité et le patrimoine de la société cautionnée).

Il est permis de proposer, sur la base de cette liste, quelques modifications afin de compléter au mieux la définition de la caution avertie.

Tout d'abord, les trois ensembles de critères suggérés ne semblent pas parfaitement imperméables. Il y a en effet un recoupement évident entre les critères personnels inhérents à la caution et son degré d'implication : le second participe du premier, dans lequel il faut l'inclure. Deux catégories de critères doivent alors être retenues. Une première relative à l'opération de cautionnement, une seconde relative à la personne de la caution.

Au titre des critères relatifs au cautionnement, le niveau de complexité est un élément primordial et inévitable. Ce niveau de complexité doit s'entendre de l'opération garantie comme de la garantie elle-même. La caution doit être à même d'apprécier les tenants et aboutissants de son engagement propre, comme ceux de l'obligation garantie dont la sûreté tire sa spécificité[2]. En revanche, les « *risques encourus* » s'avèrent superflus. Ils ne sont pas, en effet, des critères permettant à la caution de saisir… les risques encourus ! Ils constituent l'objet du devoir de mise en garde, non les critères par lesquels l'existence de ce devoir est ou non reconnue[3]. Il en résulte que le seul critère relatif au cautionnement qui devrait être retenu

[1] *BICC*, 15 janvier 2010, n° 714, p. 34. V. également Boismain C., « L'obligation de mise en garde du banquier dispensateur de crédit », *JCP G* 2010, doctr., 301 ; Boucard, « Le devoir de mise en garde du banquier à l'égard de l'emprunteur et de sa caution : présentation didactique », *RDBF* sept. 2007, n° 5, étude 17 ; Gourio A., « Précisions sur l'obligation de mise en garde du banquier dispensateur de crédit à l'égard des emprunteurs non avertis », *JCP G* 2007. II. 10146 ; Tricot D., Causse H., « Le devoir de mise en garde du banquier », *RDBF* nov. 2007, n° 6, dossier 25.

[2] Ce qui justifie que le débiteur de la sûreté doive être conscient des spécificités de l'obligation garantie comme de la sûreté n'est pas le caractère accessoire du cautionnement, mais bien la nature relative de toute sûreté. Chaque sûreté personnelle est conditionnée par une obligation préalable qu'elle garantit. Peu importe alors ses caractères, dès lors que l'obligation garantie influence la mise en œuvre de la sûreté. Le raisonnement milite alors en faveur d'une reconnaissance générale de la qualité de débiteur averti ou profane d'une sûreté, dépassant le seul cautionnement. V. sur ce point *supra*, n° 368.

[3] Il pourrait être objecté qu'en l'absence de risque, le devoir de mise en garde ne se justifie pas. C'est oublier que le risque est inhérent à toute opération garantie par une sûreté et pour cause, s'il n'y avait aucun risque, la sûreté ne serait pas advenue. Aussi, il serait particulièrement inopportun de conserver ce critère pour jauger l'existence de la mise en garde : s'il peut être objectivement évalué, le risque reste une notion subjective sujette à

est celui du niveau de complexité de l'opération projetée, soit l'obligation garantie et le cautionnement qui l'assortit.

La pluralité de critères relatifs à la personne de la caution met en évidence un procédé nécessaire à une appréhension homogène, celui de la hiérarchisation. Soulevée par un auteur elle n'a, sauf erreur, jamais été appliquée[1]. L'inégale influence des critères de qualification justifie ce nivellement et clarifie dans le même temps la notion de caution avertie.

L'élément qui devrait être pris en compte de manière privilégiée est celui de la compétence de la caution, cette compétence passant en premier lieu par son expérience en matière d'opération financière. Cette expérience doit être comprise comme afférente à l'opération litigieuse. Il paraît superflu d'exiger de la caution des connaissances relatives à une opération qui n'intéresse pas le contentieux que les juges du fond ont à connaitre. Au besoin pourront-elles éventuellement leur servir à affiner leur appréciation de la qualité de la caution, si un doute subsiste.

Ces connaissances générales doivent ainsi précéder l'appréciation d'un critère conjoncturel : le degré d'implication de la caution dans l'opération projetée[2]. Si la caution est à l'initiative du contrat de base comme de la constitution de la sûreté, il y a fort à parier qu'elle l'ait fait en connaissance de cause.

Au titre des critères propres à la caution doivent venir en troisième lieu les formations qu'elle a reçues et les professions qu'elle a exercées. Ces indices témoignent de ses connaissances, sans être absolument déterminants. Ils peuvent orienter voire confirmer la qualification de profane ou avertie mais ne peuvent être considérés comme des éléments primordiaux.

Le critère de l'âge est à analyser en dernier lieu, car il n'est pas particulièrement décisif. Il constitue toutefois un critère supplétif utile, pour infirmer ou confirmer une qualification[3]. Quant au critère du patrimoine, enfin, il paraît pouvoir être exclu. Un patrimoine important

---

interprétations diverses. L'inflation du contentieux relatif à la seule caractérisation du risque, inexistant pour le créancier et caractérisé pour la caution, serait inévitable.

[1] Legeais D., « Etendue du contrôle de la Cour de cassation en matière de qualification de caution avertie », *JCP G* 2009. II. 10081 (note sous Com., 3 février 2009, n° 07-19.778). Selon l'auteur : « *Peut-être conviendrait-il dès lors de fixer une hiérarchie dans les critères d'appréciation. Celui de la compétence de l'emprunteur ou de la caution pour mesurer le risque pris semble alors devoir être le critère prédominant* ». L'idée d'une hiérarchie et celle de la prédominance du critère de la compétence de la caution semblent indiscutables. V. *infra*, n° 360.

[2] La haute juridiction dissocie cette implication entre le projet en particulier et la vie de la société cautionnée en général. Ce second aspect n'est pas indispensable en ce qu'il fait double emploi avec le critère primordial de l'expérience de la caution en matière d'opération financière. Son expérience permet de déduire, voire de présumer, son implication générale. Le critère de l'implication ponctuelle est plus décisif, car les juges du fond ont à déterminer le caractère averti de la caution pour un contentieux déterminé et non pas en général. En effet, une caution peut très bien être avertie, par exemple, des spécificités d'un prêt immobilier qu'elle vient garantir et être considérée comme profane si elle couvre une opération complexe de restructuration financière d'une société.

[3] Com., 13 novembre 2012, n° 11-42.178 ; *JCP G* 2013, chron. 585, n° 6, obs. Simler Ph. ; *Gaz. Pal*. 6/2012, p. 3518, obs. Albigès Ch. ; Com., 12 juillet 2017, n° 15-26.155 et Simler Ph., n° 469, spéc. p. 490.

n'est pas le signe immuable d'une personne rompue aux affaires. Il est parfaitement concevable qu'une caution disposant d'un patrimoine conséquent laisse le soin de sa gestion à un tiers qui en fait sa profession. Cette situation est l'occasion d'analyser une dernière hypothèse participant de l'élaboration de la définition : la caution assistée.

L'assistance de la caution n'apparaît pas dans le faisceau d'indices synthétisé par la Cour de cassation. La raison tient aux solutions retenues par les différentes formations de la haute juridiction, dont les divergences sont rétives à toute tentative de systématisation. La première chambre civile et la chambre commerciale estimaient de concert que la caution profane perdait cette qualité dès lors qu'elle était assistée au moment de la formation du cautionnement par une personne avertie[1]. La première chambre civile est ensuite partiellement revenue sur sa solution, en retenant que « *la banque qui consent un prêt à un emprunteur non averti est tenu à son égard, lors de la conclusion du contrat, d'un devoir de mise en garde* […] *dont elle ne peut être dispensée par la présence au côté de l'emprunteur d'une personne avertie, peu important qu'elle soit tiers ou partie* »[2]. Cette réserve émise par la première chambre civile est la solution qui, sans nul doute, génère le moins de difficultés. En effet, l'immixtion d'une tierce personne dans une opération déjà caractérisée par trois personnes au moins est de nature à complexifier le contentieux afférent à la qualité de caution avertie, aux devoirs des créanciers professionnels et au traitement des fautes qui peuvent survenir à cette occasion. Il est certain que les conseils d'une personne avisée peuvent rendre avertie, au moins ponctuellement, une caution. Il n'est en revanche pas certain que cela soit automatique. *Quid* d'un conseil erroné donné à la caution ? Le traitement d'une telle faute engendrerait un enchevêtrement de responsabilités qui viendrait aggraver la tâche des juges du fond. Aussi, le devoir de mise en garde ne constitue pas un fardeau pour le créancier professionnel, il n'a pas à faire montre d'une diligence caractérisée pour le remplir, contrairement par exemple au devoir qui l'astreint à conserver le recours subrogatoire de la caution. Les opérations financières complexes sont habituelles pour lui. Prévenir la caution des risques qu'ils impliquent n'a rien d'excessif. Au contraire, la solution inverse offrirait au créancier un moyen de se soustraire à son devoir et, éventuellement, de couvrir sa réticence dolosive grâce à un conseil erroné livré à la caution. Il serait donc bien plus simple, sans être excessivement

[1] Com., 12 novembre 2008, n° 07-15.949 ; *RDBF* janv. 2009, n° 1, p. 50, note Cerles A. ; *JCP G* 2009. II. chron. 150, note Simler Ph. et Delebecque Ph. ; Com., 3 mai 2006, *préc*. ; Com., 20 juin 2006, *Bull. civ. IV*, n° 145 ; *RDBF* nov. 2006 n° 6, p. 15, note Samin T et Crédot F.-J. ; *RTD com*. 2006. 645, note Legeais D. ; *D*. 2006. 1887, note Delpech X. ; *RDC* 2007/2, p. 300, note Viney G. ; *Banque et droit* sept. 2006, n° 109, p. 50, note Bonneau Th.

[2] Civ. 1ère, 30 avril 2009, *Bull. civ. I*, n° 85 ; *RDBF* juil. 2009, n° 4, p. 46 et *RTD com*. 2009. 604, note Legeais D. ; *Banque et droit* juil. 2009, n° 126, p. 21, note Bonneau Th. ; *Gaz. Pal*. mai 2009, n° 140/141, p. 5, note Piedelièvre S. ; *RLDA* 2009, n° 40, p. 37, note Bazin E.

favorable à la caution, d'évacuer le critère de l'assistance par un conseil dans la recherche de la qualité de caution profane ou avertie[1].
Ces divers éléments étant examinés, il est désormais possible de proposer une nouvelle définition de la caution avertie.

360. Suggestion de définition de la caution avertie. Suivant les critères retracés, une définition possible de la caution avertie pourrait être la suivante.
Une caution est avertie lorsqu'elle dispose d'un degré de connaissance suffisant lui permettant de comprendre tant les risques inhérents à son engagement, que ceux de l'opération qu'elle garantit. Afin de déterminer cette qualité, il doit être tenu compte en priorité de l'expérience de la caution en matière d'opérations financières. Les éléments suivants peuvent subséquemment être utilisés à cette fin et par ordre de priorité :
- l'expérience de la caution pour une opération identique ;
- le niveau de complexité de l'opération projetée ;
- le degré d'implication de la caution dans l'opération projetée ;
- la formation de la caution ;
- les professions, actuelles ou passées, exercées par la caution ;
- l'âge de la caution.

La présence, lors de la conclusion du cautionnement, d'une personne qui assiste ou conseille la caution ne peut avoir pour effet de la rendre avertie.

B. Un agencement possible des différentes qualités

361. Un agencement possible des différentes qualités au service d'une meilleure appréhension de la faute en droit des sûretés personnelles. La définition de la caution avertie peut sembler incongrue dans une étude consacrée à la faute en droit des sûretés. En réalité, cette qualité permet de cerner la teneur des devoirs du créancier face à une caution ; elle permet par conséquent d'appréhender plus rigoureusement les manquements dudit créancier à ses devoirs. Par ailleurs, la qualité de débiteur averti ou profane n'est pas exclusive du cautionnement, ou plus justement, ne devrait pas l'être. La découverte jurisprudentielle de cette qualité, il est vrai, s'est faite uniquement à l'occasion de

[1] D'aucuns seraient tentés de voir ici une nouvelle échappatoire de la caution, ce qui ruinerait plus encore l'efficacité du cautionnement. Encore faut-il que le créancier ait manqué à son devoir de mise en garde pour que la caution puisse recourir, même de mauvaise foi, à cet argument. Le dévoiement de cette protection ne serait alors dû qu'à la négligence du créancier. *Contra* Palvadeau E., « Réflexions sur la caution avertie », *art. préc*.

cautionnements litigieux. Elle a ensuite été étendue à d'autres qualités telles que l'emprunteur, voire le prêteur. Cette extension est bien le signe que les deux qualités opposées ont vocation à régir des situations qui ne se réduisent pas au cautionnement. Cette première intuition doit être confirmée, avant de démontrer en quoi elle est propice à une meilleure appréhension de la faute en droit des sûretés personnelles. La distinction entre débiteur profane et débiteur averti, hissée au rang de distinction cardinale du droit des sûretés personnelles (1) clarifiera l'agencement des multiples autres qualités que ce même débiteur peut recouvrir. De cette clarification résultera un traitement enrichi de la faute (2).

1. La distinction cardinale entre débiteur averti et débiteur profane

362. Le domaine du crédit comme terrain d'élection de la distinction. Il est significatif de remarquer que la distinction entre le profane et l'averti a essaimé dans un domaine commun : le crédit. Caution, emprunteur et prêteur sont ainsi les trois acteurs du crédit que les juges ont parfois affublés de telles qualités. De ce premier constat, il peut être déduit que la spécificité du crédit est à l'origine de la distinction. Ce domaine devenu majoritairement professionnel justifierait qu'il soit distingué entre ceux qui y sont initiés et ceux qui y sont étrangers. L'argument n'emporte guère la conviction, car si le crédit est spécifique, quelle branche du droit ne le serait pas ? La raison de cette création prétorienne doit donc être trouvée ailleurs.

Un autre trait saillant du crédit, outre sa spécificité, est sa gravité. Le crédit est par définition une opération qui s'inscrit dans le temps, comportant une part de risque pour chaque partie, dont celui de l'endettement voire du surendettement pour le débiteur. Ce risque est aggravé pour celui qui consent une sûreté personnelle en garantie d'un crédit, pour une raison centrale participant de la définition de son engagement : l'absence de contribution à la dette. Le risque caractérisé que ce débiteur accepte de courir pourrait expliquer que la jurisprudence soit allée au-delà de ce que la loi offrait pour sa protection. Ce motif de gravité n'explique toutefois pas que le seul cautionnement soit concerné par la distinction. Ainsi, à s'en tenir au seul domaine des sûretés personnelles, la distinction aujourd'hui largement relayée dans les prétoires et avalisée par une majeure partie de la doctrine, mériterait une extension à toutes les sûretés personnelles[1].

[1] *Contra* Barthez A.-S., Houtcieff D., n° 220, estimant que la distinction prétorienne est *contra legem*.

363. L'applicabilité de la distinction aux autres sûretés personnelles. Il pourrait être objecté d'emblée que l'extension ici promue soit un frein supplémentaire à l'efficacité du crédit. Or la distinction appliquée à l'ensemble des sûretés personnelles serait un gage de clarification et de perfectionnement du droit des sûretés personnelles. Elle n'a pas seulement été une source de dévoiement du cautionnement, mais au contraire un fondement technique par lequel ce dernier a pu être soustrait, partiellement au moins, aux errements législatifs. L'exigence légale de proportionnalité impulsée par l'ingéniosité des juges a un premier temps servi à des cautions, pourtant parfaitement informées de leur situation, pour dénoncer leur engagement excessif. La distinction, née dans le giron du devoir de mise en garde, a alors été étendue et employée comme correctif d'un contentieux dont l'inflation n'avait été rendue possible que par une légistique malhabile. Sans qu'il soit besoin de retracer la généalogie de la qualité de caution avertie, son extension à la garantie autonome comme à la lettre d'intention serait bienvenue. D'une part, la particulière gravité de la garantie autonome s'accorde avec cette extension. S'il est légitime de protéger une caution contre la dangerosité de son engagement, il le serait à plus forte raison au sujet du garant autonome. Il doit être précisé qu'il ne s'agit pas ici de protéger par tout moyen les débiteurs de sûretés personnelles et de fragiliser en retour les créanciers, mais de suggérer une technique de protection emprunte de mesure, en ce qu'elle est fondamentalement casuistique. Cette dimension casuistique est bien plus appropriée que ne le sont, par exemple, les catégories perfectibles du code de la consommation. Outre la relative qualité rédactionnelle des textes, le renvoi tantôt aux consommateurs, tantôt aux personnes physiques n'est pas le gage d'une application rationnelle des dispositions protectrices. Aussi, il n'y a pas à craindre une perte de vitesse pour la garantie autonome si la distinction venait à être consacrée à son profit, pour une raison pratique évidente. Née du commerce international, elle régit essentiellement les rapports propres à ce domaine. En d'autres termes, rares sont les personnes physiques totalement étrangères au milieu des affaires qui se portent garants autonomes : plus rares encore seraient les garants autonomes profanes[1].

La même raison justifie que le régime de la lettre d'intention reçoive cette distinction. D'un point de vue quantitatif, l'extension n'aurait que peu de chance d'enrayer le crédit. Elle n'aurait certes qu'une vocation résiduelle mais, à supposer que la question se pose, la distinction offrirait une protection bienvenue. Cela ne devrait pas, cependant, se faire sans ajustement. L'extension de la qualité n'implique pas l'extension de toutes les règles du

[1] L'art. L. 314-19 c. conso. prohibe de toute manière la souscription d'une garantie autonome par une personne physique pour un crédit à la consommation ou un crédit immobilier.

cautionnement[1]. Elle suggère en revanche que les qualités soient harmonisées avec celles qui existent déjà.

364. L'harmonisation nécessaire des différentes qualités. L'extension de la distinction entre le débiteur averti et le débiteur profane à l'ensemble des sûretés personnelles n'est pas une panacée. Il est impératif de composer avec les qualités préexistantes pour ne pas ajouter à la confusion. Pour ce faire, il est nécessaire d'anticiper les éventuels conflits générés par un cumul de qualités différentes.

La première distinction rencontrée est celle qui oppose les personnes physiques aux personnes morales. L'agencement ne présente pas de difficultés lorsqu'il s'agit d'une personne physique, elle est d'ailleurs la seule qualité qui est implicitement contenue dans la distinction entre averti et profane. Appliqués à une personne morale, les critères retenus s'accommodent plus difficilement. L'expérience, les connaissances, l'implication sont difficilement décelables chez une telle entité juridique. Il serait alors possible de déterminer la qualité de débiteur averti ou profane par référence aux membres qui la composent et plus particulièrement à ceux qui la dirigent. Ainsi, une société nouvellement créée par des entrepreneurs novices pourrait bénéficier des faveurs de la qualité de débiteur profane, si elle se porte débitrice d'une sûreté personnelle. À l'inverse, si la personne morale débitrice d'une telle sûreté est, à l'image de ses membres, largement familiarisée aux techniques du crédit, l'attribution de la qualité de débiteur averti semble inévitable.

Quant aux autres qualités d'origine civile – mineurs, majeurs et majeurs protégés – elles ne paraissent pas inconciliables avec les qualités de débiteur profane ou avertie puisque leurs critères respectifs n'ont rien de commun : la protection des majeurs et mineurs ne passe aucunement par l'examen de leur compétence, quelle qu'elle soit. La question semble toutefois être un cas d'école, tant les restrictions imposées aux mineurs et majeurs protégés en matière de sûretés personnelles réduisent considérablement les occurrences par lesquelles ces qualités devraient être conjuguées.

Le statut de commerçant se prête quant à lui également et sans difficulté majeure à un agencement avec les qualités étudiées. Le crédit est en effet une manifestation de la diversité des activités commerciales, dont il relève. Une équivalence se dessine naturellement entre un commerçant et un débiteur averti. Pourtant tous les commerçants ne font pas du crédit leur activité habituelle et pour ceux au moins qui n'y seraient pas habitués, l'attribution de la

[1] Dans ce cas, il serait plus simple que le droit positif revienne à un système unitaire de sûretés personnelles, où le seul cautionnement règnerait, ce qui est peu enviable.

qualité de débiteur profane paraît concevable et opportune.

Enfin, les récentes qualités que le droit de la consommation consacre semblent les plus à même de se concilier avec celles de débiteur averti ou profane. Le consommateur et le professionnel sont deux qualités qui, il est vrai, prêtent à confusion tant elles semblent correspondre littéralement à celles de débiteur profane et averti. Leur critère distinctif est commun, celui de l'expérience. Les uns ont l'habitude d'une activité économique particulière, les autres n'en sont pas même initiés. Leur champ d'application les distingue toutefois : les activités commerciale, industrielle, artisanale, libérale et agricole sont à l'évidence plus vastes que le seul domaine d'activité du crédit, qui relève de la première catégorie. Aussi le profane et l'averti ne peuvent, pour l'heure, n'être que des cautions si bien que leur application est quantitativement moins fréquente. Ces éléments ne s'opposent pas, au demeurant, à ce que toutes ces qualités puissent s'agencer. Il est permis d'imaginer qu'une personne puisse simultanément être consommateur et caution avertie, s'il a par sa profession eu connaissance des rouages du crédit et de ses garanties et qu'il contracte un cautionnement pour des raisons qui ne tiennent pas à sa profession. Aussi une personne morale exerçant dans une sphère totalement étrangère à ce domaine et débitrice d'un prêt ou d'un cautionnement pourrait profiter d'une qualité légalement consacrée de débiteur profane, plutôt que d'être exclusivement considérée sous l'angle de cette qualité perfectible de non-professionnel. C'est alors précisément au regard du droit de la consommation, de ses définitions perfectibles et de la rédaction lacunaires de ses dispositions que l'extension généralisée des qualités de débiteur averti ou débiteur profane révèle tout son intérêt. La jurisprudence a habilement tracé la voie d'une distinction curative en soustrayant notamment les dirigeants sociaux tout à fait avertis d'une protection illégitime, car réservée aux consommateurs – la faute, à nouveau, à une maladresse rédactionnelle désignant les personnes physiques plutôt que les consommateurs. De la même manière, la qualité de débiteur profane attribuée à une personne morale agissant en dehors de sa sphère de compétence offrirait une protection plus prévisible et plus appropriée que celle de non-professionnel. Encore faudrait-il, pour que toutes les qualités s'agencent au mieux, que soit établi en leur sein un rapport hiérarchique. Sans surprise, dès lors qu'elle semble présider à l'appréhension de la faute, la distinction entre un débiteur averti et un débiteur profane devrait primer.

365. L'opportunité d'une hiérarchisation des qualités : la préséance de la qualité de débiteur averti ou profane. Il ne fait aucun doute qu'une consécration légale des qualités de débiteur avertie ou profane en l'absence de tout lien hiérarchique avec les autres qualités

connues serait un remède pire que le mal. Non pas que les solutions prétoriennes déjà acquises sur leur fondement soient discutables mais il paraît immanquable qu'en l'absence de ce lien hiérarchique, un contentieux naitra inutilement, à travers lequel les débiteurs estimeront primordiale leur qualité de profane, là où les créanciers souhaiteraient qu'elle soit indifférente. Un échelonnement des qualités s'avère alors, dans le principe, inéluctable. Quant au critère fondateur de cet échelonnement, il a d'ores et déjà été présenté. Il s'agirait de la gravité des opérations de crédit et plus encore de sûretés personnelles. À s'en tenir exclusivement à celles-ci, leur gravité intrinsèque justifierait que la détermination de la qualité de débiteur averti ou profane prévale sur toutes les autres[1]. Par ce biais, l'écueil d'un contentieux né de l'agencement des qualités s'évapore et l'application des règles de droit, particulièrement les plus protectrices du débiteur, serait plus harmonieuse et plus représentative de la réalité. La raison en est que les qualités de débiteur averti et de débiteur profane sont fondamentalement casuistiques, donc nécessairement plus proches de la réalité que celles résultant d'un examen abstrait du contractant concerné. De la sorte, le traitement de la faute en droit des sûretés personnelles se trouverait enrichi s'il se faisait à l'aune de ces qualités premières.

2. Le traitement enrichi de la faute

366. L'accroissement de la distinction dans le contentieux de la faute du créancier. La remarquable extension de la qualité de caution avertie a été relevée : initialement découverte au sujet du devoir de mise en garde du créancier cautionné, elle a ensuite essaimé pour influer le contentieux de l'obligation d'information et le devoir de proportionnalité[2]. Aussi, cette initiative *praeter legem* a permis d'ajuster harmonieusement les devoirs contractuels et précontractuels du créancier face à une caution avertie. Initialement favorable à cette dernière, la qualité a par ailleurs été utilisée comme un frein à l'expansion de la protection de la caution[3], donc à la fragilisation du cautionnement. Il y a donc un intérêt certain à ce que la distinction entre une caution avertie et une caution profane soit relayée par

[1] Il ne s'agit nullement de livrer un jugement de valeur selon lequel il serait préférable de protéger un débiteur ponctuel contre son engagement à une sûreté personnelle, plutôt qu'une personne contre son état général de santé, par exemple. Le champ de cette étude étant cantonné au droit des sûretés, c'est à sa lueur que la proposition doit être comprise : dès lors qu'une personne est engagée en qualité de débitrice d'une sûreté personnelle, il est primordial que l'examen de sa compétence prime toute autre recherche. La gravité contingente des sûretés personnelles milite pour la préséance inconditionnelle des qualités de débiteur averti ou profane.
[2] V. *supra*, n° 342.
[3] Sur cette protection excessive et parfois contreproductive : Mouly Ch., « Abus de caution », *RJ com*. février 1982, n° spéc., p. 13 ; Mignot M., n° 42.

le législateur et généralisée à tous les débiteurs de sûretés personnelles, quand bien même elle ne gouvernerait que le contentieux de la faute du créancier.

En effet, la détermination de la qualité du créancier n'exerce qu'une attraction relative sur le contentieux de la faute du débiteur de la sûreté. Certes, c'est le créancier professionnel qui du fait de cette qualité sera soumis à des exigences comportementales bien plus contraignantes que s'il ne faisait pas du crédit son activité habituelle. Toutefois la protection trouve d'abord sa cause, entendue comme origine et comme but, dans la qualité du débiteur : les dispositions protectrices, consuméristes ou non, visent davantage à préserver les intérêts de la partie faible qu'à infléchir ceux de la partie forte. Techniquement, l'influence prépondérante de la qualité du débiteur sur celle du créancier se traduit par la plasticité de leur rapport d'obligation respectif. La qualité du débiteur a pour conséquence une modification de la consistance du rapport d'obligation du créancier. Le rapport d'obligation du créancier lié à une caution avertie, se densifie lorsqu'elle est profane alors que l'inverse ne se vérifie pas. La caution n'est pas tenue à des exigences comportementales plus contraignantes si elle contracte avec un créancier non professionnel. La consistance de son rapport n'est pas fonction des qualités propres au créancier. Seules les caractéristiques inhérentes à son engagement définiront sa gravité : un cautionnement simple face à un cautionnement solidaire, un cautionnement défini face à un cautionnement omnibus…

En définitive, la dimension personnelle ou subjective de la faute ne présente d'intérêt véritable que lorsque le comportement du créancier est en cause et ce n'est alors pas sa qualité propre qui importe, mais celle de son débiteur. C'est ici que se révèle l'originalité de la dimension personnelle de la faute commise dans la formation ou l'exécution d'une sûreté personnelle : c'est la qualité de la victime de la faute qui prime celle de l'auteur, dans le traitement de ses éléments constitutifs comme de sa sanction. Ce traitement, s'il était rationnalisé et systématisé sous l'angle de cette dimension personnelle, serait nettement amélioré ne serait-ce qu'au regard de la prévisibilité, donc de la sécurité juridique. Il est toutefois nécessaire de préserver un tant soit peu la cohérence et l'efficacité du droit des sûretés personnelles en évitant une consécration irréfléchie de la distinction entre débiteur averti et débiteur profane. La cohérence de la matière ne saurait souffrir d'une dilution de ses institutions phares. La transposition de la distinction en dehors du cautionnement, si elle est opportune, ne doit pas moins en être mesurée. Il est impératif de préserver, autant que faire se peut, la singularité de chaque mécanisme et de ne pas réduire la discipline au seul cautionnement autour duquel graviteraient deux succédanés, la garantie autonome et la lettre d'intention.

367. L'ambivalence d'une extension des qualités de débiteur averti et profane, ou la préservation nécessaire de l'originalité des sûretés personnelles. Le droit des sûretés personnelles gagnerait en cohésion si la qualité de caution avertie était affranchie de son carcan d'origine. Il serait en effet opportun de placer au rang de distinction élémentaire celle qui oppose le débiteur averti au débiteur profane d'une sûreté personnelle. De cette manière, la gravité accusée de ces engagements trouverait un contrepoids approprié dans ces qualités, ce d'autant plus qu'elles reflètent idéalement les faits puisque leur détermination est nécessairement empirique. Le régime du cautionnement, où la distinction est née, n'en serait pas substantiellement transformé puisque le droit positif en porte déjà la marque. Aussi, les critiques relatives à l'efficacité des autres sûretés menacée par cette extension doivent-elle être déjouées. Il ne s'agit pas de rendre la garantie autonome accessoire, ou de méconnaitre l'essence de la lettre d'intention pour l'introduire dans l'une ou l'autre des catégories que sont les sûretés accessoires ou autonomes. Il s'agit seulement de transposer avec parcimonie les règles qui participent d'un éventuel droit commun des sûretés personnelles sans dénaturer la physionomie de celles déjà connues. Au sujet de la garantie autonome, l'extension ne présente pas de dangers réels quant à son efficacité. D'ores et déjà interdite pour les crédits immobiliers et les crédits à la consommation, la garantie autonome ne bénéficierait de l'extension de la distinction que dans des cas limités – ceux, notamment, des dirigeants sociaux novices garantissant une dette professionnelle et susceptibles d'ignorer le danger inhérent à la sûreté[1]. Bien que relative, l'autonomie de la garantie ne doit pas être annihilée et la distinction étendue à son régime n'aurait pour conséquence que la création à la charge du créancier d'une obligation d'information et d'un devoir de mise en garde à l'endroit du garant profane[2]. Ces devoirs sont en effet les plus à même de pallier l'ignorance du débiteur de la sûreté puisqu'ils portent directement sur son aptitude à maîtriser les risques de son engagement. Dans le même sens, les intérêts du souscripteur d'une lettre d'intention mériteraient-ils d'être pris en considération s'il s'avérait que son inexpérience ne lui assure pas une protection minimale. L'extension, une fois encore, ne bouleverserait pas le régime de la garantie. Nul n'est besoin de rappeler que ces garanties sont souvent souscrites par des

[1] Une fois étendue, la distinction n'aura qu'une incidence relative sur le régime de la garantie autonome, tant les cas qu'elle aura vocation à régir seront quantitativement limités. C'est précisément pour mieux prendre en compte les cas les plus rares et parfois les plus dangereux que l'extension serait bienvenue.

[2] Inutile, en effet, de transposer le régime des exceptions au paiement ou d'introduire une dose, même superficielle, de subsidiarité dans la garantie autonome. Les devoirs relatifs à l'information du garant semblent participer de l'essence de l'engagement sans qu'ils le dénaturent. Potentiellement, la transposition permettrait aussi de poursuivre sinon d'achever la « *quête d'identité* » de la garantie autonome souscrite par une personne physique (V. Houtcieff D., « La garantie autonome souscrite par une personne physique : une sûreté en quête d'identité », *art. préc.*).

sociétés mères au profit de leurs filiales. La question de leur expérience serait alors rapidement évacuée et ne profiterait qu'aux cas isolés mais non moins légitimes dans leur besoin de protection, de débiteurs non-initiés. L'extension aux autres sûretés personnelles que le cautionnement de la distinction entre un débiteur averti et un débiteur profane ne présente en définitive que des risques limités quant à leur efficacité et préserverait *a minima* les non-initiés contre la gravité de ces engagements[1].

[1] Une autre solution plus radicale aurait été d'interdire aux personnes physiques, quelles que soient leurs qualités, la souscription d'une garantie autonome ou d'une lettre d'intention. Ce serait alors restreindre excessivement les potentialités de ces sûretés que la pratique préfère justement au cautionnement.

CONCLUSION DU CHAPITRE II

368. Conclusion du Chapitre 2. L'examen de la dimension subjective de la faute en droit des sûretés personnelles a permis de mettre en évidence l'influence disparate des contingences personnelles de l'auteur dans la détermination de son comportement répréhensible. Il s'est avéré en effet que c'est la qualité du débiteur de la sûreté qui exercera une influence immédiate et prépondérante sur les devoirs comportementaux du créancier et la caractérisation de leur méconnaissance. Puisque la qualité du débiteur est à l'origine de la création de ces devoirs, elle est incontournable dans l'appréhension de leur manquement. Inversement, les qualités du créancier n'exercent qu'une influence médiate sur la caractérisation de la faute du débiteur de la sûreté. Le débiteur de la sûreté ne sera pas moins rigoureusement tenu au respect de son engagement si le créancier n'est pas un professionnel. L'explication de ces influences variées semble tenir tant à la professionnalisation du crédit, qu'à la singularité des engagements de sûretés personnelles. Le rapport de force est naturellement établi à la faveur du créancier, lequel n'est contraint à aucune prestation en plus d'être souvent initié aux affaires. La précarité de la situation du garant explique alors que ses qualités personnelles influent directement sur la commission de la faute du créancier.

Cet examen a aussi été l'occasion de soulever, dans la perspective d'un droit commun des sûretés personnelles, la question de l'extension de la qualité de caution avertie par-delà le cautionnement. Au vu de la prépondérance de cette qualité dans le contentieux de la faute en droit du cautionnement et plus encore de l'adéquation de sa détermination empirique, il serait de bon ton que la distinction devienne cardinale en droit des sûretés personnelles. En adaptant la définition de la caution avertie suggérée par la Cour de cassation, celle d'un débiteur averti d'une sûreté personnelle pourrait être la suivante.

Le débiteur d'une sûreté personnelle est averti lorsqu'il dispose d'un degré de connaissance suffisant lui permettant de comprendre tant les risques inhérents à son engagement, que ceux de l'opération qu'il garantit. Afin de déterminer cette qualité, il doit être tenu compte en priorité de l'expérience du débiteur de la sûreté personnelle en matière d'opérations financières. Les éléments suivants peuvent subséquemment être utilisés à cette fin et par ordre de priorité :

- son expérience passée pour une opération financière identique ;
- le niveau de complexité de l'opération financière et de la sûreté personnelle ;
- son degré d'implication dans l'opération projetée ;

- sa formation ;
- les professions, actuelles ou passées, qu'il a exercées ;
- son âge.

La présence lors de la conclusion de la sûreté personnelle d'une personne qui assiste ou conseille celui qui s'y engage ne peut avoir pour effet de le rendre averti.

L'extension de ces qualités découvertes pour le seul cautionnement permettrait une harmonisation des sûretés personnelles tout en préservant au minimum leur singularité et leur effectivité. Elle est aussi préférable à la solution qui consisterait à exclure toute personne physique de la signature d'une sûreté personnelle autre que le cautionnement. La dimension personnelle de la faute participe alors, à sa manière, à la construction d'un droit commun qui rendrait les sûretés personnelles plus harmonieuses, plus cohérentes entre elles.

CONCLUSION DU TITRE II

369. Conclusion du Titre II. L'analyse de la nature de la faute en droit des sûretés personnelles aura d'abord été l'occasion d'affirmer l'existence de la responsabilité contractuelle. La matière des sûretés personnelles offre, du fait de son unilatéralisme distinctif, un exemple idéal de cette responsabilité. Le créancier n'est tenu à aucune prestation, aucun paiement, aucune obligation au sens habituel du terme, or il lui arrive d'être fautif. Cette possibilité anéantit littéralement l'argument selon lequel la faute contractuelle s'épuise dans l'inexécution du contrat. La faute contractuelle est autonome de l'inexécution contractuelle. Aussi, les sûretés personnelles se prêtent aisément au schéma moderne de l'obligation dualiste. Scindée en deux rapports autonomes, l'obligation impose à son titulaire l'exécution d'une prestation – le rapport obligatoire – en même temps qu'il l'astreint à un comportement adéquat à la réalisation de la prestation – le rapport d'obligation. La nature dualiste de l'obligation est alors parfaitement illustrée par le droit des sûretés personnelles. Quant à la faute *per se*, elle se présente sous des traits distincts selon qu'elle est commise par le créancier ou le débiteur de la sûreté.

La faute du créancier est unitaire. Elle consiste immanquablement en une altération des chances de remboursement du débiteur de la sûreté. Cette altération, contrariant l'étendue voire le principe du remboursement, se vérifie que le débiteur de la sûreté soit de premier rang (caution, garant autonome, confortant) ou de second rang (certificateur de caution, sous-caution, contre-garant).

La faute du débiteur est en revanche plurielle : si elle préjudicie au créancier, elle s'analysera en une altération de la chance supplémentaire de paiement à lui reconnue. Si elle préjudicie aux autres débiteurs de rangs inférieurs, la faute consistera alors en une aggravation de ces engagements interdépendants au-delà de ce qui était conventionnellement prévu. Au titre de la dimension personnelle de la faute, une similitude peut être relevée. Ce sont les qualités de la victime qui, de manière privilégiée, déterminent les éléments constitutifs de la faute commise par l'auteur. Selon le degré d'expérience, de connaissance de la victime, le fautif sera plus ou moins rigoureusement traité et sanctionné. La faute en droit des sûretés personnelles a alors ceci de singulier que sa caractérisation est davantage tributaire des contingences propres à la victime que de celles de l'auteur. Techniquement, cela s'explique par l'attraction que la qualité d'une partie exerce sur la teneur des exigences comportementales de son cocontractant. Les qualités de débiteur averti et profane entrainent respectivement une

réduction et une densification du rapport d'obligation du créancier. Rassemblés, ces divers éléments autorisent une réflexion plus profonde : comme un reflet négatif, la faute révèle certains aspects fondamentaux du droit des sûretés personnelles.

CONCLUSION DE LA PREMIÈRE PARTIE

370. Conclusion de la première partie. En premier lieu, cette étude aura permis de démontrer la pertinence de l'analyse dualiste moderne de l'obligation, selon laquelle le lien de droit se décompose en deux éléments autonomes. Le rapport obligatoire correspond à la prestation attendue, soit à tout ce qui relève de la dimension matérielle de l'obligation. Le rapport d'obligation correspond quant à lui au comportement attendu. Dans sa plus simple expression, il se réduit à une abstention. Le débiteur ne doit pas compromettre l'exécution conforme de l'obligation. D'une intensité variable, ce même rapport peut aussi imposer à son titulaire plus qu'une abstention et l'astreindre à un véritable comportement positif, concourant à la réalisation harmonieuse de l'obligation par la prise en compte des intérêts de l'autre partie[1]. La pertinence de cette analyse se vérifie particulièrement en matière de sûretés personnelles où les parties sont liées par une obligation asymétrique. Les deux parties assument un rapport d'obligation, seul le débiteur assume un rapport obligatoire. Le créancier étant susceptible de se rendre fautif, sa faute ne peut être définie que comme un manquement à son rapport d'obligation, du reste lorsqu'elle perturbe la sûreté. La définition de la faute du débiteur est identique, l'existence d'un rapport obligatoire adjoint au rapport d'obligation n'ayant pas d'incidence sur sa caractérisation.

Le recensement et la systématisation des fautes respectives du débiteur et du créancier de la sûreté personnelle ont ensuite permis de saisir la substance de la faute. Celle du débiteur est une altération de la chance supplémentaire de paiement reconnue au créancier ou, si elle porte préjudice à d'autres débiteurs, une aggravation de leur situation patrimoniale en méconnaissance de ce que leur engagement prévoyait. La faute du créancier correspond, systématiquement, à une altération des chances de remboursement du débiteur de la sûreté ce qui, autrement formulée, consiste en un risque de contribution à la dette. La faute du créancier est ainsi unitaire, là où celle du débiteur est duale. Par ailleurs, l'analyse de la dimension personnelle de la faute fut l'occasion d'établir l'opportunité d'une consécration légale de la qualité de débiteur averti, dont la détermination casuistique assurerait une protection idoine à l'intéressé, tout en préservant l'efficacité de la sûreté. Surtout, l'étude de cette dimension

[1] Dans le même sens, à propos du contrat, V. Association Henri Capitant, *Principes contractuels communs : projet de cadre commun de référence*, *op. cit*., p. 159 : « *outre ce devoir d'abstention, un comportement positif peut être mis à la charge de celui qui, sans avoir entravé l'exécution du contrat, a néanmoins par son fait diminué l'intérêt du contrat pour son contractant* […] ».

personnelle a abouti à un constat d'ordre général. Les qualités qui président à la détermination des éléments constitutifs de la faute sont d'abord celles de la victime plus que celles de l'auteur.

Ces enseignements ponctuels doivent toutefois être complétés par d'autres analyses plus transversales. La première d'entre elles porte sur la définition même des sûretés personnelles. L'examen de la faute s'est en effet présenté comme un moyen utile pour confirmer ce qui paraissait être, par supposition, le critère le plus distinctif de tout engagement de cette nature : l'absence de contribution à la dette du débiteur de la sûreté personnelle. Le critère de l'adjonction d'un lien de droit en garantie d'un rapport préexistant n'est toutefois pas écarté. Un même débiteur ne peut pas simultanément contribuer à la dette sans y être tenu. Il ne saurait y avoir de sûretés personnelles sans adjonction, au profit du créancier, d'un lien de droit jusqu'au patrimoine d'un second débiteur qui ne contribue pas à la dette.

Ces critères une fois mis en évidence sont propices à une réflexion d'ensemble sur l'existence de règles fondatrices d'un droit commun des sûretés personnelles. Sans prétendre à un exposé complet de ce régime, il est au moins quelques règles éparses dont la consécration tarirait les incohérences de la matière. L'absence de contribution à la dette du débiteur de la sûreté permettrait, si elle était légalement reconnue, de consacrer explicitement et de manière uniforme les diverses exigences comportementales auxquelles lui et le créancier sont tenus. L'exigence de vigilance qui impose par exemple au garant de ne pas payer précipitamment le créancier, soit parce que sa demande a été faite sans droit, soit parce que le débiteur garanti dispose d'exceptions à faire valoir mériterait de gouverner le régime de toute sûreté personnelle. Le but d'une telle sûreté est en effet d'aider et non pas d'entraver le débiteur garanti dans le paiement de sa dette.

Aussi cette absence de contribution à la dette se matérialise par l'exercice reconnu au garant de recours après paiement, parmi lesquels le recours subrogatoire. Si la loi en dispose pour le seul cautionnement, son existence dans les deux autres sûretés n'est plus discutée. Pourtant, il est une conséquence logique de cette prérogative que seul, une fois encore, le cautionnement connait : le bénéfice de subrogation. Comment justifier alors, dans les régimes de la garantie autonome et de la lettre d'intention, que la cause d'une prérogative soit reconnue quand sa conséquence est écartée ? Le recours subrogatoire ne peut valablement exister sans le bénéfice de subrogation. Ou bien il faut reconnaitre au débiteur de la sûreté personnelle la possibilité de subroger le créancier dans ses droits préférentiels et la faculté de lui en tenir rigueur s'il les

néglige, ou bien il ne faut reconnaitre ni l'un ni l'autre – mais pas l'un sans l'autre. Il en va de la cohérence de la matière : l'une des options doit ouvertement être préférée afin de sortir le droit positif d'une contradiction intenable[1].

Une autre incohérence, d'ordre plus politique, ressort de l'examen de la faute. Il s'agit de l'influence disparate de la qualité des parties. La protection dont jouit aujourd'hui la caution est en grande partie liée à la dichotomie prétorienne opposant le profane et l'averti. Or cette distinction ne joue que pour le cautionnement alors que la garantie autonome, par nature bien plus grave, l'ignore. L'extension de ces qualités par-delà le cautionnement se présente comme un remède propice à cette contradiction. Issues d'une recherche empirique, ces qualités assurent un ajustement congruent des prérogatives de chaque partie. Elle affecterait certainement l'efficacité de la garantie autonome et de la lettre d'intention mais l'objection n'est pas insurmontable. Elle peut largement être atténuée par l'argument quantitatif. Les débiteurs de telles garanties sont, en effet, très rarement des personnes physiques et plus rarement encore des personnes profanes. L'extension servirait justement à éviter que de ces personnes subissent les affres d'un engagement excessivement dangereux, sans leur interdire par principe d'y recourir.

L'extension des qualités de débiteur averti ou profane, élevées au rang de qualités fondamentales du droit des sûretés personnelles – voire du droit du crédit – s'annonce comme un gage de cohérence, de rationalisation et de prévisibilité de la matière. Conjuguée au critère de l'absence de contribution à la dette du débiteur, elle pourrait au surplus constituer les jalons d'un droit commun des sûretés personnelles. En tout état de cause, elle présenterait au moins un intérêt certain : éviter que le cautionnement, par une absorption des autres sûretés personnelles, n'entraîne simultanément un affadissement du droit des sûretés et une inhibition du crédit. Il serait alors souhaitable qu'une révision advienne. Si la réforme des sûretés réelles a suscité le sentiment d'une occasion manquée[2], le manque se fait bien plus cruellement ressentir en matière de sûretés personnelles[3]. C'est précisément au sujet des sûretés réelles que l'analyse de la faute doit désormais être reconduite.

---

[1] Il est cependant délicat d'avoir un avis tranché sur la question. La solution la plus logique serait celle d'une reconnaissance générale du bénéfice de subrogation, puisqu'elle suivrait la reconnaissance générale du recours subrogatoire. Aussi, l'essence de la sûreté – l'absence de contribution à la dette du débiteur – serait respectée. Mais une telle consécration fragiliserait dangereusement les sûretés que la pratique a justement créées pour contourner la protection de la caution : l'extension aurait alors pour effet peu désirable de gommer les particularités de chaque sûreté et d'inciter les créanciers à se tourner vers des mécanismes plus rigoureux pour les débiteurs.

[2] Dammann R., « La réforme des sûretés mobilières : une occasion manquée », *D.* 2006. 1298.

[3] Simler Ph., « 2006 : une occasion manquée pour le cautionnement », *JCP N* 2016, n° 12, p. 44. Pour une proposition de réforme d'ensemble des sûretés personnelles, V. Grimaldi M. (dir.), *Avant-projet de réforme du droit des sûretés*, *op. cit*., art. 2284 à 2322, p. 2 à 9.

SECONDE PARTIE. LE DROIT DES SÛRETÉS RÉELLES AU PRISME DE LA FAUTE

371. Rupture conceptuelle des deux ordres de sûretés. Aux côtés des sûretés personnelles, le second pilier du droit des garanties du crédit est constitué par les sûretés réelles. Une sûreté réelle est, par définition, une « […] *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 (assorti d'un droit de préférence et d'un droit de suite)* […] »[1]. Une première évidence ressort de cette sommaire présentation. Le mécanisme est singulièrement différent de celui des sûretés personnelles, puisque la sûreté porte sur un ou plusieurs biens déterminés et non sur un patrimoine dans son intégralité. Aussi les sûretés réelles ne se caractérisent-elles pas, *a priori*, par l'adjonction au profit du créancier d'un lien de droit « normal » jusqu'à une tierce personne[2]. Elles engagent sans nul doute le débiteur – ou constituant de la sûreté réelle – et le créancier – bénéficiaire ou encore titulaire de la sûreté réelle. Or quand bien même la chose grevée serait la propriété d'un tiers, celui-ci n'est pas engagé par l'obligation garantie. La situation est inhabituelle. La démarche par laquelle l'analyse des deux ordres de sûretés est dissociée sera alors l'occasion d'infirmer ou de confirmer la différence conceptuelle qui les oppose.

372. Reconduction d'une dissociation élémentaire : la nature de l'engagement, la nature du manquement. La définition habituelle de la faute, entendue comme un manquement à une règle préexistante, incite naturellement à reconduire la dissociation opérée à l'occasion des sûretés personnelles. L'analyse du manquement ne saurait valablement avoir lieu sans l'analyse préalable de l'engagement.

A ce titre, les sûretés réelles témoignent d'un atypisme plus marqué encore que les sûretés personnelles. Le débiteur d'une hypothèque, par exemple, s'engage-t-il à quoi que ce soit de plus que s'il n'avait pas fourni une telle sûreté ? Est-il tenu d'exécuter une prestation supplémentaire à celle contenue dans l'obligation garantie ? Quelle est la nature juridique de la prérogative reconnue au créancier, à supposer qu'elle rentre dans une catégorie connue ? La

[1] Cornu G. (dir.), *Vocabulaire juridique, op. cit*., V° Sûreté (- réelle), 3, p. 1005.
[2] Sur l'éviction prétorienne du concept de « *cautionnement réel* », V. *infra*, n° 323.

singularité des sûretés réelles émerge de ces questions liminaires, auxquelles il n'est pas aussi aisé de répondre qu'il n'y paraît. Une première étape consistera alors à établir la nature de l'engagement à une sûreté réelle.

Quant à la faute elle-même, elle semble également différente de celle commise à l'occasion d'une sûreté personnelle. La nature exclusivement bipartite des sûretés réelles en est une première raison. Il n'y aura pas lieu, semble-t-il, d'envisager les rapports plus ou moins directs entretenus par les différents acteurs de l'opération puisque ceux-ci se résument à une relation duale. Schématiquement, la simplicité des rapports que les sûretés réelles engendrent rejaillit sur la faute. Rares sont les situations dans lesquelles s'enchevêtrent l'obligation garantie, l'obligation d'un garant, d'un contre-garant, d'un sous-garant… Aussi, le critère catégoriel de l'absence de contribution à la dette du débiteur d'une sûreté personnelle n'apparaît pas comme distinctif des sûretés réelles. L'endettement n'est pas davantage un risque que la sûreté réelle ferait peser sur le constituant et, plus encore, les qualités des parties forment un critère que le régime des sûretés réelles semble ignorer. Ces motifs qui sont, pour l'heure, de simples expectatives révèlent l'un des intérêts de cette étude. La faute prise comme négation d'un élément qui lui est antérieur est un moyen utile à la détermination de ce même élément. Autrement dit, la nature des sûretés réelles et plus largement la notion de sûreté pourraient opportunément être révélées par l'examen de la faute.

En reconduisant le mode opératoire précédemment éprouvé, seront alors successivement étudiées au sujet des sûretés réelles, la nature de l'engagement (Titre I) et la nature de la faute (Titre II).

TITRE I. LA NATURE DE L'ENGAGEMENT

TITRE II. LA NATURE DE LA FAUTE

TITRE I. LA NATURE DE L'ENGAGEMENT

373. L'originalité indéniable de l'engagement à une sûreté réelle. L'engagement d'un débiteur qui consent une sûreté réelle est à plusieurs égards singulier. Dans la mesure où il porte directement sur un ou plusieurs biens, il revêt une nature réelle qui justifie l'épithète accolé aux sûretés de ce genre. La qualification de droit réel serait à première vue congruente. Toutefois ces sûretés ont-elles par définition vocation à garantir un rapport de droit préalable entre deux personnes, auxquelles elles sont soumises. Le concept d'obligation, en tant qu'il constitue leur support, n'est donc pas étranger au mécanisme des sûretés réelles[1]. Il ressortira de cette analyse un premier constat. Aucune des catégories fondamentales de droits patrimoniaux n'est apte à embrasser dans leur intégralité les éléments constitutifs comme les effets des sûretés réelles. Les sûretés réelles empruntent des schémas propres à chacune de ces catégories pour régir leur formation ou leur régime. Plus encore, les sûretés réelles transcendent la *summa divisio* opposant les droits réels aux droits personnels et illustrent ce faisant sa porosité. Ce clivage, que la doctrine s'accorde à ne plus présenter comme hermétique, confronté aux sûretés réelles sera un moyen de faire ressortir la nature originale de ces mécanismes. L'occasion sera alors donnée d'éprouver l'adéquation de certains concepts fondamentaux du droit des biens aux caractéristiques des sûretés réelles. De cette épreuve, il pourra être constaté que les droits patrimoniaux, les plus classiques comme les plus récents, ne suffisent pas à expliquer entièrement la nature et le fonctionnement des sûretés réelles. C'est alors dans le lien d'obligation que pourrait être trouvé une explication au mécanisme des sûretés réelles[2].

374. Obligation et sûretés réelles. Les sûretés, personnelles comme réelles, visent à garantir un lien de droit. Leur nature accessoire, dépendante de ce lien de droit, justifie que l'obligation régisse au moins en partie leur nature. Il faudra alors confronter les deux notions

[1] V., déjà, pour le lien existant entre les notions de sûreté et d'obligation Cornil G., « *Debitum* et *obligatio* : recherches sur la formation de la notion d'obligation romaine », *Mélanges Girard*, t. I, 1912, spéc. p. 207 ; Molitor, *Cours de droit romain approfondi, Les obligations en droit romain*, t. I, 1851, p. 4 ; Esmein, *Etudes sur les contrats dans le très ancien droit français*, Larose et Force, Paris, 1883, p. 151.

[2] Mestre J., Putman E., Billiau M., n° 259. Les auteurs évoquent « *une absence de synthèse sur le contrat en tant que source de sûreté réelle* ». Cette absence « *incontestablement regrettable* » est à leurs yeux « *un champ ouvert à des recherches futures* ». Aussi déplorent-ils que « *l'on songe encore moins à présenter le droit des sûretés réelles ou, du moins, certains aspects de celui-ci, sous l'angle de la théorie générale des obligations et des actes juridiques* ». C'est précisément dans cette perspective qu'il s'agit de se situer, en essayant d'apporter un éclairage sur la nature et le régime des sûretés réelles grâce à la notion d'obligation.

que sont l'obligation et les sûretés réelles pour mettre en évidence leur adéquation. L'analyse dualiste moderne de l'obligation, adaptée à la description de la nature des sûretés personnelles, ne saurait toutefois être transposée sans discussion au sujet des sûretés réelles. Cela reviendrait immanquablement à s'exposer au grief de l'autolégitimation. Ce n'est qu'une fois exposé l'agencement délicat des sûretés réelles avec les catégories de droits patrimoniaux qu'il sera envisageable de confronter ces sûretés à la notion d'obligation. Les conceptions de ce lien de droit sont nombreuses sur lesquelles il faudra revenir pour pouvoir rattacher l'une d'elles aux sûretés réelles.

Il s'agira ainsi d'établir en premier lieu la discordance entre les sûretés réelles et les droits patrimoniaux (Chapitre 1) afin de démontrer ensuite la concordance des sûretés réelles et de la notion d'obligation (Chapitre 2).

Chapitre 1. La discordance entre les sûretés réelles et les droits patrimoniaux

Chapitre 2. La concordance des sûretés réelles et de la notion d'obligation

Chapitre I. La discordance entre les sûretés réelles et les droits patrimoniaux

375. L'inaptitude des droits patrimoniaux à l'explication des sûretés réelles. Les droits réels sont classiquement opposés aux droits personnels, comme les sûretés personnelles aux sûretés réelles. Il est tentant de voir dans ces deux binômes une équivalence naturelle : les sûretés personnelles seraient des droits personnels, les sûretés réelles des droits réels. La transposition, si tentante soit-elle, recèle une part non négligeable d'artifice. Plusieurs auteurs se sont employés à critiquer ce parallèle, au point que les sûretés réelles sont devenues un argument majeur au soutien de la relativité de la distinction entre droits réels et droits de créance[1]. D'aucuns ont estimé que la transposition n'avait rien de fallacieux et que les catégories fondamentales de droits patrimoniaux suffisaient à expliquer et gouverner le régime des sûretés réelles. D'autres y ont vu une pierre d'achoppement de la distinction. Les sûretés réelles ne sont ni tout à fait de l'une ou de l'autre des catégories mais se situeraient à leur jonction et militeraient en faveur de la relativité de la distinction. Certains, enfin, ont perçu dans les sûretés réelles l'existence de nouvelles catégories de droit réels, invitant alors à dépasser la *summa divisio* qui domine la matière. Il paraît alors inévitable de revenir sur ces propositions pour éprouver leur bien-fondé et tenter de trouver une catégorie juridique de rattachement aux sûretés réelles. Cet exercice amènera naturellement à considérer que la mécanique des sûretés réelles est à trouver ailleurs que dans les droits patrimoniaux, classiques ou récents. La distinction entre droits réels et personnels se voit ainsi dépassée par l'entremise des sûretés réelles (Section 1). Au surplus, les nouvelles catégories de droits patrimoniaux s'avèrent tout aussi insuffisantes à expliquer pleinement la nature des sûretés réelles (Section 2).

Section 1. Le dépassement par les sûretés réelles de la distinction entre droits réels et droits personnels

376. Des mécanismes *a priori* inclassables. Si les droits personnels suffisent à expliquer le fonctionnement des rapports d'obligation, comme les droits réels expliquent le

[1] D'aucuns estiment d'ailleurs que les sûretés réelles forment à elles seules une catégorie autonome : les droits réels de garantie, ou droits réels accessoires ou encore droits réels sur la valeur. V. not. Atias Ch., *Droit civil. Les biens*, LexisNexis, 12ème éd., 2014, n° 81 s. ; Malaurie Ph., Aynès L., *Les biens*, LGDJ, coll. « Droit civil », 6ème éd., 2015, n° 352 ; Terré F., Simler Ph., *Droit civil. Les biens*, Dalloz, coll. « Précis », 9ème éd., 2014, n° 51.

fonctionnement du droit des biens, ni les uns ni les autres ne concordent parfaitement avec la mécanique des sûretés réelles. La discordance entre les sûretés réelles et les droits personnels (§ 1) peut sembler évidente, tant ceux-ci semblent régir les seuls rapports qui découlent d'une créance. Cette discordance se vérifie de manière plus remarquable encore au sujet des droits réels, dont la qualification donnerait à croire qu'ils constituent une catégorie idoine (§ 2).

§ 1. Les discordances entre le droit personnel et les sûretés réelles

377. Comparaison du droit personnel et de la sûreté réelle. Afin d'établir que la sûreté réelle n'entre pas dans les fourches caudines du droit personnel tel qu'il est habituellement défini, il convient de revenir sur les éléments distinctifs du droit personnel (A) afin de vérifier qu'ils ne coïncident pas avec ceux des sûretés réelles (B).

A. Les éléments distinctifs du droit personnel

378. Eléments distinctifs du droit personnel. Il est classiquement enseigné que le droit personnel, ou droit de créance, est un droit qui relie un sujet actif à un sujet passif et sur le fondement duquel le premier peut exiger du second l'exécution d'une prestation[1]. La définition est très proche sinon réductible à celle de l'obligation : le droit personnel n'est autre qu'un *vinculum juris* qui saisit, à travers le débiteur lui-même, l'intégralité de son patrimoine. Le lien établi entre le créancier et l'assiette de son droit de gage est médiat, du fait de l'interposition du débiteur. Le droit de créance n'accorde pas de prérogative particulière sur un bien déterminé du débiteur et c'est en ce sens qu'il a été qualifié de « *diffus* »[2]. Aussi le droit personnel a longtemps été caractérisé par une triple nature : il pouvait imposer au débiteur de donner, de faire ou de ne pas faire quelque chose[3]. Ce triptyque est désormais obsolète mais il permet de mieux saisir la physionomie et la consistance du droit personnel. C'est un droit dont les manifestations infinies sont le reflet de l'inventivité de leurs titulaires. En effet, les titulaires de droits personnels jouissent d'une liberté inégalable dans leur

[1] Le droit personnel est « *Relatif à un droit de créance, à une obligation ;* [il] *caractérise le droit pour le créancier d'exiger du débiteur* (jus ad personam) *l'exécution de son engagement* » (Cornu G. (dir.), *Vocabulaire juridique, op. cit*., V° Personnel, 1, p. 761). Une autre acception correspond à ce « *qui repose sur l'engagement personnel d'un individu. Ex. l'engagement de la caution est, pour le créancier du débiteur principal, une sûreté personnelle* » (*ibid.*, 7, p. 762). Ainsi surgissent, déjà, les difficultés liées à l'association entre le droit personnel et les sûretés réelles.
[2] Malaurie Ph., Aynès L., *Les biens*, *op. cit*., n° 350.
[3] Ancien art. 1101 c. civ.

création : il n'existe pas de *numerus clausus* des droits de créance, la seule limite étant celle de l'ordre public. Cette polyvalence suggère alors l'adéquation du droit personnel aux sûretés réelles. La confrontation de ces deux catégories aboutit en réalité à une toute autre conclusion.

B. L'inadéquation du droit personnel aux sûretés réelles

379. Une discordance notionnelle et fonctionnelle. À première vue, le critère catégoriel du droit de créance n'entre pas en contradiction directe avec les sûretés réelles, puisque celles-ci supposent l'existence d'un lien entre son constituant et son bénéficiaire. Le critère de la prestation est en revanche plus délicat à agencer. Le constituant d'une sûreté réelle est-il véritablement tenu à une prestation ? Plus exactement, ce débiteur est-il tenu de réaliser une prestation autonome de celle pour la garantie de laquelle il a consenti une sûreté réelle ? Rien ne permet de l'affirmer. Les sûretés réelles ont vocation à sécuriser une obligation préalable et c'est contre le risque d'une inexécution que le créancier a souhaité se protéger. Ce qui ne signifie pas que le débiteur s'engage à plus que ce à quoi il s'est déjà engagé par l'obligation garantie. L'exigence de neutralité économique des sûretés, qui empêche au créancier de s'enrichir par la seule mise en œuvre de la sûreté, confirme cette impression. La mise en œuvre d'une sûreté réelle ne doit pas avoir pour effet d'introduire une valeur dans le patrimoine du créancier. C'est là pourtant l'intérêt et le signe distinctif du droit personnel[1]. Les sûretés réelles, au contraire, viennent sécuriser un avantage patrimonial que le créancier espère obtenir, elles ne forment pas l'avantage lui-même.

Plus encore, la nature diffuse du droit de gage général, revers de la médaille qu'est l'obligation, s'accommode difficilement de l'immédiateté du lien qu'une sûreté réelle établit entre son titulaire et le bien grevé. La sûreté réelle entraîne l'affectation du bien à la garantie de l'obligation. Le schéma pourrait être transposé au droit personnel, par lequel le patrimoine du débiteur serait affecté à la réalisation de l'obligation. Ce serait avoir une vision exagérément large du mécanisme de l'affectation, car si le créancier peut se servir sur chacun ou presque des biens du débiteur, celui-ci conserve à leur endroit ses prérogatives

[1] L'existence des droits extrapatrimoniaux doit être vue comme un argument supplémentaire. Cette catégorie est avec les sûretés réelles plus incompatible encore que les droits patrimoniaux puisqu'elle est, par définition, exclue du commerce juridique. Il est en effet difficile de soutenir que les sûretés puissent garantir un droit extrapatrimonial – ce qui n'écarte pas, cependant, la possibilité d'une évaluation pécuniaire, non pas du droit lui-même, mais de sa transgression. V. Cornu G. (dir.), *Vocabulaire juridique, op. cit*., V° Extrapatrimonial, 1, p. 444.

essentielles[1]. Alors que par le jeu des sûretés réelles, si le débiteur conserve quelques-unes de ses prérogatives, son comportement sera bien plus rigoureusement appréhendé lorsqu'il effectuera des actes sur le bien grevé[2]. Il y a donc une affectation du bien grevé par le jeu de la sûreté réelle, alors que le droit de gage général supplémentaire octroyé au créancier d'une sûreté personnelle ne repose pas sur cette technique. Par ailleurs, l'ancienne division tripartite des droits de créance illustre elle aussi leur clivage avec les sûretés réelles. Donner, faire, ne pas faire : est-il possible d'envisager plus largement encore le spectre de l'activité humaine ? Les droits de créance sont un réceptacle à l'ingéniosité des praticiens. Ils assurent au moyen de la liberté contractuelle la satisfaction de leurs intérêts les plus variés. Tel n'est pas l'office des sûretés réelles, dont la fonction paraît être cantonnée à celle de la garantie d'un crédit[3]. Cette fonction n'est certes pas inconciliable avec la largesse des droits de créance, auxquels les sûretés pourraient sur ce point au moins être rattachées. Le *numerus clausus*[4] des sûretés réelles s'y oppose cependant : les acteurs du crédit ne peuvent pas employer aussi librement les outils que forment les sûretés réelles pour obtenir un avantage escompté. Les dispositions

[1] Sur la notion, le sens et le rôle de l'affectation dans les sûretés personnelles, V. Mestre J., Putman E., Billiau M., n° 92 et 93. Selon ces auteurs « *la seconde différence essentielle entre la sûreté réelle et la sûreté personnelle tient donc moins à l'assiette de l'affectation qu'au caractère préférentiel ou non de celle-ci* ». Que la préférence soit un signe distinctif de certaines sûretés réelles est incontestable. En revanche, la notion d'affectation paraît étrangère aux sûretés personnelles. Tous les biens du débiteur d'une telle sûreté sont en effet saisis par son engagement, sur lesquels il devra parfois répondre. Cela ne signifie pas, en revanche, que la valeur de chacun de ses biens ait pour utilité première le désintéressement du créancier garanti, ce qui est le cas des biens grevés d'une sûreté réelle.

[2] Par exemple, le constituant d'un gage sera déchu de son terme s'il détruit le bien grevé, alors qu'en l'absence de cette sûreté, il ne se serait pas forcément rendu coupable d'une fraude paulienne. Le mécanisme de l'affectation ne peut atteindre que les biens de manière ponctuelle, il ne peut pas soumettre un débiteur dans sa personne, à travers l'émanation qu'en constitue son patrimoine.

[3] Un auteur propose d'ailleurs de voir dans cette exclusivité fonctionnelle un critère de définition de la notion de sûreté : « *pour pouvoir être qualifiée de sûreté, un mécanisme ne doit pas pouvoir être utilisé à d'autres fins* » (Legeais D., *Rép. Civ. D.*, V° Sûretés, n° 6). V. également Cabrillac M., Mouly Ch., Cabrillac S., Pétel Ph., n° 2 et Mestre J., Putman E., Billiau M., n° 11. Il s'agira de revenir sur ce critère à titre conclusif. V. *supra*, n° 556.

[4] L'existence de ce *numerus clausus* n'est pas unanimement partagée. Ses détracteurs estiment que la volonté individuelle doit primer en la matière et ne pas être freinée dans la création de nouvelles sûretés réelles, cette initiative n'étant en rien un monopole du législateur. Ainsi : Acollas E., *Manuel de droit civil. Commentaire philosophique et critique du Code Napoléon*, t. III, Paris, 2ème éd., 1874, p. 642 ; Aynès L., Crocq P., n° 406 ; Cabrillac M., Mouly Ch., Cabrillac S., Pétel Ph., n° 3 ; Mignot M., « Le rapport *Doing business* et l'analyse économique du droit français des sûretés réelles », *in Pratique des affaires*, Lamy, 2010, p. 33 s. ; Mouly Ch., « Procédures collectives : assainir le régime des sûretés », *Etudes Roblot*, LGDJ, 1984, p. 529 et « Efficacité en France des sûretés anglaises », *art. préc.* ; Simler Ph., Delebecque Ph., n° 360. En faveur d'un *numerus clausus* des sûretés réelles : Borga N., *th. préc.*, n° 265 ; Gijsbers Ch., *th. préc.*, n° 260 s. ; Marty G., Raynaud P., Jestaz Ph., n° 8 ; Théry Ph., n° 117 *bis*. Une formule du doyen Hamel est à ce sujet particulièrement éclairante : « *Il ne s'agit plus strictement de deux contractants qui organisent entre eux leurs rapports contractuels et sont maîtres de cette organisation ; il s'agit de bâtir une institution qui va permettre à l'un des contractants d'obtenir une situation dans laquelle il jouira d'un droit de préférence par rapport aux autres créanciers de son co-contractant. L'entrée des tiers dans le contrat ne permet plus de laisser jouer en toute liberté cette autonomie des volontés qui constitue la règle fondamentale des contrats en droit privé* », (Hamel J., « Préface », in *Le gage commercial, Etudes de droit commercial*, Dalloz, 1953, p. 6). L'argument de l'immixtion des tiers, plus encore que celui de l'autonomie de la volonté, est difficilement contestable.

d'ordre public relatives aux sûretés réelles confirment cette discordance[1]. Aussi, alors que les droits réels sembleraient être au fondement des sûretés réelles, ils ne sont pas, à l'examen, plus aptes que les droits personnels à expliquer leur fonctionnement.

§ 2. Les discordances entre le droit réel et les sûretés réelles

380. Une sémantique fallacieuse. Les éléments caractéristiques du droit réel sont à première lecture parfaitement équivalents à ceux des sûretés réelles puisqu'ils ont en commun d'être des droits afférents à un ou plusieurs biens déterminés. L'équivalence supposée entre ces deux catégories doit être appréciée. Contrairement à ce que les apparences terminologiques suggèrent, les droits réels ne sont pas plus appropriés que les droits personnels pour expliquer le fonctionnement des sûretés réelles. Les éléments distinctifs du droit réel (A) ne correspondent pas à ceux des sûretés réelles (B).

A. Les éléments distinctifs du droit réel

381. Une prérogative directe sur la chose[2]. À l'inverse du droit personnel, le droit réel confère à son titulaire une prérogative immédiate sur une chose. Aucune personne ne s'interpose entre le titulaire du droit et le bien sur lequel il exerce ses prérogatives, le premier dispose sur le second d'une forme d'exclusivité. La propriété se présente comme le plus emblématique des droits réels, car il est le plus absolu. Le propriétaire est dans une relation directe et exclusive avec son bien, ce qui se matérialise particulièrement dans le *jus abutendi* – ou *abusus*, qui consiste en la faculté d'interdire à quiconque d'établir un lien avec le bien. À l'évidence, la propriété n'est pas la seule illustration. Elle peut subir un démembrement et chacune de ses composantes démembrées tend à révéler un aspect propre aux droits réels : le pouvoir qu'ils confèrent sur les utilités de la chose.

382. Une prérogative relative aux utilités de la chose. La propriété ne se distingue pas exclusivement par la faculté qu'elle confère au titulaire d'interdire à quiconque d'établir

[1] Il a été certes mis en évidence un mouvement d'« *affranchissement de la volonté individuelle dans le droit des sûretés réelles* » (Dupichot Ph., *th. préc.*, n° 530 s.), mais ce mouvement n'efface en rien la spécificité distinctive de la matière, dont les mécanismes fondamentaux ne peuvent être réduits à des droits de créance.

[2] Il convient de préciser ici le sens de la notion de prérogative qui sera retenu par la suite : « *Attribut d'un droit ; chacun des pouvoirs exclusifs spécifiés, des moyens d'action, etc., qui appartiennent au titulaire d'un droit et dont l'ensemble correspond au contenu de ce droit* » (Cornu G. (dir.), *Vocabulaire juridique*, *op. cit.*, V° Prérogative, 2, p. 793).

un lien avec son bien. Elle permet également et de manière cumulative d'utiliser le bien (*jus utendi*) et de jouir des fruits qu'il génère (*jus fruendi*). Ses composantes peuvent être divisées, démembrées. L'usufruit est un procédé qui permet par exemple au nu-propriétaire de conserver son droit de disposition (*jus abutendi*) et de transmettre à l'usufruitier un droit d'usage et de jouissance sur le bien ; la servitude est une charge imposée à un immeuble au profit d'un autre et qui peut notamment servir à l'exploitation d'un droit de passage sur le premier. Sans qu'il soit besoin d'aller plus avant dans l'étude de la variété des droits réels, il est de leur essence de procurer à leurs titulaires une faculté d'appréhension des utilités du bien. Cette prérogative sur les utilités de la chose est protégée par un corollaire indispensable, l'opposabilité absolue.

383. Une opposabilité absolue. Critère qui l'en distingue à nouveau du droit personnel, l'opposabilité absolue caractérise le droit réel[1]. L'opposabilité traduit le rayonnement d'un droit au-delà des prérogatives de son titulaire : il désigne la situation juridique du bien vis-à-vis des tiers. L'opposabilité du droit réel est dite absolue car elle n'est pas tributaire de la mauvaise foi, de l'abus, de l'intention maligne d'un tiers. Le bénéficiaire d'un droit réel peut faire valoir son droit contre toute personne qui réclamerait tout ou partie de sa titularité, y compris si le concerné est de bonne foi et qu'il n'a fait endurer aucun préjudice au bénéficiaire. La protection du droit réel est donc indifférente à la commission d'une faute, alors que le droit de créance y est soumis. Aussi l'opposabilité est-elle un attribut naturel du droit réel, qui ne suppose aucune manœuvre particulière, hormis bien sûr pour les biens immobiliers soumis à publication. Cette opposabilité absolue est au fondement de deux autres critères distinctifs des droits réels, qui sont leur sanction en nature et le « droit de suite » qu'ils confèrent à leur titulaire.

384. Une sanction en nature exclusive. Lorsqu'un droit réel est transgressé, le juge n'a d'autre choix que de prononcer une sanction en nature. Alors que les droits personnels offrent une alternative entre la sanction en nature ou la sanction par équivalent, les droits réels sont exclusivement protégés par une sanction en nature. Ce type de sanction vigoureuse est un reflet de la force du droit réel[2]. La méconnaissance de l'opposabilité absolue de ce droit exige un retour au *statu quo ante*. Le titulaire ne peut se contenter d'un équivalent, d'une somme

[1] Levis M., *L'opposabilité du droit réel*, thèse, Economica, 1989.
[2] Selon une formule consacrée : « *la démolition est la sanction d'un droit réel transgressé* ». V. not. Civ. 3ème, 4 octobre 1989, *Bull. civ.* III, n° 183 ; *D*. 1991, somm. 26, obs. Robert A.

représentant la valeur du droit dont il a été dépossédé. Il doit impérativement être restitué dans son droit, tel qu'il existait avant d'être méconnu. La sanction en nature offre ainsi une préservation efficace du droit réel, par ailleurs facilitée par le « droit de suite ».

385. Le « droit de suite » consécutif. Le droit de suite attaché à tout droit réel est présenté comme la faculté reconnue à son titulaire de pouvoir revendiquer son bien dans l'hypothèse d'une usurpation par un tiers[1]. Il serait dans le même temps une manifestation évidente de l'opposabilité absolue du droit réel et la condition nécessaire à son maintien[2]. Sans le droit de suite, le droit réel perdrait toute efficacité dès lors qu'un tiers usurperait le bien du titulaire. Il permettrait ainsi à un propriétaire d'intenter une action en revendication[3], ou à un usufruitier d'imposer le respect de son droit au nu-propriétaire[4] si celui-ci venait à changer. Sa fonction revient alors à assurer la plénitude de ses droits à son titulaire lorsqu'un conflit éclate avec un tiers qui prétendrait à des droits concurrents voire exclusifs sur le même bien. De cette présentation subsiste un doute. Il appert que ce dénommé « droit de suite » se confond littéralement avec l'opposabilité absolue des droits réels. Si la confusion se vérifie, il est alors permis de conclure à l'absence d'équivalence entre le droit réel et les sûretés réelles.

B. L'inadéquation du droit réel et des sûretés réelles[5]

386. Une discordance notionnelle et fonctionnelle. La comparaison du droit réel et des sûretés réelles, d'ailleurs remarquablement menée en d'autres lieux[6], autorise un constat. Ces deux types de droits n'entretiennent entre eux que des rapports inconstants. Il suffit pour s'en convaincre d'étudier les traits saillants des sûretés réelles pour pouvoir conclure à leur autonomie à l'égard des droits réels.

---

[1] « *Attribut du droit réel permettant au titulaire de celui-ci de saisir le bien grevé du droit en quelque main qu'il se trouve. Ex. droit de suite du créancier hypothécaire entre les mains du tiers acquéreur de l'immeuble hypothéqué* […] » (Cornu G. (dir.), *Vocabulaire juridique, op. cit*., V° Suite (- droit de), 1, p. 878). De l'exemple tiré du régime hypothécaire et du recours au terme « *grevé* » ressort la faiblesse de l'argument selon lequel le droit de suite serait un attribut du droit réel. Sur le droit de suite pris comme prérogative exclusive des sûretés réelles, V. *supra*, n° 391.

[2] Sur ce point, V. Derruppé J., *La nature juridique du droit du preneur à bail et la distinction des droits réels et des droits de créance*, thèse Toulouse, Dalloz, 1951, n° 184.

[3] Art. 2276, al. 2 c. civ. : « *Néanmoins, celui qui a perdu ou auquel il a été volé une chose peut la revendiquer pendant trois ans à compter du jour de la perte ou du vol, contre celui dans les mains duquel il la trouve ; sauf à celui-ci son recours contre celui duquel il la tient* ».

[4] Art. 621, al. 2 c. civ. : « *La vente du bien grevé d'usufruit, sans l'accord de l'usufruitier, ne modifie pas le droit de ce dernier, qui continue à jouir de son usufruit sur le bien s'il n'y a pas expressément renoncé* ».

[5] V. Mestre J., Putman E., Billiau M., n° 774. Selon ces auteurs « *Le gage est une sûreté réelle ou personnelle selon son objet* ». La nature du gage a certes évolué depuis cette affirmation mais l'exemple n'en reste pas moins représentatif de la difficulté qui consiste à intégrer les sûretés réelles dans une catégorie de droits patrimoniaux.

[6] Gijsbers Ch., *Sûretés réelles et droit des biens*, *th. préc*.

387. Une prérogative médiate sur la chose. Les sûretés réelles placent leurs titulaires dans une situation spécifique. Ceux-ci ne disposent pas d'un droit illimité et absolu sur la chose, ils ont au contraire le devoir de la respecter ce qui constitue le critère catégoriel des sûretés réelles : l'affectation de la valeur du bien grevé à la garantie d'une obligation. Cette affectation a pour effet de formater les prérogatives respectives du constituant et du bénéficiaire sur le bien. L'un comme l'autre doivent respecter l'utilité que la sûreté a ponctuellement donnée au bien, à savoir la protection du créancier contre le risque de défaillance de son débiteur. Cette utilité particulière, déterminée par l'existence de la sûreté, prime toutes les autres. S'il peut y avoir çà et là des infléchissements au principe de l'affectation, ils ne remettent pas en cause son primat. Ce mécanisme relègue au second plan en même temps qu'il conditionne les utilités habituelles du bien grevé, lequel sera libéré de cette charge à l'extinction de la sûreté. Le propos se vérifie pour toute sûreté. Les sûretés traditionnelles ont chacune un régime qui soumet les divers services que le bien offre à son utilité conjoncturelle de garantie d'une obligation, que ce soit l'hypothèque, le gage, le nantissement… La propriété-sûreté que constitue la fiducie n'échappe pas à ce schéma. Le fiduciaire, s'il est propriétaire, n'est pas un propriétaire habituel, car ses prérogatives sont tout autant finalisées que celles d'un créancier gagiste, par exemple[1]. Sans préjuger de la nature véritable des sûretés réelles, qui peinent à être classées dans une catégorie classique de droits patrimoniaux, l'enseignement essentiel qui doit être retenu est que le droit médiat du titulaire sur la chose grevée est une résultante de son affectation. Si les parties ne peuvent user du bien comme elles l'entendent, c'est précisément parce qu'elles ont choisi de conditionner leurs prérogatives sur ce bien. Ce conditionnement se vérifie encore par l'absence de prérogative directe sur les utilités du bien qui caractérise la situation du bénéficiaire.

388. L'absence de prérogative directe sur les utilités du bien. La prérogative médiate du sujet actif de la sûreté réelle est corroborée par son absence de prérogative directe sur les utilités du bien. Le titulaire d'une sûreté réelle, en effet, n'est pas autorisé à utiliser et jouir du bien affecté en garantie. La contradiction est alors flagrante entre le titulaire d'un droit réel et d'une sûreté réelle, puisque le droit réel « *porte directement sur une chose* (jus in re) *et procure à son titulaire tout ou partie de l'utilité économique de cette chose* […] »[2]. Or

[1] Lajarte C., « La nature juridique des droits du bénéficiaire d'un contrat de fiducie », *RLDC* mai 2009, p. 71.
[2] Cornu G. (dir.), *Vocabulaire juridique, op. cit*., V° Réel (- droit), 1, p. 872-873. Certes le législateur dispose que « *l'hypothèque est un droit réel sur les immeubles affectés à l'acquittement d'une obligation* » (art. 2393 c. civ.), or il ne semble pas que la qualification soit fondée, hormis par commodité de langage. Il ne paraît pas

le créancier d'une sûreté réelle n'est habituellement pas autorisé à jouir du bien, ou ne serait-ce qu'à l'utiliser. Plus exactement, il lui est interdit de le faire dans son intérêt exclusif, puisque les utilités du bien sont ponctuellement soumises à l'exécution de l'obligation garantie[1]. L'emploi du bien, que ce soit en lui-même ou de la valeur qu'il représente, est ainsi encadré par le droit positif au point que le législateur pénal a prévu une infraction spécifique : le détournement de gage[2]. L'absence de prérogative est également conditionnée par une situation factuelle, le dessaisissement, ou non, du constituant. Si le débiteur garde la mainmise sur le bien grevé, le créancier n'aura logiquement pas la possibilité d'en retirer une quelconque utilité et il ne saurait le faire en l'imposant au débiteur, puisque la sûreté a pour seul effet d'affecter la valeur du bien à la garantie d'une obligation[3]. Si la sûreté est marquée par un dessaisissement, le créancier n'aura pas le droit inconditionnel d'utiliser le bien, sauf clause contraire, mais le devoir de préserver sa valeur. Quelques sûretés comme la fiducie, le gage de droit commun ou le gage immobilier, contreviennent à ce principe d'absence d'utilité et autorisent expressément le bénéficiaire à exploiter le bien. Ces exemples ne sont pas des infléchissements au principe qui gouverne les sûretés réelles et qui les opposent aux droits réels, car l'utilité du bien, si elle est permise dans ces cas, n'en est pas moins conditionnée. L'affectation frappe le bien et, à travers lui, ses utilités. En témoigne l'art. 2389 c. civ. relatif au gage immobilier : « *Le créancier perçoit les fruits de l'immeuble affecté en garantie à charge de les imputer sur les intérêts, s'il en est dû, et subsidiairement sur le capital de la dette* »[4]. Les utilités permises au créancier ne sont pas celles d'un véritable droit réel puisqu'il doit impérativement employer ces utilités à une fin spécifique, le paiement de la dette garantie[5]. L'impossibilité pour un créancier titulaire d'une sûreté réelle d'exploiter à son seul profit les utilités du bien grevé est donc de principe. Sur ce point au moins, droits réels et sûretés réelles ne sont pas assimilables.

---

davantage que l'office du législateur soit de faire œuvre scientifique parfaitement cohérente, en proposant des définitions infaillibles. En l'occurrence, la qualification de droit réel est usurpée.

[1] L'absence d'accès direct aux utilités du bien n'est pas d'ordre public : elle peut être aménagée par les parties au moyen d'une clause d'utilisation. V. par exemple, pour une hypothèque maritime, Com., 4 mars 1965, *DMF* 1965, p. 363. Sur l'arrêt, V. Mestre J., Putman E., Billiau M., n° 1029. Sur la clause dite de « *re-use* », v. *supra*, n° 512.

[2] Aux termes de l'art. 314-5 c. pén. : « *Le fait, par un débiteur, un emprunteur ou un tiers donneur de gage, de détruire ou de détourner l'objet constitué en gage est puni de trois ans d'emprisonnement et de 375 000 euros d'amende* ».

[3] « *Le droit qu'a le débiteur sur l'utilité de la chose s'arrête donc lorsqu'est entamé celui qu'a le créancier sur la valeur de celle-ci* » (Simler Ph., Delebecque Ph., n° 496).

[4] V. également l'art. 2345 c. civ.: « *Sauf convention contraire, lorsque le détenteur du bien gagé est le créancier de la dette garantie, il perçoit les fruits de ce bien et les impute sur les intérêts ou, à défaut, sur le capital de la dette* ».

[5] V. Gijsbers Ch., *th. préc.*, n° 36.

389. Une opposabilité relative. L'opposabilité est un autre point qui distingue les droits réels des sûretés réelles. Alors que les droits réels sont d'une opposabilité absolue et presque essentielle puisqu'elle leur est intrinsèquement attachée, l'opposabilité des sûretés réelles suppose, pour la majeure partie d'entre elles, une initiative du créancier. Cette initiative se matérialise principalement dans la publication de son droit. Alors que les droits réels mobiliers sont largement gouvernés par la règle selon laquelle « *en fait de meubles la possession vaut titre* »[1], les sûretés réelles sont à l'inverse essentiellement régies par l'exigence préalable d'information des tiers. Le gage sans dépossession de droit commun[2] et le gage des stocks[3] sont soumis à l'exigence de publicité sur un registre spécifique pour être opposables. Aussi « *pour être opposable au débiteur de la créance nantie, le nantissement de créance doit lui être notifié ou ce dernier doit intervenir à l'acte* », selon l'article 2362 du code civil. Ces quelques exemples non exhaustifs témoignent de la distinction qui doit être faite entre l'opposabilité des droits réels et celle des sûretés réelles. Il est vrai que la distinction s'estompe au sujet des biens immobiliers, tant leur mode de publication est similaire et pourvu d'une fonction commune d'information des tiers[4]. Ce serait toutefois négliger le fait que lorsqu'elle concerne une sûreté réelle, l'information des tiers est dans le même temps attributive de rang alors que les droits réels ignorent parfaitement cette fonction. La distinction se vérifie au regard des sanctions.

390. Des sanctions bien plus variées. Il a été observé que la sanction exclusive des droits réels était la sanction en nature : un droit réel transgressé doit être rétabli tel qu'il était avant la transgression. L'unicité et la radicalité de cette sanction ne se retrouvent nullement en matière de sûretés réelles, lesquelles sont marquées par la variété de leurs sanctions. Cette différence tient à la nature même des choses. Dans son rapport isolé, exclusif avec son bien, un titulaire de droit réel ne peut qu'être rétabli dans son droit méconnu. Une sûreté implique forcément un lien préalable entre deux sujets, actif et passif, autrement dit un lien d'obligation. Or l'obligation est sujette à sanctions variées, ce qui se vérifie d'autant plus depuis la réforme majeure du droit des obligations intervenue en 2016[5]. Comme la sûreté est afférente à l'obligation, dont elle suit le sort, la typologie de ses sanctions suivra celle de

[1] Art. 2276, al. 1er c. civ.
[2] Art. 2337 c. civ. : « *Le gage est opposable aux tiers par la publicité qui en est faite* ».
[3] Art. L. 527-4 c. com. : « *Le gage des stocks est opposable aux tiers par son inscription sur un registre public tenu au greffe du tribunal dans le ressort duquel le débiteur a son siège ou son domicile* ».
[4] La différence s'est d'autant plus estompée depuis la disparition des bureaux de conservation des hypothèques, intégrés depuis le 1er janvier 2013 aux services de la publicité foncière.
[5] Le nouvel art. 1217 c. civ. prévoit six sanctions différentes (dont la sanction en nature) auxquelles s'ajoute, si elle n'est pas incompatible, l'allocation de dommages et intérêts.

l'obligation sans se réduire à une stricte sanction en nature. Ainsi, le débiteur de la sûreté peut-il être déchu du bénéfice de son terme « *s'il ne fournit pas les sûretés promises au créancier ou s'il diminue celles qui garantissent l'obligation* »[1]. Un acte d'appauvrissement frauduleux portant sur le bien grevé pourra être déclaré inopposable au créancier si celui-ci décide d'intenter une action paulienne[2]. Si un créancier gagiste ne satisfait pas à son devoir de conservation du bien grevé, alors « *le constituant peut réclamer la restitution du bien gagé, sans préjudice de dommages et intérêts* »[3]. Nombreuses sont les illustrations, dont seul un échantillon est reproduit, qui distinguent plus encore les sûretés réelles des droits réels : les premières sont sanctionnées de manière variée alors que les seconds n'engendrent qu'un type de sanction possible. Cette différence de sanction n'est pas, au demeurant, synonyme d'une différence de nature. Les sûretés réelles pourraient très bien être des droits réels particuliers du seul fait de leurs sanctions spécifiques. L'examen des prérogatives essentielles attachées aux droits réels et aux sûretés réelles permettra néanmoins de sceller définitivement la rupture des deux notions. Le droit de suite engendré par une sûreté réelle est parfaitement original et le droit de préférence ne se retrouve dans aucun autre droit.

391. Un droit de suite exclusif. Le droit de suite se définit comme un « *attribut du droit réel permettant au titulaire de celui-ci de saisir le bien grevé du droit en quelque main qu'il se trouve* »[4]. Plusieurs interrogations viennent à la lecture de cette définition pourtant classique.

Tout d'abord, dans le *Vocabulaire juridique* du doyen Cornu, il n'est pas d'autre définition du droit de suite. Il serait donc exclusivement un attribut du droit réel. Si les sûretés réelles ne sont pas mentionnées, c'est que la définition intègre par un raisonnement syllogistique élémentaire les secondes dans le premier. Il n'en ressort à première vue aucune contradiction : si le droit réel est une catégorie générique à laquelle appartiennent les sûretés réelles, la définition se comprend alors aisément. Ce postulat est pourtant mis à mal par d'autres

[1] Art. 1305-4 c. civ. Une disposition spécifique au gage précise que dans ce cas, le créancier peut également « *solliciter un complément de gage* » (art. 2344 c. civ.).

[2] Il s'agit d'un cas d'exception, car le constituant d'une sûreté réelle conserve en principe le droit de disposer du bien grevé. C'est d'ailleurs tout l'intérêt du droit de suite qui laisse une certaine liberté au constituant tout en assurant la permanence de son droit au bénéficiaire. Il arrive toutefois, notamment pour les biens soumis au régime de l'art. 2276 c. civ., que le créancier exige du constituant une restriction de son droit de disposer du bien grevé. Dans ce cas de figure alors peut se concevoir une fraude paulienne. Sur ce sujet, V. Dingreville P., *L'hypothèque mobilière – Sa distinction avec le gage sans dépossession*, thèse Lille, 1937, p. 269 ; Gijsbers Ch., *th. préc.*, n° 140 ; Guinchard S., *Essai d'une théorie générale de l'affectation des biens en droit privé français*, thèse, LGDJ, coll. « Bibliothèque de droit privé », t. 145, 1976, n° 285.

[3] Art. 2344 c. civ.

[4] Cornu G. (dir.), *Vocabulaire juridique, op. cit.*, V° Suite (- droit de), 1, p. 999.

éléments de la définition. Celle-ci renvoie en effet à l'expression de « *bien grevé du droit* ». L'emploi du terme « *grevé* » peut surprendre en ce qu'il est habituellement destiné à caractériser l'effet d'une sûreté réelle[1]. L'argument n'est certes pas décisif mais il permet de saisir l'influence que les sûretés réelles ont pu exercer sur le droit des biens – et non l'inverse – ce que la fin de la définition semble confirmer. L'expression « *en quelque main qu'il passe* » ne se retrouve qu'au titre des dispositions légales relatives aux sûretés réelles, non au droit des biens[2]. L'idée que le droit de suite serait une prérogative exclusive des bénéficiaires de sûretés réelles prend forme mais pour conclure définitivement sur ce point, il est nécessaire de mettre en évidence la différence profonde qui sépare le droit de suite attaché aux sûretés réelles du prétendu « droit de suite » associé plus largement à tout droit réel.

Il est classiquement enseigné qu'un lien inaltérable unit l'opposabilité absolue des droits réels et le droit de suite[3]. Le second constituerait le moyen de protéger la première, la prérogative sans laquelle l'opposabilité des droits réels n'aurait d'absolue que le nom. Il s'avère en réalité que la qualification de droit de suite est totalement usurpée. Un auteur a brillamment mis en évidence la confusion entretenue autour de la notion[4]. Considéré comme un attribut du droit réel, le droit de suite serait le même que celui dont les sûretés réelles sont pourvues. En réalité, le droit de suite contre les ayants cause à titre particulier du constituant est « *irréductible* »[5] à celui attaché aux droits réels : la similitude n'est qu'artifice. L'auteur s'emploie avec conviction à démontrer la différence de nature entre les deux prérogatives. Le droit de suite attaché aux droits réels n'est que la traduction de leur opposabilité dans une hypothèse particulière de conflit : celle de l'usurpation d'un bien par un tiers ouvrant à son propriétaire une action pour être réintégré dans ses droits. Au contraire, le droit de suite issu d'une sûreté réelle permet à son titulaire de suivre le bien y compris et, surtout, dans l'hypothèse d'une aliénation parfaitement valable. C'est ici que la vigueur singulière du droit de suite attaché aux sûretés réelles se distingue. Dès lors qu'il a régulièrement publié son titre, le titulaire d'une sûreté réelle doit pouvoir exercer ses prérogatives de créancier garanti contre

[1] Cornu G. (dir.), *Vocabulaire juridique, op. cit*, V° Grevé, 2, p. 499-500 : « *se dit du bien qui supporte une charge ou sur lequel porte une sûreté* ». Un droit réel peut très bien être constitutif d'une charge, comme une servitude par exemple. Or les charges supposent précisément un rapport d'altérité, car elles sont supportées par une personne au profit d'une autre. L'action de grever un bien n'a alors de sens qu'au regard d'un lien de droit préexistant. Le propriétaire qui exerce une action en revendication agit pour être restitué dans ses droits, non pour faire respecter l'affectation d'un bien « *grevé* ».
[2] V. not. l'art. 2461 c. civ. : « *Les créanciers ayant privilège ou hypothèque inscrits sur un immeuble, le suivent en quelques mains qu'il passe, pour être payés suivant l'ordre de leurs créances ou inscriptions* ».
[3] V. not. Derruppé J., *th. préc.*, n° 184 ; Carbonnier J., *Droit civil*, t. II, PUF, Quadrige, 2004, n° 702.
[4] Gijsbers Ch., *th. préc.*, n° 135 s.
[5] *Ibid*, n° 143 s.

toute personne qui obtient postérieurement un droit concurrent sur ce même bien. Sans cela, quel serait l'intérêt pour le créancier de laisser sa liberté au constituant si ce dernier pouvait anéantir la sûreté qui lui a permis d'obtenir un crédit ? L'argument se vérifie au titre des droits réels. Un propriétaire, après avoir vendu son bien dans le strict respect des dispositions légales, pourrait-il exercer son droit de suite contre un nouveau propriétaire, ayant-cause de son acquéreur ? Il existe, fondamentalement, une différence de nature entre les deux droits de suite étudiés à tel point que la qualification de droit de suite attachée aux droits réels devrait être évacuée, car elle obscurcit plus qu'elle n'éclaire le jeu des droits réels et leur relations avec les sûretés réelles. Plus que d'être original, le droit de suite est véritablement exclusif aux sûretés réelles[1]. Il en va de même quant au droit de préférence.

392. Un droit de préférence exclusif. Le droit de préférence est une prérogative dont l'exclusivité aux sûretés réelles est beaucoup moins débattue que celle du droit de suite – ce qui n'empêche pas d'être vérifié. « *Droit pour certains créanciers d'échapper au concours des autres créanciers (ou de certaines catégories de créanciers) dans la distribution du prix de vente des biens du débiteur et d'être payés avant ceux auxquels ils sont préférés* […] »[2], le droit de préférence sonne plus étrangement encore que le droit de suite comme une prérogative propre aux sûretés réelles. Il semble relever de leur essence même. Cependant, dans la présentation qui est habituellement faite du droit des biens, la préférence serait également un attribut des droits réels[3]. Or à l'instar du droit de suite, le droit de préférence est une prérogative qui ne se retrouve qu'à l'occasion des sûretés réelles[4]. Plusieurs indices permettent de déceler ce critère distinctif des sûretés réelles. Parmi eux, les termes mêmes du code civil qui associent les sûretés à l'idée de préférence. Lorsque sont énoncées les règles relatives au droit de gage général, l'article 2285 vient préciser que « *les biens du débiteur sont*

[1] Dans le sens d'une exclusion définitive du prétendu droit de suite attaché aux droits réels, V. Bonnecase J., *Supplément au traité théorique et pratique de Baudry-Lacantinerie*, t. V, Paris, Sirey, 1924, n° 106 ; Chauveau M., « Classification nouvelle des droits réels et personnels », *Rev. crit.* 1931, p. 539 s. (selon qui le titulaire d'un droit réel agissant contre les usurpateurs de son bien « *se borne à mettre en jeu la sanction de son droit réel* ») ; Dabin J., *Le droit subjectif*, rééd. Dalloz, préf. de Ch. Atias, 2008, p. 180.

[2] Cornu G. (dir.), *Vocabulaire juridique, op. cit.*, V° Préférence (- droit de), p. 789.

[3] Atias Ch., *Droit civil. Les biens*, *op. cit*., n° 77 ; Malaurie Ph., Aynès L., *Les biens*, *op. cit*., n° 363. Ces derniers évoquent le critère distinctif de l'opposabilité des droits réels, en y associant le droit de préférence, lequel serait « *attaché aux sûretés réelles* ». La formule, peu évidente, fait émerger l'idée que la préférence serait en réalité propre aux sûretés réelles et n'aurait aucune raison d'exister en dehors d'elles. V. également Mestre J., Putman E., Billiau M., n° 140, selon qui « *cette technique spécifique de rupture d'égalité que constitue le droit de préférence* » est à la sûreté réelle « *son essence même* ». V. également Mignot M., n° 1220 sur les liens entre droit de préférence, droit de suite et sûretés réelles.

[4] Plus exactement, aux sûretés réelles qui ne sont pas fondées sur l'exclusivité, puisque celle-ci se détache de la préférence, au regard de la notion de concours. La préférence renvoie à l'idée de hiérarchie dans le concours, alors que l'exclusivité d'une sûreté réelle suppose que son titulaire soit épargné du concours avec les autres créanciers.

le gage commun de ses créanciers ; et le prix s'en distribue entre eux par contribution, à moins qu'il n'y ait entre les créanciers des causes légitimes de préférence ». Ces causes légitimes figurent comme l'attribut essentiel des sûretés réelles car la règle de principe qui régit le concours entre plusieurs créanciers d'un même débiteur est celle de la distribution par contribution. Chacun récupère, dans la mesure de l'actif saisissable du débiteur, sa part contributive déterminée proportionnellement au regard du montant total des dettes. Les causes légitimes de préférence perturbent cette répartition en autorisant un créancier à isoler un bien du patrimoine de son débiteur pour se faire payer sur sa valeur sans avoir à la partager avec d'autres. Puisque la loi prévoit que ces « *causes légitimes de préférence sont les privilèges et hypothèques* »[1], l'idée selon laquelle le droit de préférence est exclusif aux sûretés se précise, car la prérogative serait plus exactement, exclusive aux sûretés réelles.

Il est plus probant encore d'observer que dans les droits réels, la préférence est inexistante et ne résulte que d'une confusion entretenue autour de leur attribut majeur qu'est l'opposabilité. Ainsi, ce prétendu droit de préférence serait au fondement de la résolution de conflits liés à l'existence de plusieurs droits réels sur un même bien. Le titulaire originaire d'un droit réel serait « préféré » à ceux qui, postérieurement, ont acquis un droit concurrent sur ce même bien[2]. Comment ne pas voir ici l'artificialité terminologique par laquelle le sens juridique de la préférence est dévoyé par le recours à son sens commun ? L'idée de préférence est certes éclairante pour comprendre et justifier, par exemple, qu'entre deux acquéreurs successifs d'un même immeuble, le premier qui procède à la publication de son droit sera préféré à l'autre. Or, elle n'a rien de juridique et son emploi est aussi infondé qu'il prête à confusion. Le seul et unique critère qui justifie ainsi l'agencement de droits concurrents sur un même bien est celui de l'opposabilité. En aucune manière le soi-disant « droit de préférence » attaché aux droits réels n'offre à son titulaire la possibilité d'échapper à un concours et d'être satisfait avant les autres du paiement de sa créance. L'action en revendication est exercée par un propriétaire contre un tiers fautif pour être restitué dans la plénitude de ses droits ; le droit de préférence est reconnu à un créancier contre les autres créanciers de son débiteur pour ne pas avoir à

[1] Art. 2323 c. civ. Aussi, les articles relatifs aux sûretés réelles sont les seuls du code civil à recourir à la notion de préférence.

[2] V. pour des exemples d'association du droit de préférence aux droits réels, déjà, dans la doctrine classique, Aubry Ch., Rau Ch., *Cours de droit civil français*, *op. cit.*, n° 172 ; Laurent F., *Principes de droit civil*, t. VI, Durand et Pedone-Lauriel, Paris, 1878, n° 76 ; Mourlon F., *Répétitions écrites sur le premier examen de Code napoléon*, t. I, 8ème éd., par Ch. Demangeat, A. Marescq Ainé, Paris, 1869, n° 1338. Pour la doctrine moderne, relayant cette idée, V. Atias Ch., *Droit civil. Les biens*, *op. cit.*, n° 77 ; Terré F., Simler Ph., *Droit civil. Les biens*, *op. cit*., n° 47. *Contra* Dross W., *Droit des biens*, *op. cit*., n° 141.

subir le poids de leur créance valablement constituée sur leur débiteur commun[1]. Il est donc impératif de clarifier ces éléments de terminologie juridique en préservant l'autonomie conceptuelle de la notion de préférence. L'opposabilité concerne notamment les droits réels, la préférence concerne exclusivement les sûretés réelles[2].

393. Premier bilan : la nature indéterminable des sûretés réelles. De la confrontation successive des critères des sûretés réelles aux droits personnels puis aux droits réels, il ressort que les premières paraissent réfractaires à toute tentative de classification. De manière surprenante, le fossé est plus grand encore entre les sûretés réelles et les droits réels qu'entre les sûretés réelles et les droits personnels. La raison semble tenir au fait que les sûretés, à la différence des droits réels, ont pour fonction la garantie d'une obligation et que du fait de leur nature accessoire, la dimension d'obligation infiltre la sûreté réelle bien plus que ne le font les règles propres au droit des biens. Cette première impression ne doit cependant pas être prise pour une vérité absolue et mérite d'être éprouvée. Ce qui ne saurait se faire sans reconduire la confrontation, cette fois-ci aux nouvelles catégories de droits patrimoniaux.

En effet, le deuxième constat qui peut être dressé de cette confrontation est celui de la relativité de la distinction entre droits personnels et droits réels. Il est vrai que le manichéisme avec lequel la doctrine classique s'est employée à distinguer les deux catégories a déjà été dénoncé[3]. Les sûretés réelles se présentent comme un argument supplémentaire de cette dénonciation, tant elles ne recouvrent jamais pleinement les critères de l'une ou l'autre de ces catégories. La relativité de la distinction a été tempérée par la découverte de nouvelles

---

[1] Comme pour le droit de suite, ce qui fait la singularité du droit de préférence est l'indifférence de la commission d'une faute par celui contre qui le droit est exercé, ou plus largement de l'adoption par lui d'un comportement juridiquement répréhensible. Droits de suite et de préférence s'exercent aussi et surtout contre des personnes qui ont régulièrement acquis leur droit.

[2] Nombre d'auteurs ont déjà milité pour une telle clarification terminologique, parmi lesquels Bonnecase J., *Supplément au traité (...), op. cit*., n° 106 ; Chauveau M., *art. préc*., n° 9 ; Dabin J., *Le droit subjectif, op. cit*., p. 180 ; Derruppé J., *th. préc.*, n° 199 et 200. Pour une position plus mesurée, suggérant un effort de distinction plutôt qu'un bannissement du terme, V. Gijsbers Ch., *th. préc*., n° 154. *Contra* Virassamy G., « La connaissance et l'opposabilité – rapport français », *Les effets du contrat à l'égard des tiers, comparaison franco-belge*, LGDJ, 1992, p. 132 s.

[3] Dross W., *Droit des biens*, *op. cit*., n° 134 s. ; Malaurie Ph., Aynès L., *Les biens*, *op. cit*., n° 366 ; Terré F., Simler Ph., n° 47 s. . Un auteur voit dans l'absence d'une définition conceptuelle claire un bienfait : « *La volonté des parties doit pouvoir puiser librement dans cette série ininterrompue de techniques variées, éventuellement en les combinant ou en les recomposant. Il importe peu que la netteté des distinctions en soit estompée ! L'essentiel est que la gamme des techniques disponibles rende les services qui en sont attendus. C'est parce que chacun remplit sa fonction propre qu'il ne faut pas trop volontiers les rapprocher ou les confondre : la prudence est de respecter leur diversité* » (Atias Ch., *Droit civil. Les biens, op. cit*., n° 92). L'enthousiasme de l'auteur ne convainc pas totalement, en ce qu'il promeut une vision exclusivement fonctionnelle des droits. Certes le droit est « *un intérêt juridiquement protégé* » pour reprendre la formule de Jhering, mais il paraît fondamental de conceptualiser ces intérêts pour leur assigner des limites et éviter leur dévoiement.

catégories, qui viendraient s'intercaler entre le droit personnel et le droit réel. Il est alors logique et nécessaire de vérifier si l'une de ces catégories correspond au mécanisme des sûretés réelles ou si en définitive les sûretés réelles, parce qu'elles sont proprement inclassables, forment une catégorie *sui generis*.

Section 2. L'insuffisance des nouvelles catégories de droits patrimoniaux révélée par les sûretés réelles

394. Le dépassement d'une opposition binaire des droits patrimoniaux. La réduction des droits patrimoniaux en deux catégories opposant droits personnels et droits réels est un schéma largement dépassé. Si ce schéma continue malgré tout d'innerver les ouvrages de droit des biens, il semblerait que ce soit davantage pour sa vertu didactique que pour sa pertinence. Il n'est aujourd'hui plus tenable de négliger l'existence de droits particuliers, qui ne sont réductibles ni à l'une ni à l'autre des deux catégories parce qu'ils empruntent conjointement certains de leurs mécanismes élémentaires. La question se pose alors de savoir si les sûretés réelles font partie de ces nouvelles catégories. À la suite d'une première confrontation, une réponse positive semblerait pouvoir être donnée mais il n'en est rien. Il s'avère à l'examen que l'irréductibilité des sûretés réelles aux catégories classiques des droits patrimoniaux trouve un écho lorsqu'on les confronte à ces catégories alternatives. Ces qualifications, qu'il ne s'agit pas de condamner dans leur principe, ne parviennent pas à expliquer intégralement la nature et le fonctionnement des sûretés réelles. C'est la raison pour laquelle elles sont fragmentaires (§ 1). Il en résulte que seule une qualification *sui generis* serait apte à définir les sûretés réelles. L'analyse de cette catégorie sur-mesure révèlera à son tour ses propres failles, ce qui amènera à conclure que la qualification du droit réel sur la valeur n'est qu'un pis-aller, une qualification expédiente (§ 2).

§ 1. Des qualifications fragmentaires

395. La redécouverte de qualifications oubliées. Les qualifications alternatives qui mettent à mal l'hégémonie de la distinction entre droits personnels et droits réels ne sont pas de pures créations de la doctrine moderne. L'histoire du droit enseigne que ces qualifications autrefois courantes ont été écrasées par la domination du Code Napoléon qui, lors de sa promulgation, les avait passées sous silence. C'est ensuite à la doctrine moderne que revient

le mérite d'avoir actualisés ces qualifications perdues, au soutien d'autres qualifications parfois lacunaires du droit positif. L'effort de systématisation est remarquable et sans nul doute fécond mais aucune de ces catégories n'arrive à rendre pleinement compte du phénomène des sûretés réelles. L'obligation *propter rem* (A), l'obligation de *praestare* (B) et le *jus ad rem* (C) sont autant de qualifications qui servent opportunément à éclairer tel ou tel mécanisme que les droits des obligations ou le droit des biens n'arrivaient à saisir : le droit des sûretés réelles leur échappe encore.

A. L'obligation *propter rem*

396. Découverte et définition de l'obligation *propter rem*. La notion d'obligation *propter rem*, d'origine doctrinale, a été employée par les auteurs classiques pour qualifier la situation juridique d'une personne qui, en sa seule qualité de propriétaire d'un bien, se voit tenue au paiement sur ce même bien d'une obligation à laquelle il n'est pas partie[1]. Cette situation est notamment celle du tiers acquéreur d'un bien grevé d'une sûreté réelle qui subit la saisie de ce bien par le titulaire. La doctrine classique s'est efforcée de trouver un outil juridique pour appréhender cette situation exceptionnelle d'une personne qui éprouve l'engagement d'une autre sans jamais y avoir consenti. C'est ainsi qu'a été proposée la notion d'obligation *propter rem* ou obligation réelle[2]. La notion se définit aujourd'hui comme une « *obligation liée à une chose (et dite* propter rem*) qui pèse, non sur le débiteur personnellement, mais sur le propriétaire de cette chose en tant que tel, de telle sorte que celui-ci peut s'en affranchir en aliénant la chose (l'obligation passe à l'acquéreur même à titre particulier) ou en délaissant sa propriété (abandon, déguerpissement)* […] » ou par extension « *obligation de certains détenteurs d'une chose grevée d'une sûreté réelle (ex. le tiers acquéreur d'un immeuble hypothéqué) qui, n'étant pas personnellement obligés à la dette, sont seulement tenus de subir, entre leurs mains, la saisie d'un bien par le créancier muni de la sûreté* »[3]. Ce deuxième sens, qui sera retenu, expliquerait alors que l'astriction pesant sur le débiteur à travers le bien grevé se transmette de propriétaire en propriétaire

[1] V. not. Aberkane H., *Essai d'une théorie générale de l'obligation* propter rem *en droit positif français*, thèse Alger, 1957 ; De Juglart M., *Obligation réelle et servitudes en droit privé français*, thèse Bordeaux, 1937 ; Kornprobst M., *Etude sur la notion de servitude*, thèse Strasbourg, 1936 ; Michon L., *Les obligations* propter rem *dans le Code civil*, thèse Nancy, 1891 ; Scapel J., *La notion d'obligation réelle*, thèse Paris I, PUAM, 2002.
[2] Les deux expressions n'ont pas été concomitantes. L'obligation *propter rem* a fait l'objet d'une systématisation par Ginossar, dans sa thèse (*Droit réel, propriété et créance. Elaboration d'un système rationnel des droits patrimoniaux*, thèse, LGDJ, Paris, 1960). L'obligation *propter rem* initialement présentée comme un droit réel accessoire, accède à l'autonomie : l'auteur retient que l'obligation *propter rem* n'est que la partie d'un tout, l'obligation réelle. L'obligation réelle serait « *le droit réel, vu du côté passif* » (*ibid*, n° 36).
[3] Cornu G. (dir.), *Vocabulaire juridique, op. cit.*, V° Obligation (- réelle), a/ et b/, p. 703.

jusqu'à l'extinction de la créance[1]. Le débiteur initial serait simultanément tenu d'une obligation personnelle (exécuter sa prestation, en engageant son patrimoine par le lien d'obligation) dans laquelle se fondrait l'obligation réelle (exécuter la prestation au besoin de manière forcée, par la saisie du bien grevé). Seule la seconde se transmettrait, lors de l'aliénation du bien, à l'ayant-cause à titre particulier du constituant en même temps qu'elle libérerait de tout engagement le débiteur initial. Il convient d'éprouver cette création doctrinale qui « *suffit à rendre compte de ce qu'ont de particulier l'hypothèque et les autres sûretés réelles* »[2].

397. L'insuffisance de l'obligation réelle comme critère catégoriel des sûretés réelles. L'obligation réelle, malgré les nombreux développements dont elle fait l'objet, ne s'accorde pas avec le fonctionnement des sûretés réelles. Du point de vue du constituant, le grief de l'inconsistance de l'obligation réelle est imparable. En effet, selon une acception classique de l'obligation, il est un dénominateur commun qui est incontestable et incontesté : celui de la prestation qu'elle renferme. C'est bien à ce sujet que le bât blesse. Quelle est la prestation du constituant débiteur d'une obligation réelle ? Doit-il faire quelque chose de plus que la prestation contenue dans l'obligation garantie ? Au mieux, si le bien reste entre ses mains, doit-il veiller à sa conservation. Il s'agirait alors d'une obligation de ne pas faire (ne pas déprécier la valeur du bien) couplée à une obligation ponctuelle de faire (réaliser les actes nécessaires à la conservation du bien). L'obligation accéderait ainsi à une certaine consistance mais ce n'est pas suffisant : le créancier n'exige pas du débiteur la constitution d'une sûreté réelle dans le seul but qu'il préserve la valeur du bien grevé. Il ne peut s'agir d'une véritable prestation, au mieux est-elle accessoire, périphérique à l'exécution de la prestation principale. L'élément de la prestation manque à l'obligation réelle pour mériter la qualification d'obligation : l'obligation réelle se fond dans l'obligation personnelle pour n'être autonome qu'au moment de l'aliénation du bien[3]. Difficile, donc, de saisir ce qu'elle est avant ce moment. La notion n'est pas plus pertinente pour expliquer la position de l'ayant-cause à titre particulier du constituant. L'obligation *propter rem* entraîne une substitution dans la personne du débiteur, soit techniquement une novation par changement de débiteur. La première acception exposée de la définition est en ce sens. L'obligation étant intimement liée au

[1] Dans le même sens, V. François J., « L'obligation de la caution réelle », *Defrénois* 2002, art. 37604, p. 1208.
[2] Ginossar S., *th. préc.*, n° 41.
[3] Pour une critique similaire, V. Gijsbers Ch., *th. préc.*, n° 153. L'auteur mentionne, sur ce point, l'astuce de Ginossar qui consiste à mêler indistinctement obligation personnelle et réelle jusqu'à l'aliénation, moment où l'obligation réelle prend son autonomie. Il lui reproche ainsi « *d'inventer une dette invisible, impalpable, un "fantôme" d'obligation réelle dans les rapports du constituant et du créancier* ».

propriétaire de la chose, la transmission de cette chose emporte alors changement de débiteur[1]. Or, c'est à un tout autre résultat qu'aboutit l'aliénation d'un bien frappé d'une sûreté réelle : le constituant n'est pas libéré de sa dette lorsqu'il aliène le bien. Il continue d'être personnellement tenu, quand l'ayant-cause devient réellement tenu. C'est là d'ailleurs le sens profond du droit de suite. Il autorise le créancier à saisir le bien en quelque main qu'il passe, sans être évincé de son lien d'obligation envers le constituant. C'est justement l'existence de ce même lien qui fonde son droit de poursuite contre un autre. Le créancier est lié à un débiteur personnel et à un débiteur réel, en la personne du nouveau propriétaire du bien grevé. L'obligation réelle, si elle peut utilement être employée pour expliquer la situation d'un tiers titulaire d'un véritable droit réel[2], est insuffisante à expliquer le fonctionnement des sûretés réelles – dans les rapports internes comme externes qu'elles engendrent[3].

398. Une qualification dérivée : l'obligation *scripta in rem*. Une qualification inspirée de l'obligation *propter rem* est parfois citée dans certains ouvrages, de manière épisodique. Il s'agit de l'obligation *scripta in rem*[4]. Littéralement « *inscrite dans la chose* », cette obligation serait relative à un bien et survivrait à la transmission de ce bien. Elle se présenterait alors comme une catégorie parfaitement appropriée aux sûretés réelles, puisqu'elle intègre ce qui manquait précisément dans la définition de l'obligation *propter rem*. Le lien de droit issu de l'obligation *scripta in rem* viendrait ainsi s'inscrire dans le bien concerné et cette inscription disparaîtrait non pas au moment de l'aliénation du bien, mais au moment seulement de l'extinction de l'obligation. Appliquée aux sûretés réelles, le schéma fonctionne : l'obligation engendrée par la sûreté réelle lie le constituant au titulaire et frappe le bien grevé. La condition juridique du bien est alors déterminée par la sûreté et n'expirera qu'au moment où la sûreté elle-même expirera, soit par voie principale soit par voie accessoire. La charge que subissent les tiers acquéreurs d'un bien grevé d'une sûreté réelle trouve alors une explication. Ils n'acceptent pas personnellement d'assumer l'exécution de la sûreté réelle mais ils acceptent « réellement » le statut juridique du bien, quitte à payer le

[1] C'est le cas notamment du propriétaire d'un fonds servant qui qui doit réaliser des travaux nécessaires à l'exploitation d'une servitude. Si le propriétaire du fonds servant change, le nouveau sera tenu de cette obligation réelle et le premier en sera libéré.

[2] La notion rejoint celle d'opposabilité absolue qui ne concerne que les droits réels, non les sûretés réelles. L'obligation *propter rem* est une conséquence de cette caractéristique : l'ancien propriétaire d'un bien frappé d'une obligation réelle n'a plus à en souffrir, puisqu'il a valablement transmis son droit.

[3] Une autre différence a été avancée. Dans les véritables droits réels, l'obligation réelle est prise en compte dans le calcul du prix, ce qui n'est pas le cas de la transmission d'une sûreté réelle. V. sur ce point Gijsbers Ch., *th. préc.*, n° 153.

[4] Aberkane H., *th. préc.*, n° 187 ; Atias Ch., *Droit civil. Les biens*, *op. cit.*, n° 83 ; Boileux, *Commentaire du Code civil*, t. II, 6ème éd., Marescq et Dujardin, 1856, Paris, p. 650 ; Derruppé J., *th. préc.*, n° 296.

titulaire à la place du constituant. Au-delà des sûretés réelles, cette obligation concernerait « *l'acquéreur d'un bien loué* [et] *le cessionnaire d'une entreprise* [qui] *sont tenus d'assurer la continuation des obligations de leur auteur* »[1].

S'il est tentant de voir dans l'obligation *scripta in rem* la catégorie idéale de rattachement des sûretés réelles, l'hétéronomie de cette catégorie devrait épargner d'une telle conclusion. M. Derruppé, estimant dans sa thèse que cette obligation n'est qu'un sous-genre de l'obligation *propter rem*[2], affirme que « *les obligations* propter rem *doivent donc être rattachées au concept d'obligation et à la catégorie juridique des droits personnel ou droits de créance* »[3]. Par ce rattachement, l'auteur met en avant la propension de l'obligation à saisir les biens qu'elle frappe, à modifier leur condition juridique le temps de son existence. Dans le même temps, le raisonnement porte un coup d'arrêt aux nombreuses qualifications intermédiaires de droits patrimoniaux qui tentent d'expliquer un effet commun de l'obligation, que d'aucuns qualifient d'« *effet réel* »[4]. L'occasion sera donnée de revenir sur ces potentialités « réelles » de l'obligation lors de sa confrontation avec les sûretés réelles[5]. Pour l'heure, l'obligation *scripta in rem* n'est pas à elle seule suffisamment consistante pour constituer une catégorie valable de rattachement des sûretés réelles car « *dans tous les cas, les droit auxquels ces obligations correspondront seront des droits d'exiger d'une personne l'exécution d'une prestation, c'est-à-dire des droits personnels* »[6].

---

[1] Aberkane H., *op. et loc. cit*.

[2] « *On pourra encore distinguer entre elles, selon que la transmission à l'ayant-cause entrainera l'extinction de l'obligation chez l'auteur (obligations* propter rem*) ou qu'elle la laissera subsister (obligations* scriptæ in rem*)* » (Derruppé J., *op. et loc. cit*.).

[3] *Ibid.* L'auteur poursuit : « *La seule particularité est que ces obligations seront soumises à des règles spéciales quant à leur transmission, ou leur exécution à cause de leur caractère accessoire. De ce fait, il sera possible de faire des droits correspondants une catégorie à part au sein des droits de créance et basée sur les caractères particuliers de l'obligation qu'ils imposent. Mais leur nature intrinsèque et fondamentale sera identique à celle de tout autre droit de créance. Le fondement de la distinction entre droit réel et droit de créance ne permet pas d'en faire une catégorie spéciale, intermédiaire entre les uns et les autres de ces droits* ».

[4] Waterlot M., *L'effet réel du contrat*, thèse Bordeaux, 2015. Au sujet de cet effet particulier de l'obligation, lorsqu'elle porte directement sur un bien dont il est l'objet, V. Marcadé V., *Explication méthodique et raisonnée du Code civil accompagné de la critique des auteurs et de la jurisprudence et suivi d'un résumé à la fin de chaque titre*, t. III, Librairie de jurisprudence de Cotillon, 1842, p. 427. Analysant la nature des droits du propriétaire d'un fonds auquel une servitude est due, l'auteur avance que : « *Les annotateurs de M. Zachariae* […] *soutiennent que non seulement cette obligation ne constitue pas une vraie charge réelle, un* jus in re *; mais qu'elle n'est pas même une obligation* in rem scripta *et que dès lors elle ne passe point, comme la servitude, à tous les possesseurs de l'héritage servant.* "Cette obligation, disent-ils, n'est pas *in rem scripta* ; car elle ne consiste ni dans un service à rendre par la chose, ni dans un usage auquel cette chose serait affectée". *Certes, erreur ne fut jamais plus profonde que celle-ci, et il n'y eut jamais d'argument plus insignifiant que celui par lequel on veut l'établir. Sans doute l'obligation ne consiste pas dans un service, un usage de la chose, mais il ne s'ensuit pas le moins du monde qu'elle ne soit pas* in rem *: l'obligation hypothécaire ne consiste pas non plus, et encore bien moins, dans un usage de la chose, puisqu'elle tend tout simplement à forcer cette chose de donner de l'argent, et cependant elle est* in rem*..., quelques-uns même vont jusqu'à en faire un* jus in re*, et précisément MM. Aubry et Rau sont de ce nombre* ! ».

[5] V. *supra*, n° 412 s.

[6] V. Marcadé, *op. cit.*, p. 341.

B. L'obligation de *praestare*

399. Un droit patrimonial oublié. Le code civil de 1804 ne distinguait, parmi les différents types d'obligations, que trois genres : donner, faire, ne pas faire[1]. Cette trilogie, maintes fois commentée, analysée, décortiquée, a longtemps embarrassé la doctrine. Les controverses les plus vives ont porté sur la consistance, voire l'existence, de l'obligation de donner[2] et sur la nature de la sanction de ces obligations – ou plus précisément sur le critère, difficilement saisissable, de l'exécution forcée des obligations conventionnelles qui viendrait largement relativiser le bien-fondé de la trilogie. Quelques auteurs se sont alors proposés de réhabiliter un type d'obligation connu du droit romain : l'obligation de *praestare*[3], ignorée lors de la codification napoléonienne[4]. « Praestare *signifie transférer un bien, en remettre à autrui la possession ou la détention pour une durée plus ou moins longue, à charge pour qui se voit ainsi légitimement investi, de le restituer à son maître* »[5]. Ainsi, *praestare* peut « *se traduire par mettre à disposition* »[6]. Une telle obligation expliquerait notamment le fonctionnement des contrats de louage, de dépôt, ou encore de crédit-bail car elle suppose non pas le transfert de propriété du bien mais le transfert de son usage[7]. Dans un plaidoyer pour la reconnaissance de l'obligation de *praestare*, Mme Pignarre reproduit les développements d'un auteur nippon qui voit, notamment, dans le cautionnement l'occasion d'une consécration[8]. La célèbre distinction opérée par Mouly serait un révélateur de ce type nouveau d'obligation. L'obligation de *praestare* serait en effet assimilable à l'obligation de couverture[9]. Il y a plus :

---

[1] Selon l'ancien art. 1126 c. civ. : « *tout contrat a pour objet une chose qu'une partie s'oblige à donner, ou qu'une partie s'oblige à faire ou à ne pas faire* ».

[2] Fabre-Magnan M., « Le mythe d l'obligation de donner », *RTD civ*. 1996. 85.

[3] Fabre-Magnan M., *Droit des obligations. Contrat et engagement unilatéral*, PUF, coll. « Thémis droit », 4ème éd., 2016, n° 169 et 188 et, du même auteur, « Critique de la notion de contenu du contrat », *RDC* 2015, p. 639 s., spéc. p. 641 ; Le Bourg J., *La remise de la chose. Essai d'analyse à partir du droit des contrats*, thèse Grenoble, 2010, n° 183 s. ; Pignarre G., « À la redécouverte de l'obligation de *praestare*. Pour une relecture de quelques articles du Code civil », *RTD civ*. 2001. 41.

[4] D'aucuns voient cependant une consécration de l'obligation de *praestare* dans l'ancien art. 1127 c. civ. : « *le simple usage ou la simple possession d'une chose peut être, comme la chose même, l'objet du contrat* ». En ce sens V. Sériaux A., *Contrats civils*, PUF, coll. « Droit fondamental », 2001, n° 5.

[5] *Ibid*.

[6] *Ibid*.

[7] Elle peut aussi être contenue dans un contrat translatif de propriété. V. Le Bourg J., *th. préc.*, p. 192 s.

[8] Kanayama N., « De l'obligation de "couverture" à la prestation de "garantir" (donner, faire, ne pas faire ... et garantir ?) », *Mélanges Mouly*, Litec, 1998, p. 375 s.

[9] « *L'obligation de* praestare *se trouve donc ici ressuscitée sous la forme d'une obligation de mise à disposition : celle de conserver "*l'intérêt garanti*" ou "*l'intérêt assuré*". Il s'agit de "*conserver la valeur du bien*" pour la satisfaction du créancier. Cette obligation a sa propre identité. En effet, l'obligation de couverture assumée par la caution ou par l'assureur constitue une obligation présente, distincte de celle future ou éventuelle de payer*

l'auteur propose d'assimiler obligation de *praestare* et obligation de garantir. Ainsi dans son article, M. Kanayama propose-t-il « *d'y inclure les contrats faisant naître une garantie légale ou conventionnelle. Cette innovation se recommande de l'analyse renouvelée présentée par le professeur Bernard Gross*[1] *de l'obligation de garantie. Longtemps considérée comme une simple obligation de réparation, cette institution s'est complexifiée et élargie intégrant l'obligation de renseignements, celle de prévision ou encore celle de défense* […] *L'obligation de garantie présente certes un aspect négatif qui transparaît dans l'obligation de réparation mais aussi et surtout un aspect positif ; elle s'identifie alors à une obligation de* faire jouir de la possession paisible »[2]. Dépassant le seul cadre du cautionnement, l'obligation de *praestare* servirait à définir les sûretés, personnelles comme réelles. Il convient de vérifier l'assertion au sujet des secondes.

400. L'insuffisance de l'obligation de *praestare* à l'explication des sûretés réelles. À première vue, l'obligation de *praestare* pourrait correspondre aux schémas des sûretés réelles. Le bien mis à la disposition du créancier n'est pas nécessairement transmis en pleine propriété – ce qui respecte le clivage opposant les sûretés traditionnelles aux propriétés-sûretés – et a vocation à être restitué à l'issue du contrat. Il y aurait donc un télescopage naturel entre *praestare* et sûretés réelles. Les biens ne sont pas définitivement transmis, l'obligation de « *réparation* » peut aisément être associée à celle de conservation et, en définitive, il doit être assuré au créancier de l'obligation de *praestare* une possession paisible. Cependant, plusieurs critères ne résistent pas à l'examen et conduisent à écarter l'obligation de *praestare* comme catégorie de rattachement des sûretés réelles.

Tout d'abord, la faculté laissée aux parties de convenir d'une sûreté avec ou sans dépossession met à mal la pertinence de l'obligation de *praestare*. Si le débiteur est resté en possession, faut-il comprendre qu'il est tenu envers lui-même d'une obligation de se faire jouir de la possession paisible ? Il y aurait un premier contresens évident à imposer à une personne le respect de ses intérêts propres. Puisque le créancier est celui qui doit jouir de cette possession paisible, l'absence de dessaisissement tient en échec le recours à la notion de possession[3].

---

une somme d'argent, même si par la force des choses elle se trouve dans la mouvance de l'obligation de donner et lui est, en conséquence, étroitement coordonnée » (Pignarre G., *art. préc*., n° 17).

[1] Gross B., *La notion d'obligation de garantie dans le droit des contrats*, thèse Nancy, LGDJ, 1964.

[2] Pignarre G., *art. préc*., n° 18.

[3] L'idée de valeur l'explique mieux : un gage sans dépossession ne doit pas aboutir à faire jouir le créancier de la possession paisible du bien, il doit simplement lui permettre d'exiger le maintien de sa valeur initiale jusqu'à l'extinction de la créance.

Deuxièmement, la vocation à la restitution du bien, conforme aux sûretés avec dépossession, contrevient aux sûretés sans dépossession, puisque quel que soit le sort de l'obligation garantie, il n'y aura aucun mouvement en retour, aucune « restitution » du bien. Aussi cette vocation méconnait-elle l'un des modes de réalisation du gage : l'attribution, judiciaire ou conventionnelle, du bien en paiement. En cas de défaillance du constituant et d'attribution consécutive du bien grevé au titulaire, la vocation à la restitution du bien est illusoire.

Troisièmement enfin, la définition donnée par M. Sériaux et reprise par Mme Pignarre semble contenir, quoiqu'elle ne le fasse pas clairement, le critère de la jouissance. La mise à disposition n'est pas dénuée, elle est opérée dans le but de faire jouir, ou à tout le moins de faire directement profiter au créancier de quelques utilités économiques du bien. Il a cependant été établi que les sûretés réelles n'aboutissent jamais à un tel résultat[1]. Même dans le gage immobilier, le nantissement de créance ou le gage comprenant une clause d'utilisation au profit du créancier, celui-ci est toujours contraint d'affecter les utilités qu'il retire du bien au remboursement de la dette. L'affectation du bien à la garantie de l'obligation prive le titulaire d'une partie de sa liberté dans la jouissance de ce bien. Sa jouissance est conditionnée. À aucun moment de la définition de l'obligation de *praestare* n'apparaît cette spécificité. Si elle peut être utile pour fonder les contrats de mise à disposition comme le louage ou le dépôt, elle ne dépeint pas fidèlement la nature des sûretés réelles[2]. Une fois encore, la spécificité des sûretés réelles réside ailleurs.

C. Le *jus ad rem*

401. Un autre droit patrimonial oublié. La codification napoléonienne, faisant œuvre de synthèse, a été l'occasion d'une relégation de nombreux types de droits patrimoniaux que des systèmes juridiques plus anciens consacraient pourtant. Un droit

[1] V. *supra*, n° 382.

[2] Il est permis ici de soulever une idée sous-jacente aux développements relatifs aux « nouveaux » droits patrimoniaux et qui trouve une résonance particulière dans l'obligation de *praestare*. Le professeur Gross dissociait l'aspect négatif de l'aspect positif de l'obligation de garantie – assimilée à l'obligation de *praestare*. L'aspect négatif se perçoit dans l'obligation de réparation, l'aspect positif dans l'obligation d'assurer la jouissance paisible. Ce découpage n'est pas sans rappeler la distinction entre obligation de couverture et obligation de règlement que Mouly perçut dans le cautionnement ; distinction correspondant *mutatis mutandis* à celle par laquelle M. Ancel fonde la césure entre force obligatoire et contenu obligationnel du contrat ; césure à laquelle a été préférée celle proposée par M. Wicker entre le rapport d'obligation et le rapport obligatoire… En d'autres termes, si l'obligation de *praestare* est inapte à régir entièrement les sûretés réelles, elle a au moins l'avantage de mettre en évidence un effet systématique des sûretés réelles : l'assujettissement du bien grevé à la réalisation du but de la sûreté. Par cet assujettissement, qui frappe les parties comme les biens que la sûreté met en jeu, les cocontractants doivent respecter l'affectation du bien. Les contraintes comportementales, divisées en devoirs et incombances, leur imposent alors abstention et action : absence d'entrave à la réalisation de l'obligation garantie et actes positifs de préservation de la valeur du bien grevé.

patrimonial relativement méconnu et comparable en un certain sens à l'obligation de *praestare* a ainsi été éclipsé par le voile hégémonique de la *summa divisio* des droits réels et des droits de créance : le *jus ad rem*. Du fait de son hibernation, le *jus ad rem* ne bénéficie pas d'une définition uniforme et encore moins d'une définition légale[1]. Il convient ainsi de revenir sur quelques récents travaux qui ont proposé de réactualiser la notion et de déployer ses potentialités. Il pourra alors être témoigné que malgré l'absence de définition unitaire, les critères essentiels du *jus ad rem* ne sont pas plus aptes que les précédents à illustrer la nature et le fonctionnement des sûretés réelles.

402. De l'absence à la pluralité de définitions. Bien que la notion de *jus ad rem* soit pluriséculaire, elle n'a suscité qu'un regain d'intérêt tardif. C'est d'ailleurs souvent à l'occasion d'études qui concernent de près ou de loin la *summa divisio* des droits patrimoniaux et son manichéisme lacunaire, que l'existence passée du *jus ad rem* est rappelée et promue[2]. Notion héritée du droit canonique[3], le *jus ad rem* désignait littéralement un « *droit à la chose* » - par opposition au *jus in re*, « *droit dans la chose* ». Les juridictions ecclésiastiques l'envisageaient alors comme un « *bénéfice* […] *par anticipation affecté à une personne déterminée* »[4]. Il s'agissait d'une catégorie intermédiaire entre le droit personnel et le droit réel, car il portait directement sur une chose mais sans conférer à son titulaire la plénitude de ses utilités. Connu du droit canonique et de l'ancien droit, le *jus ad rem* a donc été passé sous silence à l'issue de la décennie révolutionnaire, pour n'être appréhendé ponctuellement que par quelques auteurs. L'idée essaime d'un droit limité, réduit ou, de manière plus éclairante, d'un droit frappé d'expectative puisqu'il ne génère au profit de son titulaire qu'une vocation aux utilités du bien. Le *jus ad rem* serait alors le critère déterminant

[1] Cette absence se vérifie à la lecture des ouvrages de vocabulaire juridique. Celui du doyen Cornu définit seulement le *jus in re*, en l'opposant au *jus ad personam*, respectivement « *droit sur une chose* » et « *droit à l'encontre d'une personne* », soit droit réel et droit de créance (Cornu G. (dir.), *Vocabulaire juridique, op. cit.,* V° Jus, juris, p. 592-593). De ces deux significations, un entre-deux se dessine naturellement : le droit « à l'encontre » d'une chose…

[2] V. pour l'essentiel des travaux qui traitent de la notion, Berger-Tarare C., *Le fiduciaire défaillant. Regards croisés en droit des biens et en droit des obligations*, thèse, LGDJ, 2015, n° 234 s. ; Durand S., *L'usufruit successif*, thèse, Defrénois, 2006, n° 54 s. ; Mazeaud, *Leçons de droit civil. Principaux contrats*, t. III, Montchrestien, 1961, n° 1062 s. ; Patault, *Introduction historique au droit des biens*, PUF, 1989, n° 13 et 131 ; Proudhon P.-J., *Qu'est-ce que la propriété ?*, 1840, rééd. par M. Rivière, Paris, 1926, p. 157 s. ; Regnaut-Moutier C., *La notion d'apport en jouissance*, thèse, LGDJ, coll. « Bibliothèque de droit privé », t. 242, 1994, n° 56 ; Rigaud L., *th. préc.*, p. 86 et « À propos de la renaissance du "*jus ad rem*" et d'un essai de classification nouvelle des droits patrimoniaux », *RIDC* 1963, p. 557 s. ; Sautonie-Laguionie L., *th. préc*., n° 296 ; Waterlot M., *th. préc*., n° 261 s., qui propose une acception extensive du *jus ad rem*.

[3] Durand S., *th. préc*., n° 57 et Berger-Tarare C., *th. préc.*, n° 237.

[4] Rigaud L., *th. préc*., p. 88.

la situation d'un nu-propriétaire[1], d'un preneur à bail[2], d'un associé qui consent un apport en jouissance[3], d'un usufruitier successif[4], ou encore du bénéficiaire d'une fiducie[5]. Parmi ces différentes associations proposées, une seule contient une tentative de définition. M. Durand estime ainsi que le *jus ad rem* est un « *droit réel particulier, assorti d'un terme suspensif, et qui confère actuellement à son titulaire la vocation à exercer les attributs attachés à un droit réel déterminé, et à terme les prérogatives complètes attachées à ce droit* »[6]. La définition ne paraît pas avoir été remise en cause[7], si ce n'est dans une thèse consacrée à « *l'effet réel* » du contrat, où son auteur suggère d'amender la définition pour lui donner une portée plus large : « *la notion doit être utilisée afin d'expliquer la situation de tout créancier d'un engagement portant sur une chose déterminée. Le* jus ad rem *doit ainsi s'entendre d'un droit au bénéfice d'une chose exercé à travers la personne du débiteur. Ce bénéfice pouvant résider en la jouissance actuelle de la chose ou en la perspective du transfert futur de sa propriété* »[8]. Ces deux définitions distinguées doivent désormais être confrontées aux mécanismes des sûretés réelles, afin de vérifier si elle est utile à leur appréhension.

403. Les insuffisances du *jus ad rem* dans la définition des sûretés réelles. Qu'elle soit prise dans son acception restrictive ou dans son acception extensive, la notion de *jus ad rem* paraît inapte à fédérer l'ensemble des prérogatives, devoirs et obligations qui découlent d'un engagement à une sûreté réelle que ce soit en qualité de bénéficiaire ou de constituant. Au regard de son acception restrictive, plusieurs éléments du *jus ad rem* sont difficilement compatibles avec les caractéristiques des sûretés réelles. L'idée qu'il s'agisse d'un droit réel particulier peut difficilement être contestée. Si la sûreté réelle ne rentre dans aucune case de la grille des droits patrimoniaux classiques, elle est à l'évidence un droit réel particulier ou un droit personnel particulier, ce qui revient sensiblement au même : elle ne correspond en définitive ni à l'un ni à l'autre. La modalité du terme est compatible avec les sûretés, qui suivent le sort du crédit consenti, lequel est nécessairement inscrit dans le temps. En revanche, les attributs conférés au titulaire du *jus ad rem* ne sont pas ceux du bénéficiaire d'une sûreté. La « *vocation à exercer les attributs attachés à un droit réel déterminé* » n'est pas celle d'un

[1] Proudhon P.-J., *op.*et *loc. cit*.
[2] Mazeaud, *op* et *loc. cit*.
[3] Regnaut-Moutier C., *op.*et *loc. cit*.
[4] Durand S., *th. préc*., n° 47 s.
[5] Berger-Tarare C., *th. préc*., n° 252 s.
[6] Durand S., *th. préc*., n° 79.
[7] Elle est notamment reprise et adoptée sans réserve par Mme Berger-Tarare dans sa thèse consacrée au fiduciaire défaillant (*th. préc*., n° 251).
[8] Waterlot M., *th. préc*., n° 262.

créancier muni d'une sûreté réelle : le droit réel en tant que qualificatif de sa situation a été exclu, car le créancier ne jouit pas librement du bien grevé pas plus qu'il ne retire d'utilité économique directe de ce bien.

Enfin, la vocation à recueillir « *à terme les prérogatives complètes attachées à ce droit* » est elle aussi inconciliable avec les sûretés réelles. Le constituant d'une sûreté réelle n'entend pas à terme transférer son bien au bénéficiaire, au contraire le déroulement non accidentel de l'obligation garantie aboutira à un retour au *statu quo ante* : le constituant récupère la plénitude de ses prérogatives sur le bien grevé. Il y a donc une opposition frontale entre le dénouement du *jus ad rem* et celui d'une sûreté réelle. Au mieux est-il permis d'expliquer au moyen du *jus ad rem* le jeu du pacte commissoire, de l'attribution judiciaire du bien en paiement ou de la réalisation de la fiducie-sûreté : dans ces trois cas seulement, le bénéficiaire recueille les prérogatives complètes dont disposait le constituant. Or cela suppose la défaillance du débiteur et n'a rien d'automatique puisque, notamment, l'attribution du bien doit être prévue au contrat ou demandée au juge. Au surplus, la loi interdit expressément un tel transfert dans certain cas – notamment celui d'une hypothèque portant sur la résidence principale du constituant[1]. La sûreté est fondée sur l'incertitude du remboursement et rappelle davantage la modalité de l'obligation qu'est la condition, alors que le *jus ad rem* est fondé sur la certitude du terme[2].

Quant à l'acception extensive du *jus ad rem*, elle n'explique guère mieux le fonctionnement des sûretés réelles. Le bénéfice du titulaire, exercé à travers la personne du créancier, peut « *résider en la jouissance actuelle de la chose ou en la perspective du transfert futur de sa propriété* ». Est-il encore besoin de démontrer l'absence d'accès aux utilités du bien grevé du titulaire d'une sûreté réelle ? De la même manière, il suffit de rappeler que le transfert de propriété du bien grevé n'est qu'une modalité de réalisation de quelques sûretés réelles, dont il ne constitue en rien le principe. L'absence de jouissance actuelle et la perspective marginale

[1] Selon la dernière phrase de l'art. 2458 c. civ. : « *Cette faculté* [d'attribution judiciaire en paiement] *ne lui est toutefois pas offerte si l'immeuble constitue la résidence principale du débiteur* ». Aussi, l'art. 2459 prévoit que : « *Il peut être convenu dans la convention d'hypothèque que le créancier deviendra propriétaire de l'immeuble hypothéqué. Toutefois, cette clause est sans effet sur l'immeuble qui constitue la résidence principale du débiteur* ».

[2] Le *jus ad rem* n'est pas plus approprié pour décrire le fonctionnement de la fiducie-sûreté. Le fait qu'elle soit basée sur la propriété, ou sur une modalité particulière de la propriété, peut donner l'impression que le bénéficiaire est titulaire d'un *jus ad rem* pendant l'existence du contrat de fiducie et d'un *jus in re* à son expiration. Or l'écueil est le même que pour les autres sûretés réelles : cette plénitude des prérogatives sur le bien est conditionnée à la défaillance du débiteur. Nul ne pourrait concevoir qu'un fiduciaire-bénéficiaire conserve le patrimoine fiduciaire alors que le constituant a parfaitement rempli ses engagements. La certitude dans le recouvrement de l'intégralité des prérogatives, sous-entendue dans le terme, est foncièrement opposée à la mécanique des sûretés réelles. *Contra* Berger-Tarare C., *th. préc.*, n° 252.

d'un transfert de la propriété du bien amènent à un constat inévitable : les sûretés réelles ne correspondent pas à la catégorie du *jus ad rem*.

§ 2. Une qualification expédiente : le droit réel sur la valeur

404. Une qualification taillée sur mesure. L'insuffisance des catégories classiques de droits patrimoniaux a conduit la doctrine de la première moitié du XX^e^ siècle à pallier ce manque. Progressivement, l'idée d'un droit réel d'une deuxième nature se distingue, qui porte non plus sur le bien matériellement envisagé mais sur sa « virtualité », sur la valeur qu'il représente. Ce droit est qualifié de différentes manières : droit réel sur la valeur, droit réel accessoire, droit réel de garantie. La naissance de cette catégorie alternative (A) une fois retracée, il sera possible d'en proposer une critique (B).

A. Emergence du droit réel sur la valeur

405. L'impossible rattachement des sûretés réelles aux démembrements de la propriété à l'origine de la découverte du droit réel sur la valeur. Il a été démontré que le droit réel sur la valeur a été créé par la doctrine suite à l'impossibilité pour ses membres de classer les sûretés réelles parmi les démembrements de la propriété[1]. Sans retracer l'intégralité des développements, ceux-ci peuvent se résumer de la manière suivante. Les démembrements se présentent comme un fractionnement de l'utilité d'un bien : un nu-propriétaire conserve le droit de disposer et confère à l'usufruitier le droit de se servir et de jouir du bien ; un droit de passage ne confère à son titulaire que le droit de passer sur un terrain sans aucune autre prérogative, que l'auteur du droit de passage se réserve, etc. Les auteurs classiques avaient ainsi perçu dans l'hypothèque l'inexistence d'un démembrement de la propriété, puisqu'aucun droit direct sur le bien, aucun *jus in re* n'est conféré au bénéficiaire de l'hypothèque[2]. Il ne saurait y avoir d'alternative à cet impossible rattachement dans la mesure où les démembrements sont de véritables droits réels en tant qu'ils confèrent à leurs titulaires une

[1] V. Gijsbers Ch., *th. préc.*, n° 41.
[2] Aubry Ch., Rau Ch., *Cours de droit civil français*, t. II, 6ème éd., n° 165, n. 4 ; Chenon E., *Les démembrements de la propriété foncière en France avant et après la Révolution*, thèse Paris, Larose et Forcel, 1881, p. 12 ; Delvincourt C.-E., *Cours de Code civil*, t. I, Fournier, Paris, 1819, p. 503 ; Demante A.-M., *Cours analytique de Code Napoléon*, t. II, Plon, Paris, 1853, n° 350 *bis* ; Demolombe Ch., *Cours de Code Napoléon*, t. IX, Paris, 1870, n° 471 s. ; Michon L., *th. préc.*, n° 7 ; Ortolan J., *Histoire de la législation romaine depuis son origine jusqu'à la législation moderne, suivie d'une Généralisation du droit romain*, t. III, 9ème éd., Plon, Paris, 1876, n° 80.

vocation directe aux utilités économiques du bien. Les sûretés réelles, sauf quelques exceptions limitées, n'aboutissent pas à un tel résultat.

406. La découverte progressive du droit réel sur la valeur. Avant d'être formellement systématisée, l'idée d'un droit portant non sur le bien lui-même pris dans sa substance, dans sa dimension organique mais sur la valeur qu'il représente, était déjà présente sous la plume de différents auteurs[1]. Dans sa thèse consacrée aux rapports qu'entretiennent les sûretés réelles avec le droit des biens, M. Gijsbers a proposé une remarquable généalogie du droit réel sur la valeur[2]. Pressenti par Planiol qui voyait dans la sûreté réelle « *un droit réel du second degré* »[3], la paternité du droit réel sur la valeur serait à attribuer à Bonnecase[4]. C'est sous la direction de ce dernier que Quincarlet, dans sa thèse relative à la notion de gage, systématise ce droit particulier[5]. Réhabilitant l'idée que les sûretés réelles constituent un démembrement de la propriété, l'auteur avance que ce démembrement porte sur la valeur pécuniaire du bien grevé et non sur son « *individualité organique* »[6]. Depuis cette systématisation, l'immense majorité de la doctrine se rattache à la théorie du droit réel sur la valeur, encore dénommé droit réel accessoire, pour expliquer les sûretés réelles[7]. Il appert toutefois que cette catégorie est fondée sur un critère fallacieux : celui du prétendu accès à la valeur d'échange du bien grevé.

B. Critique du droit réel sur la valeur

407. L'assimilation des effets de la sûreté aux effets de l'obligation. L'engouement de la doctrine face à cette nouvelle catégorie doit être réfréné pour une raison au demeurant assez simple, empruntée à M. Gijsbers. Cet accès à la valeur ne distingue en rien le bénéficiaire d'une sûreté réelle des créanciers chirographaires. Suivant la distinction suggérée

---

[1] V. Laurent F., *Cours élémentaire de droit civil*, t. IV, Lib. Marescq, Ainé, Paris, 1881, n° 448 ; Lévy, « L'exercice du droit collectif », *RTD civ*. 1903. 95 ; Rigaud L., *th. préc*., p. 391 ; Schützenberger G.-F., *Les lois de l'ordre social*, éd. Joubert, Paris, 1849, p. 389.
[2] Gijsbers Ch., *th. préc.*, n° 40 s.
[3] Planiol M., *Traité élémentaire de droit civil*, t. II, F. Pichon, Paris, 1902, n° 2429.
[4] Bonnecase J., *Supplément au traité théorique et pratique* (…), *op. cit.*, n° 93. L'auteur évoque les « *droits réels accessoires ou droits réels du second degré* » qui « *s'adressent à la valeur économique représentée par la chose, et ont pour objet, par-delà l'individualité organique de cette chose, l'appropriation totale ou partielle de sa valeur économique* ».
[5] Quincarlet S., *La notion de gage en Droit privé français. Ses diverses applications*, thèse Bordeaux, Imp. Ségalas-Bérou, 1937.
[6] *Ibid*, p. 402 et 406.
[7] V. Gijsbers Ch., *th. préc.*, n° 45 s., qui retrace tous les écrits qui se réfèrent à cette théorie. Pour une étude spécifique, V. Perrier, *Le droit réel de garantie. Contribution à l'étude de la notion de droit réel sur la chose d'autrui*, thèse Paris V, 2005.

par M. Dross entre la valeur d'usage et la valeur d'échange des biens, ni l'une ni l'autre ne profite au titulaire d'une sûreté réelle[1]. La valeur d'usage, celle par laquelle le titulaire d'un droit exploite les utilités concrètes, matérielles du bien est exclue des prérogatives de ce titulaire – seuls les droits réels permettent un accès à cette valeur[2]. Quant à la valeur d'échange, elle est tributaire du seul lien d'obligation. Le droit de gage général, faisant accéder le créancier à la valeur d'échange de tous les biens du débiteur, retire aux sûretés réelles ce qui était présenté comme étant leur spécificité[3].

408. L'hétéronomie du droit réel sur la valeur par emprunt d'une prérogative exclusive au droit de gage général. L'argument selon lequel le créancier garanti accèderait à la seule valeur d'échange du bien grevé est extrêmement séduisant. Il permet de comprendre que la saisie aboutisse à une vente forcée du bien, sur le prix de laquelle se désintéresseront les créanciers inscrits : le bien en lui-même importe peu, tant que la contre-valeur qu'il représente offre satisfaction. Or comme l'a très justement remarqué M. Gijsbers[4], cette prérogative n'est-elle pas indifférente à l'existence d'une sûreté réelle ? Le créancier chirographaire saisissant n'a-t-il pas un droit d'une consistance parfaitement semblable ? A lire l'article 2285 du code civil, la distinction paraît évidente : « *les biens du débiteur sont le gage commun de ses créanciers* ». Au-delà de la confusion qu'il crée entre le droit de gage et la sûreté du même nom, un premier constat s'impose : tous les créanciers ont une égale voie d'accès aux biens du débiteur. Ces biens sont leur richesse commune et l'accès des créanciers à ces biens n'est tributaire que de l'existence et de la validité d'un lien d'obligation. Toute sûreté est indifférente à ce « *gage commun* » : elle n'ajoute rien à cet accès que l'obligation garantie a déjà mis en place. Seul l'adjectif « *commun* » est remis en cause par l'entremise d'une sûreté réelle. Par le droit de préférence qu'elle offre au titulaire, la sûreté introduit une hiérarchisation dans le patrimoine du débiteur. Ses biens ne sont plus parfaitement communs, puisque certains créanciers seront préférés dans leur attribution – ce qui implique nécessairement la relégation de tous les autres. Le créancier chirographaire, relégué par le fait

[1] Plus exactement, l'auteur avance que les droits réels principaux opèrent un « *démembrement de la valeur d'usage* » et que les droits réels accessoires opèrent « *démembrement de la valeur d'échange* » (Dross W., *Droit des biens*, LGDJ, coll. « Domat droit privé », 2ème éd., 2012, n° 114 s.).
[2] V. *supra*, n° 388.
[3] Comp. Cabrillac M., Mouly Ch., Cabrillac S., Pétel Ph., n° 3 : « l'affectation de la valeur *d'un bien au paiement de la créance n'est-elle pas une forme d'exploitation de ce bien ? Au lieu d'exploiter l'utilité directe du bien, le constituant exploite la valeur qu'il recèle en conférant au créancier un droit sur elle susceptible d'être exercé dès qu'elle apparaîtra* ».
[4] Gijsbers Ch., *th. préc.*, n° 39 s.

du concours, n'a donc plus les mêmes biens en commun avec les créanciers garantis[1]. Les sûretés réelles fondées sur le critère de l'exclusivité, comme la fiducie-sûreté, offrent une illustration plus prégnante encore puisqu'elles ôtent du patrimoine du débiteur le bien grevé. Il est donc tout sauf commun aux créanciers, puisque sa valeur ne pourra bénéficier qu'à l'un d'entre eux.

On ne saurait au demeurant exclure aussi nettement le lien entre les sûretés réelles et la valeur d'échange des choses sur lesquelles elles portent, car c'est bien ce dont il retourne lorsque le créancier garanti, après avoir diligenté une saisie du bien, procède à son adjudication : il retire du bien sa contre-valeur afin d'être désintéressé. Il est donc trop radical de dissocier aussi dogmatiquement sûretés réelles et valeur d'échange. Le lien est à trouver non dans le principe de l'accès à la valeur d'échange, que le droit de gage général engendre, mais dans les modalités particulières de cet accès, que les sûretés réelles façonnent.

409. L'autonomie relative du droit réel sur la valeur par une perturbation des modalités d'accès à la valeur du bien grevé. Vis-à-vis de la valeur d'échange, les sûretés réelles ont pour seul effet de modifier les modalités d'accès à cette valeur, non l'accès dans son principe. Cet effet est justement celui des droits de suite et de préférence. Dans le cas d'une créance chirographaire, l'aliénation d'un bien par le débiteur ne pourra être remise en cause que par les voies de l'action oblique, de l'action paulienne ou de l'organisation frauduleuse de l'insolvabilité. Dans le cas d'une créance garantie, l'accès à la valeur d'échange du bien est largement facilité car il ne procède pas du comportement fautif du débiteur : la disposition du bien grevé qu'il a conservée trouve un contrepoids naturel dans le droit de suite du titulaire, dont la mise en œuvre est bien moins complexe que l'action paulienne, par exemple. La manière dont il accède à cette valeur est alors favorablement ménagée. D'un point de vue probatoire comme procédural, l'exercice du droit de suite est bien plus simple que ne le sont les voies de droit commun offertes au créancier chirographaire. D'une manière plus radicale encore, le droit de préférence favorise cette modalité d'accès à la valeur d'échange du bien grevé. La hiérarchisation à laquelle il procède offre au premier créancier inscrit une appréhension certaine de la valeur d'échange. L'intérêt personnel du créancier que protègent les sûretés se révèle ici. Alors qu'une contribution égalitaire est le procédé de principe, le premier créancier inscrit est fondé à reléguer l'intérêt de tous les autres. Si son inscription a pour effet d'absorber entièrement la valeur du bien

[1] Plus exactement, ces biens restent communs mais leur valeur n'est ni communément, ni équitablement répartie.

grevé, les autres créanciers, inscrits ou non, ne pourront prétendre à la moindre quote-part sur cette valeur. Ils conservent dans le principe l'accès à cette valeur mais, en réalité, ils n'en profitent aucunement. Il y a donc bien une césure à opérer entre le principe de l'accès du créancier à la valeur des biens du débiteur, généré par le seul lien d'obligation et les modalités d'accès à cette valeur, que l'entremise des sûretés réelles a pour effet de bousculer[1].

410. Les perfectibilités d'une catégorie *sui generis*. Du fait de son autonomie même relative, il pourrait être tentant de considérer la catégorie des droits réels sur la valeur comme la plus appropriée pour éclairer le fonctionnement des sûretés réelles. Plusieurs écueils qui lui sont propres doivent cependant prévenir d'une telle déduction.

D'une part, en tant que genre alternatif, le droit réel sur la valeur est encore ignoré du droit positif. Aucune définition légale, aucun critère n'est définitivement établi : le risque d'une telle catégorie fluctuant d'une opinion doctrinale à l'autre, d'une acception prétorienne à une autre, est celui de la dilution. À moins d'une consécration législative, les limites de la catégorie pourraient perdre en netteté. Il est déjà possible de percevoir ce risque en doctrine. Un auteur[2] évoque par exemple les « *positions réelles de garantie* » dont les prérogatives « *garantissent le paiement de la créance dont elles sont les accessoires et permettent à celui qui les accordent, d'obtenir plus facilement du crédit* ». Il y intègre l'hypothèque, l'antichrèse, le privilège, le gage et le droit de rétention. Est-ce à dire, par exemple, que le nantissement en est exclu ? Si tel est le cas, comment justifier cette exclusion ? Aussi la catégorie est réduite à une définition fonctionnelle : son but est aisément décelable mais ses éléments constitutifs sont insaisissables. L'inclusion dispensable du droit de rétention est un exemple supplémentaire de l'inconsistance de cette catégorie : il n'offre ni droit de suite ni droit de préférence et constitue encore moins une modalité particulière d'accès à la valeur d'échange du bien[3]. De l'aveu même de l'auteur, la fiducie coïncide difficilement avec les

[1] Un exemple mentionné par M. Gijsbers Ch. (*th. préc.*, n° 60, n. 4) permet d'asseoir définitivement l'idée que la sûreté réelle bouleverse les seules modalités d'accès à la valeur d'échange du bien grevé : celui de l'annulation d'une sûreté au cours d'une procédure civile d'exécution. Il est de jurisprudence constante que si un créancier hypothécaire voit sa sûreté annulée pour quelque raison que ce soit, la procédure reste intacte : le titre exécutoire du créancier suffit à fonder la procédure. L'annulation aura pour seul effet de minimiser ses chances de remboursement, puisqu'il ne sera plus préféré mais en aucun cas elle ne l'aura privé d'un accès, dans son principe, à la valeur du bien. V. Civ. 2ème, 10 octobre 1979, *Bull. civ. II*, n° 235 ; *Defrénois* 1979, art. 55234, note Viatte J. ; Civ. 1ère, 17 novembre 1981, *Bull. civ. I*, n° 337.

[2] Atias Ch., *Droit civil. Les biens*, *op. cit.*, n° 81 s.

[3] Plusieurs auteurs écartent d'ailleurs le droit de rétention de la catégorie des sûretés réelles, pour ne retenir que la qualification de garantie. V. ainsi Albigès Ch., Dumont-Lefrand M.-P., n° 368 ; Aynès A., *Le droit de rétention, unité ou pluralité ?*, thèse, Economica, 2005, n° 303 s. et « Droit de rétention », *Lamy Droit des sûretés*, étude 227, spéc. n° 227-5 ; Aynès L., Crocq P., n° 453 ; Bourassin M., Brémond V., Jobard-Bachellier M.-N., n° 721 ; Cabrillac M., Mouly Ch., Cabrillac S., Pétel Ph., n° 606 ; Catala-Franjou, « De la nature

critères des droits réels de garantie, ce qui accentue d'autant l'insuffisance de cette catégorie[1]. C'est sur ce point que le bât blesse : l'écueil d'une définition fonctionnelle est celui de l'absence de concept fédérateur, de dénominateur commun. Cet écueil génère en définitive un risque double : celui de l'hypertrophie ou de l'atrophie de la catégorie.

En dernier lieu, la catégorie des droits réels accessoires semble avoir été taillée sur mesure afin d'expliquer ce que sont fondamentalement les sûretés réelles. Dans la mesure où elles paraissent inclassables, la logique voudrait en effet qu'elles forment une entité à part entière. Or le paysage aujourd'hui extrêmement diversifié des sûretés réelles est un obstacle à leur classification uniforme et un exemple accentue le doute quant à la pertinence de la catégorie des droits réels sur la valeur. L'avènement de la propriété-sûreté a eu pour conséquence de relativiser un peu plus l'étanchéité de cette catégorie. Plus exactement, la clause de réserve de propriété, quand bien même elle n'est pas une sûreté au sens conceptuel du terme, ne peut être désignée comme un droit réel accessoire. Etant donné que par une telle clause, le vendeur se réserve la propriété jusqu'au complet paiement du prix, cette propriété n'est aucunement transférée, ni à l'acquéreur, ni à un tiers fiduciaire : elle reste intacte. Son but consiste bien pourtant à garantir le paiement de sa dette par le débiteur, ou plutôt à épargner au créancier son éventuelle insolvabilité. Comment justifier alors que le vendeur dispose pour ce faire d'un droit absolu, la propriété et d'un droit réel accessoire, qui n'est autre que cette même propriété[2] ? Devant l'incapacité des droits réels sur la valeur à fédérer intégralement la variété des sûretés réelles que le droit positif reconnait, il ne peut qu'être conclu à leur rejet.

---

juridique du droit de rétention », *RTD civ*. 1967. 9, n° 2 et 29 ; Legeais D., *Rép. Civ. D*., V° Sûretés, n° 19 ; Marmayou, « Rétention », *J.-Cl. Civil*, art. 2286, fasc. 10, 2013, n° 18 ; Mestre J., Putman E., Billiau M., n° 49 ; Piette G., p. 189. Le législateur, en 2006, n'a pas vraiment tranché la question car il a introduit le droit de rétention au titre des dispositions relatives au droit de gage général, lesquelles sont traitées dans le Livre consacré aux sûretés. Or il n'est pas précisé de quelle sûreté il s'agit, ce qui est révélateur de la difficulté qui consiste à catégoriser le droit de rétention. La jurisprudence rejette également la qualification : Com., 20 mai 1997, *Bull. civ. IV*, n° 141 ; *D*. 1998. 479, note Kendérian F. ; *D*. 1998, somm. 115, obs. Libchaber R. et somm. 102, obs. Piedelièvre A. ; *LPA* 1er juin 1998, note Rémy-Corlay P. ; *RTD civ*. 1997. 707, obs. Crocq P. ; *JCP E* 1998. 221, obs. Delebecque Ph. ; *JCP G* 1997, jurisp. 4054, obs. Cabrillac M.

Rappr. Grimaldi M. (dir.), *Avant-projet de réforme du droit des sûretés*, *op. cit*., p. 64, selon qui « *il a paru plus logique d'inclure le droit de rétention dans le sous-titre consacré aux sûretés réelles, même s'il ne s'agit pas techniquement d'une sûreté* ».

[1] Atias Ch., *Droit civil. Les biens*, *op. cit.*, n° 82 : « *la fiducie semble s'apparenter aux positions de garantie ; mais celle-ci porte sur le but à réaliser et sur la restitution prévue* ». Le but et la restitution dont il est question, ne caractérisent-ils pas eux-aussi les autres sûretés réelles ? La fiducie témoigne de ce que l'inclusion ou l'exclusion d'une sûreté dans la catégorie ne se fait pas selon des critères parfaitement opérants.

[2] V. Malaurie Ph., Aynès L., *Les biens*, *op. cit.*, n° 352 et 353. Les auteurs avancent que « *les droits réels accessoires sont les accessoires d'une créance ; ils lui sont adjoints pour en renforcer l'efficacité. C'est en ce sens qu'ils constituent des droits réels de garantie : des sûretés réelles* ». L'assimilation ne pourrait être plus franche. Avant de reconnaitre que « *la distinction entre les droits réels principaux et les droits réels accessoires a été ébranlée par les transformations contemporaines des sûretés réelles et notamment par la réserve de propriété* ».

CONCLUSION DU CHAPITRE I

411. Conclusion du Chapitre I. La confrontation des droits patrimoniaux classiques et alternatifs aux sûretés réelles aboutit à une impasse. Il est impossible de rattacher ces sûretés à l'une ou l'autre des différentes catégories sans méconnaitre leurs éléments distinctifs.

Les catégories classiques que sont les droits personnels et les droits réels ont montré leur insuffisance. Les premiers sont trop généraux et imprécis pour expliquer l'effet, le régime ou la réalisation des sûretés réelles. Les droits personnels sont ainsi trop vastes pour éclairer avec précision la mécanique des sûretés réelles. Ces droits sont intimement rattachés au critère de la prestation, or une analyse même superficielle des sûretés réelles suffit à observer qu'elles n'engendrent strictement aucune prestation à la charge du titulaire ou du constituant. Les droits réels, s'ils semblent plus appropriés parce que leur objet est identique aux sûretés du même genre, ne sont pas plus propices car ils ont en commun de conférer à leur titulaire une utilité économique directe sur le bien. Les sûretés réelles, cependant, ne génèrent au profit de leur bénéficiaire qu'une utilité médiate, indirecte et éventuelle. Le titulaire d'un droit réel est alors, sur ce point, dans une situation assez peu comparable à celle du bénéficiaire d'une sûreté réelle. Il en découle d'ailleurs une conséquence non négligeable. Les droits de suite et de préférence sont exclusifs aux sûretés réelles et ne concernent en rien les droits réels. Il a alors fallu se tourner vers les catégories alternatives de droits patrimoniaux.

A leur égard, le constat de l'incompatibilité doit être reconduit. Parfois ces catégories sont-elles utiles pour illustrer quelques éléments ponctuels du régime des véritables droits réels que sont la propriété et ses démembrements mais elles n'ont le plus souvent rien à voir avec la mécanique des sûretés réelles. En tout état de cause, aucune de ces catégories ne parvient à cristalliser l'ensemble des prérogatives et contraintes réparties entre le constituant et le titulaire d'une sûreté réelle, ni à expliquer la condition juridique du bien grevé. C'est en ce sens que ces catégories alternatives peuvent être considérées comme fragmentaires, car elles permettent au mieux de saisir quelques aspects isolés du fonctionnement des sûretés réelles. Faut-il en déduire, alors, que les sûretés réelles forment une catégorie *sui generis* ? La catégorie spécialement créée à cette fin, le droit réel sur la valeur, est elle-même relative et ne rend pas fidèlement compte de la singularité des droits de suite et de préférence, véritables apanages des sûretés réelles traditionnelles.

Il est toutefois un trait commun qui revient avec constance dans les confrontations menées

jusqu'alors. Que ce soit au sujet des prérogatives du titulaire, du constituant ou des tiers, comme de la condition juridique du bien grevé, un critère paraît gouverner l'ensemble de ces éléments : le lien d'obligation. En effet, les sûretés étant par essence relatives, car nécessairement afférentes à une obligation préexistante, cette même obligation paraît gouverner la définition comme le régime de la sûreté réelle. La confrontation des sûretés réelles aux droits de créance n'a toutefois pas abouti, mais cet échec est exclusivement lié à l'écueil que constitue la prestation. Les droits de créance sont en effet habituellement présentés comme étant fondamentalement organisés autour de ce critère. Au demeurant, l'analyse dualiste moderne de l'obligation a cette particularité de ne pas être étroitement centrée sur la prestation. Aussi, sa congruence révélée par sa confrontation aux sûretés personnelles invite alors naturellement à se poser la question de savoir si la notion d'obligation, ainsi perçue, peut utilement être employée pour éclairer d'une lumière nouvelle le fonctionnement des sûretés réelles.

Chapitre II. La concordance des sûretés réelles et de la notion d'obligation

412. Le lien d'obligation, support indispensable à toute sûreté. Le rapprochement entre le mécanisme des sûretés réelles et le concept d'obligation peut sembler à première vue réducteur[1]. La définition, l'individualisation, la classification, le régime des biens sont autant de notions qui semblent parfaitement étrangères à la technique de l'obligation, laquelle sert de structure à tout rapport juridique volontaire. Cela étant, que sont les sûretés réelles sinon un moyen pour le créancier de sécuriser la satisfaction qu'il attend d'un débiteur à qui il a octroyé sa confiance ? Si les sûretés, réelles et personnelles, ne sont pas nécessairement de nature conventionnelle, elles ont en revanche en commun de garantir un rapport de droit préalable[2]. Ce rapport de droit est déterminant dans la constitution comme dans le régime des sûretés réelles, lesquelles sont étroitement associées à son sort.

La variété des conceptions proposées de l'obligation impose toutefois de les confronter une à une aux sûretés réelles, car toutes ne parviennent pas à expliquer leur singularité. En effet, les sûretés réelles se situent parfaitement à mi-chemin entre les droits de créance et les droits réels[3], sans jamais emprunter la totalité de leur critères distinctifs – elles n'imposent pas de prestation au sens strict à leur constituant et ne confèrent au titulaire aucune utilité directe et inconditionnée du bien grevé. Cette originalité des sûretés réelles doit ainsi être éprouvée au regard des différentes conceptions de l'obligation, dans la mesure où il n'est rien ressorti de la confrontation précédente avec les droits patrimoniaux, au point même que la création d'une catégorie *sui generis* de droits réels accessoires a paru inadéquate par manque de consistance. L'adéquation de l'analyse dualiste moderne de l'obligation et des sûretés personnelles ouvre alors une voie : cette même analyse peut-elle être reconduite dans le domaine des sûretés réelles ? Le parallèle est tentant mais l'immixtion d'un bien dans la garantie d'un crédit empêche de proposer une simple transposition aux sûretés réelles de l'analyse dualiste moderne de l'obligation. Il sera alors nécessaire de revenir sur les conceptions variées de

[1] En ce sens : Waterlot M., *th. préc.*, n° 47 s., qui déplore « *l'effet réel des actes de garantie éludé au profit d'une analyse en seuls termes d'obligations* ».

[2] Les sûretés sont aussi qualifiées de garanties du crédit, or qu'est-ce que le crédit sinon un rapport de droit liant volontairement deux personnes ? Aussi, certaines dispositions légales évoquent dans la définition de quelques sûretés (hypothèque, nantissement) le fait qu'elles soient créées « *en garantie d'une obligation* ». V. plus largement sur les liens entre la sûreté réelle et l'obligation qu'elle garantit, Mestre J., Putman E., Billiau M., n° 259 et 332.

[3] Deux auteurs situent ainsi les droits de jouissance : Malaurie Ph., Aynès L., *Les biens*, *op. cit.*, n° 374. Les sûretés réelles forment un exemple tout aussi approprié. Au sujet des qualifications intermédiaires entre le droit de créance et le droit réel, V. *supra*, n° 376 s.

l'obligation pour confronter leurs critères à ceux des sûretés réelles (Section 1). De cette confrontation, il ressortira que seule l'analyse dualiste moderne de l'obligation parvient à fédérer l'ensemble des particularités des sûretés réelles, que ce soit sa nature comme ses effets (Section 2). Cette adéquation une fois établie, il sera alors possible d'expliquer tant la condition juridique du bien grevé que la nature juridique des prérogatives du constituant, du titulaire et des tiers à une sûreté réelle.

Section 1. Confrontation des sûretés réelles aux différentes analyses de l'obligation

413. Analyses monistes contre analyses dualistes. Le concept d'obligation a été diversement interprété. L'adéquation aux sûretés personnelles de l'analyse dualiste moderne de l'obligation ne préjuge en rien, cependant, de son adaptation aux sûretés réelles. Avant de pouvoir conclure à ce résultat positif, il est donc impératif de revenir sur chacune de ces analyses. Par cette démarche il s'agira de déterminer, si elle existe parmi ces différentes conceptions, une explication au phénomène par lequel l'obligation saisit, au-delà de sa personne, le bien du débiteur sur lequel elle porte. De la même manière que pour les sûretés personnelles, les analyses monistes de l'obligation (§ 1) seront dissociées des analyses dualistes de l'obligation (§ 2).

§ 1. Confrontation aux analyses monistes de l'obligation

414. Deux conceptions insuffisantes. Ni l'analyse classique (A), ni l'analyse dite objective de l'obligation (B) ne réussissent à expliquer la soumission du bien grevé par une sûreté réelle à l'exécution du contrat garanti.

A. Analyse moniste classique

415. Bref rappel des caractéristiques de l'analyse et de ses incidences sur les biens. Sans qu'il soit nécessaire de revenir sur les préceptes de cette lecture de l'obligation[1], celle qui apparaît comme l'explication la plus répandue de la structure du *vinculum juris* ne permet pas d'expliquer le fonctionnement des sûretés réelles. Selon cette conception, le lien

[1] V. *supra*, n° 45 s.

d'obligation s'épuise dans la prestation que le débiteur doit fournir et renferme, dans son unité distinctive, le pouvoir du créancier de contraindre le débiteur à s'exécuter. Les défenseurs de cette analyse se rejoignent également sur une particularité de l'obligation : sa vocation hégémonique et même exclusive à organiser les rapports interpersonnels volontaires, sans qu'il soit besoin d'expliquer plus avant les effets de ces rapports sur les biens de leurs titulaires. Le droit réel accessoire qu'engendrerait toute sûreté réelle se réduirait alors à une simple obligation – entendue strictement comme droit, ou devoir, d'exécuter une prestation. Si une obligation peut porter sur un bien, il n'y aurait alors pas à chercher plus loin le fonctionnement des sûretés réelles[1]. Dépourvus d'originalité, ces mécanismes rentreraient parfaitement dans le schéma de la toute-puissante obligation. Le constituant, en consentant une sûreté réelle au profit de son créancier, se soumettrait envers lui par le seul biais d'une obligation – obligation qui, à l'évidence et selon la définition des mêmes auteurs, n'est que prestation. Difficile de ne pas voir ici une faille élémentaire : de quelle prestation le constituant d'une sûreté réelle peut-il être tenu ?

416. L'introuvable prestation du constituant de la sûreté réelle. Que le constituant d'une sûreté réelle soit tenu par une obligation, cela semble difficilement contestable. Encore faut-il néanmoins préciser de quelle obligation il s'agit. Au sens de lien de droit, cela relève de l'évidence : le débiteur est déjà lié à son créancier par l'obligation garantie et la sûreté vient se surajouter à ce premier lien, sans se confondre avec lui[2]. La sûreté n'étant pas réductible au lien de droit qu'elle vient garantir, elle est elle-même un mécanisme autonome. En revanche, le critère de la prestation attendue du constituant est purement chimérique. En effet, le débiteur constituant d'une sûreté réelle n'est tenu envers son créancier à rien d'autre qu'à l'exécution de l'obligation garantie. Ou bien il exécute conformément sa prestation, le plus souvent un remboursement du crédit consenti, ou bien il s'expose au risque créé par la sûreté, à savoir que le créancier se paye de manière préférentielle, voire exclusive, sur le bien grevé. En aucun cas le constituant n'est amené en cette seule qualité à exécuter une prestation

[1] Le raisonnement est ici volontairement simplifié, mais il en respecte la substance. Pour de plus amples développements, V. not. Demogue R., *Notions fondamentales du droit privé*, 1911, éd. Rousseau, Paris, p. 405-443 ; Derruppé J., *th. préc.*, p. 246 s. ; Ginossar S., *th. préc.*, p. 94 s. ; Ortolan J., *Généralisation du droit romain*, 11ème éd., 1880, Paris, p. 550 s. ; Planiol M., *Traité élémentaire de droit civil*, t. I, 1ère éd., 1899, n° 2158 s. ; Roguin E., *Etude de science juridique pure. La règle de droit*, éd. F. Rouge, 1889, p. 54 s. Le point de départ du raisonnement de ces auteurs est celui de la nature exclusivement personnaliste du droit, discipline qui n'a pas vocation à régir les biens pris isolément, mais leur appréhension par les individus. Selon l'un d'eux « *un rapport d'ordre juridique ne peut pas exister entre une personne et une chose, ce serait un non-sens* » (Planiol M., *op. et loc. cit.*).

[2] Se retrouve ici un critère partagé par toute sûreté : l'adjonction à un lien de droit garanti.

au profit du créancier : la seule prestation qui soit exigible est celle qu'il assume en sa qualité de débiteur de l'obligation garantie. Il pourrait être rétorqué à ce raisonnement que dans l'exemple d'une sûreté réelle sans dépossession, le constituant est tenu à une obligation de conservation. Plusieurs dispositions légales prévoient explicitement cette conservation[1]. Est-elle de ce seul fait une activité caractéristique d'une prestation ? L'exemple de la conservation met en lumière une contradiction inhérente à l'analyse moniste : l'obligation réductible à une prestation. L'obligation ne génère pas une prestation isolée, ses effets dépassent largement cette création. La conservation dont il est question, bien qu'elle suppose des actes matériels, une activité, un comportement du constituant, n'est pourtant pas une prestation au sens strict du terme. Un bref recours à la finalité des sûretés réelles autorise ce constat : lorsqu'il exige de son débiteur une sûreté réelle, le créancier n'attend pas seulement de lui…qu'il conserve le bien grevé ! Il ne s'agit pas d'un contrat par lequel le créancier demanderait au débiteur qu'il entretienne et conserve l'un de ses biens : ce serait alors les qualifications de contrat de dépôt, voire de contrat d'entreprise, qui entreraient en conflit avec celle de sûreté réelle. La conservation est accessoire à la véritable utilité de la sûreté qui n'est que la garantie d'un crédit ; elle n'est pas et ne peut être une prestation[2].

Il ressort de cette première étude un intérêt évident, celui de la singularité accusée des sûretés réelles qui, même confrontées à des schémas classiques, demeurent réfractaires à toute classification. Au surplus, la confrontation est un argument supplémentaire des insuffisances de l'analyse moniste classique et de la vision trop réductrice de l'obligation sur laquelle elle se fonde. Ce qui ne doit pas faire croire que l'obligation est, en son principe, disqualifiée comme explication potentielle des sûretés réelles. D'autres lectures doivent ainsi encore être éprouvées.

B. Analyse moniste objective

417. Une incompatibilité frontale. L'analyse moniste objective, découverte par la doctrine allemande et reprise en France par Gaudemet et Saleilles, est tout aussi inapte que la précédente à expliquer les sûretés réelles. Le fait est que cette conception a été essentiellement promue afin que soit facilitée, dans le droit positif français, la circulation des créances. Elle ne

[1] Art. 2344 c. civ. pour le gage ; art. 2389 pour le gage immobilier, etc. Le nouvel art. 1305-4 c. civ. en constitue d'ailleurs une disposition générique : « *Le débiteur ne peut réclamer le bénéfice du terme s'il ne fournit pas les sûretés promises au créancier ou s'il diminue celles qui garantissent l'obligation* ». Ne pas conserver un bien grevé s'apparente naturellement à une diminution de sa valeur.

[2] V. dans le même sens Waterlot M., *th. préc.*, n° 51. La conservation ne devient une prestation que dans l'hypothèse où un tiers prend en charge la gestion de la sûreté réelle, par exemple un agent des sûretés.

repose techniquement que sur l'argument de la patrimonialité de l'obligation, qui serait un bien plus qu'un lien. De cette conception, il est impossible de tirer des enseignements éclairants sur les sûretés réelles, hormis peut-être pour ce qui concerne leur transmissibilité[1]. Plus encore, la relégation de la dimension personnelle de l'obligation s'oppose directement aux règles qui gouvernent les sûretés réelles. Il est périlleux, en effet, d'avancer que les sûretés réelles sont parfaitement étrangères à cette dimension personnelle. L'argument de l'obligation de conservation du débiteur d'une sûreté réelle sans dépossession est ici reconductible. Si l'obligation n'est que valeur objective, pourquoi le législateur exigerait-il un comportement spécifique de la part des parties et, plus particulièrement, de celui qui a le bien entre ses mains ? La dimension personnelle des sûretés réelles est certes beaucoup moins accusée que dans les sûretés personnelles, car le créancier se réfère à la valeur d'un bien, non à celle d'un patrimoine, lui-même tributaire de l'activité et du comportement du débiteur. Cela ne signifie pourtant pas que la personnalité, les attitudes, le comportement du constituant d'une sûreté réelle soient totalement indifférents aux yeux du créancier. Enfin, l'analyse moniste objective, si elle peut éventuellement être adaptée à l'explication de la condition juridique du bien grevé, n'est en revanche d'aucun secours lorsqu'il s'agit de fonder les prérogatives des parties sur ce bien. Affirmer que le lien d'obligation est un bien ne permet pas de déceler les conséquences que cela peut avoir sur une sûreté réelle si ce n'est sa transmissibilité, mais la question n'est pas primordiale ici. Pire, cela ajouterait à la confusion. La controverse fondamentale et non moins vertigineuse relative aux biens ne ressortirait pas simplifiée par le recours à l'analyse moniste objective[2]. Si l'obligation est un bien, une sûreté réelle serait alors un « bien sur un bien » ? Nul n'est besoin de prolonger la démonstration pour conclure que si cette analyse peut utilement être mise en œuvre pour justifier la transmissibilité d'une obligation, elle s'oppose directement à une compréhension claire et complète de la logique qui sous-tend les sûretés réelles. Il faut donc rechercher une éventuelle explication parmi les différentes analyses dualistes de l'obligation.

§ 2. Confrontation aux analyses dualistes de l'obligation

418. D'une analyse partiellement adaptée à une analyse parfaitement adaptée. Les deux analyses dualistes de l'obligation sont nettement distinctes. Appliquées aux sûretés

[1] A ce sujet, V. not. Blandin Y., *Sûretés sur bien circulant : contribution à la réception d'une sûreté réelle globale*, thèse, LGDJ, coll. « Bibliothèque de droit privé », t. 567, 2016 ; Westendorf H., *th. préc*.
[2] Les biens sont-ils saisis en eux-mêmes par le Droit, ou sont-ils une notion qui désigne seulement les liens qui relient la chose jusqu'à son titulaire ?

réelles, chacune révèle pourtant un intérêt. Si cet intérêt reste parcellaire dans le cas de l'analyse dualiste classique (A), il s'avère que l'analyse dualiste moderne est pour sa part pleinement adaptée à la nature et au fonctionnement des sûretés réelles (B).

A. Analyse dualiste classique

419. Une dissociation *a priori* idoine. La dissociation opérée par cette analyse entre le rapport de dette et le rapport de responsabilité – respectivement et synthétiquement, la prestation exigée du débiteur et le pouvoir de contrainte reconnu au créancier – semble appropriée aux sûretés réelles. En examinant le rapport de responsabilité (*Obligatio* ou *Haftung*), une partie de l'originalité des sûretés réelles peut s'expliquer. Fondamentalement, il n'y a pas que le constituant mais également le bien à travers lui, qui sera saisi par l'engagement à une sûreté réelle. M. Comparato avait d'ailleurs souligné cette adéquation : « *l'engagement, en tant que sanction du devoir au sein de l'obligation, peut assujettir soit une personne – le débiteur lui-même ou son garant – soit directement et exclusivement une chose ou une masse de biens, indépendamment de la personne qui en est propriétaire* »[1]. L'idée que les biens et non plus seulement les personnes sont appréhendés par l'obligation, prise dans sa dimension normative, doit être approuvée. L'obligation a pour effet de modifier la condition juridique du bien grevé qu'elle saisit. Les prérogatives croisées du constituant, du titulaire voire des tiers, trouvant leur point d'imputation dans le bien grevé, sont formatés du fait de l'appréhension du bien par l'obligation. Les parties à la sûreté ne sont plus libres d'agir selon leur seule volonté, elles doivent respecter le but de l'obligation garantie et de la garantie elle-même. Cette limitation est spécifique et ne rejoint en rien l'effet du droit de gage général. Certes l'appauvrissement frauduleux d'un débiteur peut être invoqué par son créancier chirographaire, mais cela ne signifie pas, en retour, que l'intégralité de son patrimoine est destinée à la réalisation du but contractuel. Le débiteur conserve une marge de manœuvre dans la gestion de son patrimoine, sans laquelle tout engagement de nature contractuelle serait excessivement sévère. À l'inverse, puisque la sûreté est nécessairement spéciale en ce qu'elle porte sur un ou plusieurs biens déterminés, l'obligation saisit non plus seulement le patrimoine à travers la qualité de débiteur mais également le bien grevé à travers la qualité de constituant. Le rapport d'engagement, corollaire du rapport de dette, apporte ainsi un éclairage saisissant sur la condition juridique du bien grevé. Il explique que cette condition ne puisse s'envisager isolément, sans avoir égard au rapport de droit qui lui donne sa

[1] Comparato F.-K., *th. préc.*, p. 52.

consistance[1], comme il permet de comprendre la condition juridique du bien grevé aux yeux des tiers à la sûreté[2]. L'analyse dualiste classique, par l'effet réel qu'elle confère à l'obligation, se prête parfaitement à l'explication de la condition juridique du bien grevé. Par ailleurs, l'indépendance des deux rapports constitutifs de l'obligation est un argument supplémentaire en faveur de la pertinence de l'analyse. Il a été mis en évidence que l'un des écueils principaux des analyses monistes était de réduire l'obligation à la seule prestation qu'elle impose au débiteur, au point d'assimiler littéralement les deux notions[3]. La prestation contenue dans une sûreté réelle, sous réserve de confirmation, semble pourtant inexistante[4]. Ainsi, l'analyse dualiste classique de l'obligation contourne idéalement cet obstacle par l'indépendance des rapports constitutifs de l'obligation. Le rapport de dette (*Schuld* ou *Debitum*) serait alors absent de toute sûreté réelle, laquelle serait seulement composée d'un rapport de responsabilité (*Haftung* ou *Obligatio*). C'est sur le fondement de ce rapport que le créancier peut saisir le bien grevé en cas de défaillance du débiteur – cette défaillance étant comprise comme l'inexécution, fautive ou non, de l'obligation garantie. Suivant ce schéma, toute sûreté réelle entrainerait alors la création d'un seul rapport de responsabilité liant le constituant au titulaire et permettant au premier de pallier la défaillance du second grâce au bien grevé – qu'il devienne propriétaire du bien, ou qu'il le vende en se payant par préférence sur le prix. L'analyse dualiste classique de l'obligation est donc celle qui, jusqu'à présent, se prête le mieux à l'explication de la nature et du régime des sûretés réelles. Il reste toutefois une difficulté, au moins, que l'analyse ne réussit pas à résoudre : celle des rapports entre constituant et titulaire entre la formation et la réalisation de la sûreté. L'essentiel de cette période est caractérisé par l'obligation imposant à celui qui a la mainmise sur le bien grevé d'en préserver la valeur. Cette fameuse obligation de conservation ne paraît pas pouvoir intégrer le schéma de l'analyse dualiste classique de l'obligation, ce qui amène à considérer comme lacunaire la dissociation sur laquelle elle repose.

---

[1] Comparato F.-K., *th. préc.*, p. 81 : « *il est de fait que l'assimilation des sûretés réelles aux droits réels et leur présentation en tant que démembrements de la propriété a toujours soulevé des objections sur le plan doctrinal. On aurait sans doute intérêt à réexaminer cette question, en utilisant la notion de pouvoir, comme l'ont fait certains auteurs italiens. En effet, on n'a peut-être pas suffisamment insisté sur le fait que les sûretés réelles existent toujours* contre quelqu'un*, et ne se conçoivent pas en dehors d'un rapport d'obligation* ».

[2] Comparato F.-K., *th. préc.*, p. 88 : « *le tiers détenteur d'un immeuble hypothéqué n'est pas tenu d'une obligation réelle. En acquérant l'immeuble, il ne devient pas débiteur : il n'assume pas la dette originaire, mais l'engagement réel qui grève la chose. Il ne rentre pas dans le rapport de devoir, mais dans le rapport d'engagement. Par conséquent, le créancier ne peut pas le poursuivre sur tous ses biens comme il le fait avec son débiteur, mais exerce à son encontre une simple action réelle : il poursuit l'immeuble et non son propriétaire* ».

[3] V. *supra*, n° 62 s.

[4] V. *infra*, n° 416 et *supra*, n° 445 .

420. Une dissociation en réalité lacunaire. L'application de l'analyse dualiste classique de l'obligation aux sûretés réelles a permis d'aboutir à la conclusion que l'engagement qui caractérise ces sûretés est dépourvu de prestation et ne contient que celui du pouvoir de contrainte du créancier. Cet élément unique est en revanche inapte à intégrer les diverses exigences comportementales qui pèsent alternativement sur le constituant, le titulaire, voire le tiers dans l'hypothèse de la fiducie, de l'entiercement ou de l'engagement d'un agent des sûretés. Or ces exigences sont une réalité incontournable et leur nature s'agence difficilement avec l'analyse dualiste classique.

En effet l'un des postulats de cette analyse consiste en l'imbrication dans le rapport de dette (*Schuld* ou *Debitum*) d'un élément objectif, « *qui est le bien ou le résultat voulu par le créancier* » et d'un élément subjectif, soit « *l'activité déployée par le débiteur afin de parvenir à ce résultat* »[1]. En d'autres termes, il s'agit bien de la prestation et de la manière avec laquelle elle est ou non accomplie, soit les exigences comportementales du débiteur. Parmi celles-ci, l'obligation de conservation est la plus emblématique. Pour que la sûreté soit efficace, encore faut-il que le bien grevé ait une valeur suffisante, ce qui suppose sa conservation entre la formation et la réalisation de la sûreté. Les lacunes de l'analyse dualiste classique de l'obligation apparaissent alors : puisque le rapport de dette est évincé, ce sont toutes les exigences comportementales qu'elle renferme qui se trouvent à leur tour évincées. Il n'y aurait donc, si cette lecture de l'obligation était littéralement appliquée aux sûretés réelles, que le pouvoir du créancier de saisir le bien et de se faire payer dessus par préférence, ou par exclusivité. Ce pouvoir, de l'aveu même des promoteurs de l'analyse, ne peut contenir aucune exigence comportementale puisque ces exigences sont indissociables du rapport de dette. La contradiction est irrésoluble. Si l'analyse dualiste classique est propice à l'appréhension de la condition juridique du bien grevé et de la réalisation de la sûreté, elle ne parvient pas à expliquer les exigences comportementales que les sûretés font peser sur leurs acteurs au cours de l'exécution de l'obligation garantie. La corrélation entre l'analyse dualiste classique de l'obligation et les sûretés réelles ne pouvant être retenue, il reste désormais à envisager l'analyse dualiste moderne de l'obligation.

[1] Comparato F.-K., *th. préc.*, p. 34. L'auteur ajoute que « *ces deux éléments forment ensemble l'objet du devoir et, en dépit de certaines variations d'intensité ou d'importance, ils sont indissociables : en vertu du rapport de créance-dette, le débiteur n'est pas seulement tenu de procurer quelque chose au créancier, mais de le procurer en agissant d'une certaine façon* ».

B. Analyse dualiste moderne

421. La spécificité des sûretés réelles entièrement saisie par l'analyse dualiste moderne de l'obligation. Du fait que les confrontations successivement menées ont toutes abouti à une impasse, il est permis de croire que l'analyse des sûretés réelles menée sous le prisme de l'obligation est condamnée et que le meilleur moyen de rendre compte de leur spécificité reste de les intégrer dans la catégorie *sui generis* des droits réels accessoires, fût-elle relative. Cette ultime confrontation va cependant révéler l'adéquation qui peut être établie entre les sûretés réelles et l'analyse dualiste moderne de l'obligation. Cette adéquation se manifeste par l'effet que l'obligation produit sur les biens du débiteur et plus particulièrement ceux qui sont directement intéressés par le déroulement de l'opération contractuelle. Cette impasse, au demeurant volontaire car superflue, peut donner à croire que l'analyse ne saura pas davantage éclaircir la condition juridique du bien grevé. Il s'avère, bien au contraire, que l'analyse dualiste moderne de l'obligation est apte à expliquer autant les effets réels (1) que les effets personnels engendrés par les sûretés réelles (2).

1. L'appréhension des effets réels de la sûreté par l'analyse dualiste moderne de l'obligation

422. Le conditionnement juridique du bien grevé par son assujettissement à la réalisation de l'obligation garantie. La dissociation du rapport obligatoire et du rapport d'obligation permet à l'obligation de déployer ses effets au-delà des parties pour atteindre, à travers elles, les biens dont elles disposent et qui forment l'objet de l'engagement. Cet effet de principe est d'abord associé au droit de gage général : tout lien d'obligation autorise naturellement le créancier à saisir certains biens de son débiteur pour se payer sur ces biens en cas de défaillance. Le patrimoine du débiteur sera donc employé ponctuellement et éventuellement à la satisfaction du créancier. Le fondement de ce mécanisme est idéalement dépeint par l'analyse dualiste moderne de l'obligation, qui couvre tant les effets personnels que réels des engagements volontaires. Il a ainsi été avancé que « *l'obligation contractuelle imparfaite de donner à pour effet d'assujettir à la réalisation du but contractuel non seulement le débiteur, mais également à travers lui, le bien dont la propriété va être*

transmise »[1]. Raisonnant à partir de la seule et aujourd'hui disparue obligation de donner, l'auteur étend ensuite son raisonnement à toute obligation, extension qu'il convient d'approuver[2].

Cette présentation permet de saisir la condition juridique du bien grevé que la sûreté modifie. Alors qu'un propriétaire habituel peut faire un usage parfaitement libre de son bien, les prérogatives dont il dispose sur le bien grevé en qualité de titulaire d'une sûreté réelle se réduisent à la mesure de l'avantage qu'il retire de la sûreté. La souplesse des rapports constitutifs de l'obligation s'oppose à la rigueur des catégories de droits réels, auxquelles il est impossible d'intégrer les sûretés réelles. L'assujettissement des personnes trouve ainsi un équivalent dans celui des biens et les sûretés réelles l'illustrent plus encore que le droit de gage général. Alors que celui-ci laisse en effet une marge de manœuvre assez lâche au débiteur, toute sûreté réelle a pour effet d'assujettir un ou plusieurs biens déterminés et non pas une masse informe de biens. L'effet réel découlant du lien d'obligation est diffus lorsqu'aucun bien n'est directement concerné par l'engagement. À l'inverse, la condition juridique d'un bien grevé d'une sûreté réelle est bien plus contraignante pour son propriétaire que celle d'un bien libre, car non seulement le débiteur ne pourra pas le dissiper mais il sera également tenu, s'il en est encore en possession, d'une obligation de conservation : la liberté laisse place à l'exigence d'un comportement actif. Aussi les règles relatives à l'opposabilité de la sûreté marquent-elles cette modification de la condition juridique du bien, plus significativement encore que par le seul jeu du droit de gage général. Cette condition nouvelle et spécifique d'un bien grevé d'une sûreté doit être sue des tiers pour être pleinement efficace[3].

Il y a ainsi une dimension propre à toute obligation qui se vérifie particulièrement dans le cas des sûretés réelles : ces dernières saisissent un ou plusieurs biens déterminés en même temps qu'elles engagent les constituant et bénéficiaire. À suivre la dissociation élémentaire de l'analyse dualiste moderne, les biens grevés, pris comme points d'imputation de prérogatives juridiques concurrentes, intègrent le rapport d'obligation : il serait en effet impensable d'exiger d'un bien l'exécution d'une prestation. Le rapport obligatoire contenu dans

---

[1] Wicker G., *th. préc.*, n° 341. Certes le raisonnement n'est pas ici mené en termes d'obligation contractuelle imparfaite, mais sa proximité avec le rapport d'obligation quant aux effets qu'elle engendre, une fois atteinte la perfection de l'obligation, autorise une telle transposition.

[2] « *Il convient d'observer que cet assujettissement ne concerne pas seulement la personne des parties, mais qu'il intéresse aussi la chose qui forme l'objet de leur engagement* […]. *Or cet effet réel de l'obligation* […] *est très largement occulté dans la conception contractuelle française* », (Wicker G., « Force obligatoire et contenu du contrat », *art. préc.*, p. 165).

[3] La plaque déposée sur un bien pour informer les tiers de sa « sujétion » à une sûreté réelle est un exemple concret de ce conditionnement juridique. V. not. Com., 9 mai 1990, *Bull. civ. IV*, n° 141.

l'obligation garantie reste isolé par l'effet d'une sûreté réelle, seul un rapport d'obligation est adjoint aux côtés de l'obligation garantie. Le sort des biens grevé est fonction du respect par le titulaire et par le constituant des exigences comportementales qui pèsent alternativement sur eux. Le bien grevé d'une sûreté réelle se présente ainsi comme un témoin du comportement attendu des parties. Les perturbations de la condition juridique du bien seront souvent révélatrices du comportement des parties.

Par ailleurs, cet effet réel permet de comprendre la condition juridique du bien grevé non seulement dans les rapports *inter partes* mais également vis-à-vis des tiers. La condition juridique du bien grevé est suspendue à l'existence de la sûreté. Tant que le lien d'obligation garanti existe et à moins qu'il soit mis un terme d'une manière ou d'une autre à la sûreté réelle, la condition juridique du bien grevé ne change pas : ce bien reste une valeur patrimoniale dont l'utilité première est de pallier la défaillance du débiteur-constituant. Peu importent, alors, les aliénations successives dont il a été l'objet ; si la sûreté est régulièrement constituée et publiée, donc valable entre les parties et opposable aux tiers, ces derniers ne pourront pas ignorer les effets de la sûreté et devront subir la condition juridique du bien. Le mécanisme de la purge des hypothèques illustre cet effet. Le constituant et les créanciers inscrits peuvent convenir qu'à l'occasion de la vente du bien grevé « *le prix en sera affecté au paiement total ou partiel de leurs créances ou de certaines d'entre elles* »[1]. Ce faisant, le bien grevé sera affranchi de sa condition et redeviendra libre, si tant est que le prix ait suffi à désintéresser intégralement tous les créanciers inscrits, sans quoi le conditionnement du bien subsistera d'autant. Le terme même *purger* est révélateur. Du latin *purgare* signifiant « *purifier* » il se définit aujourd'hui, dans son sens commun, comme le fait de « *débarrasser (une substance) de ce qui l'altère, la souille* »[2]. Le sens juridique est à l'évidence plus restreint mais il n'en traduit pas moins bien l'idée que toute sûreté réelle introduit dans le bien qu'elle grève un élément qui ne relève pas de sa nature originelle. Ce corps étranger ne trouve sa source nulle part ailleurs que dans l'obligation garantie et ne disparaît que lorsque la sûreté elle-même s'éteint. Cette dernière institue un rapport d'obligation entre les parties qui détermine leurs prérogatives et exigences comportementales respectives, de la même manière qu'elle détermine la condition juridique du bien grevé. Sur le plan des effets réels au moins, la concordance de l'analyse dualiste moderne et des sûretés réelles est vérifiée. L'analyse ne saurait en revanche être complète à défaut d'examen des effets personnels de la sûreté réelle.

[1] Art. 2475 c. civ.
[2] Rey A. (dir.), *Dictionnaire culturel (...), op. cit*., t. 3, V° Purger, n° 1, p. 2241.

Là où les droits réels peinaient à illustrer les ressorts profonds des sûretés réelles, l'analyse dualiste moderne de l'obligation semble y parvenir.

2. L'appréhension des effets personnels de la sûreté par l'analyse dualiste moderne de l'obligation

423. Le conditionnement des prérogatives par l'assujettissement des parties à la réalisation de l'obligation. La mise en perspective des sûretés réelles et des analyses majoritaires de l'obligation achoppe sur un point essentiel : chacune de ces analyses fait la part belle à la prestation contenue dans le *vinculum juris*. Or cet élément, s'il n'est pas discutable en son principe, est trop souvent hypertrophié au point parfois que l'obligation se confond avec la prestation. L'écueil principal de cette vision est qu'elle est inapte à rendre compte des engagements volontaires qui ne contiennent aucune prestation – ce qui a été démontré au sujet du créancier cautionné[1]. L'analyse dualiste moderne de l'obligation, par laquelle la difficulté a pu être résolue, se présente comme une lecture parfaitement conforme aux ressorts des sûretés réelles.

Il est une caractéristique du droit des sûretés réelles pourtant souvent passée sous silence : celui de l'introuvable critère de la prestation. Quelle que soit sa nature ou sa source, aucune sûreté réelle n'engendre de prestation, ni à la charge du constituant ni à la charge du titulaire[2]. De la même manière qu'un créancier cautionné, tout titulaire de sûreté réelle se situe *a priori* dans une position d'attentisme. Il n'a rien à faire pour que la sûreté soit mise en œuvre, car seule la défaillance du débiteur le permet. Il ne s'engage à aucun « objet » ou, pour reprendre la terminologie du droit positif, son engagement est dépourvu de contenu[3]. Aucune lecture habituelle de l'obligation ne correspond à cette situation : puisqu'il n'y a pas de prestation, il ne peut y avoir d'obligation. Aucune ou presque, puisque la césure fondamentale sur laquelle repose l'analyse dualiste moderne de l'obligation oppose précisément le rapport obligatoire –

[1] V. *supra*, n° 127 s.

[2] La seule exception est l'hypothèse d'un tiers chargé de la gestion de la sûreté réelle : le fiduciaire, s'il n'est pas dans le même temps bénéficiaire, le tiers dans le cadre d'un entiercement et, plus généralement, l'agent des sûretés. Sur ces différents tiers et la nature de l'engagement qu'ils contractent, V. *infra*, n° 457 s.

[3] Ce choix terminologique constitue l'un des écueils de la réforme du droit des obligations. La définition du contenu du contrat, qui supposerait d'ailleurs implicitement l'existence d'un contenant qu'il est regrettable de ne pas voir consacré, se réduit en effet et selon l'art. 1163 du c. civ. à une « *prestation présente ou future* ». Quelle est, pour ne citer qu'un exemple, la prestation exigée d'un créancier cautionné ? Il s'agit certes d'un contrat unilatéral, donc son contenu est déterminé par la seule obligation de la caution. Mais la teneur de l'engagement du créancier n'est pas plus aisément perceptible, particulièrement lorsqu'il est affirmé, au nouvel art. 1106, al. 2, c. civ. qu'un contrat est « *unilatéral lorsqu'une ou plusieurs personnes s'obligent envers une ou plusieurs autres sans qu'il y ait d'engagement réciproque de celles-ci* ». Le créancier ne serait donc, selon ces dispositions nouvelles, tenu d'aucune prestation, ni même d'aucun engagement !

la prestation – au rapport d'obligation – les diverses exigences comportementales qui tendent à l'exécution conforme de l'obligation, sans jamais que l'obligation soit disqualifiée par l'inexistence du premier rapport. Le rapport d'obligation est alors propice à intégrer ces exigences comportementales afférentes aux biens grevés. Le créancier titulaire d'une sûreté réelle est, par l'effet de cette sûreté, lié au constituant par un seul rapport d'obligation. Il n'a pas de prestation à réaliser mais l'avantage qu'il entend retirer de la sûreté est soumis à l'adoption d'un comportement conforme à l'obligation garantie et à sa sûreté (inscrire une hypothèque pour bénéficier d'un rang préférentiel avantageux ; procéder aux réparations d'un bien gagé dont il est en possession ; ne pas réaliser intentionnellement une sûreté qui pénaliserait excessivement le constituant lorsque celui-ci en a fourni plusieurs autres tout aussi efficaces pour la garantie du même crédit…).

Le débiteur constituant d'une sûreté réelle est dans une situation comparable, ce qui peut paraître à première vue surprenant. En effet il n'est tenu, en sa qualité de constituant, à aucune prestation. La seule dont il soit redevable est l'exécution de l'obligation garantie par la sûreté. En dehors de cette exécution, la formation de la sûreté ne lui fait éprouver aucune prestation supplémentaire, si bien que son engagement se résume, comme pour le créancier, à un strict rapport d'obligation. S'il ne doit réaliser aucune prestation, il est tout de même tenu à des exigences périphériques tenant à son comportement : ne pas dissiper l'objet de la sûreté, ni le détruire, ni lui faire perdre de sa valeur, etc. C'est ainsi que l'analyse dualiste moderne de l'obligation est opportune pour saisir l'intégralité des effets personnels qu'une sûreté réelle engendre : titulaire et constituant sont tenus l'un envers l'autre par un rapport d'obligation isolé, donc dépourvu de son corollaire, le rapport obligatoire. Ce dernier est exclusif à l'obligation garantie et consiste le plus souvent dans la délivrance des fonds par le prêteur et dans le remboursement de ces sommes par l'emprunteur. En définitive, toute sûreté réelle n'engendre à la charge du constituant et du titulaire que des exigences comportementales au respect desquelles sont parfois soumis les avantages qu'ils peuvent en retirer[1]. Ces avantages respectifs sont à trouver, quant à eux, dans le rapport obligatoire de l'obligation garantie que

[1] V. *infra*, n° 437 s. L'occasion est donnée d'illustrer ici l'interdépendance récurrente des exigences comportementales et des avantages réciproques des parties. Si un débiteur néglige les sûretés qu'il a consenties à son créancier, il ne pourra plus « *réclamer le bénéfice du terme* » de son contrat principal (art. 1305-4 c. civ.). Le bénéfice du terme n'est rien d'autre que l'avantage reconnu au débiteur : s'il disposait immédiatement de fonds suffisants pour un acte envisagé, il n'aurait pas recouru au crédit. Aussi, si un créancier gagiste ne respecte pas son obligation de conservation, le constituant pourra alors « *réclamer la restitution du bien gagé* » (art. 2344 c. civ.). De la même manière, le bien gagé aurait été utile au créancier car il renforce les chances de paiement : en négligeant cette exigence comportementale, il est logiquement privé du bénéfice qui en découle. L'incombance serait alors la qualification idoine et unique pour désigner ces exigences comportementales mais il existe également des devoirs auxquels n'est conditionné aucun avantage, comme la restitution du bien grevé une fois que le débiteur honore sa dette.

la sûreté réelle a pour effet d'intensifier. Un créancier gagiste dispose par exemple d'un droit de préférence qu'un créancier chirographaire n'a pas : cette prérogative n'est en rien une exigence comportementale. Elle n'est pas davantage une prestation. Elle est toutefois intégrée au rapport obligatoire en même temps qu'elle le renforce. Ce rapport obligatoire, par définition, est constitué par la prestation et le pouvoir d'en exiger l'exécution, au besoin par la contrainte. La sûreté réelle ne modifie donc pas la nature de ce pouvoir ni son existence, mais ses modalités. Ainsi, entre l'engagement d'un créancier chirographaire et celui d'un créancier hypothécaire, la seule différence tient à cette « manière d'être » du rapport obligatoire : les deux créanciers pourront saisir l'immeuble de leur débiteur mais seul le second pourra jouir de manière préférentielle de cette saisie.

Ces effets doivent être approfondis et confirmés au regard de la spécificité de chaque sûreté réelle. En confrontant un à un les ressorts fondamentaux des sûretés réelles aux canons de cette lecture alternative de l'obligation, il sera possible de conclure que les premiers sont intégralement contenus dans les seconds.

Section 2. Adéquation des sûretés réelles à l'analyse dualiste moderne de l'obligation

424. L'analyse dualiste moderne de l'obligation respectueuse des particularités des sûretés réelles. Le constat positif par lequel l'adéquation de la lecture dualiste moderne de l'obligation aux sûretés réelles a été pressentie doit être vérifié. Plusieurs mécanismes fondamentaux qui sous-tendent les sûretés réelles n'ont pas été abordés et les ignorer fragiliserait dangereusement l'équivalence ainsi suggérée. Parmi eux, la notion d'affectation. Celle-ci se trouve être au fondement même des sûretés réelles, au point d'en constituer leur critère catégoriel. Ce mécanisme n'est pas rétif à la lecture dualiste, bien au contraire : il peut être établi une corrélation entre l'affectation des biens et l'assujettissement du bien grevé que réalise l'obligation (I). De cet assujettissement réel, il sera alors possible d'expliquer celui des parties. Les diverses prérogatives dont elles disposent et les exigences comportementales qu'elles doivent respecter sont toutes fonction de cet assujettissement (II). Une fois déduits, les devoirs et obligations des parties à une sûreté réelle permettront un examen de la faute en droit des sûretés réelles.

§ 1. La corrélation entre l'assujettissement du bien grevé et le mécanisme de l'affectation

425. Effets statiques et effets dynamiques des sûretés réelles. Il est classiquement enseigné que l'affectation est le mécanisme qui, dans les sûretés réelles, explique la condition juridique du bien grevé. Il n'est pas question de remettre en cause cette assertion mais plutôt de l'approfondir en démontrant que l'affectation du bien grevé est un effet de son assujettissement à la réalisation du but contractuel (A), avant d'établir que l'affectation de la valeur du bien grevé en garantie d'une obligation est, sans exception, le critère catégoriel de toute sûreté réelle (B).

A. L'affectation du bien grevé : effet de son assujettissement à la réalisation de l'obligation garantie

426. La mise en œuvre de l'assujettissement par l'affectation. L'assujettissement lorsqu'il procède d'une sûreté réelle a pour effet de modifier non pas la nature mais la condition juridique du bien grevé (1) : pris dans son enveloppe organique, ce bien reste intact mais il lui est assigné une utilité particulière, à savoir la garantie d'une obligation préexistante. Alors que les droits patrimoniaux ont pour effet essentiel de fractionner les utilités d'un bien, l'affectation d'un bien grevé d'une sûreté réelle, résultante de son assujettissement, constitue elle-même l'utilité recherchée par les parties (2).

1. La modification de la condition juridique du bien grevé

427. Définition de l'affectation. La notion d'affectation désigne en droit « *la détermination d'une finalité particulière en vue de laquelle un bien sera utilisé* »[1]. Appliquée aux sûretés, elle est la « *situation d'un bien immeuble constituant la garantie d'une créance (affectation hypothécaire)* »[2]. La première définition, générale, ne paraît pas pouvoir être contestée. Elle est utile pour comprendre qu'un bien, lorsqu'il est affecté, se verra assigné une « finalité particulière ». Là est le sens profond de l'affectation : donner une utilité, un emploi spécifique à un bien dont sa nature est initialement dépourvue. Elle permet aussi de comprendre que les utilités du bien sont orientées dans un sens et ne sont plus totalement

[1] Cornu G. (dir.), *Vocabulaire juridique, op. cit.*, V° Affectation, 1. Sens général, a/, p. 41.
[2] *Ibid*, III (civ.), 2.

libres. En revanche la deuxième définition, pourtant spécifique aux sûretés, mérite d'être amendée. Le terme de « *situation* » est approprié : il renvoie à l'idée de condition juridique et non pas de nature. Le bien n'est pas modifié dans sa substance mais dans sa condition, ou sa situation, juridique. Toutefois l'affectation n'est-elle pas exclusive aux immeubles et tous les biens grevés d'une sûreté réelle sont, indépendamment de leur nature, affectés à la garantie d'une obligation[1]. Il y a donc deux éléments à retenir de ces définitions lorsqu'elles visent une sûreté : la modification de la condition juridique du bien, ainsi que la permanence et la prééminence de l'affectation dans les effets des sûretés réelles. Il convient d'analyser plus en détail ces effets et, à travers eux, le sens de l'affectation en droit des sûretés réelles.

428. Approfondissement de la définition. Dans sa thèse consacrée à la notion d'affectation[2], M. Guinchard propose de dissocier « *deux éléments caractéristiques de l'affectation : le choix d'un usage, c'est-à-dire les buts de l'affectation,* [et] *la réalisation de cet usage, c'est-à-dire les techniques de l'affectation* »[3]. De cette dissociation élémentaire, il paraît envisageable de proposer un prolongement. Ces éléments caractéristiques présentés conjointement pourraient en réalité être de deux ordres différents. Le « *choix d'un usage* » correspond en effet aux buts de l'affectation, soit à sa dimension fonctionnelle. Une affectation n'est jamais réalisée au hasard, sans servir un intérêt particulier, déterminé ; elle est employée pour servir un intérêt préexistant[4]. Quant à la « *réalisation de cet usage* », elle est présentée comme correspondant aux « *techniques de l'affectation* », soit à la manière dont l'affectation prend forme. Il est permis de voir dans cette composante la dimension conceptuelle de la notion d'affectation. Si l'affectation sert un intérêt déterminé, elle ne saurait se faire sans reposer sur un procédé technique. M. Guinchard perçoit ainsi dans l'affectation la conjonction de deux pôles, l'un conceptuel, la technique de l'affectation et l'autre fonctionnel, les buts de l'affectation. Il est toutefois possible de retenir que l'affectation est une notion purement fonctionnelle et que son fondement technique est à

[1] En témoignent l'art. 2334 c. civ. : « *le gage peut être consenti par le débiteur ou par un tiers ; dans ce dernier cas, le créancier n'a d'action que sur le bien affecté en garantie* » ou plus explicitement encore l'art. 2355 c. civ. : « *le nantissement est l'affectation, en garantie d'une obligation, d'un bien meuble incorporel ou d'un ensemble de biens meubles incorporels, présents ou futurs* ».
[2] Guinchard S., *th. préc*.
[3] *Ibid*, p. 15.
[4] V. en ce sens Guinchard S., *th. préc.*, n° 202 : « *à cet égard, la sûreté, quelle qu'elle soit, ne peut exister en Droit français actuel sans une créance qui lui serve de support* ». Les sûretés rechargeables forment toutefois une entorse au caractère accessoire des sûretés, car elles existent au moins en germe avant la créance à garantir.

trouver ailleurs[1]. Il s'agirait précisément, pour les sûretés réelles, de l'assujettissement du bien grevé.

429. L'affectation du bien, effet de son assujettissement à la réalisation du but contractuel. La portée de l'assujettissement que réalise tout lien d'obligation a été établie : non seulement les personnes sont assujetties mais également à travers elles les biens qui forment l'objet de l'obligation[2]. Ce constat avait déjà été mené : « *parce que la situation contractuelle peut comprendre également des choses, et non seulement des personnes, son effet personnel peut se doubler d'un effet réel en ce sens que ces choses sont elles-mêmes assujetties au contrat, ce que traduit la notion d'affectation* »[3]. L'affectation que réalisent les sûretés réelles sur les biens grevés résulterait du lien d'obligation, de la même manière que l'assujettissement des parties à ce lien. Il y a au fondement de ce rapprochement l'idée fondamentale d'une astriction qui découle de l'obligation, déjà contenue dans la définition justinienne. Cette idée est fondatrice puisqu'elle gouverne l'affectation, tout en lui étant préalable. Autrement dit, plutôt que de voir dans l'affectation la conjonction de deux pôles conceptuel et fonctionnel[4], il semble plus juste d'affirmer que l'assujettissement du bien grevé à la réalisation de la sûreté est le fondement conceptuel de l'affectation, laquelle n'est qu'une notion fonctionnelle utile à la détermination des effets de cet assujettissement[5]. L'assujettissement traduit la condition juridique du bien grevé d'une sûreté, l'affectation en garantie d'une obligation traduit l'effet désiré de cet assujettissement. Partant, cette dissociation nouvelle aurait pour premier avantage de clarifier la mécanique des sûretés réelles, en séparant nettement leur fondement de leurs effets. Aussi la notion d'assujettissement est appropriée car elle révèle, plus clairement encore que l'affectation, la condition juridique du bien grevé : la première est une notion statique, la seconde une notion dynamique. Enfin, elle fait écho à l'assujettissement des parties liées par une sûreté personnelle et harmonise par conséquent les effets génériques que toute sûreté engendre. Il convient en dernier lieu de préciser encore le sens de l'affectation. Lorsque cette affectation

[1] Sa définition est d'ailleurs significative sur ce point, puisqu'il est question de « *finalité particulière en vue de laquelle un bien sera utilisé* » : aussi concise soit-elle, la définition renvoie par trois fois à l'idée de but, sans jamais proposer de fondement, de critère technique à ce but.
[2] V. *supra*, n° 258 s. et n° 422.
[3] Wicker G., « La théorie de la personnalité morale depuis la thèse de Bruno Oppetit », *in Mélanges B. Oppetit*, Litec, 2009, p. 691 s., n° 37.
[4] Sur la distinction des notions conceptuelles et fonctionnelles, héritée du droit public et reçue en droit privé, V. Vedel G., « La juridiction compétente pour prévenir, faire cesser ou réparer la voie de fait administrative », *JCP* 1950. I. 851, n° 4.
[5] V. en ce sens Guinchard S., *th. préc.*, n° 51 s. ; Wicker G., *th. préc.*, n° 253.

procède d'une sûreté réelle, elle ne permet pas de désigner consécutivement les utilités du bien grevé que les parties entendent se répartir entre elles : elle est elle-même l'utilité recherchée.

2. L'affectation constitutive de l'utilité recherchée du bien grevé

430. L'affectation résultant des sûretés réelles : un mécanisme autonome. La dissociation entre l'assujettissement du bien grevé, définissant sa condition juridique et son affectation à la garantie d'une obligation, définissant son régime juridique, est un premier exemple de la singularité des sûretés réelles. Cette singularité se prolonge lorsque leurs effets sont envisagés. C'est sur ce point, semble-t-il, que la doctrine a éprouvé le besoin de créer une catégorie juridique à part entière de droits réels, les droits réels accessoires ou droits réels de garantie. L'effet que produisent les sûretés réelles sur le bien grevé est en effet distinct de tous ceux que produisent les droits réels classiques : l'affectation créée par les premières ne se confond pas avec celle créée par les seconds.

Dans son sens courant, l'affectation consiste à assigner, à un ou plusieurs biens, une ou plusieurs utilités spécifiques. Lorsqu'une donation contient une clause d'inaliénabilité ou une charge, le bénéficiaire de la donation devra se servir du bien d'une manière indiquée, sans quoi la donation serait révoquée. L'immeuble sur lequel un propriétaire consent un bail affecte son bien à une exploitation déterminée qu'un nouvel acquéreur devra d'ailleurs respecter. Les exemples ne manquent pas.

En revanche, lorsqu'un bien est affecté à la garantie d'une obligation, soit lorsqu'il est grevé d'une sûreté réelle, ce ne sont pas ses utilités qui serviront en premier l'intérêt du titulaire. Au demeurant, ces utilités peuvent-elles ponctuellement accroître l'efficacité de la garantie, notamment par la perception de fruits que le titulaire devra imputer sur le remboursement de la dette – ce qui est le cas du gage de droit commun et du gage immobilier notamment. Malgré cette faculté, l'affectation réalisée par les sûretés réelles n'a pas pour effet de transférer au titulaire les utilités concrètes et directes du bien. C'est l'affectation en elle-même qui procure une utilité au titulaire. C'est parce que le bien grevé doit servir, en cas de défaillance du constituant, à l'exécution de son engagement qu'il procure une utilité au titulaire de la sûreté, parfois complétée par les utilités concrètes, matérielles du bien grevé. Il

y a donc dans ce type d'affectation une dimension de virtualité[1], car c'est la valeur représentée par le bien qui cristallise l'intérêt de la sûreté, il ne s'agit pas d'une affectation destinée à l'exploitation des utilités concrètes de ce bien[2]. La plupart des sûretés réelles ont d'ailleurs cet effet de limiter les prérogatives du constituant comme du titulaire sur le bien grevé. Il ne s'agit ni seulement, ni essentiellement pour le second de les transférer au premier. L'un et l'autre acceptent de restreindre la portée de leurs prérogatives sur le bien concerné, pour que sa valeur puisse utilement servir à désintéresser le créancier. Il ne s'agit pas pour les parties de transférer temporairement ou définitivement leurs prérogatives sur le bien, comme dans le cas d'une vente, d'un bail, ou encore d'un prêt. C'est en ce sens qu'il est possible d'affirmer la singularité de l'affectation résultant d'une sûreté réelle : elle se distingue de toutes les autres affectations connues, sans jamais se confondre avec elles. Cette affectation en garantie d'une obligation, autonome de celles que le droit positif consacre également, renforce d'ailleurs l'argument de l'irréductibilité des sûretés réelles aux différentes catégories de droits réels. Enfin et surtout, le sens spécifique qu'elle revêt en la matière lui confère la qualité de critère catégoriel des sûretés réelles.

B. L'affectation de la valeur du bien grevé à la garantie d'une obligation, critère catégoriel des sûretés réelles[3]

431. La permanence de l'affectation en garantie d'une obligation dans les sûretés réelles. La détermination de la nature et du sens de l'affectation spécifique aux sûretés réelles doit être complétée. Il s'agit de vérifier que le critère est bien commun à toutes les sûretés réelles, quelle que soit leur nature. Aussi l'assujettissement à la réalisation de l'obligation garantie étant un effet commun aux sûretés personnelles et réelles, l'affectation du bien grevé en garantie d'une obligation sera plus à même de revêtir la nature de critère catégoriel, puisqu'elle est propre aux sûretés réelles. Cette qualité de l'affectation est permanente : toute sûreté réelle engendre une affectation du bien grevé, indépendamment de sa source (1) ou de sa nature (2).

---

[1] V. Guinchard S., *th. préc.*, n° 202, qui évoque une affectation « *immatérielle, abstraite* » (expression elle-même empruntée à Becqué, dans sa préface à la thèse de Michel Cabrillac, *La protection du créancier dans les sûretés mobilières conventionnelles sans dépossession*, thèse Montpellier, 1954).

[2] Les ouvrages de droit des biens renvoient fréquemment au critère de l'utilité du bien pour caractériser un droit réel. V. Atias Ch., *Droit civil. Les biens*, *op. cit.*, n° 73 ; Beudant Ch., *Cours de droit civil français, t. IV, Les biens*, par Voirin, Rousseau, Paris, 1938, n° 634 ; Libchaber R., *Rép. civ. D.*, V° Bien, n° 48 ; Malaurie Ph., Aynès L., *Les biens, op. cit.*, n° 349 ; Terré F., Simler Ph., *Droit civil. Les biens*, *op. cit.*, n° 50 ; Zenati-Castaing F., Revet T., *Les biens*, 3ème éd., PUF, 2008, n° 293.

[3] « *L'idée d'affectation* [...] *entre dans la notion même des fondations et des sûretés réelles* » (Guinchard S., *th. préc.*, n° 9, citant Beudant R., *Cours de droit civil français, t. IV, Les biens*, par Voirin, Rousseau, 1938).

1. Indépendance du critère vis-à-vis des sources de la sûreté

432. Le lien d'obligation garanti à l'origine de l'affectation. Une spécificité des sûretés réelles, déjà rencontrée, est à l'origine de la permanence, dans la définition de leurs effets, du critère de l'affectation. Il s'agit de leur relativité. Jamais une sûreté ne peut exister sans qu'au préalable existe un lien d'obligation que cette sûreté vient précisément renforcer. Ce lien d'obligation forme le support de la sûreté sans lequel elle n'aurait aucune raison d'exister, ce que traduit notamment le caractère accessoire des sûretés réelles. Cette accessoriété dissimule en réalité le critère de l'affectation : la sûreté accède à la vie grâce à ce lien préexistant et n'a pour but que de garantir sa bonne exécution. C'est pourquoi le critère de l'affectation du bien grevé à la garantie d'une obligation est absolument indépendant de la source de la sûreté. Le bien grevé voit son régime juridique façonné de la même manière : sa valeur servira, selon diverses modalités, à désintéresser le créancier si le débiteur est défaillant. Cet aspect ayant déjà été vérifié au sujet des sûretés conventionnelles, il convient de vérifier s'il est exactement le même pour les sûretés judiciaires et légales.

433. L'affectation en garantie d'une obligation au fondement des sûretés réelles judiciaires. Les véritables sûretés réelles judiciaires sont celles accordés par un juge, sur la demande d'un créancier, pour la garantie d'une de ses créances. Elles se répartissent entre : l'hypothèque judiciaire conservatoire, l'hypothèque sur les biens de l'époux qui a transmis l'administration de ses biens à son conjoint ; l'hypothèque « légale »[1] des personnes en tutelle ; le nantissement judiciaire du fonds de commerce et le nantissement judiciaire des actions, parts sociales et valeurs mobilières[2]. Du fait même de leur dénomination, chaque sûreté est gouvernée par le principe de spécialité ce qui permet d'entrevoir, au fond, la présence du mécanisme de l'affectation. Dès lors que ces sûretés ne portent pas sur une masse de biens indifférenciés mais au contraire sur des valeurs déterminées, spécifiques[3], chacune verra sa condition juridique transformée par la décision du juge. De biens librement gérés par leur propriétaire, ils deviendront des biens affectés à la garantie d'une obligation par lui

[1] Les guillemets sont de rigueur : il s'agit bien d'une sûreté judiciaire et non légale, puisqu'à l'ouverture de la mesure de protection, la décision revient au conseil de famille ou à défaut au juge des tutelles. Elle n'est donc pas un effet qui découle naturellement d'un jugement.
[2] Art. L. 531-1 à L. 533-1 et R. 531-1 à R. 534-1 CPCE.
[3] L'hypothèque judiciaire conservatoire pourrait sembler générale et, partant, non fondée sur l'affectation. Or son inscription suppose sa spécialisation puisqu'elle doit contenir la désignation de l'immeuble ou des immeubles sur le(s)quel(s) elle porte.

souscrite. Les sûretés réelles judiciaires ne se distinguent pas plus de leurs homologues d'origine conventionnelle : toutes ont pour critère commun l'assujettissement d'un ou plusieurs biens entraînant une affectation singulière, celle de la garantie d'une obligation préexistante.

434. L'affectation en garantie d'une obligation au fondement des sûretés réelles légales ? Les sûretés réelles légales sont pour l'essentiel des privilèges[1]. Ils forment « *des causes légitimes de préférence* »[2] et se définissent comme « *un droit que la qualité de la créance donne à un créancier d'être préféré aux autres créanciers, même hypothécaires* »[3]. Lorsqu'elle est confrontée à ces privilèges, l'affectation en garantie d'une obligation prise comme critère catégoriel des sûretés réelles génère des difficultés inédites.

Les privilèges désignent la qualité d'une créance que le législateur a estimée supérieure à d'autres. Cette qualité consistant pour la créance à être préférentielle, aucune difficulté n'apparaît. L'effet est alors le même que pour les sûretés réelles traditionnelles, puisque le droit de préférence du créancier privilégié lui permettra d'écarter les autres créanciers concurrents lors de l'appréhension de certains éléments d'actifs de leur débiteur commun. Les privilèges perturbent autant que les autres sûretés réelles la hiérarchisation des intérêts générée par le concours entre les créanciers. Si le résultat est le même, la technique à l'œuvre à l'occasion des sûretés réelles étudiées jusqu'à présent ne se retrouve pas à l'identique dans les privilèges.

En effet, à raisonner sur le seul terrain de l'affectation, les privilèges ne se distinguent pas réellement des autres sûretés. La valeur du bien, ou du droit sur le bien, que le privilège concerne sert prioritairement le titulaire du privilège en cas de défaillance de son débiteur – au

---

[1] Doit également être intégrée dans la catégorie des sûretés réelles légales l'hypothèque judiciaire. Contrairement à ce que sa qualification suggère, il s'agit bien d'une sûreté légale car elle « *résulte des jugements soit contradictoires, soit par défaut, définitifs ou provisoires, en faveur de celui qui les a obtenus* » (art. 2412 c. civ.). Ce n'est donc pas une sûreté judiciaire, puisqu'elle est invariablement attachée aux jugements décrits : il ne s'agit pas d'une demande faite par un créancier à un juge pour anticiper la défaillance de son débiteur. En ce sens, V. Aynès L., Crocq P., n° 710 ; Piedelièvre S., n° 575 ; Piette G., p. 163, n° 2 ; Simler Ph., Delebecque Ph., n° 469. Aussi, les privilèges immobiliers spéciaux ne sont ni plus ni moins que des hypothèques légales, au vu de leur assiette déterminée. La lisibilité et la cohérence du droit des sûretés gagnerait alors à ce qu'ils soient définitivement qualifiés d'hypothèques légales. V. en ce sens Grimaldi M. (dir.), *Avant-projet de réforme du droit des sûretés*, *op. cit*., art. 2418 s., p. 97 s.

[2] Art. 2323 c. civ.

[3] Art. 2324 c. civ. Sur la notion de privilège, V. Dagot M., « La notion de privilège », *Mélanges Mouly*, Litec, 1998, t. II, p. 335 ; Legeais D., n° 651 s. ; Piette G., p. 167 s. ; Poplawski R., *La notion de privilège en droit romain et en droit français*, thèse, Bordeaux, 1913 ; Sempé N., *Essai de contribution à une théorie générale des privilèges*, thèse Toulouse, 1996 ; Rouland M., *La qualité de la créance*, thèse Paris X, 2007 ; Simler Ph., Delebecque Ph., n° 756 s. ; Veaux D., « Privilèges, définition et caractères généraux », *J.-Cl. Civil*, art. 2095, fasc. 15, 1986, n° 2 s. Pour une approche dissociée des concepts de privilège et de sûreté, V. Albigès Ch., Dumont-Lefrand M.-P., n° 8.

point même de primer, très souvent, les autres causes de préférence. Le droit de préférence contenu dans les privilèges n'est discutable ni dans son principe, ni dans son étendue. L'affectation de la valeur du bien ou d'un droit sur un bien à la garantie d'une obligation qui en est la source ne saurait davantage être questionnée[1].

C'est en revanche le critère de l'assujettissement du bien à l'origine du privilège qui génère le plus de difficultés d'analyse. Alors que l'affectation porte sur la valeur du bien destinée à la satisfaction prioritaire du créancier, l'assujettissement désigne la condition juridique de ce bien et permet de déduire en conséquence la nature et la portée des prérogatives des parties. Or, dans les privilèges, cet assujettissement est pour le moins douteux. Aucun acte, aucun comportement n'est spécifiquement exigé des parties, suite à la naissance du privilège, pour en maintenir l'effectivité. La seule exception concerne l'inscription aux services de la publicité foncière de certains privilèges immobiliers[2]. Au-delà de cette démarche isolée, les exemples ne manquent pas pour mettre en évidence la singularité des privilèges au vu des effets qu'ils emportent. Ni le « bénéficiaire » ni le « débiteur »[3] du privilège ne sont tenus par un devoir de conservation du bien[4] ; il n'existe aucun de droit de suite pour les privilèges mobiliers contrairement aux autres sûretés mobilières[5] ; la consistance du droit du créancier privilégié est largement inférieure lorsqu'on la compare aux autres sûretés réelles[6]… Il est d'ailleurs assez singulier de remarquer que les différences par lesquelles les auteurs dissocient

[1] Une difficulté ressort toutefois de l'analyse de la nature des privilèges : ces sûretés sont une entorse non négligeable au principe de spécialité des sûretés réelles – particulièrement les privilèges généraux. Sur ce point, V. spéc. Crocq P., « Le principe de spécialité des sûretés réelles : chronique d'un déclin annoncé », *Dr. et patr*. avril 2001, p. 58.

[2] Art. 2377 à 2386 c. civ.

[3] Quand il s'agit de désigner la qualité des personnes concernées, les privilèges se distinguent à nouveau. La qualité de constituant est réservée aux débiteurs de sûretés réelles conventionnelles (car à proprement parler, une sûreté n'est pas « constituée » lorsqu'elle est demandée au juge ou imposée par la loi) et celle de titulaire est relative, car celui qui jouit d'un privilège ne jouit que d'une qualité de sa créance. Il est titulaire de la créance privilégiée, donc simplement bénéficiaire du privilège.

[4] Que le bien frappé d'un privilège soit légèrement détérioré ou totalement détruit, les conséquences sont les mêmes : l'assiette du privilège est simplement réduite à ce qu'il reste de la valeur du bien sans jamais que le débiteur soit sanctionné. Aussi selon l'art. L. 121-13 c. assur., le droit de préférence peut s'exercer par subrogation sur les éventuelles indemnités d'assurance. V. Civ. 1ère, 7 avril 1992, *Bull. civ. I*, n° 113 ; *JCP G* 1993. I. 3680, n° 18.

[5] La solution est de longue date réitérée. V. Civ., 19 février 1894 ; *S*. 1895, 1, 457 ; *DP* 1894. 1. 413 ; *Grands arrêts*, 12ème éd., t. 2, n° 303. Sur la question du droit de suite, V. Simler Ph., Delebecque Ph., n° 762 ; Aynès L., Crocq P., n° 611, lesquels n'y voient qu'une « *controverse oiseuse* ». Il semble, sur un point au moins, que la controverse témoigne d'un intérêt particulier : le droit de suite renvoie à la question de la connaissance par les tiers des privilèges, habituellement attachée à une mesure de publicité. Le caractère occulte de la grande majorité des privilèges mobiliers est la source d'une imprévisibilité regrettable. La pérennité du crédit et plus largement la sécurité juridique gagnerait à ce que cette faille du droit positif soit comblée. V. ainsi Legeais D., n° 660 ; Sayag A. (dir.), *Publicité légale et information dans les affaires*, Litec, 1992, spéc. « Publicité et sûretés », p. 217 s.

[6] V. Simler Ph., Delebecque Ph., n° 762, n. 1, selon qui « *le droit réel du créancier privilégié a peu de consistance* ».

habituellement les privilèges des autres sûretés réelles ne font jamais état de la consistance des droits et devoirs des parties. Sont souvent évoqués le caractère occulte des privilèges mobiliers, l'assiette très étendue des privilèges généraux, l'absence de droit de suite, l'effet des privilèges qui remontent à la date de naissance de la créance alors que la publicité des autres sûretés constitue elle-même ce point de départ[1]. Sont beaucoup plus rarement mentionnés le fait que le créancier privilégié n'a presque jamais la mainmise sur le bien dont procède le privilège, le fait qu'il ne peut utiliser ce bien, ni percevoir les fruits ne serait-ce que pour les imputer sur la dette, ni en disposer. L'étendue très limitée de ces prérogatives se vérifie au moment de la réalisation : le privilège n'offre à son bénéficiaire que la faculté d'appréhender prioritairement la valeur du bien ou du droit grevé sans jamais pouvoir se l'attribuer en propriété. Aussi les devoirs respectifs des parties sont souvent passés sous silence. Aucun devoir de conservation du bien n'est imposé ; l'information des tiers comme des parties est résiduelle ; une fois le privilège mis en œuvre, il n'est aucunement question pour le créancier de remettre le bien au débiteur…

Ces différences pourtant fondamentales avec les autres sûretés réelles paraissent bien plus décisives que le caractère occulte des privilèges ou leur assiette parfois indéterminée.

Il n'en reste pas moins que les privilèges sont des sûretés réelles, mais ils forment dans cet ensemble une catégorie à part. Le rattachement aux sûretés réelles s'explique par le critère véritablement commun que les privilèges présentent avec les autres sûretés : l'affectation de la valeur d'un bien ou d'un droit à la garantie d'une obligation. En revanche l'assujettissement dont procède cette affectation est original : il n'est, au regard de celui qui caractérise les autres sûretés réelles, qu'un assujettissement réduit à son expression la plus dénuée car il ne génère aucune exigence comportementale à la charge des parties afférente à la valeur du bien – seule l'efficacité du privilège immobilier est déterminée par son inscription, ce qui constitue l'unique démarche exigée du bénéficiaire parmi toutes les règles gouvernant le régime des privilèges.

En définitive, les sûretés réelles légales que sont les privilèges analysées sous le prisme de la notion d'affectation permettent de retirer deux enseignements. D'une part, ce sont des sûretés réelles qui sont réduites à ce qu'il y a de plus essentiel dans ce type de mécanisme : la réservation, l'immobilisation ou encore l'affectation de la valeur d'un bien, ou d'un droit sur ce bien, à la garantie d'une obligation. Cette réduction de l'effet des sûretés à sa plus simple

[1] V. Aynès L., Crocq P., n° 414 ; Cabrillac M., Mouly Ch., Cabrillac S., Pétel Ph., n° 586 et 587 ; Legeais D., n° 657 s. ; Simler Ph., Delebecque Ph., n° 427, ces derniers admettant toutefois au sujet des privilèges immobiliers spéciaux que « *toutes les règles hypothécaires ne sont pas transposables* ».

expression est perceptible par l'absence d'assujettissement intégral du bien à la réalisation de l'obligation garantie. En effet, les prérogatives du débiteur relatives à ce bien ne sont nullement conditionnées et celles du bénéficiaire, hormis le droit de préférence, sont inexistantes. Le deuxième intérêt de cette confrontation est la confirmation du critère catégoriel des sûretés réelles. Si l'assujettissement est permanent, il n'implique pas invariablement les mêmes effets, ce qui vient d'être établi au sujet des privilèges. En prolongeant le raisonnement jusqu'à son terme, il est possible de confirmer que le critère catégoriel de toute sûreté réelle n'est autre que l'affectation de la valeur d'un bien ou d'un droit sur ce bien à la garantie d'une obligation.

2. Indépendance du critère vis-à-vis de la nature de la sûreté

435. La dissociation des sûretés conférant un droit préférentiel et des sûretés conférant un droit exclusif. Plusieurs critères servent à classifier les sûretés réelles : la nature des biens qu'elles grèvent (biens meubles ou immeubles, corporels ou incorporels), les effets qu'elles engendrent pendant l'exécution de l'obligation garantie (avec ou sans dépossession) ou encore la nature des prérogatives qu'elles confèrent au titulaire (droit de préférence ou situation d'exclusivité). C'est sous l'angle de ce dernier critère de distinction qu'il est opportun de vérifier la permanence du mécanisme de l'affectation. Les premiers critères ne forment en rien des obstacles à l'affectation, puisque celle-ci ne procède ni de la nature du bien, ni de la personne entre les mains de laquelle le bien se trouve. En revanche, les prérogatives variées qui découlent des différentes sûretés réelles se présentent comme un argument en défaveur de la permanence du mécanisme de l'affectation. Les sûretés qui ont pour effet de créer au profit de leur titulaire un droit de préférence ne posent pas de problème : par le biais de quelques exemples relevant de cette catégorie, il a été mis en évidence que le droit de préférence était une des prérogatives essentielles du titulaire, qui marquait d'ailleurs la singularité de ce type de sûretés réelles. La question devient plus embarrassante lorsqu'elle porte sur la sûreté conférant au titulaire une situation d'exclusivité, à savoir la fiducie. Il convient d'examiner si, à son sujet, le mécanisme de l'affectation joue un quelconque rôle.

436. L'affectation dans la fiducie-sûreté. L'introduction de la fiducie en droit français, pour le moins malaisée tant elle a eu lieu au coup par coup, a constitué un

bouleversement radical des notions les plus transversales du droit positif français[1]. La propriété et le patrimoine sont, sans nul doute, les plus concernés. Ce fut en effet l'occasion de remettre en cause l'absolutisme de la propriété et de dissocier deux de ses composantes que sont la propriété juridique de la propriété économique. Le critère de l'unicité du patrimoine hérité d'Aubry et Rau a été sérieusement remis en cause : le fiduciaire dispose de son patrimoine propre et du patrimoine fiduciaire. Sans développer davantage les controverses ainsi suscitées[2], il apparaît que le critère de l'affectation soit lui-même d'un secours relatif pour expliquer les ressorts profonds de la fiducie. Celle-ci se distinguerait nettement de ses homologues du seul fait qu'elle soit fondée sur un transfert de propriété. À l'examen, ce transfert ne s'avère aucunement être un obstacle au jeu de l'affectation.

A lire les dispositions du code civil qui définissent cette sûreté d'un nouveau genre, c'est davantage l'existence du transfert de propriété que celle de l'affectation qui pourrait être contestée. Plusieurs aspects relevant *a priori* de l'essence du droit réel le plus absolu ne se retrouvent pas. La propriété fiduciaire est temporaire[3], le transfert duquel elle procède est fiscalement neutre[4], les prérogatives du fiduciaire sont largement conditionnées et ne lui laisse pas la possibilité « *de jouir et disposer des choses de la manière la plus absolue* »[5]. L'affectation se trouve au contraire largement consacrée dans la fiducie et le transfert de propriété qu'elle opère n'y est pas incompatible. Le critère de la finalité de la fiducie-sûreté est un premier argument en ce sens : qu'elle soit mobilière ou immobilière, elle « *peut être cédée à titre de garantie d'une obligation en vertu d'un contrat de fiducie* »[6]. La propriété, ordinairement libre, se voit assignée une fonction de garantie[7]. Cette fonction se retrouve dans la nature des prérogatives du fiduciaire : « *le contrat de fiducie détermine, à peine de nullité* […] *la mission du ou des fiduciaires et l'étendue de leurs pouvoirs d'administration et de*

[1] Instituée par la loi du 19 février 2007, elle a ensuite été modifiée par : la loi du 4 aout 2008 de modernisation de l'économie, l'ordonnance du 18 décembre 2008 portant réforme du droit des entreprises en difficulté, l'ordonnance du 30 janvier 2009 portant diverses mesures relatives à la fiducie, puis par la loi du 12 mai 2009 de simplification du droit.

[2] V. not. Crocq P., « Propriété fiduciaire, propriété unitaire », *in La fiducie dans tous ses états*, Dalloz, coll. « Thèmes et commentaires », 2011, p. 9 s. ; Emerich Y., « Les fondements conceptuels de la fiducie française face au trust de la common law : entre droit des contrats et droit des biens », *RIDC* 2009, n° 1, p. 50 ; Kaczmarek L., « Propriété fiduciaire et droits des intervenants à l'opération », *D.* 2009, chr. 1845 ; Lajarte C., « La nature juridique des droits du bénéficiaire d'un contrat de fiducie », *art. préc.* ; Libchaber R., « Les aspects civils de la fiducie », *Defrénois* 2007, art. 38631 et 38639 ; Piedelièvre S., « Patrimoine d'affectation, droit des créanciers et droit des sûretés », *in Mélanges P. Le Cannu*, 2014, p. 547.

[3] Elle « *ne peut excéder quatre-vingt-dix-neuf ans à compter de la signature du contrat* » (art. 2018, 2° c. civ.).

[4] V. art. 238, quater A s. CGI.

[5] Art. 544 c. civ.

[6] Art. 2372-1 et 2488-1 c. civ.

[7] Les art. 2372-5 et 2488-5 c. civ. relatifs à la fiducie-sûreté rechargeable sont plus clairs encore, lorsqu'ils affirment que la propriété « *peut être ultérieurement affectée à la garantie de dettes autres que celles mentionnées par l'acte constitutif* ».

disposition ». Les prérogatives du fiduciaire, qui sont des pouvoirs[1], traduisent clairement l'idée que la condition juridique des biens formant le patrimoine fiduciaire est déterminée par cette « *mission* ». Le dénouement de l'opération de fiducie témoigne, en dernier lieu, de la prégnance de l'affectation puisque « *à défaut de paiement de la dette garantie et sauf stipulation contraire du contrat de fiducie, le fiduciaire, lorsqu'il est le créancier, acquiert la libre disposition du bien ou du droit cédé à titre de garantie* »[2]. La réalisation de la fiducie permet au bénéficiaire de recouvrer la pleine propriété du patrimoine fiduciaire, laquelle n'était lors de l'exécution de l'obligation garantie, qu'une propriété affectée[3]. Il y a donc bien, dans la fiducie-sûreté, la finalité de garantie d'une obligation qui est assignée à l'ensemble des biens formant le patrimoine fiduciaire. En définitive, l'affectation en garantie d'une obligation est bien le critère catégoriel de toutes les sûretés réelles – entendues dans un sens conceptuel[4].

Cette démonstration faite, il est possible d'en tirer un dernier enseignement afin de parfaire l'étude de la nature de l'engagement résultant d'une sûreté réelle. Le mécanisme fondamental de toute sûreté réelle, l'affectation en garantie d'une obligation, une fois mis en lumière ainsi que la condition juridique du bien grevé expliquant son affectation, à savoir son assujettissement à la réalisation du but de la sûreté, il reste à envisager la nature des droits et devoirs dont les protagonistes d'une sûreté réelle sont titulaires.

§ 2. La détermination des droits et devoirs respectifs des parties

437. Restriction de prérogatives et création d'exigences comportementales par l'effet des sûretés réelles. La seule condition juridique du bien grevé n'est pas suffisante pour saisir pleinement la teneur des engagements résultants d'une sûreté réelle. Il est nécessaire pour se faire de s'appesantir tant sur les prérogatives reconnues aux titulaire et constituant que

[1] Sur ce point, V. *infra*, n° 443.

[2] Art. 2372-3 c. civ. Pour une formulation quasi identique, V. art. 2488-3 c. civ.

[3] Sur cette notion, V. Raffray R., *La transmission universelle du patrimoine des personnes morales*, thèse, Dalloz, coll. « Nouvelle Bibliothèque de Thèses », 2011, n° 321 ; Wicker G., « La théorie de la personnalité morale (…) », *art. préc*., n° 48.

[4] V. sur ce point Cabrillac M., Mouly Ch., Cabrillac S., Pétel Ph., n° 589. De l'aveu des auteurs « *la classification fondée sur la technique de l'affectation* […] *est probablement celle qui divise le plus profondément la matière* ». Il ne semblerait pas qu'elle soit un critère de classification mais bien au contraire le critère catégoriel de toutes les sûretés réelles, lorsqu'elle est comprise dans le sens particulier qui est ici retenu. Les mêmes auteurs affirment ensuite que « *la rigueur mécanique de la classification a toutefois été altérée par la création de diverses sûretés mobilières sans dépossession* ». Il est permis de considérer que, par cette phrase notamment, l'affectation soit confondue avec la situation matérielle du bien : entre les mains du titulaire, du constituant ou d'un tiers convenu. Or, l'affectation désigne la condition juridique du bien grevé, non sa localisation, sa situation spatiale. Elle n'est donc en rien un critère de classification des sûretés réelles mais bien au contraire un dénominateur commun.

sur les exigences comportementales qu'ils doivent satisfaire – en d'autres termes, ce à quoi ils peuvent prétendre et les actes ou abstentions qu'ils sont tenus d'observer. L'analyse dualiste moderne de l'obligation révèle ici toute sa pertinence, puisqu'il est impossible de discerner une quelconque prestation engendrée par la sûreté réelle. Les droits et devoirs du constituant (A) et du titulaire (B) de la sûreté réelle, dont il convient de dépeindre les manifestations respectives, diffèrent. Une troisième situation devra être traitée : celle du tiers chargé de la gestion de la sûreté réelle (C).

A. Les droits et devoirs du constituant de la sûreté réelle

438. Devoirs et pouvoirs. Le constituant d'une sûreté réelle se soumet à un engagement pour le moins rigoureux. Quand bien même il ne doit réaliser aucune prestation, son engagement lui impose le respect de diverses exigences comportementales (1). Sa situation d'infériorité par rapport au titulaire ne le prive pas cependant de la jouissance de certaines prérogatives (2).

1. Les exigences comportementales du constituant

439. Un degré d'exigence fonction de la situation du bien grevé. L'analyse des sûretés personnelles fut l'occasion d'illustrer la nature composite du rapport d'obligation qu'elles créent. Les exigences comportementales qu'il renferme sont en effet de deux ordres : les incombances se distinguent des devoirs. L'incombance est « *une contrainte comportementale préalable et adventice à l'exercice d'un droit empreint d'aléa, qui s'impose au contractant dans l'hypothèse où il désire obtenir l'avantage qui y est attaché. Elle peut accompagner un droit accessoire ou un droit de créance formant l'objet principal du contrat* »[1]. Le devoir est, quant à lui, « *une contrainte comportementale qui s'impose au contractant au cours de l'exécution du contrat, dont le manquement est constitutif d'une faute contractuelle. Il peut être l'objet même du contrat ou l'accessoire des obligations consenties* »[2]. Suivant ces deux définitions, il est un critère qui les distingue nettement. Il s'agit de l'avantage qui peut être obtenu par l'adoption du comportement exigé. L'incombance conditionne l'obtention d'un avantage contractuel, alors que le devoir est étranger à tout avantage. Appliquée à la situation du constituant d'une sûreté réelle, la nature

[1] Freleteau B., *th. préc.*, p. 642.
[2] *Ibid*.

de ses exigences comportementales paraît évidente. Il serait seulement tenu au respect de devoirs spécifiques, sans jamais être créancier d'une quelconque incombance, puisqu'il n'a aucun avantage à retirer de l'exécution de la sûreté. Il faut toutefois se garder d'une vision aussi restrictive, car il y a bien un avantage retiré par le constituant, même s'il est extrinsèque à la sûreté : le temps que le créancier lui offre pour rembourser le crédit[1]. Le constituant est alors soumis à des devoirs et des incombances. Cependant leur définition générale ne préjuge en rien des conditions de leur teneur, de leur gravité. Il s'avère que cette teneur est essentiellement liée à la localisation du bien. Si le créancier a la mainmise sur le bien, la sécurité dont il jouit est inégalable. Le constituant n'assumera en conséquence qu'une charge relative. Si le constituant a la possession du bien, sa charge s'alourdira d'autant, ne serait-ce qu'au regard du devoir de conservation du bien grevé[2]. L'analyse des devoirs et incombances du constituant doit alors être dissociée selon que la sûreté réelle est consentie avec ou sans dépossession.

440. Dans les sûretés réelles sans dépossession. Sans être débiteur d'une quelconque prestation, le constituant doit tout de même assumer des devoirs et incombances sans lesquels l'effectivité de la sûreté serait illusoire. Composant son rapport d'obligation, ces exigences ne se réduisent pas à des abstentions : le constituant doit parfois accomplir des actes, s'il ne veut pas être déchu du terme du contrat principal.

Pour l'essentiel, ces exigences concernent la conservation du bien grevé – ce qui suppose que le constituant ait la mainmise sur le bien, donc que la sûreté soit consentie sans dessaisissement[3]. Pour que le titulaire, en cas de défaillance du constituant, puisse jouir de la valeur du bien grevé, encore faut-il que celle-ci ait été préservée. Il existe donc à la charge du constituant un devoir – et non une obligation au sens usuel du terme – de préservation de la valeur du bien grevé. La qualification de devoir s'impose. Quand bien même, en effet, la

[1] Cet avantage est évident lorsque l'art. 1305-4 c. civ. sanctionne par la déchéance du terme le fait pour le constituant de diminuer les sûretés consenties. Cet avantage permet de sauvegarder la qualification d'incombances à la charge du constituant, car celles-ci peuvent « *accompagner un droit accessoire ou un droit de créance formant l'objet principal du contrat* » : la sûreté réelle correspond ici au droit accessoire.

[2] Les sûretés sur biens incorporels s'accommodent difficilement de la possession, elle-même fallacieusement employée pour désigner en réalité le dessaisissement, qui renvoie à une situation factuelle, physique. Le recours à la titularité du bien incorporel semble pouvoir idéalement remplacer la référence à la possession. Sur le devoir de conservation dans le nantissement, V. Albigès Ch., Dumont-Lefrand M.-P., n° 522 selon qui les parties pourraient convenir d'une « *sorte de clause d'arrosage, au terme de laquelle le constituant serait contraint de reconstituer la valeur de la créance garantie dès lors qu'elle aurait atteint un montant, à la baisse, convenu par les parties* ».

[3] Toutes les dispositions afférentes aux sûretés réelles sans dépossession ne prévoient pas expressément cette règle de conservation, mais elle est nécessairement et implicitement contenue dans l'art. 1305-4 c. civ., qui sanctionne le manquement du créancier à cette « obligation » par une déchéance du terme.

conservation du bien pourrait être associée à l'avantage obtenu du constituant – le temps offert par le créancier pour rembourser sa dette – il est un trait caractéristique du devoir qui se retrouve dans la conservation : le fait qu'il est impossible pour les parties de l'écarter par leur seule volonté. Certes le sceau de l'ordre public n'est-il pas directement décelable à la lecture des dispositions relatives à la conservation du bien grevé, mais la sanction générale de la déchéance du terme, applicable à l'hypothèse d'un manquement au devoir de conservation et prévue à l'article 1305-4 du code civil, est un premier argument en ce sens. Aussi et surtout, le délit de détournement de gage[1], qui ne se limite pas au seul gage[2], implique que la conservation du bien grevé d'une sûreté réelle n'est pas soumise à la volonté des parties. Il s'agit bien d'une contrainte comportementale catégorique.

441. Dans les sûretés réelles avec dépossession. Si la sûreté se caractérise par un dessaisissement du bien grevé, le devoir de préserver sa valeur se mue en un devoir de répétition. Explicitement prévu pour le gage de droit commun, ce devoir consiste à « *rembourser au créancier ou au tiers convenu les dépenses utiles ou nécessaires que celui-ci a faites pour la conservation du gage* »[3]. La qualification de devoir s'impose également à cette hypothèse car la restitution des dépenses ne poursuit pas un avantage particulier, elle assure le déroulement harmonieux de la sûreté jusqu'à ses ultimes conséquences. La nature impérative de la restitution, par ailleurs implicitement contenue dans l'exigence de neutralité économique des sûretés, permet d'asseoir la qualification de devoir comportemental.

Il est une autre exigence comportementale assumée par le constituant dans les sûretés réelles avec dépossession : celle de la remise du bien entre les mains du titulaire. La qualification de prestation doit être à nouveau écartée, car la remise ne caractérise en rien le contenu de l'obligation. En effet, le créancier n'exige pas une sûreté réelle dans le seul but d'avoir le bien grevé entre ses mains. Il s'agit donc d'une contrainte comportementale automatiquement générée par l'existence et le genre de la sûreté. S'il a été convenu que le créancier aurait le bien grevé entre ses mains pour accorder sa confiance au débiteur, l'exigence revêt alors l'allure d'un devoir pour celui-ci. Les modalités, avec ou sans dépossession, des sûretés réelles sont certes optionnelles : libre aux parties de choisir le type de sûreté qui leur convient le mieux. Une fois ce choix manifesté, elles n'ont plus la possibilité de s'en départir, au risque de se contredire : la remise du bien au titulaire est alors un devoir exigé du constituant d'une

[1] Art 314-5 c. pén.
[2] V. *infra* n° 483.
[3] Art. 2343 c. civ.

sûreté réelle avec dépossession.

Ce premier tour d'horizon des effets personnels des sûretés réelles à l'endroit du constituant amène à plusieurs constats. Le premier est celui de la confirmation de l'absence de prestation du constituant. Aucun des actes qu'il doit accomplir n'est assimilable à une prestation, car les actes ou abstentions attendus de lui sont périphériques à un déroulement harmonieux de la sûreté. Ils ne constituent pas la raison d'être de la sûreté, qui reste l'affectation de la valeur du bien à la garantie de l'obligation, mais participent de son effectivité. Le second est le lien entre la mainmise sur le bien et les charges qui en découlent. Les exigences comportementales sont largement dessinées, du moins lorsque le bien grevé est corporel, par la détention du bien. La conservation du bien grevé suppose en effet d'avoir le bien entre ses mains. Les exigences respectives des parties à la sûreté sont ainsi tributaires de la situation matérielle de ce bien.

Il reste à étudier, pour ce qui concerne le constituant, la nature de ses prérogatives. S'il assume des contraintes par le fait son engagement, cela ne signifie pas qu'il soit totalement dépourvu de prérogatives sur le bien grevé.

2. Les prérogatives du constituant

442. La transformation, par l'effet de la sûreté réelle, des droits subjectifs en pouvoirs sur le bien grevé. Si le constituant doit notamment veiller à la préservation de la valeur du bien grevé, il conserve dans certains cas quelques prérogatives sur ce bien. Le constituant d'une hypothèque peut ainsi aliéner le bien, consentir des actes d'administration ou encore jouir des fruits que le bien génère : « *la sûreté réelle ne rend pas indisponible le bien qui en forme l'objet* »[1]. La gestion qui lui est permise n'est en revanche pas libre, il ne dispose plus du bien en qualité de propriétaire ordinaire. L'effet réel de la sûreté se retrouve[2] : le conditionnement juridique du bien se double immanquablement d'un conditionnement des prérogatives sur ce bien. Il serait en effet contradictoire qu'un bien soit affecté à une utilité particulière, si les titulaires de prérogatives sur ce bien n'étaient pas eux-mêmes restreints dans leur liberté : le but envisagé à travers la sûreté serait rarement atteint. L'effet réel a ceci de particulier qu'il entraîne une mutation des prérogatives juridiques du constituant sur le bien qu'il a accepté de grever. Dès lors que ce constituant est nécessairement propriétaire du bien

[1] Grimaldi M. (dir.), *Avant-projet de réforme du droit des sûretés*, *op. cit*., art. 2325, p. 64.
[2] V. *supra*, n° 422 s.

grevé[1], la constitution valable de la sûreté emportera une altération de sa qualité de propriétaire. Il ne pourra plus, à l'évidence, jouir de la chose de la manière la plus absolue qui soit. Il pourra employer le bien uniquement sous le joug de la satisfaction du titulaire. Ce conditionnement du bien et des prérogatives y afférentes fait que la qualification de droit subjectif pour désigner la situation du constituant n'est plus opérante. Les prérogatives sur le bien ne sont plus abandonnées au libre-arbitre du constituant, elles doivent être conformes à l'intérêt du titulaire. Une telle situation évoque naturellement la qualification de pouvoir. Mise en lumière par M. Gaillard dans sa thèse[2], le pouvoir en droit privé est défini comme « *la prérogative qui permet à son titulaire d'exprimer un intérêt au moins partiellement distinct du sien par l'émission d'actes juridiques (...) contraignants pour autrui* »[3]. Il est toutefois un critère propre à cette définition qui se présente comme un obstacle à son application aux prérogatives du constituant d'une sûreté réelle : celui de l'émission d'actes juridiques. Le pouvoir du constituant, à supposer que cette qualification puisse être retenue, ne consiste pas à créer des actes juridiques pour le titulaire, ou qui que ce soit d'autre d'ailleurs. Il signifie simplement que d'un état de liberté dans son rapport au bien, le constituant entre par l'effet de la sûreté réelle dans un état d'assujettissement, de restriction de ses prérogatives afin précisément que le but poursuivi à travers la sûreté ne soit pas méconnu ou détourné[4]. Il est alors nécessaire de prolonger l'analyse de la notion de pouvoir afin de vérifier son éventuelle adéquation aux prérogatives du constituant.

443. De la notion de pouvoir aux notions de pouvoirs. Le critère de l'émission d'actes juridiques contraignants pour autrui ne permet pas de décrire la situation du constituant en termes de pouvoirs. La définition proposée par M. Gaillard a cependant été approfondie et parfois amendée. Il doit d'abord être dissocié du pouvoir au sens courant du terme, qui se résume à une pression, une contrainte exercée sur autrui[5] : il pourrait alors vaguement correspondre aux prérogatives du constituant d'une sûreté réelle, mais la largesse

[1] V. not. l'art. 2335 c. civ., qui prévoit la nullité du gage de la chose d'autrui.
[2] Gaillard E., *Le pouvoir en droit privé*, thèse, Economica, 1985.
[3] *Ibid*, p. 232.
[4] Un arrêt de la Cour de cassation met clairement en évidence cet effet restrictif des sûretés réelles. Selon ses termes : « *la dépossession, qui fait perdre au constituant une partie de ses prérogatives sur la chose donnée en gage, ne les confère pas pour autant au créancier nanti, qui dispose, en sa qualité de dépositaire de cette chose jusqu'à sa restitution, du seul pouvoir de la garder et conserver sans acquérir celui d'en user ni de l'administrer* » (Com., 12 juillet 2005, *Bull. civ. IV*, n° 175, *Rapport C. cass*. 2005, p. 325 ; *D*. 2005. 2142, obs. Delpech X. ; *JCP G* 2005. I. 185, n° 17, obs. Delebecque Ph.). Le recours à la qualification de pouvoir implique d'étudier davantage ses diverses significations, car celle que M. Gaillard suggère ne saurait s'appliquer parfaitement à la situation considérée.
[5] Gaillard E., *th. préc*., n° 1 ; Lokiec P., *Contrat et pouvoir. Essai sur les transformations du droit privé des rapports contractuels*, thèse, LGDJ, coll. « Bibliothèque de droit privé », t. 408, 2004, n° 16.

de sa définition invite à chercher une acception plus précise.

Certains auteurs ont alors estimé incorrect, car réducteur, le critère de l'émission d'actes juridiques. Selon M. Dissaux « *l'affirmation selon laquelle le pouvoir suppose l'accomplissement d'actes juridiques est purement dogmatique ou, à tout le moins, spéculative* »[1]. Dans le même sens, M. Lokiec retient que « *la spécificité du pouvoir* […] *ne se limite pas à l'édiction d'actes juridiques* »[2]. Suivant cette acception, la qualification de pouvoir se prêterait alors idéalement à la description de la situation du constituant : une fois que la sûreté est constituée et sans être dépossédé de ses moyens, le constituant conserve des prérogatives qu'il doit mettre en œuvre dans un intérêt au moins partiellement distinct du sien – soit, très souvent, celui du titulaire – sans qu'il procède jamais pour ce faire à l'élaboration d'un quelconque acte juridique contraignant pour le titulaire[3]. La qualification dépasse d'ailleurs largement le domaine des sûretés réelles pour définir tous les engagements volontaires qui portent sur un ou plusieurs biens, ce qui n'a pas manqué d'être relevé[4]. Le pouvoir ainsi défini est une qualification générique idoine qui permet d'embrasser une grande partie des prérogatives du constituant d'une sûreté réelle.

Sans se livrer à un inventaire exhaustif, il est permis de relever quelques exemples. Dans le gage, si des choses fongibles sont grevées, « *le constituant peut les aliéner si la convention le prévoit à charge de les remplacer par la même quantité de choses équivalentes* »[5]. L'aliénation, normalement libre pour un propriétaire, est ici conditionnée par le remplacement

---

[1] Dissaux N., *La qualification d'intermédiaire dans les relations contractuelles*, thèse, LGDJ, coll. « Bibliothèque de droit privé », t. 485, 2007, n° 250.

[2] Lokiec P., *th. préc.*, n° 449.

[3] A l'évidence, la notion de pouvoir est à l'origine d'une littérature juridique abondante qu'il serait vain de vouloir recenser. Il sera simplement renvoyé à une récente thèse qui, consacrée aux conflits d'intérêts, propose outre une conception renouvelée et inédite du pouvoir juridique, une remarquable généalogie du pouvoir en droit privé. V. Valiergue J., *Les conflits d'intérêts en droit privé. Contribution à la théorie juridique du pouvoir*, thèse Bordeaux, 2016. L'auteur part d'ailleurs du même constat que MM. Dissaux et Lokiec, selon lequel « *il apparaît inexact de réduire l'exercice d'un pouvoir à la seule émission d'une volonté créatrice d'effets de droit* » mais pour ensuite prendre un tout autre parti : « *Il apparaît néanmoins possible d'opérer le raisonnement inverse* [à celui de ces auteurs] *et de procéder à l'extension de la notion de pouvoir juridique à partir de la théorie de l'acte juridique, et plus précisément à partir de l'analyse procédurale de l'acte juridique élaborée par Eisenmann* » (*ibid*, n° 149).

[4] Wicker G., « La théorie de la personnalité morale (…) », *art. préc.*, n° 48 : « *l'affectation n'a pas seulement pour effet de créer un sujet de droit nouveau, elle modifie également la nature des prérogatives dont la personne est investie relativement aux biens qui en sont l'objet. Antérieurement à cette opération ces prérogatives sont de simples droits subjectifs, c'est-à-dire que leur exercice est abandonné à la libre volonté de leur titulaire. En revanche, après sa réalisation, celui-ci est tenu d'agir conformément au but qui est à l'origine de l'affectation. Autrement dit, ces prérogatives doivent être exercées dans le sens d'un intérêt spécifique, distinct de celui général et indifférencié de la personne. Elles ne sont donc plus de simples droits subjectifs, mais des pouvoirs* ». V. dans le même sens pour le contrat de société, Deboissy F., « Le contrat de société », *in Le contrat, Travaux de l'Association H. Capitant, journées brésiliennes*, t. LV, Société de législation comparée, 2008, p. 119 s. ; Lequette S., *Le contrat coopération. Contribution à la théorie générale du contrat*, thèse, Economica, 2012, n° 101. V. également Waterlot M., *th. préc.*, n° 542.

[5] Art. 2342 c. civ.

de choses équivalentes. En matière hypothécaire, le constituant n'est plus entièrement libre dans la gestion de son bien, puisque s'il consent des baux de plus de douze ans ou des cessions de loyers de plus de trois ans sur l'immeuble grevé, le créancier pourra demander leur réduction à ces deux seuils respectifs[1]. De la même manière, si le constituant entend vendre les produits de l'immeuble hypothéqué, le titulaire pourra s'y opposer[2]. Plus généralement, l'article 1305-4 du code civil illustre cette transmutation de droits subjectifs en pouvoirs, puisque le constituant s'expose à une déchéance s'il « *diminue* » les sûretés consenties, ce qui est bien le signe qu'il ne peut plus faire ce qu'il entend des biens qu'il offre en garantie.

B. Les droits et devoirs du titulaire de la sûreté réelle

444. Devoirs, incombances et pouvoirs. La situation privilégiée du titulaire d'une sûreté réelle, à l'image d'un créancier cautionné, donne à croire qu'il jouit d'une situation d'impunité et d'attentisme. Le bénéfice qu'il retire de la sûreté n'est toutefois pas acquis, ni définitif. Encore faut-il que le titulaire se montre respectueux des intérêts du constituant pour y prétendre. Les prérogatives qui lui sont offertes (2) ne doivent pas dissimuler les exigences comportementales qu'il doit observer (1).

1. Les exigences comportementales du titulaire

445. Retour sur l'introuvable prestation du titulaire. Déjà relevée pour le constituant, l'absence de prestation engendrée par la sûreté réelle se retrouve à l'endroit du titulaire. L'examen des différentes sûretés réelles ne permet pas de déceler une quelconque activité attendue de sa part qui constituerait le contenu de l'obligation. Qu'il soit astreint à quelques actes ou abstentions spécifiques ne fait nul doute mais l'existence d'une prestation à sa charge est injustifiable. D'une part, le titulaire est celui qui retire le plus d'avantages liés à la sûreté, l'essentiel étant celui de jouir éventuellement de la valeur du bien grevé pour être désintéressé ; le seul profit du constituant étant à l'inverse la délivrance des fonds propre à l'obligation garantie. Dès lors, il est peu évident d'imaginer une véritable prestation du

[1] Art. 30, 3° du décret du 4 janvier 1955 portant réforme de la publicité foncière. La raison tient à la nature de ces actes : leurs durées importantes ont pour effet de les transformer d'actes d'administration en actes de disposition, ce qui diminue la garantie offerte au créancier.
[2] V. not. Legeais D., n° 596 ; Piedelièvre S., n° 671 ; Simler Ph., Delebecque Ph., n° 497 s. Pour des applications jurisprudentielles, la loi étant silencieuse sur ce point : Civ., 2 juin 1934 ; *DP* 1935. 1. 65, note Fréjaville M. ; Civ. 1ère, 16 juillet 1974, *Bull Civ. I*, n° 232 ; Bordeaux, 19 juin 1986 ; *D*. 1987. 295, note Denis D.

titulaire, si le constituant ne retire aucun avantage inhérent à la sûreté. D'autre part, il est parfois avancé que l'obligation principale du titulaire est la restitution du bien grevé[1]. Cette assertion semble pouvoir être discutée. Elle se concilie difficilement avec l'existence aujourd'hui répandue des sûretés réelles sans dépossession. Si le constituant a toujours le bien entre ses mains, que devient « l'obligation » de restitution du titulaire ? Et même à admettre que la restitution existe dans les sûretés réelles avec dépossession, la qualification de prestation paraît inadéquate, car la restitution n'est pas la raison d'être de la sûreté. Le débiteur ne remet pas un bien à son créancier, afin seulement que celui-ci lui rende à une date déterminée. La remise n'est qu'un moyen pour arriver à une fin – la sécurité du créancier – et ce moyen est d'ailleurs bien plus efficace et rassurant pour lui que l'absence de dépossession. Ce n'est pas à dire que la restitution, pourtant présente dans les sûretés réelles avec dépossession, soit insusceptible de qualification. Elle se présente au contraire comme un des effets que le rapport d'obligation déploie. Elle ne représente pas la charge d'une prestation mais le simple respect des droits d'autrui. En effet, la restitution a lieu à l'expiration de l'obligation principale valablement exécutée, ou par la faute du créancier, ou encore par sa renonciation. Elle est donc consécutive à un évènement par lequel le constituant est fondé à recouvrer l'intégralité de ses prérogatives sur le bien. Elle ne participe pas de l'économie de l'obligation mais de sa structure. Si le créancier n'est pas fondé à retenir le bien, que ce soit pour le vendre ou se le faire attribuer en paiement, il est inévitable qu'il doive à terme le rendre à son propriétaire. Dès lors qu'il y est contraint, sans que cela ne forme une prestation, la qualification de devoir de restitution paraît alors indiquée[2]. D'autres exigences périphériques à l'engagement du titulaire et assumées par lui peuvent conséquemment être analysées.

446. Des exigences tributaires des modalités de la sûreté réelle. De la même manière que pour le constituant, il semble que le nombre et la teneur des exigences assumées par le titulaire soient fonctions d'un critère matériel, celui de la situation du bien grevé. La sécurité que le titulaire perd à laisser le bien entre les mains du constituant trouve un contrepoids dans la marge de manœuvre dont il bénéficie. Il n'a pas à veiller à sa conservation, ni à assurer le remplacement des biens de même valeur et quantité si les biens grevés sont des choses de genre, etc. Il s'agit alors de dissocier les contraintes

[1] V. Aynès L., Crocq P., n° 511, qui qualifient le gage de « *contrat de restitution* ».
[2] Le devoir est à nouveau plus propice que l'incombance, puisqu'aucun avantage reconnu au titulaire ne découle de la restitution qu'il est tenu d'opérer. Le non-respect de ce devoir peut donner lieu à une saisie du titulaire, V. Paris, 27 novembre 2001 ; *JCP G* 2002. I. 120, n° 10, obs. Delebecque Ph.

comportementales du titulaire d'une sûreté réelle sans dépossession, avec dépossession et enfin, du titulaire d'une fiducie.

447. Les exigences issues des sûretés réelles sans dépossession. Lorsqu'une sûreté est consentie sans dépossession, le titulaire est dans une situation particulièrement confortable, puisque rares sont les attitudes qui peuvent lui être reprochées. Que ce soit à propos du gage dans sa nouvelle mouture ou plus classiquement de l'hypothèque, le créancier titulaire n'est redevable que de peu de choses. À l'endroit du constituant, il est même possible d'affirmer qu'il n'est tenu à rien. Seul le constituant doit veiller à la préservation de la valeur du bien. En revanche, le titulaire doit procéder à certains actes s'il veut conserver le bénéfice de la sûreté, à commencer par sa publicité. Consubstantielle à l'hypothèque puisqu'elle détermine son rang et son opposabilité aux autres créanciers et ayants cause du constituant[1], la publicité du bien grevé sur un registre spécifique est également de rigueur dans le gage sans dépossession[2]. La publicité étant une condition d'efficacité et non de validité de la sûreté, elle intéresse exclusivement le créancier, qui ne pourra s'en prendre qu'à lui-même si un autre créancier de son débiteur, plus diligent, publie son droit le premier[3]. L'exigence de publicité épouse alors parfaitement les traits d'une incombance car si le créancier veut profiter des avantages de la sûreté, il doit procéder à sa publication, sans jamais que son omission soit invocable par le titulaire[4]. Il s'agit donc bien d'une exigence comportementale (ce n'est pas une prestation), préalable à l'exercice d'un droit (sans publicité, les droits de suite et de préférence restent lettre morte) empreint d'aléa (la solvabilité du débiteur, donc la satisfaction du créancier, n'étant jamais acquise). Mise à part l'inscription, il n'existe pas dans ce type de sûretés d'autres contraintes comportementales pesant sur le titulaire.

---

[1] V. art. 2426 s., c. civ.

[2] L'art. 2337 c. civ. prévoit l'opposabilité du gage « *par la publicité qui en est faite* » ou « *par la dépossession entre les mains du créancier ou d'un tiers convenu du bien qui en fait l'objet* ». Quant au nantissement, l'art. 2362 c. civ. ne prévoit pas de démarche particulière : « *le nantissement d'une créance, présente ou future, prend effet entre les parties et devient opposable aux tiers à la date de l'acte* ».

[3] Il existe toutefois un contre-exemple à cette situation : lorsque le créancier hypothécaire bénéficie, pour la même dette, d'un cautionnement. Sa négligence permettra à la caution d'invoquer sa décharge, partielle ou totale, sur le fondement du bénéfice de subrogation. En effet, la caution aurait pu jouir d'un rang préférable si le créancier avait été diligent et aurait eu par conséquent plus de chances de recouvrer sa créance. Vis-à-vis du constituant, le titulaire n'a donc que très peu de devoirs à assumer mais lorsqu'une caution s'immisce indirectement dans ce rapport contractuel, alors le créancier assume des charges comportementales supplémentaires.

[4] Et pour cause : il n'en éprouve aucun préjudice. Ce qui confirme la nature d'incombance, puisque le titulaire ne peut reprocher au constituant le défaut d'inscription, ou l'inscription fautive. V. sur ce point Civ., 16 avril 1839, *S.* 1839. 1. 511 : « *l'hypothèque existe vis-à-vis du débiteur par la seule force du contrat ; pour être valable et produire effet à son égard, elle n'a pas besoin d'être inscrite, l'inscription n'étant exigée que pour fixer le rang entre les créanciers* ».

448. Les exigences issues des sûretés réelles avec dépossession. Dans les sûretés réelles avec dépossession, le titulaire supporte des charges plus nombreuses. La plus évidente est la conservation du bien grevé, présente dans toute sûreté de ce type et revêtant la qualification de devoir contractuel[1]. Sa sanction, l'extinction de la sûreté par restitution du bien au constituant[2], est d'ailleurs la même pour une autre forme de devoir spécifiquement prévu pour le gage : « *lorsque le gage avec dépossession a pour objet des choses fongibles, le créancier doit les tenir séparées des choses de même nature qui lui appartiennent* »[3]. Ce devoir d'individualisation des biens fongibles mis en gage est un facteur de sécurité juridique qui prévient dans une certaine mesure les conflits quant à la propriété de ces biens. Il n'est toutefois pas systématique, puisque « *si la convention dispense le créancier de cette obligation, il acquiert la propriété des choses gagées à charge de restituer la même quantité de choses équivalentes* »[4]. Le devoir d'individualisation se mue, lorsque le créancier en est dispensé, en un devoir de restitution. Plus exactement, ce dernier est permanent et ne dépend pas de la nature du bien. La vigilance exigée du créancier pour individualiser les biens change d'objet pour porter sur la quantité et la valeur des choses gagées lors de leur remise au propriétaire. Aussi la disposition entraîne-t-elle un conflit de qualification avec la fiducie, car le titulaire « *acquiert la propriété* » des biens. Cela suppose implicitement, puisque la loi n'en dispose pas expressément, que le créancier supporte les risques liés à cette qualité. En tout état de cause, il s'agit bien d'un devoir contractuel, car s'il peut à la guise des parties se manifester de deux manières différentes, il ne peut pas être écarté dans son principe[5]. Il subsiste toutefois une particularité relative au devoir de conservation dans le gage immobilier. Le créancier doit pourvoir à la conservation et à l'entretien de l'immeuble et pour ce faire il « *peut y employer les fruits perçus avant de les imputer sur la dette* »[6]. S'il manque à cette contrainte, il subit une déchéance. La qualification appropriée serait alors l'incombance contractuelle,

[1] Il est d'ailleurs proposé de consacrer légalement ce devoir du créancier, pour le gage au moins, V. Grimaldi M. (dir.), *Avant-projet de réforme du droit des sûretés*, *op. cit*., art. 2342-1, p. 72. Selon ce texte « *Lorsque le gage est avec dépossession, le créancier gagiste doit conserver la chose gagée. Il ne peut en user sauf si la convention l'y autorise* ».

[2] Cette sanction peut s'apparenter à une forme de résolution : la remise du bien au constituant met un terme à la sûreté. Sur ce point, il a d'ailleurs été mis en évidence que devoirs et incombances partagent parfois des sanctions communes. V. à propos de la résolution et de la spécificité de la sanction de l'art. 1305-4 et de l'art. 2344 c. civ. Freleteau B., *th. préc.*, n° 570 s.

[3] Art. 2341, al. 1, c. civ.

[4] Art. 2341, al. 2, c. civ.

[5] À la différence de l'incombance « *le devoir, ainsi que la responsabilité découlant de l'atteinte au devoir, ne sauraient être écartés de l'accord par une stipulation expresse ou de manière implicite. Les parties peuvent tout au plus limiter le montant des dommages et intérêts dus en cas de manquement, dans la limite du raisonnable* » (Freleteau B., *th. préc.*, p. 642).

[6] Art. 2389, al. 2, c. civ.

notamment puisque la déchéance est la sanction de principe qui lui est associée[1]. Cette qualification se vérifie au vu de l'influence que la volonté individuelle peut avoir et à laquelle le devoir contractuel est hermétique, car le créancier gagiste immobilier « *peut à tout moment se soustraire à cette obligation en restituant le bien à son propriétaire* »[2]. Or, la conservation comme la restitution sont des devoirs contractuels. Il semblerait que cette qualification relève alors de leur nature et non de leur essence, puisqu'elle est différente d'une sûreté à l'autre[3]. Quant à l'exigence de publicité, elle est ici écartée pour des raisons évidentes : la mainmise du créancier sur le bien grevé supplée l'information des tiers. Elle ne constitue donc pas une exigence comportementale.

449. Les exigences issues de la fiducie. Enfin, dans un contrat de fiducie où le bénéficiaire est également fiduciaire, les devoirs et incombances qu'il doit observer ne diffèrent que peu, au fond, de celles étudiées jusqu'à présent. Le transfert de propriété n'est pas, en effet, un obstacle à l'astriction du fiduciaire qui doit observer un comportement approprié à l'exécution de l'obligation. Cette contrainte générale se retrouve à l'article 2026 du code civil selon lequel « *le fiduciaire est responsable, sur son patrimoine propre, des fautes qu'il commet dans l'exercice de sa mission* ». Le fait pour le créancier d'avoir la double qualité de fiduciaire et de bénéficiaire implique un rôle actif de sa part, s'il veut pouvoir se payer sur le patrimoine fiduciaire en cas de défaillance du constituant. Ce rôle est bien plus actif que pour les autres sûretés, puisque le créancier doit remplir « *une mission* », mais le contenu de cette mission est en définitive que peu différent comparable aux exigences qu'il supporterait au titre de créancier d'une sûreté réelle préférentielle. Par exemple, il n'est pas fait mention expresse d'un devoir de conservation dans les textes, mais le constituant peut nommer un fiduciaire provisoire en remplacement du premier « *si le fiduciaire manque à ses*

[1] Freleteau B., *op. et loc. cit*.
[2] Art. 2389, al. 2, c. civ.
[3] L'autonomie des deux qualifications n'est toutefois pas entièrement préservée, car la restitution du bien immobilier au débiteur s'apparente à une renonciation à la sûreté. Cependant, le choix laissé au créancier de conserver le bien ou de renoncer à la sûreté n'a de choix que le nom. Soit il dispose du bien et doit l'entretenir, soit il se passe de sa sûreté. Suivant ce raisonnement, la volonté individuelle n'a qu'une prise infime sinon inexistante quant à l'organisation de cette contrainte comportementale, ce qui fait pencher la qualification du côté du devoir. En réalité, ce n'est pas tant la rédaction du texte qui pose problème que la radicalité avec laquelle la déchéance est associée à l'incombance. Le lien entre la contrainte et sa sanction est souvent présenté comme indéfectible. Pourtant, si la déchéance est la sanction de prédilection de l'incombance contractuelle, elle n'en est pas l'apanage. Partant, il est tout à fait concevable qu'un devoir manqué entraîne une déchéance et qu'une incombance méconnue entraîne une sanction d'un autre genre. Cela se vérifie avec l'inscription de la sûreté : le créancier qui n'inscrit pas sa sûreté n'en est pas déchu, il s'exposera simplement au risque de voir sa créance primée. Par ce biais, le jeu et la portée de ces exigences comportementales semblent préservés. Dans le même sens, V. Freleteau B., *th. préc.*, n° 504 s., qui démontre « *l'existence de sanctions communes* » à ces exigences comportementales.

devoirs ou met en péril les intérêts qui lui sont confiés »[1], ce qui en substance revient au même. Les dispositions spéciales relatives à la fiducie-sûreté prévoient également un devoir qui n'est que la suite logique de la réalisation de la sûreté et le respect d'une règle élémentaire selon laquelle le créancier ne peut s'enrichir grâce à la sûreté. Ce devoir est celui qui consiste pour le créancier, lorsqu'il devient propriétaire définitif des biens grevés à la défaillance du débiteur, à reverser à ce dernier la soulte qui résulte de la différence entre la valeur des biens transmis et le montant de la dette garantie. Il est bien question ici d'un devoir contractuel. Aucune négociation n'est possible à ce sujet, le devoir ne peut être écarté par la volonté des parties et il ne s'agit pas pour le créancier d'en obtenir un avantage spécifique.

2. Les prérogatives du titulaire

450. L'attribution au titulaire de pouvoirs et de droits subjectifs. Le titulaire d'une sûreté réelle n'est pas uniquement soumis à des contraintes comportementales et pour cause, la sûreté est d'abord destinée à lui profiter, il dispose donc pour ce faire de prérogatives variées. Leur nature a déjà été dévoilée lors de l'étude des prérogatives du constituant : la sûreté réelle ne génère pas exclusivement des droits subjectifs au profit du titulaire mais également des prérogatives dont l'exercice devra être respectueux d'intérêts tiers, soit des pouvoirs[2]. Il subsiste toutefois une différence entre les deux protagonistes. Le constituant connait une modification de ses droits subjectifs, partiellement transmués en pouvoirs. Le titulaire quant à lui est dépourvu de toute prérogative sur le bien avant que la sûreté soit constituée et se voit ensuite attribuer des prérogatives sur le bien grevé. Il n'y a donc pas de transformation mais une attribution au titulaire de prérogatives spécifiques. Aussi, les contenus respectifs de ces prérogatives diffèrent selon qu'elles concernent l'exécution de l'obligation garantie (a) ou la réalisation de la sûreté (b).

a. Lors de l'exécution de l'obligation garantie

451. Prérogatives issues de sûretés sans dépossession. Dans les sûretés sans dépossession, la prérogative essentielle du titulaire est à trouver dans les dispositions du code civil relatives aux obligations en général. L'article 1305-4 dispose en effet que « *le débiteur ne peut réclamer le bénéfice du terme s'il ne fournit pas les sûretés promises au créancier ou*

[1] Art. 2027 c. civ.
[2] V. *supra*, n° 442 s. Pour rappel, l'acception ici retenue du pouvoir est celle défendue par MM. Lokiec et Dissaux, autrement dit celle qui ne fait pas de la création d'un acte juridique une condition de sa qualification.

s'il diminue celles qui garantissent l'obligation ». Autrement formulée, la règle implique une faculté chez le titulaire : celle de déchoir le débiteur de son terme dans les conditions exposées. Le devoir du débiteur est l'avers d'une médaille dont le revers est constitué par le pouvoir du titulaire de prononcer la déchéance du terme. Cette faculté n'est pas directement liée à la dépossession du constituant, mais les hypothèses dans lesquelles celui-ci sera fautif sont bien plus nombreuses s'il a encore le bien entre ses mains, ce qui explique que la règle soit traitée ici[1].

La faculté de procéder à la publication de la sûreté a été analysée comme une incombance à la charge du titulaire. Les modalités de cette inscription relève quant à elles davantage du pouvoir. Par exemple, le créancier hypothécaire est limité dans le montant de son inscription : il ne peut pas inscrire une hypothèque sur plusieurs biens quand la valeur d'un seul d'entre eux excède de trop le montant de la dette qu'il a accordée au débiteur[2]. Il s'agit donc bien d'une prérogative dont la mise en œuvre est limitée par l'intérêt d'autrui, donc un pouvoir. L'inscription hypothécaire autorise également un procédé qui ne semble pas épouser les traits d'un pouvoir. Il est en effet permis au créancier hypothécaire de consentir à un autre créancier hypothécaire du même bien une cession de rang, encore appelée cession d'antériorité[3]. Cette prérogative permet à un créancier hypothécaire de « *céder son rang d'inscription à un créancier de rang postérieur dont il prend la place* »[4]. Dans la mesure où l'acte ne concerne en rien les droits du constituant, puisqu'il sera toujours amené à payer ses créanciers sous la menace inchangée de la saisie du bien grevé, il ne semble pas que la cession d'antériorité soit rattachable à la catégorie des pouvoirs. Le créancier n'a pas à exercer la prérogative dans un intérêt même partiellement distinct du sien : la nature abdicative de la cession d'antériorité ne met en cause que ses intérêts propres[5]. Il s'agirait alors d'un véritable droit subjectif reconnu

---

[1] Il est prévu pour le gage une règle du code civil qui se rattache directement à celle de l'art. 1305-4, à l'exception d'une sanction supplémentaire. Selon l'art. 2344 al. 2 : « *lorsque le gage est constitué sans dépossession, le créancier peut se prévaloir de la déchéance du terme de la dette garantie ou solliciter un complément de gage si le constituant ne satisfait pas à son obligation de conservation du gage* ».

[2] Plus exactement : « *sont réputées excessives les inscriptions qui grèvent plusieurs immeubles lorsque la valeur d'un seul ou de quelques-uns d'entre eux excède une somme égale au double du montant des créances en capital et accessoires légaux, augmenté du tiers de ce montant* » (art. 2444, al. 2 c. civ.).

[3] V. Thibierge Cl., « La convention d'antériorité dans les prêts à l'acquisition immobilière », *Defrénois* 1967. 28947 ; Cabrillac M., Mouly Ch., Cabrillac S., Pétel Ph., n° 859 ; Simler Ph., Delebecque Ph., n° 558.

[4] Art. 2424, al. 2 c. civ.

[5] V. Civ. 3ème, 23 janvier 1973, *Bull. civ. III*, n° 69 ; *RTD civ.* 1975. 478, note Giverdon C. Selon l'arrêt : « *la cession d'antériorité, convenue entre créanciers hypothécaires, n'agit qu'entre eux, sans pouvoir modifier les droits ou les obligations des autres créanciers, ni du débiteur ou de ses coobligés, ni des tiers ; qu'elle n'opère donc que dans la limite de la plus faible des créances* ». Ce cantonnement inhérent à la cession d'antériorité empêche qu'une faute puisse être commise à son occasion.

au créancier hypothécaire[1]. Les autres prérogatives procèdent quant à elles de la mainmise du titulaire sur le bien.

452. Prérogatives issues de sûretés avec dépossession. S'il est concevable d'affirmer à propos du titulaire d'une sûreté réelle que les droits qui lui sont attribués sont restreints dans leur nature, cela signifie *a contrario* qu'il dispose tout de même d'un minimum de prérogatives. Ainsi, pour le gage, « *sauf disposition contraire, lorsque le détenteur du bien gagé est le créancier de la dette garantie, il perçoit les fruits de ce bien et les impute sur les intérêts ou, à défaut, sur le capital de la dette* »[2]. Est offerte au créancier une faculté de jouissance conditionnée : la perception des fruits générés par le bien grevé est légalement affectée au remboursement de la dette principale, sans même que les parties en soient convenues[3]. Ce type de prérogative conférant la jouissance d'un bien à une personne qui doit employer les fruits de cette jouissance dans un intérêt déterminé peut être qualifié de pouvoir de jouissance. De manière plus anecdotique, les parties peuvent convenir que le gagiste pourra simplement utiliser le bien, sans forcément en retirer les fruits[4]. La faculté d'utilisation ainsi offerte ne constitue pas, au demeurant, un droit subjectif. Le titulaire utilise un bien qui n'est pas le sien et dont la fonction première de garantie d'une obligation est déterminée par la sûreté. Au pouvoir de jouissance légalement reconnu, la convention de gage peut donc ajouter un pouvoir d'utilisation du bien grevé.

Le gage immobilier est sensiblement comparable sur ce point : « *le créancier perçoit les fruits de l'immeuble affecté en garantie à charge de les imputer sur les intérêts, s'il en est dû, et subsidiairement sur le capital de la dette* »[5]. Aussi, pour la conservation des biens grevés, le créancier « *peut y employer les fruits perçus avant de les imputer sur la dette* »[6]. Le pouvoir de jouissance du gagiste immobilier est ainsi conditionné par deux modalités : le paiement graduel de la dette du débiteur ou les dépenses de conservation du bien grevé. Le pouvoir par

[1] L'analyse ne remet pas en cause la nature de la sûreté ni le bien-fondé des développements antérieurs : l'hypothèque ne génère pas uniquement des pouvoirs à la charge du créancier. Le droit de suite et de préférence sont ses prérogatives essentielles et revêtent une nature « égoïste » : le but de la sûreté est de satisfaire l'intérêt propre et exclusif du créancier, au détriment des autres. Il n'y a donc aucun obstacle à qualifier la cession d'antériorité comme un droit subjectif par lequel le créancier abdique au profit d'un autre son rang privilégié.

[2] Art. 2345 c. civ.

[3] C'est ainsi que doivent être compris les premiers termes de l'article. Etant acquis qu'une sûreté ne peut jamais aboutir à l'enrichissement du créancier, plus que ce que lui rapport déjà la créance principale, l'expression « *sauf disposition contraire* » ne signifie pas que le créancier a tout loisir de s'attribuer les fruits sans les imputer au remboursement de la dette, mais que le constituant peut lui interdire purement et simplement de les percevoir.

[4] V. ainsi Mazeaud, Chabas F., Picod Y., n° 76 ; Mestre J., Putman E., Billiau M., n° 1029 ; Fenet P.-A., *Recueil complet* (…), *op. cit*., t. XV, p. 216. Pour des exemples en jurisprudence : Paris, 15 juin 1874, *DP*, 1875, II, 43 ; Lyon, 2ème ch., 6 octobre 1959, *Gaz. Pal*. 1960, 1, p. 5 ; Com., 4 mars 1965, *préc*.

[5] Art. 2389 c. civ.

[6] Art. 2389, al. 2, c. civ.

lequel le créancier perçoit et impute sur la dette les fruits de l'immeuble est donc identique à celui du gage de droit commun. À ceci près que « *le créancier peut, sans en perdre la possession, donner l'immeuble à bail, soit à un tiers, soit au débiteur lui-même* »[1]. Le gage immobilier offre ainsi une prérogative unique au titulaire : un pouvoir d'administration du bien grevé[2].

453. Prérogatives issues de la fiducie. Dans la fiducie, la question des prérogatives prend une tournure différente, car le transfert de propriété n'est pas sans incidence sur leur nature. Le bénéficiaire, lorsqu'il est également fiduciaire, dispose de prérogatives qui sont globalement comparables à celles qu'il aurait eues dans d'autres sûretés. À une différence notable toutefois : il est propriétaire du bien grevé – quoiqu'il puisse être dit de la véritable nature de cette propriété. Il n'a pas simplement la détention du bien, ce qui influe sur la nature de ses prérogatives. Leur détermination passe par un point commun avec les autres types de sûretés : la contrainte pour le fiduciaire d'exercer ses prérogatives dans un intérêt au moins partiellement distinct du sien, celui du constituant. Il s'agit donc bien d'un pouvoir. Sa qualité de propriétaire supposerait cependant la titularité de droits subjectifs. Il n'en est rien, à supposer que la qualification de « *pouvoir de propriété* » soit fondée[3]. Cette qualification a été proposée pour expliquer la nature des droits d'un associé qui consent un apport en propriété. D'un droit subjectif pour son titulaire, la propriété se mue en un pouvoir. L'associé-apporteur, s'il a la faculté d'exploiter les utilités du bien transmis, n'en est plus le propriétaire. Il doit orienter sa gestion, au moins en partie, dans l'intérêt de la personne morale : même s'il a vocation à recouvrer la propriété du bien à la dissolution de la société, ses droits se limitent dans l'intervalle à des pouvoirs. Ce même schéma est transposable à l'hypothèse de la fiducie. Que le constituant ait transféré la totalité de ses prérogatives sur les biens intégrant le patrimoine fiduciaire ou qu'il s'en soit réservée une partie ne change rien à l'analyse. Dans un cas comme dans l'autre, le fiduciaire est investi d'un pouvoir de propriété. Cela signifie qu'il ne pourra pas exploiter les utilités du patrimoine fiduciaire en suivant son seul intérêt, mais qu'il devra le faire en respectant également celui du constituant. L'expression « *pouvoir de propriété* » fait donc utilement écho à celle de « *propriété affectée* ». Si le droit positif

[1] Art. 2390 c. civ.
[2] Une autre prérogative singulière est consacrée dans le gage des stocks. L'article L. 527-5, al. 3 c. com. prévoit que « *le créancier peut, à tout moment et à ses frais, faire constater l'état des stocks engagés* ». La disposition est propre à la sûreté et s'analyse quant à elle en un droit subjectif. Par ce biais, le créancier poursuit un intérêt qui lui est personnel, d'autant qu'il en supporte les frais. Il n'a pas à faire constater l'état des stocks dans un intérêt au moins partiellement distinct du sien.
[3] V. not. Raffray R., *th. préc.*, n° 40 et n° 321.

français admet un tempérament grave à l'absolutisme de la propriété, il est par souci de cohérence nécessaire d'admettre dans le même temps une altération possible des prérogatives qui en découlent. Si la propriété peut être affectée sans être disqualifiée, la reconnaissance des pouvoirs de propriété est alors indispensable à sa mise en œuvre. Ainsi peut être comprise la détermination impérative de « *la mission du ou des fiduciaires et l'étendue de leurs pouvoirs d'administration et de disposition* »[1].

b. Lors de la réalisation de la sûreté

454. Renforcement du rapport obligatoire par octroi de prérogatives supplémentaires au titulaire. Les prérogatives du titulaire lors de la phase d'exécution de l'obligation garantie sont nécessairement moins vigoureuses que lors de la réalisation de la sûreté. Il s'agit d'une phase intermédiaire de latence, marquée par l'incertitude : nul ne sait si la sûreté viendra à être réalisée. Cela peut expliquer la nature des prérogatives du créancier. Dans la mesure où son droit s'apparente plus à une simple expectative qu'à un droit acquis, il lui revient de respecter les intérêts de son débiteur. À la défaillance de ce dernier, les droits du titulaire voient leur vitalité renforcée et des prérogatives nouvelles, parfois inédites, s'offrent à lui. À nouveau, il est impératif, pour l'étude de ces prérogatives, de dissocier les sûretés basées sur la préférence, de celles basées sur l'exclusivité.

455. Prérogatives issues de sûretés préférentielles. Dans les sûretés préférentielles, la préférence donnée au créancier peut être parfois compromise du fait de l'aliénation du bien par le débiteur. Le droit de suite tempère ce risque et autorise le créancier à saisir le bien, en quelques mains qu'il se trouve et ce indépendamment du nombre, de la nature ou de la validité des aliénations opérées.

Cette faculté n'a de sens que pour les sûretés sans dépossession. Elle renforce le droit du créancier tout en laissant au débiteur une marge de manœuvre dans la gestion de son bien affecté. Pour les sûretés avec dépossession, la mainmise du créancier sur le bien, donc le jeu de l'article 2276 du code civil, suffit à lui assurer une protection[2]. Le droit de suite s'analyse

[1] Art. 2018 c. civ.

[2] Il a cependant été reconnu un droit de suite à quelques sûretés dont la nature s'en accommode délicatement, notamment le gage immobilier. V. not. Cabrillac M., Mouly Ch., Cabrillac S., Pétel Ph., n° 916 ; Simler Ph., Delebecque Ph., n° 376. Or la loi ne prévoit pas cette faculté : l'art. 2388 c. civ. renvoie aux dispositions de l'hypothèque qui sont applicables au gage immobilier. Les références s'arrêtent à l'art. 2460 du même code : l'art. 2461 qui dispose précisément du droit de suite est donc, par un raisonnement élémentaire, nécessairement exclu.

ainsi en une extension des prérogatives du créancier garanti, par rapport à un créancier chirographaire : son pouvoir de contrainte se trouve renforcé par le droit de suite. L'assujettissement du bien grevé par l'effet de la sûreté réelle détermine sa condition juridique, contre laquelle les tiers ayant acquis postérieurement leur droit sur le même bien ne peuvent rien[1]. Régulièrement publiée, la sûreté autorise le créancier à ignorer les aliénations du bien et à le saisir indépendamment de sa situation. La nature de cette prérogative épouse les traits d'un véritable droit subjectif. Le créancier, sujet actif, est fondé à exiger de l'ayant-cause à tire particulier du constituant, sujet passif, la remise du bien – ou, selon la sûreté, la purge, le délaissement… A aucun moment le créancier n'est tenu de préserver l'intérêt de son débiteur ou celui du propriétaire du bien grevé – toute hypothèse d'abus mise à part. Le droit de suite n'est donc pas un pouvoir du titulaire mais bien un droit subjectif à lui reconnu. Aussi est-il impossible pour le constituant de reprocher l'exercice de son droit de suite par le titulaire[2], puisque ce sont ses ayants cause qui en souffrent et dont les intérêts sont lésés en tant que « débiteurs » d'une dette à laquelle ils n'ont jamais consenti[3].

Analysé sous l'angle de la dualité de l'obligation, le droit de suite intègre le rapport obligatoire de l'obligation garantie. Etant donné que la sûreté, par elle-même, ne permet pas au créancier d'accéder au patrimoine de son débiteur puisque tel est l'effet du lien d'obligation garanti, la sûreté n'ajoute pas au droit de ce créancier, elle le renforce. Le droit du créancier est bien celui d'exiger du débiteur l'exécution de son engagement, au besoin sur ses biens : la sûreté vient densifier cette prérogative en autorisant son titulaire à saisir le bien « *en quelques mains qu'il passe* ». L'analyse confirme, pour l'instant, l'intuition selon laquelle la sûreté réelle créé à la charge des parties un rapport d'obligation distinct de celui contenu dans l'obligation garantie, sans créer de rapport obligatoire supplémentaire. La sûreté réelle densifie les exigences comportementales des parties (lesquelles sont essentiellement fonctions de la mainmise d'une de ces parties sur le bien grevé) dans le même temps qu'elle accroît les prérogatives du titulaire[4]. La création d'un rapport d'obligation propre à la sûreté

[1] Pour assurer la sécurité des tiers, il est normalement prévu une publicité de la sûreté lorsqu'elle est consentie sans dépossession. Cette publicité conditionne le droit du créancier : sans elle, il ne saurait se prévaloir ni de l'antériorité ni de la supériorité de son droit. L'art. 2337 c. civ. prévoit que la publicité conditionne l'opposabilité aux tiers du gage sans dépossession, que ces tiers soient de nouveaux créanciers gagistes ou de simples ayants cause à titre particulier, irrecevables à invoquer l'art. 2276 c. civ.

[2] Sauf à caractériser chez le titulaire une intention de nuire dans l'exercice de son droit. Cela pourrait être le cas si par exemple il dispose d'autres moyens de recouvrer sa créance, aussi efficaces et moins préjudiciables pour le constituant.

[3] L'ayant-cause « *est, en quelque sorte, dans la situation d'une caution qui aurait été engagée de force à garantir la dette d'autrui sur un seul de ses biens* » (Gijsbers Ch., *th. préc.*, n° 142).

[4] Il serait inexact de dire que la sûreté accroit les prérogatives du constituant : s'il peut par exemple exiger la remise du bien en cas de manquement à l'obligation de conservation, cela n'est que la suite logique des effets

se double d'un renforcement du rapport obligatoire de l'obligation garantie. Cet accroissement se matérialise d'ailleurs, plus encore que dans le droit de suite, dans le droit de préférence.

Le droit de préférence est l'essence même des sûretés réelles traditionnelles[1]. Il s'agit de la prérogative la plus efficace que les créanciers cherchent à obtenir et celle par laquelle, à la défaillance de leur débiteur, ils pourront être payés prioritairement sur le bien grevé. Il se définit comme le « *droit pour certains créanciers d'échapper au concours des autres créanciers (ou de certaines catégories de créanciers) dans la distribution du prix de vente des biens du débiteur et d'être payés avant ceux auxquels ils sont préférés* »[2]. Prolongement du droit de suite auquel il est souvent conditionné, le droit de préférence est également une prérogative qui relève du pouvoir de contrainte du créancier, de son droit de poursuite. Il lui permet, relativement à un bien grevé, d'être payé avant les autres, là où les créanciers chirographaires sont soumis entre eux au principe d'égalité. Ce n'est donc pas une prérogative réellement autonome, susceptible d'être mise en œuvre isolément : la préférence est le prolongement de la saisie du bien grevé et ne peut se réaliser qu'à travers elle. À l'instar du droit de suite, ce droit de préférence est un facteur d'accroissement de la vigueur du droit de poursuite du créancier. Il ne crée pas à son profit un droit nouveau, il renforce un droit que la seule qualité de créancier lui offre, à savoir contraindre le débiteur au paiement.

C'est ainsi que le droit de préférence peut être expliqué par le recours à l'analyse dualiste de l'obligation. Son existence a pour effet de renforcer le rapport obligatoire de l'obligation

---

légaux de la sûreté. Le créancier doit veiller dans la mise en œuvre de son pouvoir à la préservation des intérêts du constituant : celui-ci peut simplement reprocher au premier le non-respect de ses droits, mais cette prérogative ne constitue pas une valeur ajoutée dans le patrimoine du constituant.

Aussi la situation a-t-elle été décrite comme étant une « *aggravation de la situation patrimoniale du tiers acquéreur par le droit de suite* » (Gijsbers Ch., *op. et loc. cit.*). L'argument de l'aggravation patrimoniale du tiers acquéreur peut être discuté : à proprement parler, l'aggravation supposerait que le tiers ait été titulaire d'un droit d'une valeur déterminée avant que cette valeur éprouve une dépréciation. Or lorsqu'il acquiert le bien, celui-ci est déjà grevé, il ne saurait donc y avoir une quelconque « *aggravation* » : le mouvement de perte de valeur est antérieur à l'aliénation. Par ailleurs ce tiers dispose de recours à l'endroit du constituant, même en l'absence de tout comportement répréhensible de sa part. L'art. 2473 c. civ. prévoit par exemple pour l'hypothèque que : « *le tiers détenteur qui a payé la dette hypothécaire, ou délaissé l'immeuble hypothéqué, ou subi la vente forcée de cet immeuble, a le recours en garantie, tel que de droit, contre le débiteur principal* ». L'aggravation existe en germe dès la naissance de la sûreté : elle est latente lors de l'aliénation et déploie ses effets lors de la saisie, mais le droit de suite n'en est pas la cause. S'il existe une aggravation, elle n'est pas à trouver dans la mise en œuvre du droit de suite.

[1] V. not. Aynès L., Crocq P., n° 401 ; Cabrillac M., Mouly Ch., Cabrillac S., Pétel Ph., n° 567 ; Mestre J., Putman E., Billiau M., n° 132 ; Planiol M., Ripert G., *Traité pratique de droit civil français. Sûretés réelles*, t. XII, par E. Becqué, n° 1.

[2] Cornu G. (dir.), *Vocabulaire juridique*, *op. cit*., V° Préférence (- droit de), p. 789. La définition est adéquate à ceci près que le créancier n'échappe pas au concours : il participe au concours, mais dans une situation privilégiée. Seules les sûretés conférant à leurs titulaires une situation d'exclusivité leurs permettent d'être épargnés du concours. V. en ce sens Gijsbers Ch., *th. préc.*, n° 128, n. 4, qui préfère voir une « *technique de rupture d'égalité* », car « *ce n'est pas le concours en lui-même qui est exclu mais la règle d'égalité qui le régit* ».

garantie. L'exécution de la prestation, objet de ce rapport, est rendue plus sûre. Elle revêt en effet deux modalités, dont l'une seulement est propre à la sûreté réelle : le paiement spontané du débiteur, indifférent à l'existence d'une sûreté, ou le paiement forcé par la saisie du bien suivie de son attribution préférentielle au créancier. Cet accroissement de la vigueur du rapport obligatoire de l'obligation garantie s'accompagne de la création d'un rapport d'obligation spécifique, autonome de celui préexistant dans l'obligation garantie. Ce rapport d'obligation suppose principalement une incombance du créancier, par laquelle il doit assurer l'opposabilité de son droit, le plus souvent au moyen d'une publicité. Sans cette démarche, les tiers n'ont pas à subir la préférence du créancier garanti, qui reste lettre morte. Il s'agit donc bien d'un avantage spécifique à la sûreté réelle, dont l'effectivité dépend d'une exigence comportementale à la charge du titulaire : l'incombance de publication de son droit[1]. Cet avantage, à l'image du droit de suite, est par nature un droit subjectif. Ce ne saurait être un pouvoir, car la fonction de la préférence est précisément d'assurer la satisfaction d'un intérêt strictement personnel du créancier et d'écarter corrélativement celui des autres créanciers. Le titulaire n'a donc pas à prendre en compte un quelconque intérêt extérieur au sien[2], sauf à commettre un abus de droit si par exemple la réalisation de cette sûreté est bien plus préjudiciable pour le débiteur que par un autre moyen dont le titulaire disposait[3].

Enfin, les divers modes de réalisation des sûretés réelles sont les dernières prérogatives originales des créanciers titulaires. Plus exactement, l'attribution du bien en paiement au créancier constitue cette prérogative exclusive aux sûretés réelles. La perception du prix de l'adjudication par un créancier saisissant n'est pas, en effet, tributaire de sa qualité. C'est d'ailleurs l'un des rares moyens pour un créancier chirographaire d'espérer obtenir paiement d'un débiteur insolvable. Au contraire, plusieurs sûretés réelles offrent au créancier la possibilité, à titre de paiement, de devenir propriétaire du bien grevé, judiciairement ou

[1] Celle-ci n'est certes pas systématique, car si le créancier est en possession du bien, cette seule situation suffit à le protéger des tiers qui prétendraient à un droit sur ce même bien. Ainsi en est-il du créancier gagiste sans dépossession qui a publié son droit avant que le second ne soit entré en possession du même bien, au titre d'un gage (art. 2340, al. 2, c. civ.).

[2] L'argument selon lequel la préférence constitue un « *appauvrissement des créanciers primés* » (Gijsbers Ch., *th. préc.*, n° 129) ne paraît pas plus convaincant que l'idée d'un droit de suite aggravant la situation du tiers acquéreur. Certes le droit de préférence est une prérogative tournée contre les créanciers du constituant, car celui-ci n'éprouve pas plus la saisie de ses biens lorsque leur valeur est affectée à l'un ou l'autre de ses créanciers : dans tous les cas, il paye sa dette. Mais l'idée d'appauvrissement est tronquée : les créanciers de rang inférieur ne subissent pas la dépréciation d'un droit dont la valeur était supérieure au moment de la constitution de la sûreté. Un créancier hypothécaire qui inscrit sa sûreté en second rang ne s'appauvrit aucunement : il devra certes se contenter de la valeur résiduelle du bien grevé mais à aucun moment son droit n'a subi d'altération qui puisse être analysée comme un appauvrissement. C'est un droit de valeur inférieure à celui qui sera préféré, mais ce n'est pas un droit qui, entre sa naissance et sa mise en œuvre, a éprouvé une diminution.

[3] V. sur ce point : Mestre J., « Réflexions sur l'abus du droit de recouvrer sa créance », *Mélanges Raynaud*, Dalloz, 1985, p. 439.

conventionnellement. Quelle que soit la nature de la demande, il s'agit toujours pour le créancier d'une faculté et non d'une charge : le choix lui est laissé, entre l'attribution de la valeur du bien ou l'attribution du bien lui-même, par le juge ou par le contrat[1]. Cette prérogative s'apparenterait elle aussi à un droit subjectif. Il n'est pas question pour le créancier de tenir compte dans la réalisation de sa sûreté des intérêts du débiteur – sauf, une fois encore, à commettre un abus de droit. Il ne serait donc pas titulaire du pouvoir de s'attribuer le bien en paiement mais bien d'un droit subjectif à cette attribution. C'est ici aussi la satisfaction d'un intérêt égoïste qui justifierait cette nature. Ce serait toutefois négliger une démarche essentielle sans laquelle l'attribution du bien en paiement ne peut avoir lieu : l'estimation de la valeur du bien grevé, par un expert ou par référence à la cotation officielle du bien sur un marché organisé[2]. Le lien de dépendance entre l'évaluation de la valeur du bien et son attribution en paiement oriente la qualification de cette prérogative vers l'incombance. L'évaluation est une exigence comportementale (inassimilable à une prestation) qui est préalable à l'exercice d'un droit empreint d'aléa (l'attribution du bien n'a rien de certain, si le créancier se voit primé par d'autres intérêts[3]) et auquel le créancier doit s'astreindre s'il veut devenir propriétaire[4]. Cette incombance laisse ensuite la place, parfois, à un devoir contractuel. Ce devoir consiste, pour le créancier, à reverser une soulte au constituant égale à la différence entre la valeur du bien grevé et le montant de la créance garantie, ou de consigner la somme en présence d'autres créanciers munis d'une sûreté sur le même bien[5].

456. Prérogatives issues de la fiducie. À la différence des sûretés préférentielles, la réalisation de la propriété-sûreté qu'est la fiducie confère au créancier bénéficiaire une position extrêmement efficace et avantageuse, par rapport aux autres créanciers garantis. S'il ne dispose ni du droit de suite ni du droit de préférence, c'est précisément car il est propriétaire, même imparfaitement, des biens grevés et que la défaillance du constituant entraîne pour le bénéficiaire « *la libre disposition du bien ou du droit cédé à titre de*

[1] Sauf si la sûreté est une hypothèque qui porte sur la résidence principale du constituant (art. 2458 c. civ). Aussi cette liberté devrait-elle être renforcée en maintenant au titulaire la faculté de vendre le bien grevé malgré l'existence d'un pacte commissoire. En ce sens, V. Grimaldi M. (dir.), *Avant-projet de réforme du droit des sûretés*, *op. cit*., art. 2348, p. 74.

[2] Art. 2348, al. 2 c. civ. pour le gage, art. 2388 c. civ. pour le gage immobilier et art. 2460 c. civ pour l'hypothèque. Il est proposé, dans un souci de clarté, de réunir ces dispositions : Grimaldi M. (dir.), *Avant-projet de réforme du droit des sûretés*, *op. cit*., art. 2348-1, p. 74.

[3] Ce sera le cas s'il existe des créanciers privilégiés du même débiteur, ou si ce dernier fait l'objet d'une procédure collective ou de surendettement.

[4] Les dispositions de droit commun du nantissement paraissent être une exception, puisque l'évaluation à dire d'expert n'est prévue nulle part. En réalité, la détermination de la valeur du bien corporel nanti doit être prévue dans l'acte initial, à peine de nullité (V. art. 2356 c. civ.). Le raisonnement est alors extensible au nantissement.

[5] V. not. art. 2348, al. 3 ; 2388 ; 2366 et 2460 c. civ.

garantie »[1]. À la tête d'une propriété affectée, le créancier devient véritablement propriétaire lors de la défaillance de son débiteur et il n'a pour ce faire aucune prérogative particulière à mettre en œuvre. Le droit de suite n'aurait pas de sens en pareille hypothèse : si le fiduciaire non-bénéficiaire vend le bien grevé, le produit de la vente sera automatiquement affecté, par le jeu de la subrogation réelle, à la garantie de l'obligation. Le droit de préférence n'existe pas davantage, il est remplacé par l'exclusivité du droit du bénéficiaire sur le bien grevé, ce qui est par ailleurs plus efficace encore que la revendication d'un droit de préférence[2]. Néanmoins, si les prérogatives de ce titulaire sont d'une nature différente par rapport aux sûretés préférentielles, elles se rejoignent au sujet des conditions et des conséquences de leur mise en œuvre. Que ce soit dans la fiducie-sûreté mobilière ou immobilière, le droit de propriété recouvré par le bénéficiaire face à son débiteur défaillant est soumis à une évaluation préalable du bien grevé[3]. Sans cette évaluation, le transfert ne saurait être régulier. Aussi, le transfert définitif de la propriété aboutit, comme pour les sûretés préférentielles, à la remise éventuelle d'une soulte au débiteur si la valeur du bien transféré est supérieure à celle de l'obligation garantie[4]. Lors de la réalisation de la sûreté, le bénéficiaire de la fiducie est alors nécessairement soumis à l'incombance de l'évaluation du bien grevé et, éventuellement, au devoir de restitution du montant de la valeur perçue excédant celle de l'obligation garantie.

C. Les droits et devoirs du tiers chargé de la gestion de la sûreté réelle[5]

457. Un engagement de nature différente. Il est loisible pour les parties à une sûreté de solliciter les services d'un tiers afin qu'il assure la gestion de la sûreté réelle. C'est le cas le

---

[1] Art. 2372-3 c. civ. Pour une formulation comparable, V. également l'art. 2488-3 c. civ.

[2] C'est pour cette raison qu'il est inexact d'affirmer que les sûretés préférentielles ont vocation à soustraire leur bénéficiaire à la loi du concours. Ils continuent d'être soumis à cette loi, mais le concours en ressort perturbé, puisque la préférence placera le bénéficiaire à la tête de ce concours. La fiducie épargne en revanche le bénéficiaire du concours, puisque son droit ne sera pas concurrencé par celui des autres créanciers de son débiteur : là réside tout l'intérêt de la situation d'exclusivité.

[3] Art. 2372-3 et 2488-3 c. civ. V. Grimaldi M. (dir.), *Avant-projet de réforme du droit des sûretés*, *op. cit.*, art. 2378, al. 4, p. 89 et 2488-3, al. 4, p. 117. Selon cette proposition, le créancier peut « *sous sa responsabilité* » vendre le bien sans procéder à une évaluation préalable de sa valeur et « *dans ce dernier cas, il justifie qu'il a vendu à un juste prix* ».

[4] Art. 2372-4 et 2488-4 c. civ.

[5] Il convient de centrer cette partie sur les tiers qui ont en charge la gestion, entendue au sens large, de la sûreté réelle et d'écarter par conséquent les tiers qui aident seulement à la constitution de la sûreté, comme les notaires ou les rédacteurs d'actes. Leur rôle n'est pas sans conséquence, mais l'examen de leur faute est fondamentalement différent de celui des véritables acteurs de la sûreté. Sur ce sujet, V. not. Latina M., Sagaut J., « La responsabilité des notaires en matière de sûretés », *Defrénois* 2011, p. 976 ; Piedelièvre, « La responsabilité du notaire en matière hypothécaire », *RLDC* 2005, p. 644. Pour des exemples en jurisprudence, V. également Civ. 1ère, 22 avril 1980, *Bull. civ. I*, n° 120 ; Civ. 1ère, 21 mai 1985, *Bull. civ. I*, n° 155 ; *Gaz. Pal.* 1985, 2, pan. 267.

plus évident du fiduciaire, lorsqu'il n'est pas lui-même le bénéficiaire de la fiducie. C'est le cas également de l'entiercement, « *modalité consistant à remettre l'objet du gage, non entre les mains du créancier gagiste, mais entre celles d'une tierce personne, choisie par les parties, qui accepte de la conserver pour leur compte* […] »[1]. Plus encore, l'entiercement dans une forme institutionnalisée a connu une récente consécration, à travers la fonction d'agent des sûretés. Inspiré du « *security trustee* » du droit anglo-saxon, l'agent des sûretés a ainsi pour fonction la constitution comme la gestion ou la réalisation de sûretés au profit de créanciers désignés[2].

Dans ces trois cas de figure, l'immixtion d'une tierce personne confère à l'opération une nature originale. Elle ne se confond pas avec une sûreté personnelle, car le tiers convenu ne s'engage aucunement à exécuter la prestation aux lieux et places du débiteur garanti. Elle n'est pas non plus une sûreté réelle pour autrui, puisqu'il ne s'agit pas pour un propriétaire d'affecter l'un de ses biens propre à la garantie d'une obligation à laquelle il est tiers. L'objet de l'obligation du tiers convenu s'étend de la création à la réalisation de la sûreté en passant par son inscription et sa gestion[3]. Partant de ces éléments liminaires, il est alors possible de

---

[1] Cornu G. (dir.), *Vocabulaire juridique, op. cit*., V° Entiercement, 1, p. 406. L'hypothèse d'une absence de dépossession peut d'ailleurs s'appliquer à l'entiercement. V. Grimaldi M. (dir.), *Avant-projet de réforme du droit des sûretés*, *op. cit*., art. 2337, p. 71, évoquant un entiercement « *à domicile* ».

[2] D'abord introduit par la réforme du 23 mars 2006 (à l'ancien art. 2328-1 c. civ.), le statut de l'agent des sûretés a été refondu par l'ordonnance n° 2017-748 du 4 mai 2017. Codifiée aux art. 2488-6 à 2488-12 c. civ., cette fonction initialement réduite à la gestion des sûretés réelles a été étendue à celle des sûretés personnelles. Ce type d'opération est surtout utilisé par les chefs de file des pools bancaires au profit des membres qui composent ces groupements. Sur le sujet, V. Bertran de Balanda J., « Crédit syndiqué et sûretés », *Banque et droit* mars-avr. 1997, p. 3.

D'un point de vue technique, l'agent des sûretés est un exemple nouveau de patrimoine d'affectation reconnu en droit français, au point d'ailleurs qu'il est malaisé de dissocier l'agent des sûretés d'un fiduciaire. La transposition en droit interne d'un mécanisme issu du droit anglo-saxon ne s'est pas faite sans heurt : l'étendue des prérogatives et, bien plus encore, la véritable nature de l'agent des sûretés sont encore incertaines – est-il un mandataire, un commissionnaire ou encore un fiduciaire qui ne dit pas son nom ? D'aucuns déplorent la perfectibilité de ce statut particulier, peu propice à son succès. Sur l'agent des sûretés dans sa version initiale, V. Nabet P., « Pour un agent des sûretés efficace en droit français ou comment donner un effet utile à l'article 2328-1 du Code civil », *D*. 2012. 1901 ; Adelle J.-F., « L'agent des sûretés en droit français : pour une clarification des régimes de l'article 2328-1 du Code civil et de la fiducie de sûretés », *RDBF* 2010, étude 20. Quant aux critiques relatives au nouveau statut de l'agent des sûretés, V. Bordenave A., Guilleminot B., « Le nouvel agent des sûretés à la française », *Option finance*, juin 2017, n° 1417, p. 51 ; Laisney L.-J., « Changement de régime pour l'agent des sûretés », *AJ contrat* 2017, n° 6, p. 273 ; Legeais D., « Publication de l'ordonnance relative à l'agent des sûretés », *JCP E* 25 mai 2017, n° 21-22, p. 9 ; Pesneau, « The new French law security agent : an efficient tool for syndicated loans », *RTDF* avril 2017, n° 2, p. 75 ; Piette G., « L'ordonnance du 4 mai 2017 sur l'agent des sûretés : entre précisions et oublis », *Lexbase Hebdo – Edition Affaires*, 8 juin 2017, n° 15. Pour une première appréhension jurisprudentielle du *security trustee*, V. également Com., 13 septembre 2011 ; *Bull. civ. IV*, n° 131 ; *D*. 2011. 2272 et 2518, note D'Avout L. et Borga N. ; *Dr. et Patr*. déc. 2011, p. 95, note Ancel M.-E., févr. 2012, p. 77, obs. Dupichot Ph. et mars 2012, p. 89, obs. Prüm A. et Mattout J.-P. ; *RDBF* 2011, comm. 201, note Legeais D. ; *RLDC* nov. 2011, p. 38, note Ansault J.-J. ; *RPC* 2011, comm. 173, obs. Menjucq M. et Mastrullo T.

[3] L'avantage d'une telle opération est qu'elle rassure le créancier des éventuelles manœuvres de son débiteur pour dissiper le bien grevé. Dans le même temps, le créancier n'a pas à assumer les charges qui découleraient de sa mainmise sur le bien.

voir dans l'engagement du tiers une obligation composée de ses deux rapports : le rapport obligatoire par lequel l'agent est tenu de gérer les sûretés, ce qui caractérise une véritable prestation et le rapport d'obligation, composante comportementale de son engagement.

458. La gestion de la sûreté, prestation du tiers convenu[1]. L'entiercement impose au tiers convenu de conserver le bien grevé dans l'intervalle qui sépare la naissance de la sûreté réelle de son extinction[2]. Ce rôle rappelle naturellement celui qui, dans les sûretés sans entiercement, doit également assurer cette conservation : constituant ou titulaire selon l'absence ou la présence d'une dépossession. Une différence fondamentale oppose néanmoins les deux cas de figures. Alors que la conservation du bien grevé en l'absence d'entiercement joue un rôle secondaire dans la réalisation de la sûreté, elle devient prépondérante lorsqu'un tiers en est chargé. Dans le premier cas, elle prend la forme d'un devoir. Les parties doivent alternativement satisfaire à la conservation du bien grevé, sans jamais pouvoir en être déchargées. Dans le second cas, elle forme une véritable prestation. Le fondement technique de cette différence est à trouver dans le contenu de l'obligation. En l'absence de tiers convenu, il n'y a pas véritablement de contenu de l'obligation mais plutôt un effet : l'affectation du bien à la garantie d'une obligation préalable. En présence d'un tiers, l'objet de l'obligation est la gestion du bien grevé. L'entiercement génère alors non seulement un rapport d'obligation mais également un rapport obligatoire liant le créancier au tiers convenu. La conservation du bien grevé, charge périphérique à l'affectation réelle dans les sûretés sans entiercement, donne à l'obligation du tiers convenu une véritable consistance. Plus encore, quoique le raisonnement ne corresponde plus à la terminologie du droit positif, la gestion de la sûreté est la cause finale de l'entiercement. En son absence, la conservation reste accessoire ; en sa présence, elle constitue la prestation caractéristique.

459. La subsistance du rapport d'obligation. La création d'un rapport obligatoire à la charge du tiers convenu s'accompagne inévitablement de celle d'un rapport d'obligation, car le second peut exister sans le premier, alors que l'inverse ne se vérifie pas. L'entiercement engendre ainsi diverses exigences comportementales que le tiers, mais également les parties à la sûreté, devront assumer. Lorsqu'il engage des frais pour la conservation du bien grevé, le tiers ne devra pas en éprouver le poids et sera fondé à demander au constituant le

[1] Le terme doit ici être largement compris : il ne s'agit pas seulement de la gestion au sens strict, mais de la création, de l'inscription, de la conservation ou encore de la réalisation de la sûreté.
[2] Le terme « entiercement » sera retenu pour désigner indistinctement les trois opérations préalablement décrites.

remboursement des « *dépenses utiles ou nécessaires que celui-[là] a faites pour la conservation du gage* », selon l'article 2343 du code civil. Il s'agit bien là d'un effet légal élémentaire de l'entiercement, sans qu'il ne participe de la prestation. Le tiers ne s'engage pas pour être remboursé mais pour conserver le bien et éventuellement réclamer *a posteriori* ce remboursement. Toutefois, les dispositions légales ne prévoient pas de contraintes comportementales expresses à la charge du tiers convenu. Il est d'ailleurs permis de relever que l'exigence d'individualisation pesant sur le créancier gagiste de choses de genre ne trouve pas de corollaire à la charge du tiers convenu. Du moins n'existe-t-elle pas dans la loi mais il est parfaitement envisageable de la transposer : l'intérêt de la disposition est de préserver l'assiette du gage. Il serait surprenant que le tiers convenu soit dispensé d'une telle exigence au sujet des choses de genre, quand son rôle tient précisément à la conservation du bien grevé, laquelle passe par l'individualisation de son assiette. À s'en tenir à une lecture littérale des dispositions de droit commun sur le gage, une telle contrainte ne concerne pas le tiers convenu. En retenant une interprétation téléologique, il paraît évident qu'il y soit également soumis. Quoi qu'il advienne et pour conclure, l'engagement du tiers convenu pour la conservation d'un bien grevé d'une sûreté réelle est le seul, à la différence du titulaire et du constituant, à former une obligation composée de ses deux rapports.

CONCLUSION DU CHAPITRE II

460. Conclusion du Chapitre 2. Pour pouvoir conclure à la concordance des sûretés réelles et de la notion d'obligation, il aura ainsi fallu éprouver toutes les acceptions connues de ce lien de droit.

L'analyse moniste classique s'est révélée inadaptée. Indissociable du critère de la prestation, cette perception de l'obligation ne se prête nullement à la définition des sûretés réelles. À tout le moins, elle aura eu le mérite de mettre en évidence l'absence totale de prestation engendrée par les sûretés réelles à la charge du titulaire et du constituant.

L'analyse moniste objective encourt le même grief que lorsqu'elle fut abordée à l'occasion des sûretés personnelles. Elle peut expliquer la transmissibilité des sûretés mais pas la condition juridique du bien grevé ni les prérogatives des parties.

L'analyse dualiste classique se révèle à première lecture plus appropriée. Les sûretés réelles ne créeraient qu'un rapport de responsabilité sans rapport de dette, ce qui correspond à l'absence de prestation et à l'existence d'une contrainte pour le constituant. En revanche, elle ne permet pas de saisir les diverses exigences connexes qui peuvent notamment peser sur le titulaire, comme la conservation du bien grevé.

C'est alors l'analyse dualiste moderne de l'obligation qui permet, le mieux, d'illustrer la nature comme le fonctionnement des sûretés réelles. Le rapport d'obligation a pour effet d'assujettir tant les parties que les biens qui forment l'objet de l'obligation. Le bien grevé a donc une condition juridique modifiée par l'effet du rapport d'obligation. Indépendamment des exigences comportementales attendue des parties, la condition juridique du bien s'impose à elles comme aux tiers. Quant aux effets personnels, ils s'expliquent par la création d'un rapport d'obligation isolé à la charge des parties, sans aucune prestation attendue de leur part. Cette création se double d'un second effet : le renforcement par la sûreté réelle du rapport obligatoire de l'obligation garantie. Le droit de poursuite du créancier titulaire, issu de ce seul rapport, se double d'un droit de suite et d'un droit de préférence ou d'une situation d'exclusivité. Toute sûreté réelle a alors un effet double. Le premier consiste à créer un rapport d'obligation qui astreint les parties en orientant leur comportement et qui, dans le même temps, modifie la condition juridique du ou des biens grevés. Le second effet est celui du renforcement du rapport obligatoire de l'obligation garantie, par l'octroi de prérogatives supplémentaires au titulaire. Ces remarques invitent à quelques approfondissements.

L'étude des sûretés réelles menée sous le prisme de l'obligation aura en effet été l'occasion de revenir sur certains concepts fondamentaux du droit des biens. L'assujettissement que réalise l'obligation concerne tant les parties à la sûreté que leurs biens, à travers elles. L'effet personnel de l'obligation se double d'un effet réel. Cet assujettissement explique la condition juridique du bien grevé et doit être relié à l'affectation.

L'affectation est une notion strictement fonctionnelle qui procède du concept d'assujettissement. L'assujettissement explique la condition juridique du bien grevé et l'affectation détermine, en conséquence, ses effets : la répartition des prérogatives et exigences comportementales entre constituants, titulaires et tiers à la sûreté réelle. Assujettissement et affectation sont alors respectivement les aspects statique et dynamique des sûretés réelles. Plus précisément, l'affectation étant une technique qui dépasse les seules sûretés réelles, son objet a dû être précisé. Il s'est avéré qu'un type particulier d'affectation est propre aux sûretés réelles et en constitue le critère catégoriel : l'affectation de la valeur d'un bien ou d'un droit en garantie d'une obligation. Cette affectation correspond, fondamentalement, à l'immobilisation de la valeur du bien grevé destinée prioritairement au paiement de l'obligation garantie. Cette affectation se distingue des autres connues en ce qu'elle procède d'abord d'une restriction des prérogatives sur le bien affecté, alors que les autres affectations résultent d'une répartition de ces prérogatives. Elle illustre l'effet médiat des sûretés réelles. Le bien grevé est dans une situation de latence dont le terme sera fonction de l'exécution de l'obligation garantie, alors que les autres affectations ont un effet immédiat et non-éventuel. Ces divers enseignements permettent alors de mieux appréhender les devoirs et prérogatives engendrés par les sûretés réelles à l'égard des parties.

CONCLUSION DU TITRE I

461. Conclusion du Titre I. La nature de l'engagement résultant d'une sûreté réelle est composite. L'absence de prestation confère aux engagements issus de sûretés réelles une originalité certaine, irréductible aux catégories de droits patrimoniaux classiques ou alternatives. Analysées sous l'angle de l'obligation duale, les sûretés réelles révèlent leurs effets véritables. En l'absence de prestation, donc de rapport obligatoire, elles ne créent qu'un rapport d'obligation à la charge des parties. Ce rapport est lui-même composé des exigences comportementales que sont devoirs et incombances. Aussi, les sûretés réelles renforcent le rapport obligatoire de l'obligation garantie, en octroyant au titulaire des prérogatives inédites : droit de suite, droit de préférence, situation d'exclusivité. Ces divers effets varient en fonction de chaque protagoniste, qu'il s'agit de dissocier.

Pour ce qui concerne tout d'abord le constituant de la sûreté réelle, celui-ci est exclusivement tenu par l'existence de devoirs contractuels. Ces devoirs se répartissent alternativement entre :
- la remise du bien au titulaire, si la sûreté réelle est consentie avec dépossession ;
- la conservation du bien grevé, si la sûreté est consentie sans dépossession ;
- la répétition des impenses de conservation engagées par le titulaire dans les sûretés réelles avec dépossession.

Le constituant n'éprouve en revanche aucune incombance car il ne retire pas d'avantage par l'adoption d'un comportement spécifique. Le seul avantage qu'il retire de l'opération est le crédit, donc le temps que le créancier lui octroie dans le remboursement de sa dette. Or, cet avantage est inhérent au rapport de droit qui sert de support à la sûreté. La sûreté elle-même n'offre alors aucun avantage au constituant mais seulement au titulaire[1].

Aussi, les prérogatives du constituant sur le bien grevé sont en principe de véritables droits subjectifs avant que n'existe la sûreté[2]. La formation de la sûreté a pour effet de transformer les droits subjectifs que le constituant avait sur le bien en pouvoirs, qu'il s'agisse de la conservation, de l'administration, ou même de la disposition du bien grevé. Chacun de ces pouvoirs doit alors, par définition, être exercé dans un intérêt au moins partiellement distinct

[1] Il faut admettre que c'est bien souvent la sûreté elle-même qui déterminera l'existence de l'obligation principale. Si le débiteur peut fournir une sûreté très efficace, le créancier sera naturellement enclin à lui faire confiance et à lui octroyer un crédit. Toutefois, cet avantage n'est aucunement soumis à l'adoption d'un quelconque comportement de la part du débiteur : il relève de la seule liberté contractuelle et ne peut s'analyser en une incombance.

[2] Sauf pour les cas spécifiques comme celui de l'indivision, où les indivisaires disposent en réalité de pouvoirs sur le bien indivis, plus que de droits subjectifs.

de celui de son titulaire[1].

En termes de prérogatives, la sûreté réelle n'en offre aucune au constituant. La seule démarche qui lui est permise est justement subordonnée à la faute du titulaire. Il pourra dans ce cas provoquer l'extinction de la sûreté.

Pour ce qui concerne le titulaire de la sûreté réelle, les avantages qu'il retire de son engagement implique qu'il soit redevable de devoirs et d'incombances et qu'il reçoive des prérogatives variées pour défendre ses intérêts. Le titulaire d'une sûreté réelle éprouve ainsi plusieurs incombances :

- l'information des tiers par l'inscription de la sûreté sur un registre spécifique, s'il veut pouvoir exercer son droit de suite et de préférence – démarche propre aux sûretés avec dépossession ;
- l'évaluation préalable de la valeur du bien, s'il désire en obtenir l'attribution conventionnelle en paiement ;
- l'imputation subsidiaire des fruits perçus sur les intérêts, puis sur le capital de la dette[2], s'il entend jouir de la valeur du bien jusqu'au paiement de sa créance.

Quant aux devoirs qu'il doit respecter, ils se répartissent entre :

- l'individualisation des choses de genre mises en gage[3] ;
- la restitution du bien grevé à l'issue du paiement de l'obligation garantie ;
- la restitution au constituant, ou sa consignation au profit des autres créanciers inscrits sur le même bien, d'une soulte résultant de la différence entre la valeur perçue par la réalisation de la sûreté et le montant impayé de la dette garantie.

Enfin, au titre de bénéficiaire de la sûreté, le titulaire dispose de plusieurs prérogatives, qui se répartissent entre des pouvoirs et des droits subjectifs.

Les pouvoirs du titulaire sont :

- l'inscription hypothécaire sur plusieurs immeubles pour un montant limité[4] afin d'éviter la

---

[1] Pour reprendre une formule éclairante où la notion de pouvoir est sous-jacente : « *le droit qu'a le débiteur sur l'utilité de la chose s'arrête donc lorsqu'est entamé celui qu'a le créancier sur la valeur de celle-ci* » (Simler Ph., Delebecque Ph., n° 496).

[2] Cette règle d'imputation est partagée par toutes les sûretés réelles, sauf par le gage immobilier. Afin d'honorer le devoir de conservation qui lui échoit, le titulaire « *peut y employer les fruits perçus avant de les imputer sur la dette* » (art. 2389, al. 2 c. civ.).

[3] Pour ce faire, le créancier dispose d'une option : il peut individualiser les choses de genre gagées ou en devenir propriétaire « *à charge de restituer la même quantité de choses équivalentes* » (art. 2341, al. 2 c. civ.). S'il ne veut pas éprouver le devoir d'individualisation, il devra respecter celui de restitution d'une même quantité de choses équivalentes.

[4] Le législateur a fixé cette limite à une « *somme égale au double du montant des créances en capital et accessoires légaux, augmenté du tiers de ce montant* » (art. 2444, al. 2, c. civ.). Il est permis de voir dans cette

spoliation du constituant ;

- la jouissance des biens grevés conditionnée à l'amortissement de la dette, que cette jouissance soit de droit ou accordée conventionnellement ;

- l'utilisation du bien grevé, lorsqu'elle est prévue par les parties ou par la loi et qu'elle ne contrarie pas l'affectation du bien en garantie de l'obligation ;

- l'administration du bien grevé et l'imputation des fruits perçus aux dépenses de conservation, pour le gage immobilier seulement ;

- la propriété des biens fiduciaires, objet d'un pouvoir faisant écho à la notion de propriété affectée.

Le titulaire est le seul à disposer de véritables droits subjectifs, pour la mise en œuvre desquels son seul libre arbitre compte, sauf à commettre un abus de droit. Les droits subjectifs reconnus au titulaire d'une sûreté réelle sont :

- l'invocation de la déchéance du débiteur lorsqu'il ne remet pas les sûretés promises ou qu'il diminue lesdites sûretés[1];

- le droit de suite exercé contre les ayants cause à titre particulier du constituant ;

- le droit de préférence exercé contre les autres créanciers du constituant ;

- la cession d'antériorité ou cession de rang au profit d'un créancier inscrit de rang inférieur ;

- l'appropriation du bien, à la défaillance du débiteur. Elle doit être demandée au juge ou prévue dès la constitution de la sûreté dans les sûretés préférentielles ; elle est automatique dans la fiducie.

Une différence de taille oppose toutefois le titulaire « isolé » du titulaire qui, pour garantie de la même dette, a exigé la constitution d'un cautionnement. Cet effet sera davantage mis en évidence[2], mais il doit être précisé ici que par l'effet du cautionnement d'une dette déjà garantie par une sûreté réelle, tous les droits subjectifs du titulaire relatifs au bien grevé se

---

disposition originale le germe d'un principe de proportionnalité en droit des sûretés réelles. Sur la question, V. *infra*, n° 506.

[1] L'art. 1305-4 c. civ. a un corollaire dans le droit du gage : l'art. 2344, qui permet au créancier de « *se prévaloir de la déchéance du terme de la dette garantie ou solliciter un complément de gage* ». La solution paraît transposable aux autres sûretés réelles, car rien ne s'y oppose dans les textes. L'extension apporte une certaine souplesse à la sûreté, qui peut être sauvegardée plutôt que d'être systématiquement remise en cause.

Aussi, il est nécessaire de préciser que la déchéance dont il est question reste un effet automatique de la faute du constituant puisque le titulaire n'a aucune démarche à accomplir pour voir ses effets reconnus – si ce n'est informer le constituant de la sanction qui le frappe avant de le contraindre au paiement. Cependant, cette automaticité ne retire pas au titulaire la faculté de renoncer aux effets qu'elle engendre – de la même manière qu'un mandant peut *a posteriori* ratifier l'acte que le mandataire a conclu sans pouvoir, ou en dépassement de ses pouvoirs. Cette faculté à lui conférée s'analyse alors en un droit subjectif : seuls les intérêts du titulaire circonscrivent sa démarche.

[2] V. *infra*, n° 529 s.

muent en pouvoirs. En effet, puisque la caution peut devenir créancière du constituant si elle paye la dette garantie, elle peut alors également bénéficier des sûretés réelles. Ce bénéfice en germe explique la mutation des droits subjectifs du titulaire en pouvoirs car le titulaire doit prendre en compte l'intérêt de la caution.

Quant au fiduciaire[1], au protecteur et à l'agent des sûretés, ils sont liés aux titulaire et constituant par une obligation composée de ses deux rapports. Le rapport d'obligation, composante permanente du lien d'obligation, est en effet doublé de son corollaire, le rapport obligatoire. Celui-ci met à la charge du tiers une prestation, la gestion du bien grevé. Ces tiers ne sont pas des parties à l'opération de sûreté, en ce sens qu'ils ne sont ni débiteurs ni créanciers de la sûreté, ce qui explique la composition de leur obligation[2]. La gestion du bien grevé devient une prestation caractéristique dans ces hypothèses.

Enfin, la lecture dualiste moderne de l'obligation appliquée aux sûretés réelles aura également permis d'avancer deux arguments relatifs à la technique de l'affectation.
L'affectation de la valeur d'un bien ou d'un droit à la garantie d'une obligation est une technique exclusive aux sûretés réelles, qui participe de leur définition. Cette affectation est la résultante de l'assujettissement du bien grevé : la sûreté réelle, le temps de son existence, modifie la condition juridique du bien qu'elle frappe. Dans le même temps, ce sont les prérogatives des acteurs de la sûreté qui se trouvent modifiées. Pris comme point d'imputation de prérogatives juridiques concurrentes, le bien grevé ne peut être l'objet que de prérogatives finalisées. Le conditionnement juridique du bien trouve alors un corollaire dans le conditionnement juridique des prérogatives des parties : l'assujettissement frappe conjointement l'objet et les titulaires des droits y afférents. Ainsi présentés, assujettissement et affectation sont respectivement les aspects statiques et dynamiques de la sûreté réelle.

Cependant, si l'assujettissement est comparable à d'autres mécanismes issus du droit des biens ou du droit des obligations, l'affectation résultant d'une sûreté réelle est irréductible aux autres. En effet, toutes les autres affectations connues ont en commun de porter sur

[1] Uniquement lorsque celui-ci n'est pas dans le même temps bénéficiaire de la fiducie.
[2] Sur ce point d'ailleurs, il est regrettable que le législateur ait retenu, au nouvel art. 2488-6, al. 2, c. civ. que : « *L'agent des sûretés est titulaire des sûretés et garanties* ». Le renvoi à la titularité génère bien plus de questionnements qu'elle ne facilite le régime de l'agent. Doit-il se comporter comme le véritable créancier et, par exemple, ménager les intérêts d'une caution engagée pour garantir la même dette ? Comment agencer les droits et devoirs du créancier issus de l'obligation garantie avec ceux de l'agent ? L'agent pourra-t-il être tenu responsable s'il commet une faute alors que le créancier ne lui a pas révélé une information déterminante ?

l'exploitation matérielle du bien, sur l'utilisation concrète de sa valeur d'usage. C'est alors davantage le bien pris dans son enveloppe organique qui intéresse alors les acteurs de l'affectation. Dans l'affectation résultant d'une sûreté réelle, c'est la valeur représentée par le bien qui est visée. Les affectations classiques se distinguent ainsi par une répartition des prérogatives sur le bien affecté, alors que les affectations en garantie d'une obligation procèdent d'une restriction des prérogatives sur le bien – qui peut toutefois se doubler d'une répartition sans disparaître à son profit[1].

Cette singularité mise en évidence aura enfin permis de considérer que l'affectation de la valeur d'un bien ou d'un droit en garantie d'une obligation est le critère catégoriel des sûretés réelles. Ce critère respecte la définition conceptuelle des sûretés, laquelle suppose l'adjonction à l'obligation garantie d'un mécanisme dont elle est initialement dépourvue. L'adjonction prend ici la forme d'un droit sur le bien d'autrui, que le créancier pourra mettre en œuvre s'il est insatisfait. Par conséquent il ne semble pas, sauf à disqualifier la fiducie en tant que sûreté réelle, que le droit de préférence soit le véritable et unique critère catégoriel des sûretés réelles[2]. De la même manière, la perturbation de la règle d'égalité au fondement du concours entre créanciers n'est pas un critère général et permanent. L'avènement de la propriété-sûreté a en effet été l'occasion de consacrer un autre type de sûreté, celle qui place son titulaire hors-concours, alors que les sûretés traditionnelles confèrent à leur titulaire une préférence dans le concours. Suivant cette dissociation, il n'y a pas systématiquement rupture d'égalité entre les créanciers d'un débiteur par la seule entremise d'une sûreté réelle, puisqu'au moins l'une d'entre elles épargne le titulaire du concours. Le critère complémentaire de qualification d'une sûreté réelle ne devrait donc pas être la rupture d'égalité au fondement du concours, mais la perturbation du concours lui-même – selon que certains sont préférés et d'autres épargnés. Soit le concours est perturbé par la préférence de ceux qui y participent, soit il est perturbé par l'absence de ceux qui en sont dispensés. Les deux cas de figure se répercuteront nécessairement sur les chances de paiement des autres créanciers concurrents.

La nature de l'engagement d'un créancier ou d'un débiteur d'une sûreté réelle étant désormais circonscrite, il est possible d'analyser la nature de la faute commise par eux.

---

[1] V. en ce sens la formule particulièrement éclairante de la Cour de cassation « *la dépossession, qui fait perdre au constituant une partie de ses prérogatives sur la chose donnée en gage, ne les confère pas pour autant au créancier nanti, qui dispose, en sa qualité de dépositaire de cette chose jusqu'à sa restitution, du seul pouvoir de la garder et conserver sans acquérir celui d'en user ni de l'administrer* » (Com., 12 juillet 2005, *préc.*).

[2] Rappr. Cabrillac M., Mouly Ch., Cabrillac S., Pétel Ph., n° 582 : « *toute sûreté réelle est "existentiellement" créée, conçue et agencée en vue du paiement préférentiel* ». *Contra* Mestre J., Putman E., Billiau M., n° 132 (« *La sûreté réelle, c'est le droit de préférence* »).

TITRE II. LA NATURE DE LA FAUTE

462. Le risque de l'endettement, critère distinctif des sûretés personnelles et réelles. L'endettement a été mis en évidence comme point d'opposition majeur des deux ordres de sûretés[1]. Les débiteurs de sûretés personnelles, en acceptant de réaliser une prestation à la place d'un premier débiteur défaillant, contractent un engagement qui peut les amener à l'insolvabilité. L'intégralité de leur patrimoine est en jeu : s'ils payent une somme importante à la place d'un débiteur devenu définitivement insolvable, l'impossibilité consécutive d'obtenir un remboursement rend le risque d'endettement plus grave encore. L'assiette limitée des sûretés réelles épargne naturellement ce risque aux constituants : au pire sont-ils dépossédés d'un bien, dont la valeur servira à désintéresser prioritairement l'un des créanciers. Mais si le constituant est éligible à une procédure de surendettement, ce sera toujours par le fait de l'obligation garantie, non celui de la sûreté réelle. Cette différence essentielle entre les sûretés personnelles et réelles aura un impact inévitable sur la détermination de la faute. Le risque de l'endettement, l'étendue de l'assiette de la sûreté au regard du montant de la créance garantie, l'absence de contribution à la dette du débiteur de la sûreté personnelle et d'autres critères encore sont absents des sûretés réelles. Ces différences majeures viennent au soutien d'un examen dissocié des sûretés personnelles et réelles. Un autre élément, lié au premier, justifie cependant un léger ajustement de ce mode opératoire. Il s'agit de la dimension personnelle des engagements.

463. La dimension personnelle de l'engagement, autre critère distinctif des sûretés personnelles et réelles. Le risque d'endettement inhérent aux sûretés personnelles explique que le législateur se soit soucié des qualités personnelles du débiteur de la sûreté. De nombreuses dispositions légales diffèrent en fonction de la qualité de la personne, de son niveau de compétence, etc. Cependant ce critère paraît absent du droit positif des sûretés réelles. Il n'existe pas, dans le code de la consommation par exemple, de dispositions spécifiquement protectrices de tel ou tel constituant d'une sûreté réelle. Au contraire, ce sont davantage les biens grevés qui sont parfois ponctuellement protégés[2]. Ce constat est la suite

[1] V. Dupichot Ph., *th. préc.*, n° 18, qui évoque « *la nature d'endettement de toute sûreté personnelle* ». Dans le même sens, V. Gjidara S., *L'endettement et le droit privé*, thèse, LGDJ, coll. « Bibliothèque de droit privé », t. 316, 1999.

[2] Par exemple, l'art. 2459 c. civ. relatif aux effets de l'hypothèque dispose que le pacte commissoire « *est sans effet sur l'immeuble qui constitue la résidence principale du débiteur* ».

logique des remarques précédentes sur le critère de l'endettement : si les sûretés réelles sont dépourvues d'un tel risque, il n'y a pas lieu de protéger spécifiquement les personnes qui les consentent. De cette absence de protection du droit positif, il est logique de ne pas reconduire le procédé retenu pour les sûretés personnelles, à savoir la dissociation des éléments matériels et personnels de la faute. La logique binaire qui sous-tend les sûretés réelles, opposant constituant et titulaire, suggère une répartition de l'analyse de la nature de la faute en fonction de ces deux protagonistes. L'examen de la faute du constituant (Chapitre I) précédera celui de la faute du titulaire (Chapitre II)[1].

Chapitre I. La faute du constituant

Chapitre II. La faute du titulaire

[1] Sur les différentes qualités que les protagonistes d'une sûreté réelle peuvent revêtir, V. Mignot, n° 1229 s. L'auteur traite de « *la distinction fondée sur la dissociation entre la qualité de partie au rapport d'obligation et celle de partie à la sûreté* ». Cette distinction l'amène ainsi à dissocier les qualités de bénéficiaire, titulaire, débiteur et constituant de la sûreté réelle. Par exemple, un agent des sûretés est titulaire de la sûreté qu'il gère mais il n'en est pas bénéficiaire. Il s'agira cependant, par souci de clarté, de maintenir la référence aux qualités usuelles de constituant et titulaire.

Chapitre I. La faute du constituant

464. Reconduction de l'approche inductive. La démarche retenue lors de l'analyse de la faute commise dans le cadre d'une sûreté personnelle mérite d'être reconduite pour les sûretés réelles[1]. En procédant de manière empirique, les exemples de faute qu'offre la jurisprudence, ou à défaut les dispositions légales, doivent être d'abord recensés afin de pouvoir se livrer à leur examen. En effet, ce n'est qu'après avoir établi un tour d'horizon des comportements fautifs dont le constituant d'une sûreté réelle peut se rendre coupable qu'il sera possible d'en proposer une synthèse. Ainsi, le recensement des fautes du constituant (Section 1) rendra possible leur systématisation (Section 2).

Section 1. Recensement des fautes du constituant d'une sûreté réelle

465. L'influence du moment de sa commission sur la nature de la faute. Le constituant d'une sûreté réelle est susceptible de commettre une faute lorsque la sûreté n'est qu'au stade de sa formation (§ 1). Il peut également être fautif lorsque la sûreté est en cours d'exécution[2] (§ 2).

§ 1. Les fautes commises lors de la formation de la sûreté

466. Fautes relatives au bien grevé et fautes relatives au but poursuivi. La constitution d'une sûreté réelle peut être l'occasion d'une faute de la part du constituant, dont il convient de dissocier deux hypothèses. Soit le bien est susceptible d'être grevé d'une sûreté mais la constitution de cette sûreté poursuit un but illégitime. Soit le bien n'est pas entièrement libre de droit et la constitution de la sûreté sera en elle-même fautive et ce indépendamment du but qu'elle poursuit. Il faut alors dissocier les cas dans lesquels la faute est constituée par la poursuite d'un but illégitime (A) de ceux dans lesquels la faute se situe dans la seule condition juridique du bien avant qu'il ne soit grevé (B).

[1] V. *supra*, n° 215 s.
[2] Le terme d'exécution est préférable à celui de réalisation, car ce dernier renvoie spécifiquement à l'hypothèse de la défaillance du constituant, donc à la mise en œuvre de la sûreté. L'exécution permet au contraire de désigner l'intervalle qui sépare la formation de la sûreté de sa réalisation éventuelle.

A. Les fautes relatives au but recherché à travers la sûreté

467. Constitution d'une sûreté réelle en fraude aux droits d'un créancier. La formation d'une sûreté réelle peut être l'occasion pour le constituant de faire échapper un ou plusieurs de ses biens à la saisie d'un autre créancier que le titulaire. En elle-même la sûreté peut être parfaitement valable mais le contexte dans lequel elle s'inscrit lui fait encourir le grief de la fraude paulienne et la sanction de l'inopposabilité au créancier dont les droits ont été méconnus.

La constitution de la sûreté est ici une faute aux yeux d'un tiers : il ne s'agit pas d'un comportement du constituant néfaste pour le titulaire, ou inversement, mais d'un manquement du constituant en sa qualité de débiteur d'un autre créancier. La faute revêt alors pour ce dernier une nature contractuelle. Le débiteur, en tentant de reprendre d'une main ce qu'il avait donné de l'autre manque à la composante comportementale de son rapport d'obligation, qui lui interdit précisément d'agir de manière à compromettre l'obligation qu'il a volontairement assumée. Le fait pour un débiteur de s'appauvrir frauduleusement contre les intérêts d'un créancier antérieur est donc un exemple de ce type de manquement au but contractuel poursuivi. Par son comportement, le débiteur compromet les chances de son créancier d'être désintéressé par la saisie du bien frauduleusement grevé[1].

468. Constitution d'une sûreté réelle pendant la période suspecte d'un débiteur en procédure collective[2]. Une autre faute se rapproche de la fraude paulienne précédemment exposée : la constitution d'une sûreté réelle par un constituant en période suspecte. Le principe est identique. Il s'agit pour un débiteur de faire échapper certains de ses biens à la poursuite de ses créanciers. La différence tient toutefois ici au fait que cette période est légalement consacrée et que les actes qui y sont accomplis font l'objet d'une attention particulière du législateur. S'étalant depuis la date de cessation des paiements d'un débiteur jusqu'à l'ouverture d'une procédure collective à son profit, la période suspecte est une forme de fraude paulienne institutionnalisée. Les agissements d'un débiteur sont considérés, selon la *ratio legis*, comme étant plus suspects lorsque celui-ci connait des difficultés financières. La loi prévoit ainsi les actes qui sont « *nuls, lorsqu'ils sont intervenus depuis la date de cessation*

[1] V. not. Douai, 4 mai 1846, *S*. 1846, 2, p. 470 ; Req., 12 février 1849, *S*. 1849, 1, p. 127 ; Grenoble, 19 juin 1891, *DP*. 1892, 2, p. 198 ; Civ. 3ème, 4 février 1971, *Bull. civ. III*, n° 76 ; *JCP* 1972. II. 16980, note Dagot M. et Spiteri P. ; Civ. 3ème, 15 novembre 1977, *Bull. civ. III*, n° 384.

[2] V. Mestre J., Putman E., Billiau M., n° 153 (et les références citées) ; Cabrillac M., Mouly Ch., Cabrillac S., Pétel Ph., n° 941. V. aussi Com., 12 avril 2005, *Bull. civ. IV*, n° 89 ; *JCP E* 2005. 1274. 11, obs. Cabrillac M. ; *RLDC* 2005, p. 694, obs. Blouet-Ressot ; *D*. 2005 act. jurisp. 1151, obs. Lienhard A.

des paiements ». Parmi eux : « *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* » ou encore « *tout transfert de biens ou de droits dans un patrimoine fiduciaire, à moins que ce transfert ne soit intervenu à titre de garantie d'une dette concomitamment contractée* »[1]. La majorité sinon l'intégralité des sûretés réelles est ainsi visée par le texte. Le but de la disposition est toutefois quelque peu différent de celui de l'action paulienne, car il ne s'agit pas ici de protéger un créancier isolé et indéterminé mais de respecter l'ordre – et les chances – de paiements de chaque créancier, selon les règles de préférence que le législateur a fixées. La faute n'en est pas moins constituée, lorsque par exemple un débiteur en cessation des paiements consent un gage pour une dette dont la naissance est bien antérieure à la cessation des paiements[2]. Ce type de faute a pour effet de minimiser les chances qu'ont les créanciers d'être remboursés par le constituant fautif, en faisant échapper un élément d'actif de leur gage commun.

469. Constitution d'une sûreté réelle en fraude à la loi. La fraude ne vise pas seulement un créancier ou l'ordre de paiement des créanciers d'un débiteur en difficultés, elle peut également avoir pour objet la loi. Plus exactement, puisque d'une certaine manière les deux premiers cas en sont des exemples, il s'agit pour le fautif d'obtenir par la constitution d'une sûreté réelle, un avantage indu. La Cour de cassation avait eu à connaitre d'un litige dans lequel la vente fictive d'un véhicule d'une société à un particulier avait permis à la première de bénéficier du gage prévu par le décret n° 53-968 du 30 septembre 1953[3]. Par ce montage, la société avait bénéficié d'un gage qui devait normalement profiter aux seuls « *vendeurs, cessionnaires de créance, escompteurs et prêteurs de deniers pour l'achat des véhicules* »[4], qualité dont elle ne disposait pas. La sanction fut la nullité du gage ainsi constitué en fraude à la loi. Cette faute se distingue des deux précédentes, car il ne s'agit pas pour l'agent de frustrer un créancier ou un tiers mais d'obtenir par des manœuvres un avantage légal qui ne lui est pas destiné. En revanche, il est un trait commun à ces trois

[1] Art. L. 632-1 c. com.
[2] La condition d'antériorité est impérative : un avenant à un contrat de gage qui en modifie partiellement l'assiette ne vaut pas constitution d'un gage nouveau. Aussi si celui-ci n'est pas « *supérieur, dans sa nature et dans son assiette, à celui initialement consenti* », l'art. L. 632-1 c. com. ne s'applique pas. V. en ce sens Com., 27 septembre 2016, *Bull. civ. IV*, n° 175 ; *JCP G* 2016, chron. 1224, note Delebecque Ph. Pour la même solution, appliquée à l'hypothèque, V. Com., 20 janvier 1998, *Bull. civ. IV*, n° 28 ; *D*. 1998, somm., 380, obs. Piedelièvre S. ; *D*. 1999. 138, obs. Théry Ph. ; *RTD civ*. 1998. 707, obs. Crocq P.
[3] Civ. 1ère, 31 janvier 1989, *Bull. civ. I*, n° 49 ; *RTD com*. 1989. 529, obs. Hémard J. et Bouloc B.
[4] Art. 2 du décret du 30 septembre 1953.

situations. La faute revient à constituer une sûreté sur un bien libre mais dans un but que la loi proscrit.

470. Constitution d'une sûreté réelle par exagération de la valeur du bien grevé. Une dernière hypothèse doit être relevée, bien qu'il n'existe pas d'illustration en jurisprudence. Il s'agit de la faute par laquelle un débiteur fournit une sûreté réelle exigée d'un créancier et dont l'évaluation de la valeur par le constituant a été largement exagérée – ceci afin de pouvoir obtenir plus facilement un crédit, ou d'obtenir un crédit plus important que ce à quoi il aurait normalement pu prétendre. Ce cas de figure paraît devoir être rattaché au dol dans la formation du contrat. Qu'il se matérialise « *par des manœuvres ou des mensonges* »[1], le comportement du débiteur s'analyse en une tromperie sans laquelle le créancier n'aurait pas contracté, ou aurait contracté à des conditions différentes. Le préjudice, au moins virtuel, éprouvé par le créancier est alors celui d'une altération de sa chance supplémentaire de paiement. Si le bien grevé est présenté comme ayant une valeur égale au montant de la dette garantie, alors qu'il n'en vaut en réalité pas la moitié, le créancier verra ses chances de remboursement amoindries à hauteur de la différence existant entre ces deux sommes. Cette hypothèse rejoint les exemples précédemment exposés : la faute ne réside pas dans la méconnaissance de la condition juridique du bien grevé ou des prérogatives attribuées aux parties, mais dans le but poursuivi par la constitution de la sûreté réelle.

B. Les fautes relatives à la condition juridique du bien grevé

471. Constitution d'une sûreté réelle en contrariété à l'intérêt ou l'objet du groupement propriétaire du bien[2]. Les exemples ne manquent pas pour illustrer la question épineuse d'une sûreté réelle consentie par une personne morale. Sauf à ce que cet être soit créé précisément pour apporter sa garantie à certains engagements, comme le sont par exemples les sociétés de cautions mutuelles, la constitution d'une sûreté réelle peut se heurter à l'objet ou à l'intérêt du groupement. Le contentieux abondant porte essentiellement sur les sociétés civiles ou commerciales, sans surprise[3]. Il convient nécessairement de répartir l'analyse selon plusieurs critères que sont la nature de la société, sa forme et la personne qui

[1] Art. 1137, al. 1, c. civ.
[2] Schultz P., *th. préc*.
[3] Ces groupements se fondent sur des activités économiques au déploiement desquelles les sûretés sont incontournables. Les associations à but non-lucratif sont, par exemple, nécessairement moins concernées. V. sur ce point la question de l'extension de l'art. 1844-2 c. civ. aux associations : Rép. min. à QE n° 56 969, *JOAN* Q., 10 décembre 1984, p. 5445.

bénéficie de la sûreté. L'article 1844-2 du code civil pose un principe général favorable à la constitution de sûretés réelles par les sociétés : « *il peut être consenti hypothèque ou toute autre sûreté réelle sur les biens de la société en vertu de pouvoirs résultant de délibérations ou délégations établies sous signatures privées alors même que la constitution de l'hypothèque ou de la sureté doit l'être par acte authentique* ». Toutefois la disposition concerne exclusivement les sûretés qu'une société consent en garantie de ses engagements propres. Pour la garantie d'une dette sociale il ne fait aucun doute que la société, quelle que soit sa forme, puisse constituer une sûreté. Il en va de la pérennité de son activité économique, qui serait largement inhibée si le groupement ne pouvait accroître par une sûreté la confiance que ses créanciers lui accordent. La question ne mérite pas d'examen supplémentaire, sauf à ce qu'une faute intervienne dans la constitution de la sûreté or, dans cette hypothèse, ni l'objet social, ni l'intérêt social ne seront alors contrariés. Dans son principe, la constitution d'une sûreté réelle en garantie d'une dette sociale est acquise et permise.

Si la sûreté réelle consentie par une société est en revanche destinée à garantir un crédit qui profite à un tiers, la question de sa validité se posera avec bien plus d'acuité. La réponse la plus évidente semble être celle de la nullité de la sûreté pour défaut de pouvoir, donc de capacité du groupement[1]. Telle n'est pas, néanmoins, la position de la jurisprudence, par ailleurs assez erratique, qui retient essentiellement l'inopposabilité de la sûreté – quand elle ne la valide pas[2]. Il convient de revenir sur les textes du droit des sociétés relatifs aux sûretés réelles afin de déterminer quels comportements sont fautifs lors de la constitution de tels mécanismes.

Seules quelques sociétés connaissent des dispositions spécifiques relatives à leur pouvoir de consentir des sûretés réelles. Concernant les sociétés anonymes avec conseil d'administration, « *les cautions, avals et garanties donnés par des sociétés autres que celles exploitant des établissements bancaires ou financiers font l'objet d'une autorisation* […] »[3] dudit conseil. La règle trouve son équivalent pour les sociétés administrées par un conseil de surveillance à

[1] La constitution d'une sûreté réelle pour la dette personnelle d'un associé contrevient aux intérêts particuliers des autres associés, donc à celui plus général de la société. La situation renvoie à l'idée de pouvoir : l'associé fautif n'a pas exercé les prérogatives sociales dans un intérêt distinct du sien mais au contraire dans son intérêt exclusif. La sûreté encourt l'inopposabilité, voire la nullité, du fait du défaut de capacité de son constituant. Ainsi : Poitiers, 1er avril 1998, *JurisData* n° 103604.

[2] A sa décharge, les textes ne sont pas d'une clarté exemplaire. Il peut être suggéré une raison à cette incertitude : la sûreté réelle, à moins de porter sur l'élément d'actif le plus important de la société, n'aura pas pour effet, si elle est mise en œuvre, de réaliser l'intégralité du patrimoine social – ce à quoi la réalisation d'une sûreté personnelle peut en revanche aboutir. Cela explique peut-être la reconnaissance ponctuelle de quelques sûretés.

[3] Art. L 225-35, al. 4, c. com.

l'article L. 225-68, alinéa 2, du code de commerce[1]. En revanche ni les sociétés par actions simplifiées ni les sociétés à responsabilité limitée ne connaissent de dispositions similaires sur l'autorisation préalable d'un organe de la société pour la constitution de sûretés réelles. Si les associés peuvent habilement modifier l'objet social statutaire pour intégrer, non sans artifice, la constitution de sûretés dans le champ d'activité de la société, la jurisprudence veille sur ces détournements possibles grâce au critère de l'intérêt social. Ainsi, garantir les engagements d'une filiale se comprend aisément mais garantir un emprunt personnel du dirigeant social ne se justifie aucunement[2]. C'est donc ici la condition juridique du bien grevé qui explique l'interdiction. Son intégration dans le patrimoine social entraîne la répartition de pouvoirs sur ce bien entre les différents membres de la société, qui ne sauraient l'exercer dans leur seul intérêt sans commettre un détournement. L'autorisation préalable n'est en définitive qu'une question de preuve qui facilite la remise en cause de la sûreté. En l'absence d'une telle exigence, la seule contrariété à l'intérêt social suffit. Le fautif commet à l'endroit de la société et de ses membres une faute contractuelle[3] – car la société est avant tout un contrat[4]. À l'égard des tiers, puisque la formation de la sûreté est concernée par la faute, celle-ci revêt nécessairement une nature extracontractuelle. Aussi, cette faute est-elle pénalement sanctionnée, car constitutive d'un abus de crédit social[5].

---

[1] « *Les statuts peuvent subordonner à l'autorisation préalable du conseil de surveillance la conclusion des opérations qu'ils énumèrent. Toutefois, la cession d'immeubles par nature, la cession totale ou partielle de participations, la constitution de sûretés, ainsi que les cautions, avals et garanties, sauf dans les sociétés exploitant un établissement bancaire ou financier, font l'objet d'une autorisation du conseil de surveillance dans des conditions déterminées par décret en Conseil d'Etat. Ce décret détermine également les conditions dans lesquelles le dépassement de cette autorisation peut être opposé aux tiers* ». Les deux dispositions précitées, quoi qu'elles n'y fassent pas référence, concernent exclusivement les sûretés réelles consenties pour la dette d'un tiers. L'inverse se comprendrait difficilement : la faculté pour une société de consentir des garanties pour ses propres engagements semble évidente et n'a pas à être expressément prévue. En ce sens : Cozian M., Viandier A., Deboissy F., *Droit des sociétés*, *op. cit*., n° 861.

[2] Ces sûretés ne sont pas nécessairement contraires à l'objet ou l'intérêt social, la société pouvant avoir un intérêt, même médiat, à la constitution d'une sûreté réelle pour autrui : « *des relations préférentielles d'entraide financière doivent pouvoir exister au sein du groupe* » (Mestre J., Putman E., Billiau M., n° 155). Par exemple, une société mère peut avoir un intérêt certain à garantir une filiale dans l'exécution de ses engagements. V. not. Paris, 4 février 1987 ; *D*. 1987, *inf. rap*., p. 44.

[3] Il a d'ailleurs été jugé qu'il s'agissait d'une faute non séparable des fonctions de dirigeant. La solution est clairement discutable : les fonctions du dirigeant sont dessinées par les pouvoirs dont il est investi. S'il dépasse le pouvoir de consentir une sûreté réelle, voire s'il agit sans aucun pouvoir pour ce faire, comment expliquer que sa faute ne soit pas détachable de ses fonctions ? En ce sens, V. Cozian M., Viandier A., Deboissy F., *Droit des sociétés*, *op. cit*., n° 399 s. ; Mangematin C., *th. préc*., n° 283 ; Wicker G., *Rép. Civ. D.*, V° Personne morale, spéc. n° 78.

[4] V. not. Libchaber R., « La société, contrat spécial », *Mélanges Jeantin*, Dalloz, 1999, p. 281 ; Deboissy F., « Le contrat de société », *art. préc.*, p. 119.

[5] Art. L. 241-3 c. com. : « *Est puni d'un emprisonnement de cinq ans et d'une amende de 375 000 euros* […] *le fait, pour les gérants, de faire, de mauvaise foi, des biens ou du crédit de la société, un usage qu'ils savent contraire à l'intérêt de celle-ci, à des fins personnelles ou pour favoriser une autre société ou entreprise dans laquelle ils sont intéressés directement ou indirectement* ». Selon le dernier aliéna du texte, l'infraction « *est punie de sept ans d'emprisonnement et de 500 000 € d'amende lorsqu'elle a été réalisée ou facilitée au moyen soit de comptes ouverts ou de contrats souscrits auprès d'organismes établis à l'étranger, soit de l'interposition*

Dans les sociétés de personnes, aucun texte ne prévoit la faculté pour la personne morale de constituer une sûreté réelle pour autrui. Sur le fondement de dispositions générales, la jurisprudence vérifie alors que la sûreté réelle intègre l'objet social et qu'elle ne contrarie pas l'intérêt social[1]. Elle a ainsi admis qu'une société civile immobilière, après avoir « *donné tous pouvoirs à sa gérante à l'unanimité par assemblée générale extraordinaire* », puisse se porter caution hypothécaire au profit d'un tiers « *dès lors qu'il n'était pas allégué que le cautionnement était contraire à l'intérêt social* »[2]. La solution semble peu opportune, car elle se fonde sur une conception fallacieuse de l'objet social qui serait, d'après cet arrêt, malléable à l'envi par les associés. Or ceux-ci ne peuvent valablement travestir l'objet social en l'étendant au-delà de l'activité réellement exercée par la société à moins de considérer que l'objet social n'a qu'une valeur informative pour les tiers, ce qui est difficilement soutenable. Malgré une extension de cet objet, la souscription par une société de personnes d'une sûreté réelle pour autrui est par principe contraire à son intérêt, à moins que la société garante ait un intérêt propre à cette souscription et que cet intérêt ne soit pas celui d'un associé isolé. C'est ainsi que la jurisprudence traite cette difficulté par le recours au critère de la « *communauté d'intérêts* ». Si les relations d'affaires que la société a nouées avec la personne qu'elle garantit sont telles que la sûreté présente un intérêt pour la société garante, alors la sûreté est validée. C'est ainsi qu'a été admis le cautionnement d'une société civile immobilière au profit d'une autre société sur le seul motif de l'identité de leurs associés[3]. Là encore, le raisonnement prête le flanc à la critique. En quoi une telle identité peut-elle rendre la sûreté conforme à l'intérêt social ? Le fondement est pour le moins fragile et, en définitive, cette conformité ne devrait procéder que d'une conception stricte de la communauté d'intérêts, soit « *l'intérêt de la société caution d'assurer par son engagement la pérennité de la société cautionnée* »[4]. Le repère de l'intérêt social ainsi compris devrait seul servir à caractériser la constitution fautive

---

de personnes physiques ou morales ou de tout organisme, fiducie ou institution comparable établis à l'étranger ».

[1] Par exemple, pour la société en nom collectif, l'art. L. 221-4 c. com. prévoit simplement que « *dans les rapports entre associés, et en l'absence de la détermination de ses pouvoirs par les statuts, le gérant peut faire tous actes de gestion dans l'intérêt de la société* ». La disposition fait écho à l'art. 1848 c. civ., selon lequel : « *dans les rapports entre associés, le gérant peut accomplir tous les actes de gestion que demande l'intérêt de la société* ».

[2] Com., 28 mars 2000, *Bull. civ. IV,* n° 69 ; *JCP E* 2001, p. 1393, note Ferrier. À l'évidence, il ne s'agit pas d'un cautionnement au sens strict mais d'un « *cautionnement hypothécaire* ». Pour un raisonnement similaire, appliquée cette fois-ci à une société en nom collectif débitrice d'un cautionnement : Com., 18 mars 2003, *Bull. civ. IV*, n° 46 ; *Bull. Joly sociétés* 2003, p. 643, note Barbièri J.-F. ; *JCP E* 2004, 29, n° 6, obs. Caussain J.-J., Deboissy F. et Wicker G.

[3] Civ. 1ère, 15 mars 1988, *Bull. civ. I, n° 75* ; *Rev. soc.* 1988, p. 415, note Guyon Y. ; Civ. 3ème, 1er décembre 1993, n° 91-16.327 ; *Dr. sociétés* 1994, n° 138, obs. Le Nabasque H. ; Civ. 1ère, 1er février 2000, *Bull. civ. I*, n° 34 ; *Rev. soc.* 2000, p. 301, note Guyon Y.

[4] Cozian M., Viandier A., Deboissy F., *Droit des sociétés*, *op. cit*., n° 1522.

d'une sûreté réelle. Si l'activité de la société garante dépend plus ou moins directement de celle de la société garantie, alors seulement dans cette hypothèse devrait être admise toute sûreté réelle[1]. Cela éviterait toute déformation de l'objet social et permettrait également de retenir une conception unitaire de l'intérêt social.

Par ailleurs, l'étude des sûretés réelles consenties par des sociétés est l'occasion d'affermir une certaine acception de la figure du « cautionnement réel »[2]. La controverse relative à cette sûreté hybride s'est soldée par la disqualification prétorienne du cautionnement au profit de la qualification de « *sûreté réelle pour autrui* »[3] : la jurisprudence considère en effet qu'une telle sûreté n'implique « *aucun engagement personnel à satisfaire à l'obligation d'autrui* ». Le critère retenu est celui de l'objet de l'engagement : toute sûreté qui porte sur un ou plusieurs biens est réelle, car le garant n'engage pas son patrimoine en entier. Au rebours de ce raisonnement, le critère catégoriel des sûretés personnelles a été désigné comme étant celui de l'adjonction d'un débiteur et de son absence de contribution à la dette – la jurisprudence semble bien établie en ce sens. En effet, aucun des arrêts mentionnés ne fait une quelconque distinction quant à la nature des sûretés litigieuses, selon qu'elles portent sur un bien isolé ou sur le patrimoine du garant dans son intégralité. Les solutions sont constantes qui ne distinguent pas le cautionnement « classique » des variétés diverses de cautionnements « réels ». Or, c'est au regard du critère de l'intérêt social que la validité de ces sûretés a été éprouvée, indépendamment de leur nature. Toutes les situations dans lesquelles la société garante, que ce soit à titre personnel ou réel, ne retirait aucun intérêt de son engagement ont abouti à une invalidation de la sûreté. Pourtant, le critère de l'intérêt à un engagement n'est-il pas simplement une autre manière d'évoquer la contribution à la dette ? Les rares sûretés sauvegardées ne l'ont-elles pas été du seul fait qu'elles présentaient un intérêt pour le groupement qui, indirectement, retirait un bénéfice en s'engageant pour autrui ? Ces cas particuliers sont un signe de la fragilité de la jurisprudence relative aux « *sûretés réelles pour autrui* » et un argument de plus en faveur de l'idée selon laquelle le critère catégoriel des sûretés personnelles est celui de l'absence de contribution à la dette du débiteur adjoint. Dans un souci de cohérence, la jurisprudence serait alors bien inspirée de revenir à une conception qui, juridiquement, est sans nul doute plus orthodoxe.

[1] Com., 3 décembre 2003, n° 02-11.163 ; *Bull. Joly sociétés* 2004, p. 358, note Barbièri J.-F.
[2] V. *supra*, n° 323.
[3] Ch. mixte, 2 décembre 2005, *préc*.

472. Constitution d'une sûreté réelle sur un bien insaisissable. Les sûretés préférentielles ont cet avantage de conférer au bénéficiaire un paiement préférentiel en cas de vente forcée du bien grevé. La vente forcée suppose toutefois la saisie du bien, autrement dit sa libre disponibilité. Il y a donc une incompatibilité directe à ce qu'un bien insaisissable soit grevé d'une sûreté réelle. La source de l'insaisissabilité, légale ou conventionnelle, n'influe pas sur l'interdiction. L'insaisissabilité d'origine légale concerne, notamment, les « *biens mobiliers nécessaires à la vie et au travail du saisi et de sa famille* » et les « *objets indispensables aux personnes handicapées ou destinés aux soins des personnes malades* »[1]. D'autres interdictions légales correspondent quant à elles à la nature du bien. Une hypothèque ne peut par exemple porter sur un droit d'usage ou un droit d'habitation, car les article 631 et 634 du code civil les rendent incessibles. L'interdiction est valable pour toute insaisissabilité d'origine volontaire : certains biens donnés ou légués sont frappés d'une clause d'inaliénabilité[2], ce qui rend la constitution et la réalisation de sûretés sur ces biens impossibles durant la période pour laquelle ces clauses sont prévues. Un arrêt fondateur de la Cour de cassation retient sur ce point que « *les biens frappés d'inaliénabilité [ne sont] pas susceptibles d'hypothèque comme ne se trouvant pas dans le commerce* »[3].

L'interdiction ponctuelle de consentir des sûretés réelles concerne également les créances insaisissables, pour des raisons identiques. Si la créance est juridiquement immobilisée, nul ne saurait se prévaloir de son appropriation au détriment du titulaire, encore moins de manière préférentielle. Au premier rang de ces créances insusceptibles d'être grevées de sûreté réelle se trouvent « *les provisions, sommes et pensions à caractère alimentaire* »[4]. Il faut toutefois mentionner la différence entre une créance insaisissable et une créance incessible. Cette dernière suppose, comme son nom l'indique, que le créancier ne puisse céder sa créance à quiconque – un nantissement ne saurait alors être valablement consenti sur une créance incessible, selon une jurisprudence ancienne[5]. Ces deux qualités exceptionnelles d'une créance sont très souvent cumulées mais il est possible qu'une créance insaisissable soit en

---

[1] Art. L. 112-2, 5° et 7° CPCE.

[2] Art. 900-1 c. civ. : « *les clauses d'inaliénabilité affectant un bien donné ou légué ne sont valables que si elles sont temporaires et justifiées par un intérêt sérieux et légitime. Même dans ce cas, le donataire ou le légataire peut être judiciairement autorisé à disposer du bien si l'intérêt qui avait justifié la clause a disparu ou s'il advient qu'un intérêt plus important l'exige* ».

[3] Civ. 3ème, 29 juin 1983, *Bull. civ. III*, n° 152 ; confirmé par Civ. 1ère, 23 février 2012, *Bull. civ. I*, n° 39 ; *RDBF* mai 2012, n° 3, p. 56, note Legeais D. ; *Dr. et patr*. 2012, n° 216, p. 98, note Aynès L. ; *Gaz. Pal*. mars 2012, n° 88-89, p. 21, note Albigès Ch. ; *RTD civ*. 2012. 346, note Crocq P. Il est toutefois permis de se demander si la solution n'est pas excessivement rigoureuse. Dès lors que la clause d'inaliénabilité est par essence temporaire et que l'inscription hypothécaire ne la contrarie pas, pour quel motif l'hypothèque d'un tel bien dont la réalisation serait seulement différée à l'expiration de la clause pourrait-elle être interdite ?

[4] Art. L. 112-2, 3° CPCE.

[5] Crim., 2 juin 1888 ; *S*. 1889, 1, p. 393 ; Paris, 5 avril 1905 ; *D*. 1905, 2, p. 225.

revanche cessible. Si l'appréhension de la créance cessible ne heurte pas les règles de son insaisissabilité, une sûreté réelle devrait pouvoir grever ce genre de biens[1]. Hormis cette hypothèse résiduelle, le constituant se trouve fautif de consentir une sûreté sur un bien que la loi ou la volonté a déclaré insaisissable.

473. Dissimulation lors de la constitution d'une sûreté réelle d'une affectation antérieure du bien grevé. L'ancien droit connaissait une hypothèse dont la qualification a aujourd'hui disparu du droit positif : le stellionat. Du latin *stellio*, signifiant « *fourbe* », « *escroc* »[2], il s'agissait d'un délit civil par lequel, notamment, un débiteur consentait une hypothèque sur un bien en assurant au bénéficiaire la primauté de son rang, alors que le bien était déjà grevé d'une hypothèque[3]. Si le nom a disparu, le principe persiste et reste sanctionné par le biais du dol, car le stellionat se faisait « *au moyen d'affirmations mensongères ou de réticences* »[4]. La faute ne présente pas de particularité notable : elle est un manquement au devoir de contracter de bonne foi, aujourd'hui consacré[5], donc un exemple de faute extracontractuelle. Elle appartient plus généralement aux hypothèses de manquements dolosifs lors de la formation du contrat puisque le constituant prétend fallacieusement que le bien est libre de droit pour obtenir plus facilement un crédit. Son comportement aura pour conséquence de restreindre la chance supplémentaire de paiement du créancier. Du fait d'un rang plus défavorable que celui promis, le créancier devra, dans le meilleur des cas, se contenter de la valeur résiduelle du bien. Si la valeur du bien grevé est intégralement absorbée par les créanciers qui le priment, il ne pourra alors plus être désintéressé, même partiellement. Dans une perspective similaire, le débiteur peut se rendre fautif de promettre la constitution d'une sûreté réelle sans jamais réaliser sa promesse.

474. Non-respect d'une promesse de sûreté réelle[6]. Un débiteur désireux d'obtenir un crédit mais qui ne dispose pas encore de bien suffisant à offrir en garantie à son créancier peut promettre à ce dernier qu'il lui consentira une sûreté réelle[7]. Par cet engagement, le

[1] Sur ce point, V. Mestre J., Putman E., Billiau M., n° 167 : « *toutes les fois que la réalisation du gage est possible sans recourir aux procédés de droit commun auxquels l'insaisissabilité ferait obstacle, la possibilité au moins théorique du gage semble devoir être reconnue. Par exemple, il ne devrait pas être inconcevable de mettre en gage des termes échus de pensions alimentaires* ».
[2] Cornu G. (dir.)*, Vocabulaire juridique, op. cit.,* V° Stellionat, p. 991.
[3] L'infraction consistait aussi pour l'auteur à vendre un bien à une personne, alors qu'il l'avait déjà vendu.
[4] Cornu G. (dir.), *op. et loc. cit*.
[5] Art. 1104 c. civ. : « *Les contrats doivent être négociés, formés et exécutés de bonne foi* ».
[6] Mathieu, « Une vraie fausse garantie : la promesse d'affectation hypothécaire », *Banque et droit* 1992, p. 48.
[7] Req., 5 novembre 1860, *DP* 1861, 1, 300.

débiteur de la promesse n'a pas à constituer la sureté dans l'immédiat, puisque précisément il ne dispose pas du bien mais il s'engage à ne rien faire pour compromettre le résultat promis et plus encore, il s'engage à ce que par son comportement sa promesse devienne réalité. La promesse de sûreté réelle est un exemple d'avant-contrat aujourd'hui légalement consacré : la promesse unilatérale[1]. Cette consécration légale est d'ailleurs l'une des rares qui prend le contrepied exact d'une jurisprudence pourtant solidement ancrée, selon laquelle « *la levée de l'option par le bénéficiaire de la promesse postérieurement à la rétractation du promettant excluant toute rencontre des volontés réciproques de vendre et d'acquérir, la réalisation forcée de la vente ne peut être ordonnée* »[2]. Cette solution largement décriée par la doctrine était applicable aux hypothèses de promesses de sûretés réelles. Si le promettant se rétractait avant que le bénéficiaire ne lève l'option, le premier ne pouvait être contraint par le second de constituer définitivement la sûreté[3]. La solution est aujourd'hui dépassée, car le législateur a choisi l'exécution forcée plutôt que l'exécution par équivalent. Il n'existe pas pour l'heure d'application jurisprudentielle de la nouvelle sanction mais la clarté rédactionnelle de l'article 1124 du code civil laisse peu de place au doute. Par ailleurs l'exemple illustre clairement le dualisme de l'obligation : la phase intermédiaire, pendant laquelle le bénéficiaire peut opter ou non, est marquée par l'engagement du seul promettant. Or celui-ci est imparfaitement engagé tant que le contrat n'est pas devenu définitif. Il n'est, dans l'intervalle, tenu que par un rapport d'obligation. Il doit en conséquence adopter un comportement adéquat, de manière à ce que la constitution soit possible si le bénéficiaire lève l'option. Puisque son consentement est déjà donné et que l'acte juridique est créé, même imparfaitement, la rétractation fautive du promettant comme sa non réalisation dans les délais convenus sont constitutives de fautes contractuelles. Aussi la promesse modifie la condition juridique du bien grevé ce qui explique qu'elle soit traitée ici. Même si elle n'est pas suivie d'effet, la promesse aura, le temps de l'option, façonné la condition juridique du bien. Les aliénations postérieures auraient alors été soumises à l'existence, même en germe, de la sûreté réelle.

---

[1] Art. 1124 c. civ. : « *La promesse unilatérale est le contrat par lequel une partie, le promettant, accorde à l'autre, le bénéficiaire, le droit d'opter pour la conclusion d'un contrat dont les éléments essentiels sont déterminés, et pour la formation duquel ne manque que le consentement du bénéficiaire.*
La révocation de la promesse pendant le temps laissé au bénéficiaire pour opter n'empêche pas la formation du contrat promis.
Le contrat conclu en violation de la promesse unilatérale avec un tiers qui en connaissait l'existence est nul ».

[2] Civ. 3ème, 11 mai 2011, *Bull. civ. III*, n° 77 ; *RTD civ*. 2011. 532, note Fages B. ; *RDC* 2011/4, p. 1259, note Sauphanor-Brouillaud N. ; *Gaz. Pal*. août 2011, n° 215, p. 15 ; *RLDC* 2011, n° 87, p. 7, note Kenfack H. ; *CCC* 2011, n° 8, p. 14, note Leveneur L. ; *Defrénois* 2011, n° 11, p. 1023, note Aynès L.

[3] V. not. Civ. 3ème, 7 avril 1993, *Bull. civ. III*, n° 55. La sanction des dommages et intérêts est inappropriée, car elle ne correspond ni à ce que le créancier attend pour la sécurité de sa créance, ni à ce que le promettant s'était engagé à faire. En ce sens, V. Cabrillac M., Mouly Ch., Cabrillac S., Pétel Ph., n° 913 ; Mestre J., Putman E., Billiau M., n° 1260.

§ 2. Les fautes commises lors de l'exécution de la sûreté

475. Manquements directs et manquement indirects. La sûreté réelle est parfois présentée, non sans quelque abstraction, comme étant tout à la fois un droit sur un bien et un droit sur les droits dont le constituant dispose sur son bien. La sûreté réelle serait alors « *un droit qui porte sur un droit qui porte sur une chose* »[1]. Suivant cette dissociation, l'exécution fautive de la sûreté réelle par le constituant peut prendre deux formes, selon que ce dernier atteint directement le bien qui forme l'assiette de la sûreté (A) ou indirectement le droit qu'il a octroyé à son créancier par la sûreté (B)[2].

A. Les fautes relatives au bien grevé

476. Manquement à la conservation du bien grevé dans les sûretés réelles sans dépossession. Il est un devoir essentiel du constituant d'une sûreté réelle lorsqu'il est resté en possession du bien grevé, celui de conserver la valeur du bien. Ce devoir est le corollaire inévitable du droit reconnu au titulaire : profiter de manière préférentielle de la valeur du bien grevé si son débiteur s'avérait défaillant. Il s'agit donc du devoir le plus prégnant du constituant d'une sûreté réelle resté en possession du bien. Il illustre la nature virtuelle de la sûreté réelle, qui n'offre pas à son bénéficiaire une jouissance actuelle et immédiate du bien, mais une immobilisation de sa valeur jusqu'au terme de l'obligation garantie. Afin que la valeur du bien ne décroisse pas entre la constitution et la réalisation de la sûreté, il est nécessaire que l'une des parties procède à sa conservation – sans d'ailleurs que cette conservation ne soit constitutive d'une prestation, car la qualification de sûreté entrerait en conflit avec celle d'un contrat d'entreprise. La conservation est un effet automatique de la sûreté sur lequel la volonté est impuissante. Sa nature juridique s'apparente alors à un devoir

[1] Mestre J., Putman E., Billiau M., n° 310.

[2] La distinction ainsi opérée correspond à celle suggérée par M. Dross entre la « *valeur d'usage* » et la « *valeur d'échange* » d'un bien (V. *supra* n° 407). Si l'atteinte porte sur la matérialité du bien, c'est sa valeur d'usage qui est entamée : un immeuble dont le toit aurait été détruit n'est plus guère utilisable. Il s'agit ici de la valeur vénale du bien. Si l'atteinte porte à l'inverse sur le bien pris comme support de prérogatives juridiques, c'est sa dimension juridique qui est atteinte : un immeuble sur lequel un bail emphytéotique a été consenti n'a pas la même valeur qu'un immeuble libre de droits, sans que sa valeur d'usage ne soit altérée.
Aussi faut-il reconnaitre la porosité de cette distinction : toute faute aura pour conséquence finale l'atteinte au droit du titulaire – c'est là l'essence de la définition d'une faute. La distinction doit être comprise comme celles des fautes qui concernent la matérialité du bien et celles qui, sans modifier le bien dans son enveloppe organique, contrarient les droits du titulaire. Une formule, déjà ancienne, résume parfaitement la situation : « *le propriétaire de l'immeuble hypothéqué ne peut, au détriment des droits du créancier hypothécaire, faire aucun acte de disposition matérielle ou juridique qui, directement ou de sa nature même, aurait pour conséquence de diminuer la valeur de cet immeuble* » (Aubry Ch., Rau Ch., *Cours de droit civil français*, 4ème éd., t. III, 1869, n° 286).

contractuel[1].

Aussi ce devoir est-il étroitement lié à la situation matérielle du bien. Le constituant n'y est généralement astreint que s'il en a la mainmise, à défaut de quoi le titulaire supportera ce devoir, voire un tiers dans le cas d'un entiercement[2]. Les comportements fautifs prennent alors plusieurs formes possibles : la destruction du bien grevé, sa détérioration, son abandon ou encore, pour les biens consomptibles, sa consommation. Les exemples ne sont cependant pas nombreux de détournements matériels aussi sommaires[3]. L'évidente illicéité de tels comportements dissuade probablement ceux qui en auraient l'idée de les commettre.

Le devoir de conservation est ici pris dans son versant négatif : le constituant ne doit pas de son propre fait atténuer la valeur du bien grevé. Mais il est également tenu à un comportement actif, celui d'entretenir cette valeur, de « *maintenir la substance du gage* »[4]. Le manquement qui en résulte diffère de celui précédemment exposé. La perte de valeur n'est pas la conséquence d'une activité du constituant mais au contraire de son abstention, de sa négligence, voire de son intention maligne[5]. Ce devoir positif prend des formes variées selon que le bien grevé est un bien consomptible, une chose de genre, une denrée périssable… Au surplus certains de ces biens, par leur nature, ont pour effet de densifier cette charge du constituant en lui imposant un devoir d'exploitation. C'est le cas des biens incorporels dont la valeur procède parfois intimement de cette exploitation. Le caractère actif du devoir du

[1] Freleteau B., *th. préc*., n° 89.

[2] Il est assez singulier de lire à ce sujet une décision ancienne et plusieurs fois confirmée selon laquelle l'incrimination du détournement de gage « *ne renferme ni n'autorise aucune distinction selon que le gage est dans la possession du créancier ou dans celle du débiteur, et punit dans l'un comme dans l'autre cas le détournement du gage par celui qui l'a donné* » (Crim., 19 mars 1909 ; *DP* 1911. 1. 159). Comment comprendre que le défaut de conservation du créancier gagiste en possession du bien grevé soit imputable au débiteur ?

[3] Crim., 24 janvier 1968, *Bull. Crim*., n° 24 ; *D*. 1968. 353 ; *JCP* 1968. II. 15424 et Crim., 20 févr. 1973, *Gaz. Pal*. 1973.1. somm. 151 (abandon d'un véhicule gagé) ; Crim., 12 mars 1958, *Bull. crim*., n° 246 (véhicule gagé accidenté donc inutilisable).

[4] Mestre J., Putman E., Billiau M., n° 831. Ces devoirs sont dans leur nature les mêmes que celui d'un dépositaire, à ceci près qu'un dépositaire n'est pas propriétaire du bien objet du contrat. Au-delà de cette différence, les devoirs sont identiques, à commencer par le premier d'entre eux : « *le dépositaire doit apporter, dans la garde de la chose déposée, les mêmes soins qu'il apporte dans la garde des choses qui lui appartiennent* » (art. 1927 c. civ.). À supposer que la « *conservation* » soit assimilable à la « *garde* », le devoir est strictement identique.

[5] Il est d'ailleurs reconnu au titulaire la possibilité d'invoquer la fraude paulienne contre le constituant qui manque à la conservation du bien grevé et diminue par conséquent la valeur du gage (V. Mestre J., Putman E., Billiau M., n° 404 et *Droit spécial (…), op. cit*., n° 976). L'action se cumule, dans le droit commun du gage, avec la déchéance du terme ou le complément de gage (art. 2344 c. civ.) – ces deux dernières solutions étant en pratique certainement plus favorables au titulaire que l'exercice parfois fastidieux de l'action paulienne. Aussi d'un point de vue strictement théorique, ces sanctions sont-elles plus appropriées à la faute commise que ne l'est l'action paulienne, puisque celle-ci suppose normalement un appauvrissement frauduleux confinant à l'insolvabilité du fautif, or ce dernier critère n'est pas exigé dans l'hypothèse examinée, ce qui fait douter de son bien-fondé.

constituant est alors particulièrement accusé[1]. Qu'il s'agisse d'une marque ou d'un fonds de commerce dont le constituant est propriétaire, leur exploitation détermine le sort de leur valeur[2]. Si par son fait le constituant néglige cette exploitation, son comportement risque d'entraîner pour le titulaire de la sûreté l'invocation d'une sanction de droit commun, c'est-à-dire la déchéance du terme prévue à l'article 1305-4 du code civil[3].

477. Distraction d'une partie des biens grevés. Une autre faute du constituant est celle par laquelle il diminue l'assiette de la sûreté sans atteindre le bien dans sa substance. Il n'y a donc pas de manquement au devoir de conservation mais une atteinte matérielle au bien grevé puisque l'un des biens est, par le fait du constituant, sorti du périmètre de la sûreté. Un exemple de cette faute réside dans le régime du nantissement de fonds de commerce. Le fait pour un constituant de vendre certains éléments d'un fonds de commerce nanti est une distraction qui tombe sous le coup de l'article 314-5 du code pénal. La vente du fonds dans son intégralité est autorisée, le droit de suite permettant au titulaire de saisir le bien où qu'il se situe, mais la vente séparée d'éléments isolés est une atteinte à l'assiette de la sûreté et à la nature du fonds de commerce, qui est une universalité de fait[4]. Par de tels actes le constituant entame la sûreté réelle par une atteinte matérielle de son assiette, en faisant échapper au droit de poursuite du titulaire des éléments du fonds initialement affectés : en conséquence, le titulaire verra ses chances supplémentaires de paiement au moins partiellement remises en cause. La solution est d'origine prétorienne, les dispositions relatives au nantissement sur fonds de commerce[5] ne prévoyant pas cette situation.

---

[1] Art. L. 714-5 CPI : « *Encourt la déchéance de ses droits le propriétaire de la marque qui, sans justes motifs, n'en a pas fait un usage sérieux, pour les produits et services visés dans l'enregistrement, pendant une période ininterrompue de cinq ans* (…) ».

[2] Concernant les fonds de commerce, ce devoir positif est plus difficilement saisissable. Il serait trop facile pour le titulaire de reprocher au constituant sa faute dans l'inexploitation d'un élément mineur de l'universalité de fait. Les exemples sont rares mais semblent pouvoir être résolus selon une approche quantitative : si le bien inexploité est la ressource essentielle du fonds, la déchéance semble permise. Dans le cas inverse, une marge de manœuvre doit pouvoir être laissée au constituant. En ce sens, mais dans un autre contexte : Salvage-Gerest P., « Le gage des brevets d'invention », *JCP* 1987, éd. C.I. II. 12781, n° 34, p. 374.

[3] Sous réserve des dispositions spécifiques, comme l'art. 2344, al. 2, c. civ. qui prévoit une alternative à la déchéance par le complément de gage. Il est curieux d'observer que cette disposition n'existe plus pour l'hypothèque, l'ordonnance du 23 mars 2006 ayant abrogé l'ancien art. 2131 c. civ. selon lequel : « *Pareillement, en cas que l'immeuble ou les immeubles présents, assujettis à l'hypothèque, eussent péri, ou éprouvé des dégradations, de manière qu'ils fussent devenus insuffisants pour la sûreté du créancier, celui-ci pourra ou poursuivre dès à présent son remboursement, ou obtenir un supplément d'hypothèque* ». D'aucuns estiment, sans référence à cette abrogation, que le supplément d'hypothèque persiste : Boussougou-Bou-Mbine, *J.-Cl. civ*., art. 2413 à 2415, n° 78.

[4] Crim., 25 juillet 1912 ; *S.* 1914, 1, p. 116, note Roux J.-A. ; Crim., 6 janvier 1966, *Bull. Crim., n° 6* ; *D*. 1966, somm., p. 60, *Gaz. Pal*., 1966, 1, jur., p. 244.

[5] Art. L. 142-1 à L. 142-5 c. com.

478. Extraction des produits du bien grevé. Une distinction fondamentale oppose, en droit des biens, les fruits[1] aux produits[2]. Le critère distinctif de ces deux notions est à trouver dans l'altération de la substance du bien : les fruits n'entament pas la valeur du bien dont ils sont issus, alors que les produits ont cet effet. Dès lors et logiquement, l'extraction des produits d'un bien grevé d'une sûreté réelle aura pour conséquence de diminuer d'autant l'assiette de la sûreté et les droits conférés au titulaire. La loi ne prévoit pas explicitement ce cas[3] mais il est permis de considérer qu'il entre dans le devoir générique de conservation du bien qui pèse sur le constituant de – presque – toute sûreté réelle. Au reste, la jurisprudence n'a pas attendu que ce cas soit spécifiquement prévu et autorise le créancier à enjoindre au constituant l'interdiction d'une telle extraction[4]. Rien ne s'oppose à ce qu'un créancier, découvrant trop tardivement l'extraction pour qu'une injonction judiciaire soit efficace, puisse sommer le constituant de procéder à un complément de sûreté ou, à défaut, demander la déchéance du terme[5].

479. Déplacement du fonds de commerce nanti sans information du titulaire. Au-delà de la distraction d'un bien composant l'assiette de la sûreté, il peut arriver que son seul déplacement géographique compromette sa valeur[6]. Ce risque concerne exclusivement le fonds de commerce, lorsqu'il est l'objet d'un nantissement. Si ce déplacement a lieu et que le titulaire n'en est pas informé, il peut s'y opposer et sanctionner le constituant pour son acte. Encore faut-il que ce déplacement ait eu une incidence négative et objectivement constatable

---

[1] « *Biens de toute sorte (sommes d'argent, biens en nature) que fournissent et rapportent périodiquement les biens frugifères (sans que la substance de ceux-ci soit entamée comme elle l'est par les produits au sens strict)* […] », Cornu G. (dir.), *Vocabulaire juridique*, *op. cit*., V° Fruits, 1, p. 483.

[2] « *Au sens strict (et par opposition aux fruits) ce qui est retiré d'un capital moyennant une diminution de substance et en dehors d'une exploitation régulière* » (*Ibid*, v° Produit, 2°, p. 713).

[3] V. cependant, pour l'hypothèque Civ., 2 juin 1934 ; *DP* 1935. 1. 65, note Fréjaville M. ; Civ. 1ère, 16 juillet 1974, *Bull Civ. I*, n° 232 ; Bordeaux, 19 juin 1986 ; *D*. 1987. 295, note Denis D.

[4] Agen, 17 juin 1889, *Pandectes françaises* 1889, 2, 181. Plus spécialement, V. Fréjaville M., *Des meubles par anticipation*, thèse, Paris, 1927, p. 223 s. Le créancier peut également exiger que les produits soient placés sous séquestre, s'ils sont encore à disposition du constituant : Req., 10 juin 1841 ; *S*. 1841, I, 484.

[5] Le complément de gage prévu à l'art. 2344 c. civ. peut être étendu, sinon au nantissement de droit commun, au moins à quelques nantissements spécifiques, puisque l'art. 2355, al. 4 c. civ. dispose que le nantissement qui « *porte sur d'autres meubles incorporels* [qu'une créance] *est soumis, à défaut de dispositions spéciales, aux règles prévues pour le gage de meubles corporels* ». Quant à la diminution des sûretés par le constituant entrainant la déchéance du terme, prévue à l'art. 1305-4 c. civ., elle semble parfaitement applicable à l'hypothèse de l'extraction des produits du bien grevé.

[6] L'activité déployée dans le fonds de commerce peut être liée à sa localisation et un déplacement peut très bien faire péricliter cette activité. Dans une moindre mesure, ce changement peut aboutir à une modification de la juridiction territorialement compétente, potentiellement au préjudice du créancier.

sur la valeur du bien nanti, sans quoi le titulaire serait dépourvu d'un intérêt à agir[1]. Aussi le constituant est tenu, au moins quinze jours à l'avance, d'informer personnellement le titulaire de son intention de déplacer le fonds et ne saurait infléchir sa responsabilité en se réfugiant derrière les règles de publicité de la sûreté[2]. En cas de déplacement dissimulé, le constituant s'expose à la déchéance du terme[3]. Dans le même temps, il encourra également le grief du détournement de bien gagé. Le préjudice éprouvé par le constituant consiste ici en une perte de valeur du bien nanti, donc une chance amoindrie de remboursement, s'il est rapporté que la localisation initiale du fonds de commerce était une condition déterminante de la viabilité de son exploitation.

480. Enlèvement d'une plaque fixée à demeure dans le nantissement de l'outillage et du matériel d'équipement. Dans la sûreté spécifique qu'est le nantissement de l'outillage et du matériel d'équipement[4], le bénéficiaire peut exiger que les biens concernés soient « *revêtus sur une pièce essentielle et d'une manière apparente d'une plaque fixée à demeure indiquant le lieu, la date et le numéro d'inscription du privilège dont ils sont grevés* »[5]. Cette formalité optionnelle est un moyen pour le titulaire de matérialiser son droit de suite, bien plus fragile que celui issu d'une sûreté réelle immobilière, tant les règles de la possession peuvent tenir en échec le créancier gagiste[6]. L'existence du droit de suite est ainsi conditionnée au respect des règles légales de publicité et à l'apposition de cette plaque sur le bien[7]. Un constituant mal intentionné et désireux de vendre le matériel ainsi grevé peut être tenté de retirer la plaque afin de vendre plus facilement – et à un meilleur prix – le bien nanti ce qui aura pour conséquence d'amoindrir les chances de remboursement du créancier. Le

[1] Ainsi : « *le déplacement d'un fonds de commerce ne saurait par principe entraîner sa disparition, à moins que, compte tenu de sa nature et de son activité, sa localisation ne constitue une condition de sa survie* » (Com., 6 octobre 1998, *Bull. civ. IV*, n° 227).

[2] « *La mention du déplacement du fonds au registre du commerce ne saurait, à elle-seule, établir la connaissance par le créancier de ce déplacement* » (Com., 29 janvier 2002 ; *Bull. civ.* IV, n° 22 ; *Lexbase Hebdo – Edition privée générale*, 21 février 2002, n° 11, note Bakouche D. ; *RDBF* mars 2002, n° 2, p. 72, note Legeais D. ; *RTD com*. 2002. 267, note Saintourens B.). La solution est fondée à un double titre : elle impose au constituant un comportement propice à la réalisation du but contractuel en informant utilement le créancier et respecte la condition de faute du créancier nécessaire à l'invocation du bénéfice de subrogation par la caution.

[3] Art. L. 143-1 c. com. : « *en cas de déplacement du fonds de commerce, les créances inscrites deviennent de plein droit exigibles si le propriétaire du fonds n'a pas fait connaître aux créanciers inscrits, quinze jours au moins d'avance, son intention de déplacer le fonds et le nouveau siège qu'il entend lui donner* ». La déchéance du terme n'apparaît pas expressément mais l'exigibilité immédiate de la créance en est un synonyme.

[4] La qualification témoigne des imperfections de la réforme du 23 mars 2006. Le nantissement est supposé désigner les sûretés portant sur des biens incorporels et non plus les sûretés avec dépossession : il devrait alors s'agir d'un gage de l'outillage, afin que la nouvelle terminologie soit cohérente.

[5] Art. L. 525-4 c. com.

[6] Encore faut-il, ici, que le tiers soit de bonne foi pour que son droit soit reconnu opposable au titulaire de la sûreté : Com., 9 mai 1990, *Bull. civ. IV*, n° 141 ; *D*. 1990, inf. rap. 143.

[7] Art. L. 525-7, al. 2, c. com.

comportement fautif tant à l'endroit du bénéficiaire que de l'acquéreur est alors sanctionné par l'article L. 525-19 du code de commerce[1].

Cette faute du constituant et les précédentes sont des exemples portant directement sur le bien, pris dans sa matérialité. D'autres fautes, sans atteindre le bien lui-même, ont pour effet de compromettre les droits reconnus au titulaire de la sûreté. Ce sont elles qu'il s'agit désormais d'étudier.

B. Les fautes relatives aux droits reconnus au titulaire

481. Des hypothèses limitées. À l'inverse des fautes caractérisées par une atteinte directe au bien grevé, il n'y a qu'un nombre limité de fautes relatives aux droits accordés par le constituant au titulaire. Une raison assez simple l'explique : de nombreuses sûretés réelles voient leur opposabilité conditionnée par une inscription sur un registre prévu à cet effet. Les conflits entre divers droits concurrents sur le même bien sont alors réglés par le biais de ce critère, de sorte que rares sont les fautes commises qui remettent en cause l'efficacité des droits reconnus au titulaire sur ce bien. Par ailleurs, nombreuses sont les sûretés réelles qui laissent une marge de manœuvre au constituant dans la gestion du bien grevé : tout acte juridique qu'il réalise sur ce bien n'est pas nécessairement fautif.

482. Constitution de droits postérieurs sur le bien grevé diminuant les droits antérieurs du titulaire. Les sûretés réelles tendent à un compromis délicat : garantir efficacement le créancier sans gaspiller le crédit du débiteur. Les sûretés réelles sans dépossession visent cet objectif. Le constituant continue d'exerce ses prérogatives, même diminuées, sur le bien grevé et le titulaire est assuré grâce au droit de suite de pouvoir appréhender la valeur du bien si jamais celui-ci est sorti du patrimoine du constituant. Malgré cette souplesse, il peut arriver que le constituant méconnaisse les intérêts du titulaire, sans pour autant atteindre le bien grevé dans sa matérialité. Si les droits subjectifs dont il disposait sur le bien se sont transmués en pouvoirs lors de la formation de la sûreté réelle, leur étendue est parfois suffisante pour que l'utilité de la sûreté soit au moins contrariée, sinon réduite à

[1] « *Est puni des peines prévues pour l'abus de confiance par les articles 314-1 et 314-10 du code pénal, le fait, pour tout acquéreur ou détenteur de biens nantis en application du présent chapitre, de les détruire ou tenter de les détruire, les détourner ou tenter de les détourner, ou enfin les altérer ou tenter de les altérer d'une manière quelconque en vue de faire échec aux droits du créancier.*
Sont punies des mêmes peines toutes manœuvres frauduleuses destinées à priver le créancier de son privilège sur les biens nantis ou à le diminuer ». Les deux alinéas illustrent d'ailleurs la distinction des types de fautes en fonction de leur objet : le bien lui-même ou les droits reconnus au créancier sur le bien. V. également Crim., 26 mars 1963, *Bull. Crim*. 1963, n° 130 et Crim., 14 décembre 1967, *Bull. Crim*. 1967, n° 137 ; *JCP* 1968. IV. 10.

néant. C'est notamment ce qui explique la règle, concernant l'hypothèque, qui limite la faculté pour le constituant de consentir des actes dont l'importance remet en cause la sûreté préalablement consentie. Ainsi en est-il des baux d'une durée supérieure à douze ans et des actes portant cession de loyers ou fermages non échus, pour une durée supérieure à trois ans[1], sujets à réduction judiciaire sur l'initiative du titulaire. D'autres actes non expressément prévus par la loi entrainent des conséquences semblables. À ainsi été jugé frauduleux le montage par lequel un bien hypothéqué fut vendu à un faible prix et à de multiples reprises, entre plusieurs sociétés constituées par les mêmes associés et dirigée par la même personne, à l'issue duquel l'acquéreur final diligenta une procédure de purge et offrit au titulaire, contre mainlevée de l'hypothèque, une somme équivalente au tiers de la véritable valeur de l'immeuble – prix auquel les autres ventes avaient eu lieu. Les juges, caractérisant une fraude, autorisèrent le titulaire à exercer une action paulienne contres ces divers actes, dont « *le but était de diminuer, grâce à son montage juridique, l'efficacité de l'exercice de la sûreté hypothécaire* »[2]. L'exemple témoigne avec évidence d'un comportement directement antinomique à la réalisation du but contractuel. Une autre espèce a admis l'exercice de l'action paulienne d'un créancier hypothécaire contre son débiteur qui avait consenti à un tiers, suite à l'inscription de la sûreté, un bail à ferme pour une durée de dix-huit ans. La condition d'insolvabilité, habituelle pour l'action paulienne, est ici à nouveau écartée, car le bail frauduleux « *avait pour effet d'amoindrir considérablement la valeur vénale des immeubles* […] *et, partant, l'utilité de l'hypothèque judiciaire inscrite sur ces immeubles* »[3].

483. Une faute générique du constituant : le détournement de gage. Les exemples de faute du constituant traités jusqu'alors ont tous en commun d'être constitutifs d'une infraction pénale, le délit de détournement de gage. Il est indispensable, à l'orée d'une systématisation de la faute du constituant, de revenir sur cette disposition afin précisément que cette systématisation ne soit pas lacunaire.

Il est remarquable de souligner cette apparition unique d'une sûreté dans le dispositif pénal français[4]. Seul le gage est en effet appréhendé par le législateur et, plus encore, seul le

[1] Art. 30, 3° du décret du 4 janvier 1955.
[2] Civ. 3ème, 22 janvier 1997, *Bull. civ. III*, n° 16 ; *JCP E* 1997, I, 673, n° 14, obs. Delebecque Ph.
[3] Civ. 1ère, 15 octobre 1980, *Bull. civ. I*, n° 257.
[4] Sur les rapports entre cette matière et le droit des sûretés, V. Saint-Pau (dir.), *Le droit pénal et les autres branches du droit. Regard croisés* (Actes du XXe congrès de l'Association française de droit pénal), Cujas, coll. « Actes et études », 2012, spéc. Delebecque Ph., « Droit pénal et droit des sûretés » (p. 139 s.) et Pin, « Droit pénal et droit des sûretés (L'alliance du feu et de la glace) » (p. 145 s.) ; Salvage Ph., Salvage-Gerest P., « Droit pénal et sûretés », *Mélanges Larguier*, Presses universitaires de Grenoble, 1993, p. 282. Sur l'infraction en particulier, V. Matsopoulou H., « Détournement de gage », *Lamy droit des sûretés*, étude 296.

donneur de gage, que ce soit le débiteur-constituant ou une « caution » réelle, est visé par la loi et ce en tant qu'auteur de l'infraction, non en tant que victime. Plusieurs interrogations viennent alors à la lecture de ce texte.

La première est celle de savoir pourquoi l'infraction est limitée au seul gage. Certes la jurisprudence ne s'est pas arrêtée à la lettre du texte mais il est permis de se demander pour quelles raisons cette lacune n'a pas été comblée. En effet, l'article 314-5 du code pénal est contenu dans un livre consacré aux infractions contre les biens or le gage n'est, à l'évidence, pas la seule sûreté à porter sur un bien. Cette insuffisance, audacieusement contournée par la jurisprudence[1], n'en cache pas moins une seconde, plus significative encore : pourquoi seules les sûretés réelles sont-elles alors concernées ? En quoi les sûretés personnelles ne méritent-elles pas une consécration similaire ? L'interprétation stricte qui prévaut en droit pénal commande une application de la disposition aux infractions directement orientées contre les biens. Il est impossible de caractériser l'infraction contre une caution qui a simplement procédé, par exemple, à la vente de l'un de ses biens. Cela étant, il semble que ce qu'il y a de plus substantiel dans l'infraction étudiée n'est pas tant l'objet – un bien donné en gage – que la confiance que cette mise en gage est supposée traduire et que le débiteur a trahi. Dès lors qu'une sûreté a pour effet de matérialiser la confiance donnée, de lui donner la consistance qu'elle n'a pas lorsqu'une obligation est dépourvue de sûreté, comment justifier que les sûretés personnelles soient alors ignorées du législateur pénal ? La question met en évidence le fait qu'aux yeux du législateur, la gravité de la faute du détournement de gage est plus accusée que celle, par exemple, d'une caution qui commet une fraude paulienne. Or il paraît délicat, pour ne pas dire impossible, de hiérarchiser *in abstracto* la gravité de ces comportements, ce qui laisse à croire qu'une péréquation de ces actes fautifs serait sans doute plus juste.

Plus encore que le champ d'application matériel de la disposition, ce sont les acteurs concernés qui interpellent. Quel motif justifie que seul le donneur de gage soit incriminé, qu'il soit débiteur-constituant ou « caution réelle » ? En reconduisant ici l'argument de la confiance donnée, celle du créancier en son débiteur paraît plus importante que la réciproque. Le premier fait crédit au second, c'est donc à ce dernier qu'il revient d'être le plus digne de confiance. Toutefois l'argument ne suffit pas à comprendre que le créancier ne soit pas lui-

[1] Crim., 13 mars 1909, *S.* 1912, 1, p. 237, note Roux J.-A. L'arrêt retient que l'infraction est caractérisée « *sans distinguer entre le cas où cet objet* [gagé] *est en la possession du créancier et celui où il est resté dans la possession du débiteur* ». Certains textes spécifiques sont venus étendre expressément l'infraction à certaines sûretés, comme l'hypothèque maritime (art. 251, 2° c. douanes), le warrant agricole (art. L. 342-14 c. rur.) ou encore le nantissement de l'outillage et du matériel d'équipement (art. L. 525-19 c. com.).

même susceptible d'être incriminé. Que fait un créancier lorsqu'il utilise la voiture gagée de son débiteur alors précisément que cette prérogative ne lui a pas été reconnue ? Il ne commet ni plus ni moins qu'un détournement : il utilise le bien dans un autre but que celui pour lequel il lui a été remis[1]. Dès lors, rien ne justifie l'exclusion du créancier comme auteur potentiel de cette infraction, particulièrement depuis la consécration légale du gage sans dépossession[2].

Malgré ses lacunes, l'infraction de détournement de gage permet idéalement d'amorcer la systématisation de la faute du constituant d'une sûreté réelle. Par un tel comportement, le constituant fait encourir au créancier un dommage contre lequel il a précisément voulu se protéger : celui du défaut de paiement de son débiteur. Il convient de voir plus en détail ce qui caractérise cette faute.

Section 2. Systématisation de la faute du constituant d'une sûreté réelle

484. La reconduction de la définition de la faute contractuelle. La définition retenue de la faute doit être reconduite et appliquée au constituant d'une sûreté réelle. Une fois dessinés les contours de son rapport d'obligation correspondant au cadre de la faute (§ 1), à l'orée duquel sera appréciée la nature fautive, ou non, de son comportement, il sera alors possible d'en examiner le contenu (§ 2).

§ 1. Le cadre de la faute

485. De la consistance à la portée du rapport d'obligation. Afin d'analyser au mieux la faute du constituant, il est impératif de revenir sur la consistance du rapport d'obligation (1) auquel il est tenu envers le titulaire, avant d'en mesurer la portée (2).

---

[1] Domat, en son temps, l'affirmait déjà : « *le créancier qui use de la chose engagée contre le gré du maître, commet une espèce de larcin. Car ce n'est point pour en user, mais pour la sûreté de la créance qu'il la tient en gage, et l'usage peut l'endommager* », *in Les loix civiles dans leur ordre naturel*, *préc*., p. 207. Le passage est extrait d'un livre troisième, dont le titre résume parfaitement l'effet des sûretés réelles : « *Des suites qui ajoutent aux engagements, ou qui les affermissent* ». Est ici perceptible, par les références à l'adjonction et à l'affermissement, l'effet essentiel des sûretés réelles. Elles n'ont d'existence qu'à travers une obligation qui leur sert de support et auquel elles s'adjoignent ; mais plutôt que de créer un véritable lien de droit supplémentaire, elles raffermissent le lien d'obligation garanti en offrant au titulaire des prérogatives originales.

[2] Ce d'autant plus que la jurisprudence traite avec une certaine sévérité le constituant d'un gage. L'élément moral de l'infraction est établi, selon les juges, par le seul défaut de remise du bien grevé après que le créancier a sommé le débiteur de procéder à la restitution (Crim., 18 janvier 1950, *S*. 1951. 1, p. 192 ; Crim., 23 juin 1965, *Gaz. Pal*. 1965, 2, jur., p. 220 ; T. corr. Seine, 26 janvier 1966, *JCP G* 1967. II. n° 14952). Dans la situation inverse, celle par laquelle le créancier refuse de restituer le bien alors que le débiteur a payé sa dette, la rétention est clairement illégitime : l'élément moral de l'infraction n'est pas moins établi.

A. La consistance du rapport d'obligation

486. Une consistance fonction de la situation du bien grevé. Le débiteur d'une sûreté réelle, à l'inverse de celui d'une sûreté personnelle, ne doit au créancier aucune prestation. Ou plutôt, il ne doit aucune prestation au titre de la sûreté : la seule dont il soit redevable découle de l'obligation principale, en considération de laquelle la sûreté a été accordée. La plupart du temps, cette obligation est relative à un prêt supposant que le débiteur rembourse la somme prêtée – là est l'unique prestation à laquelle il est tenu envers son créancier. La sûreté réelle, quelle que soit sa nature, n'engendre à la charge de son constituant qu'un rapport d'obligation dénué de rapport obligatoire – des exigences comportementales sans prestation. Aussi, la variété et la densité de ces exigences sont principalement fonction de la situation, matérielle et non juridique, du bien grevé. Dans les sûretés réelles sans dépossession, le constituant est ainsi astreint à des exigences comportementales plus rigoureuses – au premier rang desquels se trouve le devoir de conservation du bien grevé. Dans les sûretés réelles avec dépossession ou les sûretés réelles fondées sur l'exclusivité, ces devoirs s'amenuisent et, avec eux, les occurrences de fautes. Dans tous les cas de figure, il est permis de parler de dénuement du rapport d'obligation puisque non seulement celui-ci sera toujours isolé, dépourvu de son corollaire qu'est le rapport obligatoire mais il ne renferme au surplus que peu d'exigences comportementales. La nature de la sûreté et l'objet grevé auront seuls une incidence, qui plus est variable, sur la consistance de ce rapport. Les sûretés réelles sans dépossession imposent au constituant, pour l'essentiel, un devoir de conservation du bien qui sera sans nul doute le plus contraignant de tous. Ce devoir verra sa densité varier, selon que l'objet grevé mérite ou non une attention particulière[1]. En définitive, le critère le plus déterminant de cette densité reste la situation matérielle du bien. Si le créancier a la mainmise sur celui-ci, le constituant ne sera alors astreint, pour l'essentiel, qu'au remboursement de sa dette. Si le bien reste entre les mains du constituant, celui-ci sera alors tenu de respecter des exigences comportementales plus variées et plus contraignantes.

487. L'incidence des engagements du constituant envers d'autres créanciers relatifs aux biens grevés. Le constituant est parfois fautif non vis-à-vis du titulaire de la sûreté mais à l'égard de ses autres créanciers antérieurs dont les intérêts seront compromis par

[1] Pour rappel, le devoir de conservation peut parfois contenir un devoir d'exploitation, notamment dans les sûretés sur propriétés intellectuelles. V. *supra*, n° 476.

la constitution ou la mise en œuvre de la sûreté réelle. C'est ici que les engagements préalables, concomitants voire postérieurs à la sûreté peuvent avoir une incidence sur son sort – et c'est exclusivement en ce sens qu'ils doivent ici être compris. La consistance du rapport d'obligation liant constituant et titulaire ne sera pas bouleversée par l'effet de ces engagements mais elle ne restera pas inchangée. La constitution de la sûreté réelle peut être contrariée par l'existence de prérogatives antérieures de créanciers sur le bien, comme la gestion de ce bien au profit de ces autres créanciers concerne parfois directement les intérêts du titulaire. L'hypothèque, par exemple, n'autorise pas le constituant à consentir des baux sur le bien grevé pour une durée supérieure à douze ans. La règle, parmi d'autres, illustre l'incidence sur le rapport constituant-titulaire de droits concurrents sur le bien grevé. Le bien grevé est le point d'imputation de diverses prérogatives juridiques concurrentes. Il polarise les prétentions contradictoires du constituant, du titulaire de la sûreté et d'autres personnes. Même si elles sont d'une portée relative, ces diverses prétentions exercent une influence sur la teneur du rapport d'obligation du constituant. Cette teneur n'a cependant pas la même physionomie que dans les sûretés personnelles, puisqu'il ne s'agit pas pour deux personnes d'être débitrices de la même dette et de veiller au respect minimal de leurs engagements réciproques – ici le constituant, seul, est tenu au titre d'une obligation à la dette et d'une contribution à la dette. Par ailleurs la portée du rapport d'obligation astreignant le constituant, si elle peut aussi être comparée à celle du débiteur d'une sûreté personnelle, se manifeste différemment.

B. La portée du rapport d'obligation

488. Une portée en apparence limitée par l'absence de rapport obligatoire. La portée du rapport d'obligation résultant d'un engagement à une sûreté réelle est en apparence de moindre importance que dans le cadre d'une sûreté personnelle. Cette supposée différence pourrait provenir de ce qui oppose les deux ordres de sûretés dans leurs effets. Les sûretés personnelles engendrent un rapport obligatoire et un rapport d'obligation liant créancier et débiteur, alors que les sûretés réelles ne créent que le second de ces rapports. Aussi l'interpénétration des deux rapports constitutifs de l'obligation donne au lien de droit une portée qui dépasse le seul rapport créancier garanti-débiteur de la sûreté personnelle et ouvre aux tiers la faculté de leur reprocher une faute commise dans le cadre de cette relation[1]. Par déduction, le rapport d'obligation que les sûretés réelles génèrent devrait alors être dépourvu

[1] V. *supra*, n° 265.

d'une telle portée du fait de son isolement. Il s'avère au contraire que les exigences comportementales astreignant titulaire et constituant ont un rayonnement qui ne se limite pas à leur seule relation. Dans la mesure où certains tiers à la sûreté peuvent en effet reprocher au constituant la faute qu'il commet à l'occasion de son engagement, il faut reconnaitre une portée certaine au rapport d'obligation issu de cette relation. L'explication de cette portée est à trouver dans la condition juridique du bien grevé.

489. Une portée en réalité tributaire de la condition juridique du bien grevé. Une sûreté réelle, quelle que soit sa nature, n'a pas pour effet d'isoler le bien de toute prétention juridique étrangère à celles du titulaire ou du constituant. Autrement dit, la sûreté réelle ne détermine pas à elle seule et intégralement le statut juridique du bien grevé, elle ne soustrait pas le bien de l'ordre juridique global pour le contenir dans la seule relation unissant le constituant au titulaire. Puisque leur relation s'intègre elle-même dans cet ordre juridique global, le bien grevé n'échappe pas à cet effet. Sa condition juridique est déterminée par la sûreté réelle mais aussi par toutes les prérogatives afférentes à ce bien et extérieures à la sûreté. Dès lors, le constituant doit-il, malgré sa qualité de propriétaire du bien grevé, tenir compte de l'existence de ces prérogatives que la sûreté réelle n'a pas pour effet de dissoudre. C'est alors cette même condition juridique du bien grevé qui explique le rayonnement du rapport d'obligation du constituant au-delà de son engagement avec le titulaire. Ce dernier doit adopter un comportement qui respecte autant les intérêts du bénéficiaire de la sûreté que ceux de tout autre titulaire de prérogative juridique sur le bien affecté. La condition juridique du bien grevé déploie ainsi des effets comparables à celui du rapport obligatoire contenu dans les sûretés personnelles. Elle permet alors d'expliquer la faculté reconnue aux tiers à la sûreté réelle de s'immiscer dans le rapport constituant-titulaire pour reprocher à l'un d'eux sa faute, si cette faute a eu pour effet d'altérer leurs propres prérogatives.

§ 2. Le contenu de la faute

490. La direction de la faute comme critère d'analyse. De la même manière que pour les sûretés personnelles, le critère d'étude le plus propice est celui de la direction de la faute, autrement dit de la personne contre qui la faute est orientée et qui en éprouvera les conséquences. En fonction de ce critère seront évités les recoupements peu propices à une présentation claire de la faute du constituant. Il s'agira alors de dissocier l'altération des droits

des tiers à la sûreté réelle (A) et l'altération de la chance supplémentaire de paiement du titulaire (B).

A. L'altération des droits des tiers à la sûreté réelle

491. Deux catégories de tiers à la sûreté. Les tiers dont il sera ici question se répartissent en deux catégories : la première concerne les créanciers du constituant autres que le titulaire (1), la seconde est composée des titulaires de droits sur le bien grevé (2).

1. Les autres créanciers du constituant

492. L'hypothèse unique de la fraude paulienne. À première vue, les créanciers du constituant autres que le titulaire ne sont pas concernés par le rapport établi entre ces deux protagonistes à travers la sûreté réelle. À une exception près, qui concentre d'ailleurs toutes les hypothèses de ce genre : la formation de la sûreté réelle en fraude aux droits de ces créanciers. En effet, il ne paraît pas envisageable que les créanciers puissent reprocher à leur débiteur la gestion de ses biens – que ce soit au titre d'une sûreté ou non d'ailleurs – sauf à ce que cette gestion fasse précisément et sciemment échec à leur droit. La seule faute possible qu'un constituant puisse commettre contre un autre créancier que le bénéficiaire de la sûreté est alors la fraude paulienne. Le débiteur consent une sûreté non pas tant pour garantir un crédit à lui octroyé que pour faire échec aux poursuites éventuelles de ses créanciers antérieurs sur le bien frauduleusement grevé. Il n'y a guère lieu de se répandre davantage sur cette faute dans la mesure où elle est en tout point comparable à celle étudiée au titre des sûretés personnelles[1]. En substance il s'agit, par un acte en apparence valable mais dont le contexte révèle l'illicéité, de faire échec aux droits des créanciers concernés. La faute consiste alors en une altération de leur droit de créance puisque les chances qu'ils ont d'être payés à terme s'amenuisent par le fait du débiteur.

2. Les titulaires de droits sur le bien grevé

493. Affectation fautive d'un bien dont le constituant n'est pas le propriétaire exclusif. Si la propriété d'un bien est un préalable indispensable à ce qu'un débiteur l'affecte

[1] V. *supra*, n° 226 s.

en garantie d'une obligation, il reste possible que cette propriété soit modale et non pleine et entière. Une modalité non-individuelle de la propriété parmi les plus usuelles est l'indivision[1]. La validité d'un montage par lequel un indivisaire affecte hypothécairement un immeuble indivis est légalement reconnue, la réalisation de la sûreté au profit du titulaire étant soumise à condition[2]. C'est précisément lorsque l'une de ces conditions n'est pas respectée qu'une hypothèse de faute survient. Par exemple, lorsque le constituant prétend fautivement auprès du titulaire qu'il a obtenu le consentement de l'intégralité des co-indivisaires, ceci afin d'obtenir plus sûrement un crédit alors qu'aucun d'entre eux n'a été informé de l'affectation, il y a bien une altération de la part du constituant des droits des co-indivisaires[3].

La faute est ici caractérisée à deux égards : celui des membres de l'indivision, qui voient leurs droits altérés puisque leur quote-part a été fautivement affectée et celui du créancier, qui a été trompé quant à l'effectivité de ses chances de remboursement car il risque de voir le bien grevé échapper totalement à son droit de poursuite. L'exemple choisi illustre idéalement la substance de la faute commise. À l'encontre des autres indivisaires, elle est une altération de leurs pouvoirs respectifs[4] ; vis-à-vis du créancier, elle est une altération de la chance supplémentaire de paiement qu'il entendait se procurer en garantie du crédit accordé. Il reste à analyser désormais celles des fautes qui correspondent exclusivement à ce dernier cas de figure.

---

[1] « *Situation juridique qui existe, jusqu'au partage d'une chose (immeuble acquis en commun) ou d'un ensemble de choses (masse successorale, communauté dissoute), entre ceux qui ont sur cette chose ou cet ensemble un droit de même nature (propriété, nue-propriété, usufruit), chacun pour une quote-part (égale ou inégale), aucun n'ayant de droit privatif cantonné sur une partie déterminée et tous ayant des pouvoirs concurrents sur le tout (usage, jouissance, disposition)* », (Cornu G. (dir.), *Vocabulaire juridique, op. cit*., V° Indivision, 1, p. 543).
Sur les interactions entre indivision et sûretés réelles, V. Dagot M., « L'hypothèque de l'immeuble indivis », *JCP G* 1980. I. 2994.

[2] Aux termes de l'art. 2414, al. 2 et 3 c. civ. relatifs à l'hypothèque : « *L'hypothèque d'un immeuble indivis conserve son effet quel que soit le résultat du partage si elle a été consentie par tous les indivisaires. Dans le cas contraire, elle ne conserve son effet que dans la mesure où l'indivisaire qui l'a consentie est, lors du partage, alloti du ou de ces immeubles indivis ou, lorsque l'immeuble est licité à un tiers, si cet indivisaire est alloti du prix de la licitation.*
L'hypothèque d'une quote-part dans un ou plusieurs immeubles indivis ne conserve son effet que dans la mesure où l'indivisaire qui l'a consentie est, lors du partage, alloti du ou de ces immeubles indivis ; elle le conserve alors dans toute la mesure de cet allotissement sans être limitée à la quote-part qui appartenait à l'indivisaire qui l'a consentie ; lorsque l'immeuble est licité à un tiers, elle le conserve également si cet indivisaire est alloti du prix de la licitation ». V. également Civ. 3ème, 29 novembre 1989, *Bull. civ. III*, n° 221 ; *D*. 1990, somm., p. 389, obs. Aynès L.

[3] Une telle faute appliquée à l'hypothèque est toutefois, en pratique, quasiment inexistante. Dès lors que les droits immobiliers sont, pour l'essentiel, passés par actes authentiques, la dissimulation des droits concurrents des co-indivisaires semble improbable. L'hypothèse n'en est pas moins applicable aux sûretés mobilières.

[4] Comme pour la fiducie, l'indivision ne crée pas de droit subjectif au profit des indivisaires, car ils ne peuvent exercer leurs prérogatives dans un intérêt exclusif. Ils doivent respecter l'intérêt des membres du groupement, sans quoi ils commettent immanquablement une faute. L'indivision engendre ainsi au profit des indivisaires un pouvoir, qu'il soit de propriété, de jouissance, de gestion... Ainsi est caractérisée la faute de l'indivisaire qui entend affecter un bien en passant outre le consentement des co-indivisaires : il néglige leurs pouvoirs sur le bien.

Au-delà du fait qu'elle soit expressément et légalement prévue pour l'hypothèque portant sur un bien indivis, ce type de faute n'est pas spécifique à l'indivision. Elle se retrouve lorsque le constituant n'est pas le propriétaire exclusif du bien – hypothèse autrefois qualifiée de stellionat[1]. Ces fautes ont en commun d'être une méconnaissance des droits que les tiers à la sûreté réelle ont sur le bien grevé, par une altération de leur valeur[2].

B. L'altération de la chance supplémentaire de paiement du titulaire

494. Une réalité pour deux manifestations. Fondamentalement, la faute du constituant d'une sûreté réelle s'épuise dans l'altération de la chance supplémentaire de paiement qu'il accorde au titulaire. Quel que soit le moment auquel cette faute est commise ou le procédé par lequel elle advient, elle consiste toujours, lorsque le titulaire de la sûreté en éprouve les conséquences, en cette altération. Cette faute se manifeste de deux manières. Soit l'atteinte commise concerne directement sur le bien, soit elle affecte les droits valablement reconnus au titulaire de la sûreté réelle. Si leurs effets peuvent être comparables, les fautes se distinguent toutefois selon qu'elles portent ainsi sur la substance du bien grevé (1) ou sur la consistance du droit[3] (2).

1. L'atteinte portée à la substance du bien

495. La chance supplémentaire de paiement du titulaire circonscrite à la valeur du bien grevé. L'objet des sûretés réelles se distinguent nettement de celui des sûretés personnelles. Dans le premier cas, seule la valeur du bien assujetti à la réalisation de l'obligation garantie pourra servir au désintéressement du créancier, alors que pour le second, c'est dans le patrimoine du débiteur de la sûreté que le créancier pourra trouver satisfaction, sans être limité à la valeur d'un bien en particulier.

Aussi élémentaire que puisse paraître cette différence, elle n'en reste pas moins utile à la

[1] V. *supra*, n° 473.

[2] Dans le même temps, ces fautes sont aussi orientées vers le titulaire car sa confiance est trompée. Envisagées sous ce prisme, elles présentent en revanche un intérêt moindre, car elles n'ont pas d'autonomie : de nature extracontractuelles, puisque relatives à la formation du contrat, elles ne sont pas constitutives d'une altération de la chance supplémentaire de paiement du titulaire, puisque cette chance n'a pas même existé. Il ne semble alors pas nécessaire, à ce titre, d'en prolonger l'étude plus avant.

[3] La distinction est en partie artificielle, car l'atteinte est toujours portée au droit du titulaire. Il serait alors plus juste de dissocier les atteintes directes et indirectes au droit du titulaire, lesquelles correspondraient aux atteintes portées sur le bien lui-même, ou sur les droits reconnus au titulaire par le constituant. La dissociation entre les atteintes portées à la substance du bien et à la consistance du droit est cependant plus éclairante.

détermination des comportements fautifs du constituant d'une sûreté réelle qui portent directement sur le bien ou l'ensemble de biens grevés. Il n'y pas lieu de distinguer selon que la faute du constituant aboutit à une dissipation totale ou partielle de la valeur du bien, sauf peut-être pour l'évaluation de la sanction[1]. La faute est constituée dès lors que la valeur du bien est diminuée et que, par contrecoup, la chance supplémentaire de paiement du titulaire est altérée.

496. L'altération de la chance supplémentaire de paiement du titulaire par diminution de la valeur du bien grevé. Le critère de l'altération de la chance supplémentaire de paiement employé pour les sûretés personnelles est reconductible ici[2]. La notion suppose d'un droit qu'il ait subit une dégradation par rapport à son état initial. Elle n'est pas applicable aux hypothèses de fautes par lesquelles l'existence même du droit du titulaire est remise en cause, un droit qui n'existe pas ne saurait être altéré. Il ne s'agit donc pas d'une absence de droit mais d'une régression de sa valeur car toutes les fois que le constituant entame la valeur du bien grevé, les perspectives de remboursement du titulaire diminuent. Il convient d'intégrer tous les comportements qui aboutissent à cette diminution (dégradation du bien, absence de réparation, extraction de produits, déplacement d'un fonds de commerce dans une zone incompatible avec son exploitation…) mais également ceux qui participent d'une destruction du bien. En effet il faut dissocier la situation par laquelle l'existence du droit est remise en cause dans son principe, de celle par laquelle l'objet du droit disparaît et laisse subsister le droit lui-même, dépourvu de contenu – à l'image d'une coquille vide. Seul ce dernier cas correspond à l'hypothèse de faute ici examinée. Le droit du titulaire issu de la sûreté réelle existe mais son contenu est remis en cause, en tout ou partie. En définitive la faute du constituant lorsqu'elle porte directement sur le bien grevé consiste invariablement en une altération de la chance supplémentaire de paiement reconnu au titulaire par diminution de la valeur du bien grevé.

497. L'indifférence, dans l'appréhension de la faute du constituant, de la pluralité de sûretés. La systématisation de la faute du constituant, lorsque cette faute porte directement sur le bien grevé, ne saurait être complète si l'hypothèse d'une pluralité de sûretés n'était pas envisagée. Le critère de l'altération de la chance supplémentaire de paiement étant retenu, la question se pose de savoir si la pluralité de sûretés exigées du créancier pour la même dette

[1] Et encore, l'art. 1305-4 c. civ. n'évoque que la « *diminution* » des sûretés : aucun palier dans cette diminution n'est suggéré et la déchéance, effet consécutif du manquement, ne semble pas pouvoir être graduée.
[2] V. *supra*, n° 272 s.

n'a pas pour effet de neutraliser cette altération. En d'autres termes, le constituant peut-il exciper de cette pluralité pour que son comportement ne soit pas considéré comme fautif ? Une réponse négative s'impose, quelle que soit la nature des autres sûretés existantes[1].

Soit un crédit garanti par un gage et un cautionnement. Si d'aventure, le constituant laisse périr le bien grevé, pourra-t-il arguer de la fourniture du cautionnement pour échapper à la déchéance du terme prévue à l'article 1305-4 du code civil ? La réponse est indubitablement négative. Le cautionnement a certes pour effet de compenser la défaillance du débiteur, fautive ou non, mais il ne peut servir de prétexte au débiteur-constituant pour ne pas honorer ses engagements. La sécurité dont le créancier entend profiter n'est pas, vue sous l'angle du débiteur, un moyen pour lui de relâcher la diligence avec laquelle il est censé s'exécuter. D'autre part, le débiteur de la sûreté personnelle ne saurait l'invoquer davantage. Son rôle est précisément d'épauler le premier débiteur dans le règlement de sa dette propre, il y aurait alors une contradiction irrésoluble avec la nature de son engagement à ce qu'il puisse s'en décharger sur un tel fondement. Il pourra éventuellement lui en tenir rigueur au titre de son recours après paiement mais certainement pas avant.

Soit, encore, un crédit garanti par un gage et un nantissement. Si le gage périt par la faute du constituant mais que le nantissement reste intact, la faute est-elle toujours caractérisée ? La réponse semble devoir suivre le raisonnement précédent. La pluralité de sûretés exigée du créancier ne doit pas être perçue comme une faveur faite au constituant de pouvoir négliger le sort de certaines d'entre elles, tant que l'une au moins remplit son office. Au contraire, plus le débiteur consent de sûretés réelles en garantie d'un même crédit, plus son astriction sera sévère : il ne pourra hiérarchiser par sa seule volonté les causes de protection ainsi obtenues du créancier. Il est donc impossible pour le constituant qui consent plusieurs sûretés réelles en garantie d'un même crédit d'invoquer cette pluralité pour soutenir que les chances supplémentaires de paiement n'ont pas été altérées. À supposer même que le créancier obtienne satisfaction malgré la faute commise, ses chances de paiement ont au moins dans leur principe été altérées, ce qui justifie alors la sanction du constituant.

[1] *Contra* Bongert Y., « Les sûretés personnelles dans les droits asiatiques », *in Recueil de la société Jean Bodin* (…)*, op. cit.*, t. 1, p. 385. Selon l'auteur, l'ancien droit indien « *imposait au créancier l'obligation, non seulement de réclamer au débiteur le paiement de la dette avant de s'adresser à la caution, mais encore, s'il avait pris la précaution de se faire consentir des gages par le débiteur, de faire vendre ceux-ci préalablement à tout recours contre la caution* ».

2. L'atteinte portée à la consistance du droit

498. Une atteinte médiate au droit du titulaire. À la différence d'une faute qu'il commet directement sur le bien, le constituant peut mener une gestion fautive du bien grevé sans atteindre celui-ci dans sa matérialité. Il peut en effet consentir de droits à des tiers qui auront pour effet de réduire l'effectivité de ceux préalablement consentis au titulaire. Si la faute est nécessairement distincte de celle étudiée précédemment par sa manifestation, ses effets sont en réalité les mêmes. Il s'agit toujours pour le constituant de négliger les droits préalablement accordés au titulaire sur le bien grevé en altérant leur valeur. Deux cas doivent cependant être dissociés : le non-respect d'une promesse de sûreté réelle et la constitution d'actes juridiques sur le bien grevé en contrariété au droit du titulaire.

499. Le non-respect d'une promesse de sûreté réelle. Il existe entre l'absence et la présence d'une sûreté une situation intermédiaire : lorsqu'un débiteur promet à son créancier qu'il constituera une sûreté réelle en garantie du crédit qu'il lui consent. Si le débiteur n'honore pas sa promesse, il encourra alors la déchéance du terme de l'obligation principale[1]. Il pourrait être objecté que cette faute n'est pas une atteinte à la consistance du droit du créancier puisque celui-ci serait dépourvu de droit, tant que la promesse ne devient pas réalité. L'analyse dualiste moderne de l'obligation permet au contraire de qualifier ainsi ce type de comportement. La promesse de contrat, qu'elle porte ou non sur une sûreté, lie promettant et bénéficiaire par un rapport d'obligation. Le contenu du droit est temporairement absent mais le contenant est valablement formé : promettant et bénéficiaire s'astreignent, le temps de la promesse, à un comportement conforme à celle-ci. Il existe donc bien un droit du bénéficiaire *pendente conditione*, peu important en définitive la qualification qu'on lui prête (droit en germe, droit imparfait…). Ce droit consiste à pouvoir exiger du débiteur qu'il réalise la promesse faite ou, s'il ne le fait pas, à le sanctionner. Le schéma est parfaitement applicable à la promesse de sûreté. Le constituant qui obtient un crédit en assurant au créancier qu'il lui fournira une sûreté réelle en contrepartie et qui n'honore pas sa promesse ne pourra plus réclamer le bénéfice du terme. Du fait de l'existence préalable du rapport d'obligation pendant la période intermédiaire séparant la promesse de l'expiration de son délai, la faute consiste donc bien en une atteinte portée à la consistance du droit. Un droit naissant avait vocation à être parfait, la faute du constituant empêche précisément que cette perfection advienne. L'atteinte reste cependant médiate, car elle ne porte pas sur la substance du bien

[1] L'art. 1305-4 c. civ. prévoit la déchéance du terme non seulement pour la diminution des sûretés du fait du débiteur, mais également : « *s'il ne fournit pas les sûretés promises au créancier* ».

grevé pris en tant que réceptacle des droits du créancier. De la même manière, le constituant peut se rendre fautif de contrarier l'effet d'une sûreté valablement acquise.

500. La constitution d'actes juridiques sur le bien grevé en contrariété aux droits du titulaire. Malgré la souplesse offerte au constituant d'une sûreté réelle dans la gestion de son bien, principalement due au droit de suite du titulaire, il ne lui est pas permis de consentir des actes qui auraient pour conséquence de minimiser l'effet de la sûreté réelle. La constitution de baux d'une durée supérieure à douze ans ou la cession de loyers pour une durée supérieure à trois annuités sur un immeuble hypothéqué sont des opérations interdites[1]. Aussi et même si l'exemple reste marginal, un constituant qui par le biais d'un montage astucieux procède aux ventes successives d'un bien grevé à un prix chaque fois décroissant afin de purger le bien pour un prix final dérisoire contre mainlevée de l'hypothèque se rend fautif[2]. Ces différents exemples ont en commun d'être des atteintes médiates aux intérêts du titulaire, car le bien grevé est préservé dans sa matérialité. Il n'en reste pas moins que la chance supplémentaire de paiement du titulaire se réduit d'autant.

501. L'altération de la chance supplémentaire de paiement du titulaire par une diminution de la consistance de son droit. Sans revenir plus avant sur les illustrations de ce type de faute, déjà recensées, il est possible d'en dresser une synthèse. Alors que l'atteinte directe au bien grevé se distingue par une dépréciation de la valeur dudit bien, les autres fautes consistent toutes en une dépréciation de la valeur du droit reconnu au créancier. Bien évidemment, les deux fautes se confondent puisqu'au final, leur dénominateur est commun : c'est le droit du titulaire qui est contrarié. Les éléments constitutifs sont toutefois distincts, car ils consistent ici à minimiser indirectement ce droit du titulaire. En rendant la réalisation de la sûreté plus longue, plus onéreuse, ou moins efficace car d'autres titulaires se sont vus accorder des droits concurrents sur le bien, ou encore en tentant de réduire à néant l'effet de la sûreté par un montage frauduleux, le constituant commet systématiquement un acte de réduction de la consistance du droit du titulaire, en rendant sa mise en œuvre plus délicate qu'elle ne l'était au moment de la formation de la sûreté. Ce faisant et comme lors d'une atteinte directe au bien, la faute du constituant se réduit en substance à une altération de la chance supplémentaire de paiement du titulaire[3].

---

[1] V. *supra*, n° 482. Par ailleurs, l'extraction de produits également interdite ne rentre pas dans ce cadre, puisqu'elle est une atteinte directe à la substance du bien.
[2] *Ibid.*
[3] Il est nécessaire de préciser ici que les hypothèses de fautes post-contractuelles ont été volontairement écartées car, comme les fautes précontractuelles, elles ne présentent pas d'autonomie au regard des autres types de fautes.

CONCLUSION DU CHAPITRE I

502. Conclusion du Chapitre 1. La faute du constituant d'une sûreté réelle présente deux facettes. Lorsqu'elle préjudicie au titulaire de la sûreté, la faute consiste en une altération de sa chance supplémentaire de paiement. Cette altération procède soit de la diminution de la valeur du bien grevé (atteinte directe) soit de la réduction de la consistance du droit du titulaire (atteinte indirecte). En d'autres termes, la faute est caractérisée lorsque la sûreté réelle est plus complexe à mettre en œuvre qu'au moment de sa conclusion ou lorsque le déploiement de ses effets est contrarié – en somme, lorsque la chance supplémentaire de paiement est altérée. Lorsqu'elle préjudicie à d'autres personnes qu'au titulaire, la faute du constituant sera alors caractérisée par une altération des droits des tiers à la sûreté réelle. Cette situation est fonction de leur qualité et influe sur le manquement. Les autres créanciers garantis par le constituant subissent, comme le titulaire, une altération de leur chance supplémentaire de paiement ; les créanciers chirographaires éprouvent une altération de leur chance de paiement ; quant aux titulaires de droits sur le bien grevé, ils subissent une altération de leurs prérogatives sur ce même bien.

Il reste ainsi, en dernier lieu, à proposer une synthèse de la nature de la faute du titulaire.

La consistance du droit du titulaire n'est pas entamée, par exemple, lorsque le constituant d'une sûreté réelle avec dépossession refuse, à l'issue d'un contrat parfaitement exécuté, de procéder à la répétition des impenses de conservation. Les frais ainsi engagés par le créancier, comparables aux frais du gérant dans le cadre de la gestion d'affaires, ne sont que la conséquence de l'exécution de l'obligation garantie et ne déterminent pas son sort. Dès lors, leur étude paraît superflue.

Chapitre II. La faute du titulaire

503. Reconduction de l'approche inductive. À l'image des précédentes analyses, l'étude de la faute du titulaire d'une sûreté réelle relèvera du même mode opératoire. La systématisation de la faute du titulaire (Section 2) ne saurait procéder que du recensement préalable de ses manifestations variées (Section 1).

Section 1. Recensement des fautes du titulaire d'une sûreté réelle

504. L'influence du moment de sa commission sur la nature de la faute. Dans ses éléments constitutifs, la faute du titulaire varie radicalement selon qu'elle est commise lors de la formation de la sûreté réelle (§ 1) ou après cette formation (§ 2), deux étapes qu'il s'agira de dissocier pour pouvoir en conséquence saisir au mieux la substance de cette faute.

§ 1. Les fautes commises lors de la formation de la sûreté

505. Etendue limitée et existence contrariée de la sûreté. Le titulaire adopte un comportement répréhensible lorsque, par son fait, l'étendue de la sûreté se trouve être irrégulière (A). À plus forte raison est-il fautif lorsque l'existence même de la sûreté est compromise (B).

A. Les fautes relatives à l'étendue de la sûreté

506. La disproportion de la sûreté réelle au regard de l'obligation garantie. Toutes les fautes du titulaire commises lors de la formation d'une sûreté réelle, lorsqu'elles concernent l'étendue de cette sûreté, s'épuisent dans la question de la proportionnalité de l'engagement du constituant au regard de la dette[1].

La proportionnalité est une exigence d'une particulière actualité en droit des obligations[2]. Elle renvoie habituellement à l'écart significatif entre les valeurs de chaque prestation des parties à

[1] Doivent ici être précisés les critères d'appréciation de la disproportion. Alors que, pour le cautionnement, le montant de la dette garantie et l'étendue du patrimoine du débiteur sont pris en compte, les sûretés réelles impliquent un autre rapport, opposant le montant de la dette garantie et la valeur du bien grevé.

[2] V. *supra*, n° 288.

un contrat. Le droit des sûretés s'annonce alors comme la branche du droit où la disproportion est la plus prégnante puisqu'il suppose un engagement intrinsèquement déséquilibré. Les sûretés personnelles n'échappent pas à la volonté du législateur de vouloir rationnaliser ces engagements. L'endettement des débiteurs auquel elles confinent justifie une telle préoccupation. Appliquée aux sûretés réelles, la question s'avère beaucoup plus délicate dans la mesure où le risque d'endettement est absent, ou au moins fortement limité. Peut-il être fait grief à un créancier d'avoir exigé de son débiteur la constitution d'une sûreté réelle dont la valeur est sans commune mesure avec celle de sa dette ? La réponse n'est pas uniforme, selon que la loi, la jurisprudence ou la doctrine la livre. Il s'agit de revenir sur leurs positions respectives avant de déterminer s'il s'agit véritablement d'une faute et, le cas échéant, ce qui la constitue[1].

Au titre des dispositions légales, rares sont les références faites à la proportionnalité d'une sûreté réelle au regard de la créance qu'elle garantit. Parmi elles se trouve l'article 2444 du code civil[2]. La disposition est représentative des difficultés que soulève l'application aux sûretés réelles de l'exigence de proportionnalité. Le texte est unique en son genre et ne s'applique qu'aux inscriptions des hypothèques légales et judiciaires. Il serait alors excessif d'en déduire la consécration d'un principe de proportionnalité des sûretés réelles, tant son champ d'application est spécifique. Il n'en reste pas moins qu'une telle disposition manifeste une intention du législateur : celle par laquelle les sûretés réelles, quand bien même elles ne tendent pas à l'endettement, ne doivent pas être aux mains du titulaire un instrument de spoliation du constituant ou de ses concurrents – les autres créanciers du constituant[3].

---

[1] L'inadéquation du vocable « *disproportion* » appliqué à une sûreté réelle doit ici être relevée. La disproportion suggère en effet une comparaison du contenu des engagements des parties à un contrat : une sûreté réelle engendre l'affectation d'un bien en garantie d'une obligation par le constituant sans équivalent de la part du titulaire, cet équivalent se situant en dehors de la sûreté. Littéralement la disproportion condamnerait alors, dans leur principe même, les sûretés réelles. Or la disproportion dont il est ici question concerne l'écart entre la valeur du bien affecté et le montant de la dette garantie, soit deux valeurs qui ne relèvent pas du même lien d'obligation. L'inexactitude du terme devait donc être soulevée mais par commodité – l'expression paraissant être la plus éclairante – son emploi sera maintenu.

[2] Aux termes duquel : « *Lorsque les inscriptions prises en vertu des articles 2401 et 2412 sont excessives, le débiteur peut demander leur réduction en se conformant aux règles de compétence établies dans l'article 2442. Sont réputées excessives les inscriptions qui grèvent plusieurs immeubles lorsque la valeur d'un seul ou de quelques-uns d'entre eux excède une somme égale au double du montant des créances en capital et accessoires légaux, augmenté du tiers de ce montant* ». Le texte ne renvoie pas à des inscriptions « *disproportionnées* » mais « *excessives* », ce qui est identique : le rapport institué par le texte oppose le montant de la créance à la valeur du bien affecté.

[3] D'aucuns perçoivent d'ailleurs dans le texte une signification différente : « *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 2161 du Code civil : alors que cette dernière permet d'obtenir une réduction de l'assiette disproportionnée de l'hypothèque légale multiple 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*

L'article 2445 du code civil est une disposition semblable dans son contenu, cette fois-ci applicable aux hypothèques conventionnelles[1]. Au vu du critère retenu – les créances conditionnelles ou éventuelles « *dont le montant n'a pas été réglé par la convention* » – la disposition semble davantage condamner l'imprécision de l'acte hypothécaire que la disproportion de son assiette par rapport à la créance garantie. Le deuxième alinéa rappelle, s'il fallait s'en convaincre, que la disposition est bien relative à la mesure de la sûreté puisqu'il prévoit un faisceau d'indices au moyen duquel le juge pourra, ou non, retenir la disproportion[2]. À ces deux règles ponctuelles vient s'en ajouter une troisième, dont la portée bien plus large laisse entrevoir les linéaments d'un principe de proportionnalité des sûretés réelles : l'article L. 650-1 du code de commerce[3]. Le texte décharge de leur responsabilité les dispensateurs de crédit en cas d'ouverture d'une procédure collective contre leur débiteur « *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* ». C'est bien évidemment la troisième exception et elle seule qui intéressera. La référence faite aux « *garanties* » ne saurait être comprise comme exclusivement consacrées aux sûretés personnelles. Quant au terme « *disproportionnés* », il est vain de préciser son sens. Il existe alors, au moins en germe, une exigence de proportionnalité appliquée aux sûretés réelles mais les conditions particulières du texte limitent fortement la portée de son application[4]. Ce n'est donc qu'au travers de quelques textes spécifiques de l'arsenal législatif que l'exigence de proportionnalité des sûretés réelles apparaît.

Cette situation explique que la jurisprudence ne se soit pas engagée dans la voie d'une

---

ultérieure, aura détourné la protection conférée par l'hypothèque multiple en un instrument de frustration des droits des créanciers hypothécaires de rang inférieur », *in* Dupichot Ph., *th. préc*., n° 671.

[1] « *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* ».

[2] « *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* ».

[3] A son sujet, V. Hoang P., « De la suppression du dispositif prétorien de la responsabilité pour soutien abusif », *D*. 2006, chron. 1458 s. ; Legeais D., « Les concours consentis à une entreprise en difficulté », *JCP E* 2005, 1510, p. 1747 ; Moury J., « La responsabilité du fournisseur de "concours" dans le marc de l'article L. 650-1 du Code de commerce », *D*. 2006, chron., p. 1743 ; Piette G., « Une nouvelle proportionnalité en droit des sûretés : brèves observations sur l'article L. 650-1 du Code de commerce », *RLDC* juin 2006, p. 27 s. ; Robine D., « L'article L. 650-1 du Code de commerce : un "cadeau" empoisonné ? », *D*. 2006., chron., p. 69.

[4] D'après ce texte, les sûretés réelles ne peuvent être remises en cause du fait de leur disproportion au regard de la créance garantie que dans l'hypothèse d'une procédure collective ouverte contre le constituant. De plus, il faut également que le concours accordé soit abusif et non seulement la sûreté. V. Com., 27 mars 2012, *Bull. civ. IV*, n° 68 ; *D*. 2012, p. 1576, obs. Crocq P. et p. 1455, note Dammann R. et Rapp A. ; *JCP G* 2012, p. 635, note Piedelièvre ; *LPA*, 10 mai 2012, n° 94, p. 9, obs. Dadoun A.

interprétation *praeter legem*, voire *contra legem*. Il semblerait même d'ailleurs qu'elle y soit hostile, certaines décisions ayant été présentées[1] comme fermant implicitement la porte d'une telle reconnaissance[2]. Ces décisions ne doivent cependant pas faire illusion car elles ne répondent pas directement au problème de la proportionnalité des sûretés réelles. D'une part, elles concernent des affectations hypothécaires pour autrui, elles ne concernent donc pas des sûretés réelles au sens strict. D'autre part, le raisonnement commun à ces décisions n'a rien de très convaincant : « *s'agissant d'une hypothèque sur un bien, elle est limitée à ce bien et nécessairement*[3] *adaptée aux capacités financières du constituant* ». L'affirmation selon laquelle une sûreté réelle porte sur un bien et voit ses effets limités à ce bien frise la tautologie et, plus encore, l'adéquation aux capacités financières relève de l'évidence. Si le bien est valablement grevé, c'est que le constituant en était propriétaire et si la sûreté est adaptée à ses capacités financières, c'est parce que le bien n'absorbe pas l'intégralité de son patrimoine. Au surplus, l'argument de l'adéquation est fallacieux car il méconnait les critères qui doivent être pris en compte pour apprécier la disproportion : le montant de la dette garantie par rapport à la valeur du bien grevé et non par rapport aux facultés contributives du débiteur. Le rapport de valeur devrait en définitive être basé systématiquement sur les critères du montant de la créance et de l'assiette de la sûreté. Il serait alors hasardeux d'affirmer avec certitude la condamnation par la haute juridiction de l'exigence de proportionnalité en droit des sûretés réelles.

Seule une partie de la doctrine suggère la reconnaissance de cette exigence. Ces auteurs estiment qu'il serait économiquement préférable de restreindre l'assiette des sûretés réelles au regard du montant de la dette[4]. L'argument est fondé car au-delà d'un certain seuil, l'utilité

---

[1] V. not. Gallois, *art. préc*., n° 1.

[2] V. Civ. 1ère, 7 mai 2008, *Bull. civ. I*, n° 125 ; *D*. 2008. jur. 2036, note Piedelièvre S. ; *RTD civ*. 2008. 700, obs. Crocq P. ; *Dr. et patr*. 2008, n° 174, p. 95, obs. Aynès L. et Dupichot Ph. ; *JCP G* 2008. I. 211, obs. Simler Ph. et Delebecque Ph. ; *Banque et Droit* 2008. 41, obs. Jacob F. ; *RDBF* 2008, comm. 36, obs. Legeais D. ; *RDC* 2008. 1285, note Aynès A. V. aussi Com. 24 mars 2009, *Bull. civ. IV*, n° 43 ; *D*. 2009. AJ 943, obs. Avena-Robardet V. et jur. 1661, note Borga N. ; *JCP G* 2009. II. 10091, note Gourio A. ; *JCP E* 2009. 1644, n° 7, obs. Delebecque Ph. et Simler Ph. ; *RDBF* 2009, n° 3, p. 52, note Legeais D. ; *Banque et Droit* 2009, n° 125, p. 60, note Rontchevsky N. et Jacob F. ; *RLDC* sept. 2009. 29, note Ansault J.-J.

[3] C'est de cet adverbe qu'a été déduite l'éviction définitive de toute exigence de proportionnalité. Si la valeur du bien est « *nécessairement* » adaptée, cela signifierait *a contrario* que la disproportion ne peut jamais être caractérisée.

[4] V. not. André Ch., *th. préc*., n° 371 selon qui « *Les sûretés réelles ont par ailleurs besoin d'un tel principe qui permettrait de les réhabiliter en ramenant la marge de couverture du créancier à une mesure économiquement acceptable.* […] ; Crocq P., « Sûretés et proportionnalité », *art. préc*., p. 308 : « *l'examen du droit des sûretés et du droit de l'exécution forcée montre que l'exigence de proportionnalité n'inspire la lutte contre un éventuel abus commis par le créancier bénéficiaire d'une sûreté que dans deux hypothèses : lorsqu'il y a un risque de surendettement du garant, au stade de la constitution des sûretés personnelles, et lorsqu'il y a un risque de spoliation du constituant de la sûreté, au stade de la réalisation des sûretés réelles* » ; Mestre J., Putman E.,

même de la sûreté est douteuse. Un créancier a-t-il besoin d'être hypothécaire de premier rang sur un immeuble d'une valeur d'un million d'euros pour garantie d'une créance qui, en capital et accessoires, serait d'un montant de cent mille euros ? S'il est évident qu'un tel montage est pour large partie superflu, il faut concéder que son utilité à elle seule n'est pas un motif suffisant à sa remise en cause. Or le montage est non seulement inutile mais inéquitable, voire délétère pour le constituant : les contraintes qu'il doit supporter sont excessives au vu des avantages qu'il en retire. Suivant l'exemple précédent, la restriction des prérogatives qu'il subit sur l'immeuble, ajoutée au gaspillage de son crédit à l'égard d'autres créanciers peinent à justifier l'assiette démesurée de l'hypothèque.

Pour l'heure, l'exigence de proportionnalité reste étrangère au droit positif des sûretés réelles. Il n'est donc pas permis, au titre du recensement des fautes du titulaire, de considérer comme fautive l'attitude par laquelle il exigera du constituant une sûreté réelle dont la valeur dépasse largement celle de la dette garantie. Il n'est pas interdit cependant de défendre l'idée qu'une telle attitude reste fautive, suivant ces deux critères que sont l'utile et le juste[1]. L'analyse proposée de la faute du créancier exigeant un cautionnement disproportionné est ici transposable[2]. Le fait pour un créancier d'exiger une sûreté dont il sait qu'elle sera aussi inutile pour lui qu'elle sera néfaste pour son débiteur est constitutif d'un manquement au devoir général de ne pas nuire à autrui ou, si les parties sont déjà liées par un contrat, un manquement à l'exécution de bonne foi des conventions[3]. La nuisance dont il est question résulte de la satisfaction excessivement égoïste – au regard du constituant comme de ses

---

Billiau M., n° 206 : « *Le principe de proportionnalité devrait en tout cas, nous semble-t-il, servir de véritable principe directeur* » ; Picod Y., n° 12.

[1] Ghestin J., « L'utile et le juste dans les contrats », *D.* 1982, chron., p. 1. V. aussi Mestre J., Putman E., Billiau M., n° 199.

[2] V. *supra*, n° 290.

[3] Une autre partie de la doctrine, rétive à l'idée de consacrer cette proportionnalité, tout particulièrement lorsqu'il s'agit de sûretés conventionnelles, avance l'argument de l'autonomie de la volonté. Si le débiteur a accepté en connaissance de cause de grever un bien dont la valeur dépasse largement celle de sa dette, il serait illogique qu'il en demande ensuite la réduction à une juste mesure. Outre que l'autonomie de la volonté est un argument qui aujourd'hui encore ne cesse d'être brandi comme un sésame, malgré tous les tempéraments qu'il a pu connaitre depuis sa consécration et dont la pertinence est devenue douteuse, le raisonnement méconnait littéralement deux évidences. La première concerne les vices du consentement. Il n'est pas impossible que le constituant ait vu son consentement vicié lorsque le créancier exigeât de lui la sûreté disproportionnée. Il faut convenir que le problème est réglé par les dispositions déjà existantes et que la consécration de la proportionnalité serait alors une initiative superflue. Toutefois subsiste-t-il une deuxième évidence méconnue. Est-ce véritablement le constituant, lorsqu'il négocie les termes de l'obligation garantie et de la sûreté qui l'assortit, qui impose au créancier la nature et la valeur du bien qui sera grevé ? Au vu notamment de la forte professionnalisation du crédit, la situation est très souvent exactement inverse : c'est le créancier qui imposera au débiteur le bien qui formera l'assiette de la sûreté. L'argument « *caveat debitor* » doit alors sinon être écarté, au moins avancé avec prudence. V. sur ce point Aynès L., Crocq P., n° 18 ; Dupichot Ph., *th. préc*., n° 663 ; Molfessis N., « Le principe de proportionnalité en matière de garanties », *Banque et droit*, mai-juin 2000, p. 4 .

autres créanciers – d'un intérêt par ailleurs superflu du titulaire. Cet intérêt consiste pour lui à jouir de la valeur d'un bien à la condition que le débiteur soit défaillant et dont il devra rétrocéder la valeur excédante, au profit des autres créanciers inscrits ou, s'ils n'existent pas, du débiteur[1]. Dès lors il serait souhaitable dans un souci d'éthique contractuelle qu'un principe de proportionnalité advienne en droit des sûretés réelles[2].

Si la démesure d'une sûreté est grave pour le constituant, sa réduction paraît être une sanction opportune, conciliant les intérêts contradictoires des parties. Là est l'avantage des fautes relatives à l'étendue des sûretés réelles, objectivement mesurables, contrairement aux fautes qui remettent en cause leur existence même.

B. Les fautes relatives à l'existence de la sûreté

507. Le consentement vicié du constituant. Il est connu que les vices du consentement en matière contractuelle entrainent la nullité du contrat. Appliqués aux sûretés réelles conventionnelles, ces vices ont donc pour effet de remettre en cause leur existence. Doivent être écartés de l'analyse les vices qui portent sur l'obligation principale : par voie de conséquence, la nullité du rapport principal entraine celle de la sûreté. C'est ici le vice « dans » la sûreté qui sera analysé. Rares sont cependant les exemples que la jurisprudence offre et les dispositions légales applicables restent celles du droit commun.

Un arrêt de la Cour d'appel de Paris avait annulé pour violence l'aval d'un billet à ordre exigé d'une banque, alors qu'elle était créancière d'une hypothèque de premier rang[3]. Au-delà de son isolement, la solution n'est pas propice à l'analyse des vices du consentement en la matière, car la solution semble bien plus fondée sur l'argument d'un cumul abusif de sûretés – ce qui n'est pas moins une faute du titulaire – que sur celui de la violence exercée contre le

[1] Le créancier ne pourra en effet jamais profiter de la sûreté pour obtenir un avantage supplémentaire à la satisfaction de l'obligation garantie. L'enrichissement ne peut provenir que de cette dernière obligation, selon l'exigence de neutralité économique des sûretés. Cette exigence est un argument supplémentaire au soutien de la proportionnalité des sûretés réelles : dès lors que le créancier ne pourra jamais percevoir de somme supplémentaire à sa créance garantie, comment justifier qu'il puisse exiger une sûreté pour large partie inutile ?

[2] Certains évoquent le contrôle de proportionnalité mais ce contrôle n'est qu'une conséquence : son existence et sa nature nécessairement judiciaires, ne sont rendues possibles que par la consécration antérieure d'un principe. Aussi la crainte d'un juge s'immisçant dans la sphère contractuelle a-t-elle été relevée pour évacuer l'application du contrôle aux sûretés conventionnelles. Elle doit être minimisée. Sans critère objectif, l'appréciation de la disproportion risque certes d'être aléatoire d'un cas à l'autre. Pour autant, la fixation d'un seuil permanent semble utopique, tant la disproportion est une question conjoncturelle. En définitive, l'idéal serait que le législateur s'empare de la question en instaurant un bénéfice de disproportion sans fixer de seuil impératif mais un faisceau d'indices, comme celui de l'art. 2445, al. 2, c. civ. Ce faisant, les craintes relatives au pouvoir du juge n'auraient plus lieu d'être.

[3] Paris, 9 janvier 1986, *JurisData* n° 20078.

constituant[1]. Aussi et surtout, le vice affecte ici une sûreté personnelle : l'aval d'un billet à ordre. Or il n'est pas impensable qu'une telle solution s'applique à une sûreté réelle. Sur le fondement de la violence morale la Cour de cassation a, justement, déjà été amenée à annuler un cautionnement[2]. Rien ne s'oppose alors à une transposition pure et simple de la solution aux sûretés réelles[3]. De la même manière, ni l'erreur ni le dol ne sont des vices exclusifs aux sûretés personnelles : ils sont tout autant envisageables dans la formation des sûretés réelles conventionnelles. En tant que vices du consentement, ils sont des exemples de fautes « en contractant », ou *culpa in contrahendo* selon l'expression de Jhering. Ils sont ainsi par nature extracontractuels puisqu'ils interviennent à l'occasion de la formation de la sûreté et sont des manquements au devoir général de ne pas nuire à autrui : le titulaire fait encourir au constituant un risque qu'il n'aurait pas dû prendre ou qu'il aurait dû prendre à des conditions plus avantageuses. Plus exactement, puisque le constituant est forcément le débiteur, sans quoi la sûreté serait personnelle, il s'agit d'une aggravation anormale de son engagement car cet engagement était censé être assorti d'une sûreté moins dangereuse ou aurait même pu ne pas être assorti de sûreté, selon le vice. C'est ainsi qu'il est permis d'y voir un type de faute caractérisé par l'aggravation anormale de l'engagement du constituant.

508. Deux hypothèses rattachables aux vices du consentement : l'abus de position dominante et l'abus de faiblesse. L'abus de position dominante désigne l'attitude d'un professionnel qui profite de sa situation de domination dans un secteur d'activité déterminé pour obtenir d'un autre professionnel un avantage indu de sa part. Cette exploitation abusive d'une situation de supériorité est sanctionnée par le législateur de la même manière que l'abus de faiblesse. L'abus consiste à profiter de cette situation déséquilibrée pour obtenir un avantage – la constitution d'une sûreté réelle – qu'il n'aurait pas eu dans d'autres circonstances, ou alors à des conditions moins favorables. Aucune de ces deux fautes ne se démarquent véritablement des vices du consentement[4]. Elles aboutissent à imposer au constituant la formation de la sûreté, parce qu'il n'a guère d'autre choix. Son consentement

[1] V. en ce sens Mestre J., Putman E., Billiau M., n° 182, spéc. n. 123.
[2] Com., 28 mai 1991, *Bull. civ. IV*, n° 180 ; *D*. 1992, p. 166, note Morvan P. ; *RTD civ*. 1992. 85, obs. Mestre J.
[3] L'attendu décisoire de l'arrêt mentionné fait état d'une caution : « *qui avait d'abord refusé de signer l'acte, pour finir par s'y résoudre,* [et qui] *n'avait contracté le cautionnement litigieux que sous l'empire d'une violence morale* ». La situation peut alors s'appliquer à la formation d'une sûreté réelle puisqu'aucun élément de la solution ne s'y oppose. Pour d'autres exemples de violence dans la formation du cautionnement : Com., 4 juin 1973, *Bull. civ. IV*, n° 193 ; *D*. 1973, IR 180 ; Limoges, 30 mai 1994, *JurisData* n° 041732 ; Paris, 6 juillet 2001, *JurisData* n° 171449 ; Civ. 1ère, 18 février 2003, *Bull. civ. I*, n° 49 ; *JCP G* 2003. I. 176, n° 7, obs. Simler Ph.
[4] Certains auteurs avancent d'ailleurs que l'abus de position dominante n'est pas applicable aux hypothèses de formation d'une sûreté réelle, V. Mestre J., Putman E., Billiau M., n° 184.

est biaisé du fait de contingences économiques particulières que le titulaire emploie à son profit. Ce ne sont donc ni plus ni moins que des illustrations spécifiques de violence économique qui entrainent, si elles sont caractérisées, la nullité de la sûreté réelle[1]. De la même manière, elles se caractérisent en substance par une méconnaissance du devoir de ne pas nuire à autrui, puisque le constituant aurait pu et même dû ne pas contracter dans ces conditions[2].

509. La complicité de fraude paulienne. La fraude par laquelle un débiteur en difficultés dilapide les éléments d'actifs de son patrimoine avant qu'ils ne soient saisis ne saurait être commise seule. Les bénéficiaires de ces actes, lorsqu'ils ont conscience de leur nature frauduleuse, se rendent complices d'une fraude paulienne. La faute trouve son origine dans la volonté du constituant de faire échapper certains de ses biens à la saisie de ses créanciers en favorisant l'un d'entre eux par une sûreté réelle. La complicité du créancier le rend fautif au même titre que le constituant : sa qualité de titulaire est usurpée et la sanction est justifiée par l'atteinte commise contre les droits antérieurs des créanciers du fraudeur. Par sa complicité, le titulaire aggrave – en principe au moins, car la sanction effacera le préjudice – la situation des autres créanciers du constituant. La faute est toutefois assez rare en jurisprudence, car la complicité reste difficile à établir[3].

§ 2. Les fautes commises après la formation de la sûreté

510. Dissociation de l'exécution de l'obligation garantie et de la réalisation de la sûreté réelle. Les comportements répréhensibles du titulaire d'une sûreté réelle diffèrent

[1] L'abus de faiblesse a cependant été rattaché, par un arrêt isolé mais approuvé, non à la violence mais au dol dans la formation du contrat. V. Colmar, 30 janvier 1970 ; *D*. 1970. 297, note Alfandari E. ; *JCP* 1971. II. 16609, note Loussouarn Y. D'aucuns estiment que « *si cette interprétation s'imposait, il n'en résulterait pas seulement un renforcement décisif de l'exigence de loyauté contractuelle, mais sans doute l'instauration d'un véritable principe de proportionnalité en matière de constitution de sûretés* » (Mestre J., Putman E., Billiau M., n° 186).

[2] Ce cas de figure est aussi celui de la constitution d'une sûreté par un débiteur en procédure collective. Un tel débiteur voit ses difficultés financières reconnues et avérées, il est donc plus à même de s'engager de manière inconsidérée dans des contrats dangereux pour lui. Ainsi l'art. L. 632-1 c. com. prévoit, pour le redressement judiciaire, la nullité de « *tout contrat commutatif dans lequel les obligations du débiteur excèdent notablement celles de l'autre partie* » ou plus directement encore « *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* ».

[3] Pour des exemples d'arrêts où la complicité du titulaire n'a pas été établie, V. Req., 13 mars 1854, *DP*. 1854, 1, p. 248 ; Req., 22 aout 1882, *DP*. 1883, 1, p. 296 ; Civ., 25 octobre 1893, *DP*. 1894, 1, p. 34 ; Dijon, 19 décembre 1897, *DP*. 1900, 2, p. 364 ; Limoges, 16 mai 1939, *DH*. 1939, p. 410 ; Trib. civ. Lyon, 13 juin 1939, *DP*. 1940, 2, p. 30 ; Com., 7 janvier 1967, *Bull. civ.* III, n° 232, 2ème esp. ; Civ. 3ème, 25 janvier 1983, *Bull. civ.* III, n° 25 ; *Gaz. Pal*. 1983. 2. 405, note Piedelièvre A.

selon qu'ils sont commis lors de l'exécution de l'obligation garantie (1) ou lors de la réalisation de la sûreté réelle (2).

A. Les fautes commises lors de l'exécution de l'obligation garantie

511. Dissociation des atteintes entre le bien grevé et le droit constitué. La variété des comportements fautifs du titulaire d'une sûreté réelle adoptés pendant l'exécution de l'obligation garantie invite à une subdivision supplémentaire. Il est permis pour ce faire de reconduire la distinction préalablement opérée entre les fautes qui portent directement sur le bien grevé, pris dans sa matérialité (1) et celles qui, sans porter sur le bien lui-même, viennent perturber le droit constitué au profit du titulaire (2).

1. Les fautes relatives au bien grevé[1]

512. L'utilisation du bien grevé. Les sûretés réelles se distinguent des droits réels en ce qu'elles ne procèdent pas tant à une répartition des prérogatives concurrentes sur le bien grevé qu'à une restriction de ces prérogatives[2]. Hormis quelques cas spécifiques comme le gage de choses fongibles[3], le gage immobilier[4], la fiducie-sûreté[5] ou le nantissement de titres financiers[6], le titulaire d'une sûreté réelle avec dépossession ne dispose pas de la faculté d'utiliser le bien grevé. Plus exactement encore, il ne peut utiliser ce bien dans son intérêt personnel. Il est sur ce point comparable à un dépositaire : non seulement doit-il apporter à la conservation du bien tous les soins qu'il apporterait aux siens propres mais il lui est interdit au

---

[1] Cette partie suppose, par son contenu, que les comportements fautifs examinés relèvent exclusivement des sûretés réelles avec dépossession ou, plus largement, de celles qui mettent le titulaire en présence du bien, sans quoi la faute serait difficilement concevable.

[2] V. *supra*, n° 437. Le critère fondamental de distinction reste cependant l'accès direct aux utilités économiques du bien que les droits réels ouvrent et dont les sûretés réelles sont par principe dépourvues.

[3] Encore faut-il que les parties conviennent de ce que le créancier n'aura pas à individualiser les biens grevés, auquel cas « *il acquiert la propriété des choses gagées à charge de restituer la même quantité de choses équivalentes* ». De cette propriété des biens gagés est déduite la faculté pour le créancier de les utiliser.

[4] Le titulaire doit certes conserver et entretenir le bien mais il peut aussi en percevoir les fruits et donner l'immeuble à bail. Par un raisonnement *a fortiori* il doit donc pouvoir, plus sommairement, utiliser le bien.

[5] Bien qu'elle prenne un tour particulier, la propriété cédée à titre de garantie suppose *a minima* que son titulaire puisse utiliser le bien. L'article 2026 c. civ. fixe une limite générale : « *Le fiduciaire est responsable, sur son patrimoine propre, des fautes qu'il commet dans l'exercice de sa mission* ».

[6] « *Le créancier nanti définit avec le titulaire du compte-titres les conditions dans lesquelles ce dernier peut disposer des titres financiers et des sommes en toute monnaie figurant dans le compte nanti* », selon l'art. L. 211-20 CMF. Sur cette faculté, dénommée « *re-use* » par les systèmes juridiques anglo-saxons, V. Stoffel-Munck Ph., Parolai R., Armand F., « Les sûretés en matière financière projetées dans une ère nouvelle par la directive Collateral. L'introduction du droit d'utilisation : le *re-use* à la française, une "quasi-propriété" ? », *Banque et droit*, n° 104, nov.-déc. 2005, p. 3.

surplus d'utiliser le bien à titre personnel. Il n'est d'ailleurs pas nécessaire que le constituant éprouve un préjudice du fait de l'utilisation pour pouvoir en tenir rigueur au titulaire[1]. La faute est caractérisée dès lors que le créancier utilise le bien dans son intérêt propre. L'utilisation doit être entendue dans un sens extensif, il ne s'agit pas seulement pour un gagiste automobile de conduire le véhicule, ou pour un créancier nanti d'un fonds de commerce de se servir dans les stocks de marchandises. Il lui est également interdit *a fortiori* d'administrer le bien. Ainsi la Cour de cassation a-t-elle parfaitement résumé la situation à propos du nantissement d'un contrat d'assurance-vie : « *la dépossession, qui fait perdre au constituant une partie de ses prérogatives sur la chose donnée en gage, ne les confère pas pour autant au créancier nanti, qui dispose, en sa qualité de dépositaire de cette chose jusqu'à sa restitution, du seul pouvoir de la garder et conserver sans acquérir celui d'en user ni de l'administrer* »[2].

513. La diminution de la valeur du bien grevé. Plus que sa seule utilisation, la diminution de la valeur du bien grevé est un exemple typique de faute du créancier lorsqu'il en a la mainmise. La prescription à laquelle il est manqué est le devoir de conservation du bien grevé, élément caractéristique de toute sûreté réelle – la seule variation étant le débiteur de ce devoir, puisqu'il peut alternativement s'agir du constituant, du titulaire ou d'un tiers. L'interdiction d'utiliser le bien grevé n'est d'ailleurs qu'une composante de ce devoir, puisque le but de cette interdiction est de préserver la valeur du bien grevé : celui-ci peut en effet voir sa valeur décroitre du fait de sa seule utilisation. Il s'agit ici de ne retenir que les hypothèses de fautes relatives à la valeur du bien, non pas celles qui réduisent la portée des droits constitués sur le bien. En somme, il s'agit de toutes les dégradations, détériorations, destructions du bien ou plus subtilement tous les actes que le titulaire aurait dû faire pour entretenir la valeur économique du bien et qu'il n'a pas faits[3]. Dans la mesure où il ne s'agit ni d'une condition de validité à laquelle il est manqué, ni d'une obligation essentielle – la conservation du bien est un devoir et ne constitue pas une prestation du constituant – la

[1] C'est ce qui explique l'application des peines du détournement de bien gagé au titulaire lorsqu'il ne respecte pas les prérogatives qu'il a reçues sur le bien. La simple utilisation est alors fautive, indépendamment de tout préjudice, car la remise du bien ne s'est pas faite dans ce but.

[2] Com., 12 juillet 2005, *Bull. civ. IV*, n° 175, *préc*. La formulation paraît d'ailleurs dépasser largement la seule hypothèse du nantissement d'un contrat d'assurance-vie : c'est le régime de toute sûreté réelle qui est ici dépeint. Le constituant restreint ses prérogatives sur le bien sans que le titulaire ne les reçoive nécessairement et ce dernier voit ses propres prérogatives elles-mêmes conditionnées. La restriction des prérogatives sur le bien grevé est alors l'effet essentiel des sûretés réelles, qui prime celui de la répartition de prérogatives.

[3] Il faut écarter ici le cas de figure du gage portant sur des choses fongibles car aux termes de l'art. 2342 c. civ. : « *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* ».

sanction appropriée paraît être la déchéance[1]. La sanction explique alors la conséquence finale du manquement : la remise du bien grevé au constituant[2].

514. Atteinte à la situation patrimoniale du constituant par diminution de la valeur d'échange du bien grevé. Substantiellement, les deux types de fautes présentées se distinguent assez nettement des précédentes. À l'évidence ce sont des évènements par lesquels les chances de remboursement du créancier seront altérées mais cette altération résulte de son propre fait et ne concerne pas exclusivement un avantage personnel – la conservation est, pour rappel, un devoir contractuel, non une incombance[3]. Du point de vue du constituant, cette faute du titulaire n'est pas une aggravation de son engagement. Il est tenu tant au titre de l'obligation garantie que de la sûreté, donc personnellement et réellement. L'atteinte portée aux biens affectés en garantie n'aura alors pas pour conséquence d'aggraver son propre engagement, de le rendre plus contraignant. Celui-ci reste le même, à savoir rembourser sa dette et s'il ne le fait pas, laisser le titulaire jouir de la valeur du bien grevé comme palliatif de cette défaillance. Au fond, la faute concerne ici les prérogatives du constituant sur les biens grevés. Quand bien même ces prérogatives ont connu une transformation par l'effet de la sûreté réelle pour passer de droits subjectifs en pouvoirs, cela ne constitue pas un blanc-seing donné au titulaire pour faire ce qu'il entend des biens grevés. Ainsi, les fautes du titulaire sont des atteintes commises contre le patrimoine du constituant. Si par exemple ce dernier récupère, à l'issue d'une obligation parfaitement exécutée, un véhicule gagé hors d'usage, il éprouvera une perte patrimoniale directe du fait du comportement du titulaire. La faute est plus objectivement évaluable. Elle n'est pas une aggravation d'un engagement ou une altération des chances supplémentaires de paiement du titulaire, elle est une diminution de la valeur du bien grevé donc une atteinte à la situation patrimoniale du constituant. L'occasion sera donnée d'affiner l'analyse de la nature de cette faute lorsqu'il sera question de sa systématisation[4].

[1] En ce sens, V. Mestre J., Putman E., Billiau M., n° 828.
[2] Implicitement contenue à l'art. 2344, al. 1er, c. civ. qui prévoit « *la restitution du bien gagé* », la sanction se retrouve explicitement consacrée par l'art. 2389 c. civ. relatif au gage immobilier. Le créancier « *est tenu, à peine de déchéance, de pourvoir à la conservation et à l'entretien de l'immeuble et peut y employer les fruits perçus avant de les imputer sur la dette. Il peut à tout moment se soustraire à cette obligation en restituant le bien à son propriétaire* ».
[3] V. *supra*, n° 440.
[4] V. *infra*, n° 484 s.

2. Les fautes relatives au droit constitué

515. L'inscription, modalité distinctive de l'effectivité des sûretés réelles. Si elles ne sont pas intégralement concernées, les sûretés réelles présentent une caractéristique qui les distingue sensiblement des autres mécanismes juridiques : leur opposabilité est très souvent conditionnée par la formalité de publicité qu'est l'inscription. Qu'elle s'effectue au service de la publicité foncière pour les immeubles, ou sur un registre spécifique comme le registre national des gages sans dépossession tenu par le Conseil National des Greffiers des Tribunaux de Commerce, l'inscription a pour effet de porter à la connaissance des tiers, parmi lesquels les autres créanciers du constituant, l'existence de la sûreté. Aussi et surtout, l'inscription est attributive de rang et elle déterminera alors directement l'efficacité de la sûreté pour son bénéficiaire. Cette modalité particulière de l'opposabilité d'un droit servira de point de repère. L'analyse des fautes que le titulaire peut commettre sera alors dissociée selon que ces fautes concernent l'inscription de la sûreté réelle (a) ou non (b).

a. Les fautes relatives à l'inscription de la sûreté réelle

516. Le défaut d'inscription, le défaut de renouvellement d'inscription et l'inscription tardive. L'inscription d'une sûreté réelle par son titulaire conditionne directement l'effectivité de ses prérogatives. Cette inscription constitue un avantage en sa faveur, celui de pouvoir jouir préférentiellement de la valeur du bien grevé à la défaillance du débiteur. Dès lors, en tant que démarche conditionnant l'obtention d'un avantage qui lui est propre, l'inscription de la sûreté réelle s'analyse juridiquement comme une incombance. C'est de son intérêt exclusif qu'il s'agit. S'il ne procède pas à l'inscription et qu'un autre créancier le fait avant lui sur le même bien mais pour sa propre créance, il ne pourra s'en prendre qu'à lui-même. La notion de faute semblerait alors devoir être exclue, or il s'agit bien d'un manquement du créancier à son rapport d'obligation, même si cela ne préjudicie qu'à ses propres intérêts. Certes il ne devra réparation à quiconque, puisque ce sont ses intérêts propres qu'il aura méconnus mais il n'en reste pas moins qu'il s'agit d'une faute. Bien que le titulaire ne compromette pas les droits d'une autre personne, il sera tout de même sanctionné pour son manque de diligence[1]. L'intérêt de la sûreté lui échappe, soit parce qu'un créancier plus prompt aura publié son droit avant lui, soit parce qu'il n'a pas su empêcher la péremption de

[1] Sauf à ce qu'une caution se soit engagée au soutien du constituant pour garantir la même dette. V. pour cette hypothèse *supra*, n° 458 s.

l'inscription, puisqu'il sera invariablement sanctionné par l'inopposabilité. Il ne pourra plus tirer profit de la sûreté réelle, sauf quelques cas d'écoles extrêmement rares[1]. Les textes prévoient une inopposabilité aux tiers[2] de la sûreté non-inscrite mais cela peut s'assimiler à une déchéance puisque, concrètement, le créancier ne pourra pas se prévaloir à l'encontre de ces tiers de l'avantage qu'il espérait obtenir par l'inscription[3]. Quel que soit le cas de figure, que l'inscription ou son renouvellement aient été totalement omis, ou qu'elle soit trop tardive pour que le créancier jouisse d'un rang utile, il manque systématiquement à la diligence requise et souffrira personnellement des conséquences produites. Il a même été jugé que la connaissance personnelle par les tiers acquéreurs de l'existence d'une sûreté réelle non publiée sur le bien acquis ne pouvait suffire à absoudre l'inconséquence du créancier. Le créancier ne saurait donc trouver dans cette situation une excuse à son manque de diligence[4].

La faute du titulaire d'une sûreté réelle ne se réduit pas à l'hypothèse d'une inscription qui aurait été valable s'il ne l'avait omise : c'est parfois dans l'inscription elle-même que la faute se révèle, lorsque par exemple son montant est excessif.

517. L'inscription excessive. Cette hypothèse a été entrevue au titre des fautes commises lors de la formation de la sûreté[5]. Son analyse mérite toutefois d'être reconduite, car l'inscription ne relève ni entièrement de la formation de la sûreté, ni entièrement de son exécution. Elle intervient dans un délai souvent imposé après la constitution de la sûreté et conditionne son régime : elle se rattache ainsi à la première comme à la seconde phase. L'excès en droit des sûretés réelles est partiellement encadré par la loi. Il concerne exclusivement l'hypothèque – qu'elle soit de source légale, judiciaire ou conventionnelle – selon des critères d'appréciation différents[6]. Assimilée à une radiation partielle[1], la réduction

[1] Un créancier hypothécaire non-inscrit ne pourra bénéficier du produit de la vente forcée que s'il n'existe aucun autre créancier valablement privilégié – car, une fois encore, l'inscription d'une sûreté détermine son opposabilité et non sa validité. Dans les faits, une telle situation est toutefois rarissime.

[2] Selon l'art. 30 du décret du 4 janvier 1955 portant réforme de la publicité foncière : « *Les actes et décisions judiciaires soumis à publicité par application du 1° de l'article 28 sont, s'ils n'ont pas été publiés, inopposables aux tiers qui, sur le même immeuble, ont acquis, du même auteur, des droits concurrents en vertu d'actes ou de décisions soumis à la même obligation de publicité et publiés, ou ont fait inscrire des privilèges ou des hypothèques. Ils sont également inopposables, s'ils ont été publiés, lorsque les actes, décisions, privilèges ou hypothèques, invoqués par ces tiers, ont été antérieurement publiés* ».

[3] C'est ici que se révèlent l'effet et l'importance de l'inscription des sûretés réelles : une sûreté non inscrite n'existe pas aux yeux des tiers mais elle reste valable entre le titulaire et le constituant.

[4] Civ. 3ème, 17 juillet 1986, *Bull. civ.* III, n° 118.

[5] V. *supra*, n° 506.

[6] Seules les hypothèques légales et judiciaires peuvent faire l'objet d'un cantonnement (la réduction porte sur l'assiette de la sûreté), les hypothèques conventionnelles ne pouvant être objet que d'une réduction de la créance garantie (l'assiette reste intacte mais la réalisation de la sûreté, si elle advient, ne se fera que sur une portion de la

des inscriptions hypothécaires est la sanction d'une faute objectivement constatable : l'excès. Cette faute consiste pour le titulaire à avoir demandé au constituant la fourniture d'une sûreté réelle qui, pour partie au moins, est inutile. L'inutilité, envisagée du point de vue du constituant, est préjudiciable car elle est un gaspillage de son crédit. Si les sûretés réelles ne confinent pas à l'endettement, au contraire des sûretés personnelles, l'importance que prennent aujourd'hui les biens fonciers au regard des autres valeurs patrimoniales n'est plus à établir. Le fait pour un débiteur d'affecter l'ensemble des biens de cette nature dont il dispose à la garantie d'une seule créance dont le montant est bien inférieur à leur valeur justifie alors que la réduction soit au moins demandée, sinon accordée. Concernant les hypothèques légales et judiciaires, la loi impose le critère du « double plus un tiers » : une hypothèque garantissant une créance d'un montant de 100 ne pourra pas être inscrite sur des immeubles pour une valeur totale supérieure à 233. Les hypothèques conventionnelles sont, pour leur réduction, laissées au pouvoir souverain d'appréciation du juge, en fonction d'un faisceau d'indices que le législateur a fixé[2]. Bien que les règles diffèrent sensiblement d'une hypothèque à l'autre, elles n'en participent pas moins d'un esprit commun : réduire à une juste mesure des garanties qui peuvent nuire au constituant plus qu'elles ne lui profitent et qui sont dans le même temps partiellement inutiles pour le titulaire. L'excès n'est pas sans rappeler la disproportion du cautionnement et même si les critères d'appréciation du déséquilibre sont différents, les textes qui le régissent relèvent d'une politique juridique commune.

C'est de ce point de vue qu'il est surprenant de constater un dispositif légal inégal, clairsemé et sans réelle cohérence, car en définitive ne peuvent être excessives, aux yeux du législateur, que les sûretés réelles immobilières. Si la forte valeur des immeubles explique cette attention, qu'en est-il des autres biens qui, toujours en termes de valeur, concurrencent aujourd'hui largement les immeubles ? Les titres sociaux, les contrats d'assurance-vie, les portefeuilles de valeurs mobilières, pour ne citer qu'eux, ne devraient-ils pas être également concernés par l'excès ? Plus encore que la valeur intrinsèque des biens grevés, c'est leur mesure à l'égard de la créance garantie qui devrait être généralement appréhendée par un devoir de modération imposé au créancier titulaire[3]. Dans un souci d'homogénéité et de cohérence de l'arsenal

---

créance initialement garantie). Sur le mécanisme de la réduction, V. les art. 2444 et 2445 c. civ. et Piedelièvre S., « La réduction des inscriptions hypothécaires », *art. préc*.

[1] Marty G., Raynaud P., Jestaz Ph., *op. cit.*, n° 735 bis ; Mazeaud, Chabas F., Picod Y., n° 414 ; Mestre J., Putman E., Billiau M., n° 1654 ; Simler Ph., Delebecque Ph., n° 580 s.

[2] Civ. 3ème, 21 février 1984, *Bull. civ. III*, n° 46.

[3] Un arrêt isolé de la Cour d'appel d'Aix-en-Provence (Aix-en-Provence, 11ème ch. civ., 5 novembre 1987, *Gaz. Pal.*, 16-18 octobre 1988, p. 14, note Putman E.) offre une illustration convaincante de l'opportunité d'une règle

législatif, il serait bienvenu que l'excès en droit des sûretés réelles fasse l'objet d'une disposition générale[1].

518. Le refus de mainlevée d'une inscription inutile. Lorsque l'inscription d'une sûreté est excessive par rapport à la créance qu'elle garantit, elle reste en partie efficiente. L'inutilité est en revanche totale lorsque l'inscription ne peut produire aucun effet, lorsque par exemple la dette principale a été définitivement payée. Le créancier ne retire plus aucun intérêt de cette inscription, si bien que le constituant ne subit que les effets néfastes de l'inscription. Les tiers sont informés de ce que le bien n'est pas libre de droit, ce qui constitue une véritable entrave à sa circulation dans le commerce juridique. Il a été jugé, quoique la décision reste épisodique, que le refus de mainlevée d'une inscription hypothécaire par un créancier était alors fautif[2]. Non seulement le titulaire ne dispose-t-il plus du droit lui autorisant l'inscription, quand bien même le délai de validité de cette inscription dépasserait la date d'échéance de la créance garantie, mais au surplus il inhibe le crédit du constituant, alors que celui-ci est valablement libéré de sa dette et de son accessoire que constitue la sûreté réelle.

Au regard de la dette garantie, la faute revêt une nature post-contractuelle, car elle est constituée après le paiement de cette dette. Il ne peut s'agir d'une aggravation de l'engagement du constituant, puisque cet engagement a été exécuté. Il s'agit au contraire d'une atteinte à la nature des prérogatives du constituant. Le titulaire qui refuse la mainlevée de l'inscription méconnait le droit de propriété de son ancien cocontractant. Ce dernier, s'il disposait d'un pouvoir de propriété lors de l'exécution de l'obligation principale, a recouvré une propriété absolue en réglant sa dette. C'est donc une atteinte à l'absolutisme de ce droit que le créancier commet en refusant la mainlevée de l'inscription : il porte préjudice au

---

générale relative à l'excès des sûretés réelles. La décision porte sur un gage automobile, réalisé par le titulaire pour le règlement d'une dette résiduelle dont le montant n'atteignait pas le dixième de la valeur du véhicule. Alors qu'aucun texte ne le prévoit, la juridiction prononce la décharge pure et simple du constituant, retenant que le créancier « *a gravement manqué à la prudence dont doit faire preuve tout créancier avant de réaliser son gage* ». La solution rendue, quoique peut-être excessive dans sa sanction, porte certes sur la réalisation de la sûreté mais d'aucuns ont considéré, à raison, qu'il ne serait « *pas exagéré d'étendre, par analogie, la solution de cet arrêt au domaine de la constitution de la sûreté, en imposant au créancier une obligation de prudence dans la recherche de ses garanties* » (Mestre J., Putman E., Billiau M., n° 98). Plus encore, c'est spécialement au titre de la constitution de la sûreté réelle que cette exigence devrait être reconnue, afin précisément d'éviter que la sanction ne soit à son tour elle-même excessive. Si la validité du gage, en l'espèce, n'avait pas été reconnue du fait de sa disproportion, le créancier aurait eu tout loisir de choisir un autre bien à grever, voire une autre sûreté proportionnée au montant de l'obligation garantie. Ce faisant, la sécurité du créancier aurait été préservée puisque la sûreté aurait été pleinement efficace, sans que le crédit du constituant ne fût gaspillé.

[1] Pour une généalogie de l'excès en droit des sûretés réelles, envisagé du point de vue de l'inutilité de la sûreté, V. Mestre J., Putman E., Billiau M., n° 199 s.

[2] Aix-en-Provence, 25 novembre 1982 ; *JCP* 1983. II. 20067.

propriétaire, en informant fallacieusement les tiers de la condition juridique pourtant révolue d'un bien déterminé[1].

519. La rupture abusive de l'obligation garantie liée à l'impossibilité d'inscrire une sûreté. L'inscription de la sûreté réelle est une démarche à l'initiative du titulaire en ce qu'elle lui profite exclusivement[2], bien que le coût de cette formalité reste à la charge du constituant[3]. Il peut arriver, au gré des fortunes et des revers de fortune du constituant, qu'il soit dans l'impossibilité d'y procéder lorsque, notamment, le coût de l'inscription rend plus certaine encore son insolvabilité à venir. À ce titre, une cour d'appel a été censurée par la Cour de cassation, au visa de l'ancien article 1134, alinéa 3 du code civil, pour ne pas avoir tenu compte du fait que la banque prêteuse était « *consciente de l'impossibilité financière dans laquelle se trouvaient les emprunteurs de faire face au coût d'une inscription hypothécaire* »[4]. Une banque avait en effet invoqué la déchéance du terme car le constituant avait consenti une promesse d'hypothèque sans jamais l'avoir rendue effective. La décision mérite d'être analysée, car la solution qu'elle prône et le raisonnement qu'elle implique sont originaux. Les modalités de l'inscription des sûretés restent assez floues, que ce soit au sujet de la personne qui doit en prendre l'initiative, du prix qu'elles coûtent ou du délai requis pour être effectuées. Quelques décisions jurisprudentielles ont permis la mise en place de règles fondatrices, sans toutefois être parfaitement harmonieuses. L'arrêt met en évidence cette dysharmonie. Si un débiteur promet la constitution d'une sûreté réelle et que le créancier s'engage notamment en considération de cette promesse, quel motif pourrait valablement protéger le constituant contre le manquement à sa promesse ? Il semblerait au vu des faits d'espèce, que la décharge était inévitable et qu'il serait excessif d'imposer au juge d'établir que le créancier avait « *mis en œuvre de mauvaise foi la clause l'autorisant discrétionnairement à solliciter à tout moment la déchéance du terme* ». Le laconisme de la solution prête le flanc à la critique et quelques précisions n'auraient pas été superflues.

---

[1] Le refus de mainlevée d'une inscription, hypothécaire ou autre, n'est évidemment pas une faute en toute circonstance. Le critère invariable reste celui de l'utilité : aussi infime soit elle, elle permet toujours de justifier le refus. La mainlevée n'est, par exemple, pas obligatoire lorsque l'obligation garantie a été annulée mais que la sûreté subsiste pour garantir le paiement de la dette de restitution. En ce sens, V. Com., 2 novembre 1994, *Bull. civ*. IV, n° 321. Sur le maintien de la sûreté malgré l'annulation de l'obligation garantie, V. *infra*, n° 521.

[2] L'art. 2426 c. civ. n'impose pas cette démarche, mais son interprétation autorise une telle conclusion. L'inscription étant de l'intérêt exclusif du titulaire, il paraît logique qu'il doive s'en saisir lui-même. Le défaut d'inscription ne peut être reproché au constituant ni aux personnes chargées des services de publicité foncière qui ne sauraient spontanément en prendre l'initiative.

[3] Simler Ph., Delebecque Ph., n° 508.

[4] Civ. 1ère, 1er juin 2016, n° 15-14.914 ; *RDBF* août 2016, n° 4, p. 73, note Legeais D. ; *Banque et droit* 2016, n° 169, p. 13, note Bonneau Th.

L'attendu décisoire fait référence à une autre garantie mais si tel est le fondement de la solution, il ne paraît pas à première vue approprié. Le cumul de sûretés n'est pas en soi abusif et la validité d'une sûreté ne saurait être un motif justifiant que l'inscription définitive d'une autre sûreté soit écartée. Aussi, le créancier consent souvent à l'avance des frais de l'inscription : était-ce ici un moyen de reprocher au créancier cette absence d'initiative qui lui aurait permis de bénéficier d'une hypothèque de premier rang ? La solution se comprendrait davantage même si, à la décharge de la première chambre civile, l'embarras éprouvé à la lecture de la solution est d'abord le fait du silence des textes. Si la solution a vocation à se généraliser, elle s'annonce comme un durcissement des exigences comportementales du créancier garanti. Elle peut se comprendre, au demeurant, à la lueur du devoir de modération auquel tout créancier qui cherche à obtenir une sûreté est astreint et de l'abus qu'il peut commettre dans le recouvrement de sa créance. En effet, il paraît inconcevable d'imposer à un créancier un quelconque ordre dans la réalisation de ses sûretés, sauf circonstances exceptionnelles[1]. Si la mise en œuvre d'une sûreté est onéreuse, lente, complexe voire inutile et que son refus d'exécution par le constituant entraine sa déchéance quand le créancier aurait parfaitement pu être désintéressé au moyen d'une autre sûreté plus efficace, alors dans ce cas la caractérisation d'un abus est fondée. La faute consisterait ici non pas en une simple aggravation de l'engagement du constituant, puisque l'inscription était la suite logique de la constitution mais bien une aggravation abusive, car le créancier est conscient que son choix est préjudiciable pour le titulaire sans être réellement profitable pour lui-même[2]. Ce n'est que de ce point de vue que la solution se comprend et mérite approbation mais encore eût-il fallu que la Cour se montrât plus claire dans sa motivation.

L'inscription des sûretés réelles révèle ainsi un nouvel aspect de la faute du titulaire. En tant que démarche qui conditionne l'efficacité de son droit, elle constitue une incombance dont le manquement se manifestera en réalité de différentes manières. Lorsqu'il omet d'inscrire son droit ou de le renouveler, ou lorsqu'il le fait trop tardivement, c'est à ses propres intérêts qu'il porte atteinte. L'inscription peut également excéder largement le montant de la dette garantie, être maintenue malgré l'extinction de la dette principale, ou constituer un motif abusif de déchéance. C'est alors aux intérêts du constituant qu'il est manqué. En résumé, l'absence

[1] V. Mestre J., Putman E., Billiau M., n° 434 s. ; Grimaldi M. (dir.), *Avant-projet de réforme du droit des sûretés*, *op. cit*., art. 2286-4, p. 3.

[2] *Contra* Stoffel-Munck Ph., *th. préc*., n° 204 s. Selon l'auteur, le défaut d'utilité de l'acte dommageable est un « *critère peu adéquat* » dans l'appréciation de la faute d'abus.

d'inscription contrarie les seuls intérêts du titulaire et l'existence irrégulière de cette inscription contrarie ceux du constituant[1].

520. L'inscription d'une sûreté réelle malgré la nullité de l'acte constitutif, une hypothèse autonome de faute ? Un arrêt récent a mis en évidence une hypothèse spécifique de faute relative à l'inscription des sûretés réelles[2]. Un tiers à un contrat de prêt avait consenti une hypothèque en garantie du remboursement de la somme par l'emprunteur. Suspectant que l'acte constitutif soit entaché de nullité, le constituant invoqua l'exception de nullité au moment de la réalisation de la sûreté. Les juges du fond accueillent l'exception en retenant que « *le fait de procéder à l'inscription de l'hypothèque ne constitue pas un commencement d'exécution* […] *l'inscription ayant été effectuée par la banque sur les suites immédiates de l'engagement nul et ne procédant pas d'un acte de volonté de la société* ». La solution est cassée sur le fondement d'un motif lapidaire selon lequel « *l'inscription d'une hypothèque constitue un commencement d'exécution indépendamment de la personne qui l'effectue* ». A n'en pas douter, la solution est heureuse sur un point indéniable : elle permet aux sûretés réelles de ne pas être exclues du jeu de l'exception de nullité. En effet, où se situe l'exécution d'une sûreté réelle ? Le critère de la prestation est introuvable à la charge du titulaire comme du constituant, or la définition de l'exécution est intimement liée à celle de prestation[3]. Hormis pour ce qui concerne l'étape de la réalisation, il est alors particulièrement délicat de raisonner au moyen du critère de l'exécution à propos des sûretés réelles[4]. À moins, comme le fait la haute juridiction, d'adopter une conception extensive de l'exécution et d'intégrer sans son giron tout ce qui suit la formation de l'obligation et qui concoure plus ou moins directement à sa réalisation, sans se limiter au critère de la prestation. L'inscription d'une sûreté réelle n'est peut-être pas un acte d'exécution au sens strict, mais son rattachement à cette catégorie présente un atout certain, celui de conserver aux acteurs de la sûreté réelle l'invocation de l'exception de nullité. Plus encore, cela évite à l'une des parties de subir les affres d'un engagement qu'elle sait nul : la solution est salutaire si cette nullité procède, par exemple, d'un vice du consentement. Or c'est justement de ce même point de vue que la solution est faillible : si sur le principe, le raisonnement est heureux, l'excessive généralité de

[1] Le constituant ne saurait se plaindre du fait que son créancier sera exclu de la préférence, pas plus que les autres créanciers du constituant, qu'ils soient inscrits ou non.
[2] Civ. 3ème, 9 mars 2017, n° 16-11.728 ; *Lexbase Hebdo – Edition privée générale*, mars 2017, n° 693, note Houtcieff D. ; *JCP N* 12 mai 2017, n° 19, p. 17, note Piedelièvre S.
[3] « *Accomplissement, par le débiteur, de la prestation due ; fait de remplir son obligation (impliquant satisfaction donnée au créancier)* » (Cornu G. (dir.), *Vocabulaire juridique*, *op. cit*., V° Exécution, 1, p. 432).
[4] L'argument vaut également pour les sûretés personnelles. V. Com. 8 avril 2015, n° 13-14.447, *préc*.

sa formulation est bien plus discutable.

L'expression « *indépendamment de la personne qui l'effectue* » n'est pas superflue. Elle permet de considérer que toute personne engagée par une sûreté réelle peut commencer à « exécuter » la sûreté et que cette même personne peut soulever l'exception de nullité. Cependant la considération de la personne n'est pas absolument indifférente dans ce cadre. *Quid* d'un créancier gagiste qui commet une réticence dolosive à l'endroit du constituant et qui s'empresse d'inscrire sa sûreté afin précisément de tenir en échec l'exception de nullité ? Quelles étaient, dans l'espèce précitée, les intentions du créancier hypothécaire, pendant la formation ou l'inscription de sa sûreté ? Il semble que la solution, aussi adaptée soit-elle sur les points abordés, inhibe par sa généralité les opportunités qu'elle offre dans le même temps. Qu'il soit permis aux parties à ces engagements singuliers d'invoquer l'exception de nullité est louable mais ne pas tenir compte de la personne, de ses mobiles, de l'origine de la nullité de l'acte s'avère être un remède pire que le mal. Ce faisant la Cour de cassation ne réduit pas seulement les hypothèses d'exception de nullité, elle offre une arme redoutable aux mains des créanciers qui peuvent sciemment exiger des sûretés dont la nullité sera rattrapée par leur promptitude à les inscrire[1]. C'est en ce sens qu'il est regrettable d'avoir formulé une décision aussi générale. Il n'était pas impensable d'infléchir légèrement la solution de principe et de prévoir une exception : laisser à celui qui invoque l'exception de nullité, malgré un commencement d'exécution, la possibilité d'établir la preuve que cette nullité procède d'une faute de son adversaire. Par ce tempérament, l'hypothèse d'un créancier qui détourne l'inscription de sa sûreté pour se prémunir contre la nullité serait évacuée.

b. Les fautes non relatives à l'inscription de la sûreté réelle

521. Les effets sur la sûreté réelle de l'annulation de l'obligation garantie. Le manquement du créancier à l'obligation garantie aura des incidences diverses selon sa gravité. Si la faute commise déploie des conséquences limitées et que la validité de l'obligation garantie n'est pas affectée, la sûreté ne le sera pas davantage. Lorsqu'elle aura pour effet de remettre en cause la validité de cette obligation, la nature accessoire de la sûreté entrainera alors sa remise en cause consécutive. Il n'y a guère lieu à développements plus substantiels, tant cette faute produira des conséquences évidentes. Il faut toutefois préciser une incidence notable : lorsque la dette est nulle, donc que la sûreté réelle qui l'assortit l'est également, cette

[1] Sur ce point, V. Houtcieff D., *note préc*.

dernière persiste temporairement afin de garantir le retour au *statu quo ante*, soit afin de garantir le paiement de la dette de restitution[1]. Cela est une conséquence de l'indivisibilité des sûretés réelles, destinées à garantir jusque dans ses ultimes effets le rapport de droit dont elles sont les accessoires[2]. La solution, déjà appliquée au cautionnement[3], procède cependant d'une confusion malheureuse entre l'obligation de remboursement inhérente à un contrat de prêt et les restitutions consécutives à l'annulation d'une obligation, quelle que soit sa nature. L'une est contractuelle, l'autre est quasi-contractuelle, elles n'ont ni la même nature ni le même but[4]. Il est donc permis d'être circonspect au sujet d'une telle règle. La sûreté est destinée à protéger le créancier : si par sa faute, l'obligation garantie est nulle, il se verra tout de même protégé par la survie de la sûreté jusqu'à l'extinction de la dette de restitution. Du seul point de vue de la politique juridique, la solution est contestable[5]. Aussi le but de la sûreté est de garantir une dette déterminée. Ce n'est donc pas la même chose de garantir le remboursement d'un prêt que de garantir la restitution d'une somme irrégulièrement prêtée. L'extension paraît valable à la seule condition que cette fonction de la sûreté ait intégré le champ contractuel. En son absence, les effets de la nullité sont certes respectés mais la fonction et la spécialité de la sûreté subissent une torsion critiquable.

---

[1] Com., 2 novembre 1994, *Bull. civ. IV*, n° 321 ; *JCP G* 1995. I. 3851, n° 13, obs. Delebecque Ph. ; *Defrénois* 1995, art. 36040, n° 38, note Aynès L.; Civ. 3ème, 5 novembre 2008, *Bull. civ. III*, n° 167 ; *Banque et droit* 2008, n° 122, p. 50, note Jacob F. et Rontchevsky N. ; *Defrénois* 2008, n° 22, p. 2513, obs. Savaux E. ; *JCP E* 2009, n° 26, p. 15, note Simler Ph. et Delebecque Ph. ; *RDC* 2009/1, p. 205, note Houtcieff D. ; *RLDC* 2008, n° 55, p. 40, obs. Marraud des Grottes G. ; *RTD civ*. 2009. 148, note Crocq P. Les deux décisions se fondent sur deux textes différents. La première renvoie à l'ancien art. 2012 c. civ., devenu l'art. 2289 et selon lequel : « *Le cautionnement ne peut exister que sur une obligation valable. On peut néanmoins cautionner une obligation, encore qu'elle pût être annulée par une exception purement personnelle à l'obligé ; par exemple, dans le cas de minorité* ». L'interprétation du texte est particulièrement extensive, car il est difficile de justifier la survie de l'hypothèque pour la dette de restitution. La solution plus récente se fonde sur l'art. 2114, devenu l'art. 2393 c. civ. prévoyant notamment l'indivisibilité de l'hypothèque. Le fondement est plus approprié mais ne suffit pas à être pleinement convaincu. La solution a pourtant été consacrée légalement à l'art. 1352-9 c. civ. : « *Les sûretés constituées pour le paiement de l'obligation sont reportées de plein droit sur l'obligation de restituer sans toutefois que la caution soit privée du bénéfice du terme* ».

[2] Souhami J., « Retour sur le principe d'indivisibilité des sûretés réelles », *RTD civ.* 2008. 27.

[3] Depuis Com. 17 novembre 1982, *Bull. civ. IV*, n° 357 ; *D*. 1983. 527, note Contamine-Raynaud M. ; *JCP G* 1984. II. 20216, note Delebecque Ph. et Mouly Ch. ; *Defrénois* 1984, p. 368, obs. Aubert J.-L.

[4] La nature réelle du prêt était avancée au soutien de cette solution : *« l'anéantissement du prêt n'opère que sur les éléments consensuels de ce contrat, il ne supprime pas la remise des fonds et la conséquence de celle-ci, l'obligation de la restituer* » (Aynès L., *note préc*.). En quoi la remise des fonds échapperait-elle aux « *éléments consensuels du contrat* » ? Comment expliquer qu'un anéantissement puisse être total et que certains éléments du contrat y échappent ? D'autant que la nature réelle du contrat de prêt est expressément refusée lorsqu'il est consenti par un professionnel du crédit. V. ainsi Civ. 1ère, 28 mars 2000, *Bull. civ. I*, n° 105 ; *JCP E* 2000, p. 898, concl. Sainte-Rose J. ; *D*. 2000, jur., p. 482, note Piedelièvre ; *D*. 2000, somm., p. 358, obs. Delebecque Ph.).

[5] Il semblerait d'ailleurs que le raisonnement ne soit tributaire que de ce type de considérations. Hormis pour offrir une protection accrue au créancier, désormais garanti jusque dans la restitution d'un prêt annulé par sa faute, la solution ne se comprend pas. V. en ce sens Houtcieff D., *note préc*.

522. Le défaut de déclaration à la procédure collective du constituant. Une autre circonstance est susceptible d'altérer le droit du titulaire, sans altérer le bien grevé dans sa substance. Il s'agit de la procédure collective du constituant. À l'ouverture de cette procédure, les créanciers antérieurs doivent déclarer leur créance pour pouvoir ensuite prétendre à un éventuel paiement. Des délais sont prévus pour ce faire : « *à défaut de déclaration dans les délais prévus à l'article L. 622-24, les créanciers ne sont pas admis dans les répartitions et les dividendes à moins que le juge-commissaire ne les relève de leur forclusion s'ils établissent que leur défaillance n'est pas due à leur fait ou qu'elle est due à une omission du débiteur lors de l'établissement de la liste prévue au deuxième alinéa de l'article L. 622-6. Ils ne peuvent alors concourir que pour les distributions postérieures à leur demande. Les créances non déclarées régulièrement dans ces délais sont inopposables au débiteur pendant l'exécution du plan et après cette exécution lorsque les engagements énoncés dans le plan ou décidés par le tribunal ont été tenus (...)* »[1]. La déclaration des créanciers à la procédure collective de leur débiteur est comparable à l'inscription de la sûreté. De fait, il s'agit d'une démarche qui conditionne non pas la validité mais l'efficacité de leur droit. Car dans les deux cas, si le créancier ne s'exécute pas, il subira la sanction de l'inopposabilité. La raison tient à ce que l'inscription comme la déclaration sont des mécanismes orientés vers les créanciers concurrents d'un même débiteur : ils visent à ce que la situation d'un bien ou d'un débiteur soit publiquement révélée et connue de tous. Si un créancier n'y procède pas, les autres en seront favorisés et ne sauraient lui en tenir rigueur. Il s'agit alors, dans les deux cas, d'une incombance. Soit le créancier agit pour obtenir un avantage particulier qui ne dépend que de lui et ne profite qu'à lui, soit il s'abstient et sera le seul à en éprouver les conséquences. Il est donc possible d'y voir un exemple de faute, puisque le créancier aurait dû adopter un comportement en l'absence duquel il s'expose à une sanction – fût-elle automatique.

Après la naissance et l'exécution de la sûreté se trouve une ultime étape de sa mise en œuvre, la réalisation. Supposant la défaillance du constituant, la réalisation est aujourd'hui protéiforme car elle revêt diverses modalités : vente forcée, vente amiable, purge, purge amiable, délaissement, droits de suite et de préférence, pacte commissoire, attribution judiciaire, transfert définitif de propriété… La multitude de choix fait apparaître qu'une faute potentielle du créancier serait celle par laquelle il exerce sans intérêt légitime l'option qui préjudicie le plus au constituant, voire aux autres créanciers de ce dernier. Indépendamment de ce choix, d'autres fautes peuvent être commises lors de la réalisation d'une sûreté réelle.

[1] Art. L. 622-26 c. com.

B. Les fautes commises lors de la réalisation de la sûreté

523. Fautes temporelles et fautes matérielles. La réalisation est l'aboutissement des sûretés réelles. C'est dans cette perspective que le créancier les a exigées, car c'est par son biais qu'il pourra appréhender la valeur du bien grevé pour en jouir de manière préférentielle ou exclusive. Comme toute prérogative, elle n'est pas absolue ni dans son étendue ni dans son exercice et il peut être reproché au titulaire son comportement, selon que la réalisation est fautive au vu du moment (1) ou de la manière (2) avec laquelle elle est exercée. Il conviendra enfin de dissocier l'hypothèse dans laquelle le créancier muni d'une sûreté réelle dispose également d'un cautionnement pour le paiement de la même dette (3).

1. Le moment de la réalisation

524. La réalisation tardive de la sûreté à l'échéance de l'obligation garantie. La faculté dont dispose le titulaire d'une sûreté réelle implique par définition une certaine liberté dans l'exercice de ce choix. Rien ne l'empêche par exemple de ne pas entamer les poursuites sur le bien grevé à l'instant même où le constituant est défaillant[1]. Qui pourrait d'ailleurs avoir à y redire ? Le constituant dispose d'une forme de délai de grâce et ses autres créanciers bénéficieront naturellement de la patience d'un de leurs concurrents. En principe au moins, l'absence de réalisation de la sûreté réelle à l'échéance de la dette principale n'est donc pas une faute. Une telle conclusion occulte cependant une donnée non négligeable : la variabilité de la valeur du bien grevé. Si tous les biens susceptibles d'être grevés n'ont certes pas une valeur qui évolue fortement d'un jour à l'autre, il est possible qu'entre la défaillance du constituant et l'initiative du titulaire, cette valeur ait fortement diminué. Le constituant, sa caution ou encore les autres créanciers garantis sur le même bien auront des raisons de reprocher au titulaire son inertie, car ce sont leurs intérêts qui sont lésés – directement pour le constituant, indirectement pour les autres. Le problème est survenu, notamment devant la Cour d'appel de Versailles[2]. Un créancier nanti d'un compte-titres tardait à réaliser sa sûreté, si bien que les actions contenues dans le compte ont vu leur valeur décroitre sensiblement avant la réalisation. La faute du titulaire, ainsi reconnue par la cour d'appel est alors à l'origine, pour partie au moins, de la perte de valeur des biens. D'aucuns estimeront que le

[1] V. Gaudin L., *La patience du créancier. Contribution à l'étude de l'effectivité du paiement contractuel*, thèse, Defrénois-Lextenso, 2009.
[2] Versailles, 24 janvier 1997.

reproche fait au créancier d'avoir nui à ses propres intérêts est pour le moins sévère mais ce serait retenir une conception étriquée des sûretés réelles. Le bien est, en effet et avant tout, la propriété du constituant. Il aurait alors pu profiter de la valeur supérieure de ce bien, même après la réalisation, si le créancier s'était montré plus prompt. Il peut être fautif pour le créancier de trop tarder à agir, car il nuit directement aux intérêts patrimoniaux du constituant sans que cela ne constitue d'ailleurs une aggravation de son engagement et, dans le même temps, il nuit aux intérêts de tiers intéressés par la valeur du bien.

Tel ne fut pas l'avis de la Cour de cassation qui censura la Cour d'appel de Versailles, au visa de l'ancien article 2073 du code civil[1], en retenant sommairement que « *le créancier gagiste n'est pas tenu de demander la réalisation de son gage à l'échéance* »[2]. Au vu des circonstances de l'espèce, la décision se comprend mais elle n'est pas exempte de critiques. Le texte visé n'est, d'abord, pas le plus éclairant : il pose seulement le principe du gage, à savoir que le créancier a « *le droit de se faire payer sur la chose* », ce qui n'explique en rien le sens de la solution[3]. La solution est discutable également au regard du devoir de conservation du bien grevé. Si la valeur évolutive du bien grevé n'est pas une source de contrainte supplémentaire pour le créancier lors de l'exécution de l'obligation garantie, la situation est différente à l'échéance du terme. Avant celle-ci, le reproche ne saurait lui être fait mais à son issue, il n'est pas excessif d'exiger de lui un respect accru des intérêts du constituant. Le devoir de conservation ne disparaît pas à l'échéance, puisque c'est précisément à ce moment que la valeur du bien révèlera ses intérêts. Comment comprendre alors que le titulaire ne voit plus l'orientation de ses prérogatives influencée par l'intérêt du constituant[4] ? Avant l'échéance, il ne saurait nullement être reproché au créancier la perte de valeur du bien grevé lorsque celle-ci provient d'un fait extérieur, car les parties sont soumises au terme qu'elles ont choisi. Or à l'échéance, soit lorsque ce terme expire, chacune recouvre une plus grande liberté dans l'exercice de ses prérogatives. Le créancier devrait alors être

---

[1] « *Le gage confère au créancier le droit de se faire payer sur la chose qui en est l'objet, par privilège et préférence aux autres créanciers* ».

[2] Com., 10 octobre 2000, *Bull. civ. IV*, n° 151 ; *RTD com*. 2001. 201, obs. Cabrillac M ; *D*. 2000. 210, obs. Bouloc ; *RDBF* novembre 2000, n° 6, p. 254, note Legeais D.

[3] Certains commentateurs estiment que le visa fait référence au « *droit* » et non à l'obligation du titulaire de réaliser la sûreté. S'il n'a certes pas l'obligation de réaliser le gage, le terme « *droit* » ne signifie pas qu'il bénéficie d'une liberté absolue dans sa mise en œuvre.

[4] Si c'était une caution qui avait fait ce reproche au créancier, en invoquant le bénéfice de subrogation, elle aurait certainement été admise dans ses prétentions. Bien que la caution ne contribue pas à la dette du débiteur-constituant, l'absolution du créancier ne se comprend pas à la lueur de ce seul argument. La perte pécuniaire qu'il fait subir, quand bien même elle ne s'évaluerait pas selon les mêmes critères, concerne ses deux débiteurs.

considéré comme fautif si la valeur du bien décroit, entre autres causes par son retard[1]. C'est enfin et surtout la généralité de la solution qui surprend. Que la prérogative du créancier serve ses intérêts prioritaires se comprend aisément : si la réalisation d'une sûreté à un instant donné est peu utile pour lui, il reste en principe libre de ne pas la réaliser. Au demeurant, il eut été plus prudent de la part de la Cour de cassation de ne pas poser une solution en des termes aussi généraux et de nuancer ainsi sa portée, car la formulation de l'attendu décisoire laisse peu de place à l'interprétation. Quelle que soit la valeur du bien, son évolutivité et indépendamment de son comportement ou de ses intentions, le créancier est dans une situation d'impunité. C'est en ce sens qu'il paraît plus approprié d'adapter la solution en fonction du type de bien : si sa valeur évolue fortement et rapidement, alors il pourrait être reproché au créancier de ne pas en avoir tenu compte avant de réaliser la sûreté. Si la valeur du bien reste stable, alors le créancier pourrait recouvrer une marge de manœuvre plus large et choisir de ne pas réaliser la sûreté à l'échéance du terme sans commettre de faute. Cette solution suppose de laisser plus de place à l'appréciation des juges et nécessite de prendre en compte le contexte dans lequel la sûreté s'inscrit à savoir sa nature, ses modalités, sa mise en œuvre, les comportements respectifs des parties et sa valeur évolutive ou non, particulièrement au moment de l'échéance[2]. Ce faisant les hypothèses d'abus de sûreté par le titulaire seraient taries. Il reste alors à espérer que la solution de la Cour d'appel de Versailles, appliquée aux hypothèses post-contractuelles de diminution de la valeur du bien grevé, devienne le principe et inspire les solutions à venir de la Cour de cassation.

[1] Il faut préciser ici que le nantissement a été consenti à l'échéance du terme en contrepartie d'une prorogation de crédit. La perte de valeur est alors intervenue pendant l'exécution du second contrat, non à son expiration, ce qui incite à tempérer la critique formulée. Il n'en reste pas moins que l'attendu décisoire induit le lecteur en erreur puisque ses termes évoquent exclusivement la période post-contractuelle, soit l'échéance de l'obligation garantie. La solution ne se comprend alors que si elle est limitée au comportement du créancier pendant l'exécution de cette obligation, or les termes généraux dans lesquels elle est énoncée autorise une interprétation extensive qui confère à l'arrêt une portée qu'il ne devrait pas avoir.

[2] V. not. Com., 21 novembre 2006, *Bull. civ. IV*, n° 505 ; *préc*. L'attendu décisoire est en ces termes : « *Attendu qu'en se déterminant ainsi, sans s'assurer, comme elle y était invitée par [la banque] qui invoquait la situation du marché de l'immobilier et le non achèvement de la construction financée par le prêt, que ces circonstances n'étaient pas susceptibles de justifier l'attitude attentiste de la banque, de sorte qu'en réalité le recouvrement de la créance n'en avait pas été compromis, la cour d'appel, qui n'a pas caractérisé la faute qu'elle a retenue ni le lien de causalité entre cette faute et le dommage, a violé le texte susvisé* ». La solution est largement préférable à celle précitée, car elle intègre des éléments conjoncturels dans le traitement d'une éventuelle faute : un créancier n'est pas fautif lorsqu'il ne réalise pas le gage à l'échéance, car il dispose d'un droit pour ce faire et non d'un devoir, mais les circonstances entourant l'absence de réalisation peuvent donner à son comportement une coloration fautive.

2. Les modalités de la réalisation

525. Le principe : le libre choix du titulaire dans le recouvrement de sa créance[1]. Nul ne saurait contester la liberté dont jouit le créancier titulaire d'une sûreté réelle lorsqu'il choisit les moyens d'obtenir le paiement de sa créance. Dès lors que la défaillance du constituant est avérée, libre au titulaire de choisir entre la vente forcée du bien, son appropriation en paiement, la mise en œuvre d'une autre sûreté ou encore de faire montre de patience en attendant le retour à meilleur fortune du constituant. Puisque la sûreté est constituée dans son intérêt exclusif et que la défaillance du constituant est la condition de sa mise en œuvre, il serait parfaitement contradictoire d'imposer à ce stade une quelconque attitude de principe au titulaire. Ce serait en effet travestir la fonction de la sûreté que d'enjoindre à son bénéficiaire un moment ou une modalité pour la réalisation de la sûreté qui pourrait contrarier ses intérêts. Par principe, le titulaire d'une sûreté réelle est donc libre dans le choix des modalités et du moment de cette réalisation. Relayée par la doctrine[2], la jurisprudence l'a affirmé de longue date[3] et à plusieurs reprises[4]. Or la liberté du titulaire n'est

[1] Grimaldi M. (dir.), *Avant-projet de réforme du droit des sûretés*, *op. cit*., art. 2286-4, p. 3. Selon ce texte : « *Le créancier choisit librement le mode de réalisation de sa sûreté. S'il est titulaire de plusieurs sûretés, il est libre de l'ordre de leur réalisation* ».

[2] V. not. Mestre J., Putman E., Billiau M., n° 434 s.

[3] Req., 28 février 1912 ; *DP*. 1913, 1, p. 361 (« *le créancier qui possède plusieurs privilèges ou hypothèques peut toujours se faire payer sur le produit du gage par lui choisi* ») ; Civ., 6 janvier 1919 ; *DP* 1923. I. p. 112 (le créancier peut « *poursuivre indifféremment* » la réalisation des sûretés dont il bénéficie) ; Rouen, 23 décembre 1927 ; *DP* 1928, 2, p. 181 (un créancier muni de plusieurs sûretés a « *le droit incontestable d'en poursuivre la réalisation comme bon lui semble et sans que le débiteur puisse lui imposer un ordre de préférence entre eux* »). V. plus récemment Com., 3 novembre 1983 ; *JCP* 1984. I. 20234, note Mestre J. ; *RTD civ*. 1984. 526, obs. Rémy Ph. (le créancier qui n'a pas demandé l'attribution judiciaire à l'échéance n'est pas fautif de ce seul fait).

[4] Un arrêt illustre plus clairement que les autres ce principe (Com., 14 juin 1994, *Bull. civ. IV*, n° 209 ; *Defrénois* 1995, art. 35978, p. 96, note Piedelièvre S.). Il y est avancé que : « *dans le cas où un vendeur bénéficie à la fois d'un cautionnement solidaire garantissant le paiement du prix de vente et d'une clause de réserve de propriété, aucun texte ne subordonne l'exercice de son recours contre la caution à la revendication préalable du bien vendu* ». Si la portée de la solution est moins large que celles précitées, elle permet au moins d'asseoir l'argument de la liberté du créancier, même lorsqu'une caution s'engage, en plus d'une sûreté réelle consentie par le débiteur, pour garantir la même dette. Si le créancier avait le devoir de mettre en œuvre tous les droits préférentiels dont il dispose avant de demander paiement à la caution, comment justifier l'existence du bénéfice de subrogation ? Celui-ci permet à la caution de reprocher au créancier sa négligence dans la conservation des droits préférentiels qu'elle aurait pu mettre en œuvre à l'occasion de son recours subrogatoire. Si ces droits peuvent être exercés par la caution, comment pourrait-il d'autre part être imposé au créancier de les mettre tous en œuvre ? Le bénéfice de subrogation est donc en soi un argument qui fonde parfaitement la liberté de principe du créancier dans la réalisation des sûretés réelles, ce d'autant plus qu'en la présence d'un cautionnement, cette liberté est restreinte. Les autres bénéfices reconnus à la caution autorisent la même conclusion : si la caution a la faculté de demander au créancier de discuter d'abord les biens du débiteur ou de diviser ses poursuites en autant de débiteurs qui se sont engagés, cela signifie bien que le créancier n'a pas le devoir de recouvrer sa créance selon un procédé préétabli et imposé à lui. À plus forte raison n'est-il pas restreint par un tel devoir en l'absence de cautionnement.

jamais absolue et même si les sûretés garantissent son intérêt exclusif, la mise en œuvre de la réalisation des sûretés réelles peut être constitutive d'une faute de sa part[1].

526. Les exceptions : la faute du titulaire lors de la réalisation de la sûreté réelle. La liberté de principe qui guide le créancier garanti dans la réalisation de la sûreté réelle explique la rareté, en jurisprudence, des hypothèses de fautes. Malgré cette rareté, les occasions par lesquelles un créancier fut sanctionné n'étaient pas moins fondées. Ce d'autant plus que le droit positif compte, depuis 1991, deux dispositions relevant des procédures civiles d'exécution mais qui n'intéressent pas moins la réalisation des sûretés et qui fondent la caractérisation d'une faute lors de cette réalisation. Il s'agit de l'article L. 111-7 du code des procédures civiles d'exécution selon lequel « *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* » et de l'article L. 121-2 du même code qui dispose que « *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 et intérêts en cas d'abus de saisie* »[2]. À la lecture de ces textes, tout ce qui dans la réalisation de la sûreté réelle par le titulaire – laquelle appartient bien aux « *mesures propres à assurer l'exécution* […] *de sa créance* » – excède cette nécessité sera fautif et pourra être remis en cause. Cette faute n'est toutefois pas systématiquement orientée vers le constituant : il se peut qu'à travers lui, ce soit en réalité tous ses autres créanciers qui éprouveront les conséquences de la faute. Il est *a priori* surprenant qu'une telle faute soit seulement concevable car si la sûreté sert les intérêts personnels de son titulaire, il est difficile d'imaginer comment il peut porter préjudice à ses concurrents. C'est ce qu'il convient d'étudier et de dissocier : la faute du titulaire dans la réalisation de la sûreté réelle peut affecter les intérêts du constituant ou des autres créanciers.

527. La mise en œuvre fautive de la sûreté envisagée du point de vue du constituant. Il est une première faute commise dans ce cadre qui, bien qu'elle n'intéresse pas la mesure de la réalisation de la sûreté, n'en reste pas moins répréhensible. Il s'agit de la

[1] V. not. Mestre J., « Réflexions sur l'abus du droit de recouvrer sa créance », *art. préc*. ; Normand, obs. *RTD. civ*. 1991. 160 ; Wernert D., « Saisie du JEX pour ordonner l'annulation d'une mesure inutile ou abusive », *JCP E* 1999, p. 1810. V. plus largement, sur les rapports entre droit des sûretés et exécution forcée, Taormina G., « Réflexions sur le droit des sûretés à l'épreuve du droit de l'exécution forcée », *RRJ* juillet 2003, n° 3, p. 1867.
[2] Initialement contenus à l'art. 22 de la loi du 9 juillet 1991 portant réforme des procédures civiles d'exécution, les deux textes ont ensuite été séparés lors de leur codification par l'ordonnance n° 2011-1895 du 19 décembre 2011 relative à la partie législative du code des procédures civiles d'exécution.

réalisation de la sûreté en l'absence de mise en demeure préalable. L'avantage offert au titulaire par la sûreté réelle n'a rien d'automatique, une fois constatée la défaillance du constituant[1] : encore faut-il que le titulaire accomplisse la démarche de prévenir le constituant de son initiative, que ce soit la saisie du bien, son appropriation en paiement, etc. La mesure, par son effet comminatoire, peut très bien avoir pour effet d'inciter un débiteur, devenu distant de son créancier à l'échéance du terme, à payer finalement sa dette. Aussi, la mise en demeure permet-elle à ce même débiteur de discuter des conditions de mise en œuvre de la réalisation de la sûreté, lorsque cette discussion est possible.

C'est sur ce point que la Cour de cassation a statué, reprochant à un créancier la manière avec laquelle il réalisa le nantissement d'un compte-titres dont il était bénéficiaire. À la défaillance de son débiteur, ce créancier n'avait pas jugé utile de le mettre en demeure avant de réaliser la sûreté réelle. Mal lui en a pris car malgré les décisions des juges du fond favorables à son endroit, la Cour de cassation estima au contraire que « *la banque, en ne lui adressant pas de mise en demeure en application des dispositions de l'article 29 de la loi du 3 janvier 1983*[2]*, avait commis une faute lui ayant causé un préjudice dont elle devait réparation* ». Elle précise que le préjudice éprouvé par le débiteur « *devait s'analyser en une perte de chance de voir la restitution des valeurs mobilières nanties parvenir à de meilleurs résultats si son propriétaire avait pu discuter de leur ordre de réalisation ou dégager des capitaux nécessaires par d'autres apports afin de limiter l'ampleur de la réalisation du gage* »[3]. La décision est limpide. La mise en demeure légalement exigée permet en l'occurrence une discussion entre titulaire et constituant afin que la réalisation de la sûreté concilie, autant que faire se peut, leurs intérêts antagonistes.

Ce n'est donc pas par esprit de chicane ou par pointillisme que la chambre commerciale sanctionne le créancier, ce d'autant plus que le texte impose clairement cette démarche préalable. L'attendu de principe qu'elle expose à l'orée de sa décision est alors parfaitement approprié : « *le défaut de mise en demeure, par le créancier gagiste d'un compte d'instruments financiers, du débiteur fait obstacle à la réalisation du gage, de sorte que le premier doit restituer au second l'intégralité du portefeuille de titres indûment réalisés* ». Au

[1] Seuls les mécanismes de garantie les plus archaïques tolèrent une réalisation automatique, spontanée. Le droit de rétention, par exemple, n'impose pas au créancier de prévenir par une mise en demeure adressée au débiteur qu'il entend retenir le bien pour paiement de sa créance. Le mécanisme n'aurait à l'inverse qu'un intérêt limité.

[2] La disposition est entretemps devenue l'art. L. 431-4 CMF.

[3] Com., 18 novembre 2008, *Bull. civ. IV*, n° 196 ; *Banque et droit* 2009, n° 123, p. 48, obs. Rontchevsky N. et Jacob F. ; *Gaz. Pal*. 4 mars 2009, n° 63-64, p. 12, note Chabot G. ; *JCP N* octobre 2009, n° 43-44, p. 36, obs. Simler Ph. et Delebecque Ph. ; *Lexbase Hebdo – Edition privée générale*, 14 janvier 2009, n° 333, obs. Piette G. ; *RDBF* janvier 2009, n° 1, p. 60, obs. Cerles A. et p. 69, obs. Bonneau Th. ; *RLDC* 2009, n° 56, p. 34, obs. Marraud des Grottes G.

fond, la raison de la solution est à trouver dans « *l'ampleur de la réalisation du gage* » qu'une mise en demeure préalable aurait permis de limiter. Ce n'est donc pas tant à une démarche formelle que le créancier a manqué mais bien aux intérêts du constituant dans la mesure où, s'il avait été prévenu des intentions du titulaire, la réalisation du gage eut été moins dommageable pour lui et tout aussi efficace pour le titulaire.

Quoiqu'elle surprenne au premier abord, l'hypothèse d'une faute du titulaire dans la réalisation d'une sûreté réelle au préjudice du constituant existe bel et bien. Certes, si le titulaire réalise la sûreté, c'est bien qu'il s'en est préalablement réservé le droit et que les conditions pour le faire sont réunies. Au demeurant, si le droit dont il dispose est acquis dans son principe, les modalités de sa mise en œuvre sont parfois l'occasion d'une faute[1]. Son appréhension reste particulièrement délicate puisqu'elle est tributaire de contingences ponctuelles que sont les qualités des parties ; la nature, l'étendue et l'assiette de la sûreté ; l'état d'esprit du créancier, voire du tiers acquéreur… Quelques décisions témoignent toutefois d'une faute avérée du créancier à l'endroit de son débiteur[2].

Pour les plus anciennes d'entre elles, certains créanciers se sont vus refuser la validité de la réalisation puisque leur demande « *avait été défendue par des moyens que l'honnêteté repousse* »[3]. Ce manque d'honnêteté est caractérisé notamment lorsque « *le créancier qui, ayant obtenu un jugement, prend inscription sur tous les immeubles que le débiteur possède ou acquerra dans l'arrondissement, et dont la valeur est hors de proportion avec le chiffre de sa créance* »[4]. Aussi, des créanciers ont été sanctionnés pour avoir jeté l'opprobre sur leur débiteur, en procédant à des recouvrements qui n'avaient pour finalité que de « *discréditer le saisi auprès des tiers, en faisant croire qu'il n'est pas en état d'honorer ses engagements* »[5]. L'intention de nuire du créancier est un exemple de faute bien plus rarement retenue, ce qui se comprend par la difficulté probatoire d'un tel état d'esprit – une décision de première instance

[1] Une décision de 1905 rendue par le tribunal civil de Toulouse l'exprime clairement : « *les droits ne sont pas limités seulement dans leur contenu, ils le sont encore dans leur exercice qui ne peut avoir lieu dans un but quelconque* » (Tribunal civil de Toulouse, 13 avril 1905 ; *DP* 1906, 2, p. 105, obs. Josserand L.).

[2] Les quelques exemples qui suivront ne concernent pas tous le droit des sûretés réelles, mais parfois seulement celui de l'exécution forcée. Or ils restent parfaitement transposables à l'hypothèse d'un créancier qui met en œuvre sa sûreté, car au fond, ces fautes ont en commun d'être révélées lorsque le créancier, bien que titulaire d'un droit de créance parfaitement valable, se rend coupable de la manière avec laquelle il contraint son débiteur à l'exécution.

[3] Req., 22 avril 1856 ; *DP* 1856, 1, p. 326.

[4] Tribunal civil de Toulouse, 13 avril 1905, *préc*. L'abus concerne certes l'inscription hypothécaire, mais il s'étend nécessairement à la réalisation. Par sa date, la décision témoigne également de ce que les préoccupations liées à la proportionnalité en droit des sûretés réelles ne sont pas les plus récentes.

[5] Cayrol N., *Droit de l'exécution*, LGDJ, coll. « Domat – Droit privé », 2ème éd., 2016, n° 802. L'auteur cite les arrêts suivants en exemple : TGI Agen, JEX, 12 janvier 1995 ; *LPA* 11 aout 1995, n° 96, p. 39, note Nicoleau P. ; Limoges, 14 juin 2004, *Procédures* 2005, n° 26.

évoque toutefois « *une précipitation dictée par un désir évident de nuire au débiteur* »[1]. Enfin, il peut être reproché au créancier de réaliser son droit pour le recouvrement de créances dont le montant est dérisoire et qui ne justifie aucunement la lourdeur de la procédure choisie[2].

En ce sens un créancier gagiste qui, du fait de ses lenteurs dans l'imputation des paiements de son débiteur, a réalisé le gage dans des conditions délétères et préjudiciables pour ce dernier a été jugé fautif. Le préjudice dépassait en effet celui que le constituant aurait normalement éprouvé si la réalisation de la sûreté avait été menée avec plus de diligence. Concrètement, l'adjudication du bien grevé ne permit d'obtenir qu'une valeur très résiduelle, équivalente à un dixième de sa véritable valeur : c'est ici que sont caractérisés faute et préjudice. La précipitation du créancier, qui détonne avec la lenteur de ses imputations de paiement, a causé une perte excessive au débiteur qui aurait légitimement pu espérer recouvrer un reliquat plus important après l'adjudication. La cour d'appel retient que « *ce sont les lenteurs d'imputation de paiement par ce prêteur qui sont la cause de son erreur* » et que ce faisant il « *a gravement manqué à la prudence dont doit faire preuve tout créancier avant de réaliser son gage* »[3]. La solution est particulièrement novatrice, en ce qu'elle suppose un devoir général de prudence de la part du créancier titulaire d'une sûreté réelle. Non pas que celui-ci doive à tout prix placer les intérêts du débiteur au-dessus des siens, sinon toute sûreté serait parfaitement inutile mais il doit « *faire ce qui est nécessaire pour compenser ou minimiser sa perte, sans en causer une plus grave au débiteur* »[4]. C'est exactement dans ces conditions qu'une faute du créancier devrait être caractérisée : de la même manière qu'une sûreté ne doit pas enrichir son bénéficiaire, elle ne doit pas non plus appauvrir le constituant par la faute du bénéficiaire. C'est aussi ce qui explique la difficulté d'appréciation de cette faute tant elle est conjoncturelle et, partant, peu propice à une systématisation. Un élément commun ressort toutefois des quelques exemples cités : celui de l'aggravation de la situation patrimoniale du constituant. Si la réalisation de la sûreté par le titulaire a eu pour conséquence d'aggraver le

[1] TGI Créteil, 20 janvier 1994 ; *Gaz. Pal*., 1994, 1, somm. p. 355.
[2] Orléans, 29 novembre 1973 ; *JCP* 1974. IV. 6414 ; Paris, 7 décembre 1995, *D*. 1996, p. 203, note Prévault J.
[3] Aix-en-Provence, 11ème ch. civ., 5 novembre 1987 ; *préc*.
[4] Putman E., *note préc*. Les remarques suivantes de l'annotateur sont peut-être moins convaincantes : « *la faute du créancier n'était-elle pas alourdie par le fait d'avoir eu recours à la réalisation du gage, alors qu'il pouvait se faire payer par la caution ? De nombreux créanciers affectionnent le cumul de sûretés, pensant que deux garanties valent toujours mieux qu'une : n'y a-t-il pas faute, alors, à se servir, de préférence, de la plus expéditive ?* ». Il serait par trop rigoureux d'exiger du créancier un ordre dans la réalisation de ses sûretés, sauf à caractériser une fraude ou une mauvaise foi de sa part. Mettre en œuvre la sûreté la plus expéditive n'est que la conséquence de ce contre quoi il s'est prémuni, à savoir la défaillance de son débiteur. Est-il alors possible de lui reprocher, hors fraude ou abus de sa part, de satisfaire au mieux ses intérêts par des moyens qu'il s'est valablement et préalablement constitués ?

sort du constituant au-delà de ce que son engagement impliquait et que cette aggravation peut être imputée au constituant, une faute est commise.

528. La mise en œuvre fautive de la sûreté envisagée du point de vue des autres créanciers du constituant. La réalisation de la sûreté réelle est aussi une occasion pour le titulaire de nuire à ses concurrents directs que sont les autres créanciers du constituant. Surprenante à première vue, puisque la sûreté réelle tend précisément pour son bénéficiaire à minimiser la portée des prétentions concurrentes sur les biens de leur débiteur commun, une telle faute a pourtant déjà été traitée en jurisprudence. Qu'un titulaire réalise sa sûreté en suivant son intérêt exclusif, là n'est que l'effet le plus élémentaire de la sûreté. Lorsqu'en revanche il suit son intérêt tout en cherchant à réduire ceux des autres, à les négliger en leur faisant perdre de leur valeur, alors il sera coupable d'un comportement dont il devra assumer les conséquences. Les tribunaux ont à plusieurs reprises retenu l'intention frauduleuse, chez certains titulaires de sûretés réelles, de frustrer les autres créanciers de leur constituant[1].
Une affaire illustre peut-être mieux que les autres cette éventualité, qui mettait en relation plusieurs créanciers hypothécaires d'un même débiteur[2]. L'un était garanti par une hypothèque multiple de premier rang sur sept lots différents alors que les autres disposaient d'une hypothèque de second rang sur seulement deux de ces mêmes lots. Le créancier à hypothèque multiple décida de donner mainlevée de sa sûreté sur les cinq lots dont il était le bénéficiaire exclusif, pour ensuite procéder à la vente forcée des deux lots grevés d'inscriptions secondaires. Les bénéficiaires des hypothèques de second rang assignaient alors le créancier saisissant, estimant que son attitude était uniquement destinée à les frustrer de leurs droits, puisqu'il aurait pu procéder à l'adjudication des autres lots. Ce faisant, il aurait laissé intacte la chance supplémentaire de paiement des autres créanciers concurrents sans négliger ses intérêts propres, vu le nombre et la valeur des immeuble grevés. La Cour de cassation se laissa convaincre : retenant que les tiers acquéreurs n'avaient pas « *procédé à la purge des hypothèques grevant leur acquisition* », elle fit grief à la cour d'appel de ne pas avoir recherché l'existence d'une « *collusion frauduleuse pour reporter la charge de l'hypothèque de premier rang sur les seuls lots* [grevés d'une inscription secondaire] *dans le dessein de frustrer les créanciers inscrits en second rang de leur garantie et d'exonérer ainsi gratuitement les tiers acquéreurs, tenus seulement* propter rem*, de la charge de la dette* ». La faute n'est en l'espèce pas caractérisée, mais la Cour suggère qu'elle puisse l'être. Un

[1] V. not. Bordeaux, 8 avril 1908 ; *DP*. 1909, 2, p. 377.
[2] Civ. 3ème, 15 février 1972 ; *D*. 1972, p. 463, note Franck E.

créancier muni d'une sûreté ne peut pas négliger aussi ouvertement les intérêts des créanciers pourvus d'une sûreté de second rang sur le même bien. La satisfaction de ses intérêts propres ne peut pas passer par la méconnaissance de ceux de ses concurrents, lorsque du moins il a la faculté de les maintenir dans leur substance. La solution permet ainsi de « *pallier les conséquences injustes auxquelles peut conduire l'application brutale de l'option discriminatoire du créancier* »[1] et connait suffisamment d'antécédents pour qu'il soit permis de conclure à sa pérennité[2]. Une fois encore, tout est affaire de circonstances et la faute du titulaire ne se réduit pas à une réalisation effective de ses droits qui réduirait d'autant ceux des créanciers concurrents. L'effet fondamental des sûretés réelles doit être préservé et ne pas être travesti par une caractérisation trop souple de la faute du titulaire, laquelle doit être appréciée *in concreto*[3]. Un créancier hypothécaire n'est, par exemple, pas fautif d'avoir réalisé sa sûreté après que les créanciers de rangs inférieurs lui ont proposé de le désintéresser[4].

Une autre faute est comparable dans ses effets à celle précédemment étudiée : celle du créancier primitif d'une hypothèque rechargeable désintéressé par le constituant qui ne met pas en œuvre, ni ne supprime la convention de rechargement frappant la sûreté. Une hypothèque rechargeable contient en effet une clause de rechargement mais une convention du même nom doit ensuite être établie pour donner son plein effet à cette réserve de crédit. Or si le créancier ne procède pas à cette formalité, il empêche les créanciers de rangs inférieurs d'accéder à un rang prioritaire, puisque la convention existe toujours « *quoique celle-ci frappe*

---

[1] V. note Franck, *préc*.

[2] Civ., 26 décembre 1853 ; *DP* 1855. 1. 200 ; Civ., 18 juillet 1893 ; *DP* 1894. 1. p. 113 (« *pourvu qu'il n'ait pas agi frauduleusement ou sans intérêt* ») ; Civ., 9 mai 1905 ; *S.* 1906, 1, p. 489 (« *le créancier dont l'hypothèque s'étend à plusieurs immeubles, est en droit de choisir celui de ces immeubles sur le prix duquel il veut être colloqué pour la totalité de sa créance, sans que les créanciers, ayant sur le même immeuble des hypothèques postérieures en rang puisse le contraindre à diviser sa demande de collocation, pour la faire porter proportionnellement sur le prix de tous les immeubles qui lui sont affectés* […] *cette faculté d'option ne saurait être refusée que si elle était exercée frauduleusement, ou sans intérêt légitime* ») ; *DP* 1909. 1. 225, note De Loynes P. (selon l'arrêt, la demande du créancier : « *était inspirée par la volonté injuste d'avantager l'un des créanciers au préjudice de l'autre* ») ; Civ., 7 février 1949 ; *S.* 1949, p. 144.

[3] Pour une autre illustration, V. Lyon, 12 juin 1984 ; *Gaz. Pal*. 1984. II. 686, note Béjat et Lafarge (cité par Piedelièvre S., n° 296). L'arrêt, relatif au principe de subsidiarité du privilège immobilier par rapport au privilège mobilier, met en évidence l'existence possible d'une faute particulière : « *si* […] *les créanciers* [titulaires d'un privilège général sur les biens meubles et immeubles] *ne priment les autres créanciers privilégiés sur les immeubles et ne peuvent exercer leurs droits* […] *qu'en cas d'insuffisance du prix des meubles pour acquitter intégralement leur créance, il appartient aux créanciers contestants, d'établir l'existence d'un mobilier suffisant et de rapporter à l'encontre du créancier privilégié* […] *la preuve d'une collusion ou d'une négligence qui les aurait privé d'une collocation sur ce mobilier* ». V. dans le même sens Civ., 24 février 1932 ; *DH* 1932. 217. Ce type de faute confirme l'idée qu'un créancier titulaire d'une sûreté réelle, s'il peut primer ses concurrents, ne doit pas ouvertement méconnaitre leurs intérêts.

[4] Aix-en-Provence, 30 novembre 1979, *JCP* 1981. éd. CI. 10109, n° 12. L'espèce n'est pas en ce sens, mais une faute de sa part reste concevable, en partant des mêmes circonstances. Si le créancier refuse obstinément le désintéressement offert par les créanciers de rangs inférieurs, pour ensuite vendre le bien dans des conditions telles que le produit de la vente est dérisoire et que ces créanciers suivants ne peuvent obtenir qu'un paiement résiduel de leur créance, alors ils pourront semble-t-il lui reprocher son attitude.

dans le vide »[1]. S'il n'existe pas de créanciers de rang inférieur, il méconnait alors le droit de gage des créanciers chirographaires, car pour eux « *il devient hasardeux de procéder à la saisie d'un immeuble contenu dans l'assiette de l'hypothèque rechargeable* »[2]. La souplesse de l'hypothèque rechargeable se présente alors comme une source nouvelle de comportements fautifs qu'une réforme légale serait bienvenue de juguler, ce d'autant plus que le constituant lui aussi pâtit de cette situation[3].

Malgré leur importance, les exigences comportementales du créancier titulaire d'une sûreté réelle doivent être appréhendées avec précaution, afin de ne pas tomber dans deux excès : anéantir systématiquement l'effet de la sûreté réelle ou consacrer l'impunité du créancier. Il se trouve enfin qu'une situation particulière, dont l'étude paraît devoir être dissociée, restreint considérablement le créancier dans sa marge de manœuvre : celle par laquelle une même dette est garantie par un cautionnement et une sûreté réelle.

3. L'incidence de l'engagement d'une caution pour le paiement de la même dette

529. La densification des exigences comportementales du titulaire d'une sûreté réelle par la constitution d'un cautionnement en garantie de la même dette. Par l'effet du cautionnement, le créancier se trouve astreint à des exigences comportementales bien plus nombreuses et contraignantes qu'un créancier chirographaire[4]. Cet effet du cautionnement sur les droits et devoirs du créancier se retrouve lorsque ce créancier jouit pour la même dette d'une ou plusieurs sûretés réelles. Certains comportements indolores dans le cadre d'une relation bipartite entre le titulaire et le constituant d'une sûreté réelle deviennent répréhensibles du fait de l'engagement d'une caution. Les fautes qu'il convient d'étudier ici sont donc orientées vers cette caution. Elles ne concernent pas le débiteur principal ou l'un de ses autres créanciers mais bien le créancier en puissance qu'est la caution. Son examen ne présente de spécificité et d'intérêt véritable que lorsque la faute porte, dans le même temps, sur la sûreté réelle et la sûreté personnelle. Ne seront donc envisagés ici que les

[1] Fournier A., *Rép. civ. D.*, V° Hypothèque conventionnelle, n° 110. La formule rappelle l'expression prétorienne d'un droit du créancier « *exercé sans intérêt légitime* ».
[2] *Ibid*., n° 108.
[3] « *Devenu tributaire d'un seul et même établissement bancaire, le débiteur ainsi pris au piège se voit de cette sorte privé à l'avenir de toute liberté de choix que précisément l'hypothèque rechargeable semblait promise à lui préserver. La finalité de la clause de rechargement se voit tenue en échec* » (*ibid.*, n° 109).
[4] V. *supra*, n° 136.

comportements du titulaire afférents à une sûreté réelle qui méconnaissent les droits de la caution, ceci afin de mettre en évidence l'autonomie de ces fautes.

530. La cession d'antériorité d'une hypothèque consentie par le titulaire et non connue de la caution. La loi offre au créancier hypothécaire la faculté de consentir au profit d'un créancier de rang inférieur une cession d'antériorité[1]. En d'autres termes, le premier accepte d'être subrogé par le second, non pas dans ses droits mais dans son rang et de récupérer ainsi un rang inférieur[2]. Quelles que soient les motivations du créancier qui abdique sa priorité, il reste libre de minimiser son propre droit. Le mécanisme n'a donc rien de suspicieux en soi, mais l'engagement d'une caution pour la même dette perturbe sensiblement cette hypothèse. Le droit préférentiel dont le créancier titulaire accepte de réduire le rang a vocation à être employé par la caution *solvens*, une fois que celle-ci a réglé la dette du débiteur principal. Aussi la cession est-elle afférente à un immeuble : son opposabilité procède d'une information faite aux tiers par l'inscription aux services de la publicité foncière, ce qu'exige l'article 2430 du code civil. Non publiée, la cession d'antériorité est alors inopposable au débiteur comme à la caution. L'intérêt que la caution pouvait avoir dans la supériorité du rang initial est contrarié par la rétrogradation du créancier à un rang moins avantageux, ce qui justifie l'inopposabilité de la cession à la caution lorsque celle-ci, du moins, n'y a pas consenti[3]. Il est possible d'y voir un cas de décharge de la caution sur le fondement du bénéfice de subrogation. Si par son fait le créancier réduit la valeur d'un droit susceptible d'être transmis par subrogation à la caution, en l'occurrence une créance hypothécaire dont le rang est rétrogradé, la caution pourra demander à être déchargée de son obligation à hauteur de la valeur du droit perdu.

---

[1] V. l'art. 2430 c. civ. Elle est aussi parfois désignée « *cession de rang* » (Thibierge Cl., « La convention d'antériorité dans les prêts à l'acquisition immobilière », *Defrénois* 1967, art. 28947) ou « *cession de priorité* » (Cabrillac M., Mouly Ch., Cabrillac S., Pétel Ph., n° 1011 ; Faugerolas L., « La subordination des créances », *JCP E* 1991. 84. n° 22).

[2] Le procédé est soumis à une double limite : le cédant ne peut transférer plus de droits qu'il n'en a, si bien que le cédé « *ne jouit donc du droit de préférence du cédant que dans la limite des droits du cédant* » (Mestre J., Putman E., Billiau M., n° 187) et la cession ne porte que sur le rang, pas sur la créance du cédant, si bien que de la même manière, le cédé ne jouira de sa promotion que dans la limite de ses propres droits.

[3] En ce sens : Com. 6 janvier 1987, *Bull. civ. IV*, n° 5. Ce type de faute n'est pas conditionné par la nature immobilière du bien et de la sûreté qui le grève, si bien qu'elle est parfaitement envisageable pour toutes les sûretés dont l'opposabilité découle d'une formalité de publicité, quand bien même il n'existe pas d'exemple en jurisprudence. Le raisonnement de l'arrêt précité, en ce qu'il n'est pas étroitement circonscrit aux faits, est en effet parfaitement transposable : « *ni la société ni les cautions n'avaient été parties ni représentées à la convention de cession d'antériorité qui a été conclue entre la banque et le second créancier, et qui n'a pas été publiée* ».

531. L'inscription d'une sûreté réelle en présence d'une caution. Il a été établi que le défaut d'inscription pouvait s'analyser en une faute, certes particulière puisqu'elle concerne un fait du créancier qui ne préjudicie qu'à lui-même[1]. La publication de son droit conditionne l'avantage que le créancier recherche à travers la sûreté et dont il est en principe le seul à jouir. Lorsqu'à l'inverse il n'est plus le seul à bénéficier, au moins conditionnellement, de l'effet de l'inscription alors la nature de sa démarche se modifie pour gagner en intensité contraignante. Si un créancier est par exemple garanti pour la même dette par une hypothèque et un cautionnement, la formalité de publicité n'a alors plus du tout la même résonnance. Puisque la caution a vocation à jouir de l'hypothèque, si elle est amenée à payer à la place du débiteur, le créancier doit en tenir compte. Dès lors, tout retard voire toute absence d'inscription ne se soldera pas seulement par l'inopposabilité de l'hypothèque au créancier garanti mais également par la décharge de la caution à hauteur de la valeur du droit qui aurait dû être publié en temps utile. Ce qui permet d'affirmer, en termes de qualification, que l'inscription des sûretés réelles en l'absence ou en la présence d'une caution garantissant la même dette correspond respectivement à une incombance et un devoir à la charge du titulaire. Initialement assouvie à la stricte satisfaction des intérêts personnels du créancier, l'inscription devient une mesure qu'il doit mettre en œuvre au profit d'un tiers – intéressé – à la sûreté réelle. Le manquement à cette exigence compromet le succès du recours subrogatoire de la caution : il consiste en une aggravation anormale de l'engagement de la caution par altération de ses chances de remboursement.

532. La mutation des exigences comportementales du créancier en présence d'une caution. L'inscription des sûretés réelles n'est pas le seul moyen de mettre en lumière l'incidence de l'engagement d'une caution au soutien d'un débiteur dont l'un des biens est déjà grevé d'une sûreté réelle. Tous les actes attendus du créancier assimilés à des incombances se muent par l'effet du cautionnement en devoirs. Si le créancier ne lui doit aucune prestation, il reste tenu de préserver les chances de remboursement de la caution : il ne doit pas perdre de vue que, pour elle, le cautionnement n'engendre aucune contribution à la dette. L'inscription des sûretés réelles offre alors un exemple éclairant. En l'absence de cautionnement, le créancier sera le seul à éprouver les conséquences d'une inscription tardive voire omise. En présence d'un cautionnement, il subira au surplus le revers d'une décharge de la caution sur le fondement de l'article 2314 du code civil. puisque la caution ne pourra

[1] V. *supra*, n° 516.

profiter utilement de la sûreté réelle, à supposer qu'elle vienne subroger le créancier dans ses droits. Les exemples ne se limitent pas à l'inscription et concernent en réalité toutes les prérogatives du créancier garanti qui, en puissance au moins, ont vocation à être utilement exercées par la caution *solvens*. Ainsi, toutes les fautes du titulaire d'une sûreté réelle recensées concernent la caution, si toutefois les conditions du bénéfice de subrogation sont remplies[1]. Au-delà de l'inscription, toute baisse de valeur du bien grevé ou toute diminution de l'efficacité de la sûreté réelle intervenue après que le cautionnement a été signé et par la faute du créancier autorise la caution à lui en faire grief. Plus encore, les agissements du créancier qui, hors la présence d'un cautionnement, ne contrarient que ses intérêts propres, sont en présence de cette sûreté autant d'arguments offerts à la caution pour réduire voire éteindre son engagement. Et pour cause, les intérêts personnels du créancier deviennent ceux dont la caution pourrait être amenée à jouir : lorsqu'ils concernent la sûreté réelle constituée pour garantie de la même dette, les droits subjectifs du créancier cautionné se transforment en pouvoirs et ses incombances se transforment en devoirs.

Section 2. Systématisation de la faute du titulaire d'une sûreté réelle

533. Reconduction de la distinction entre cadre et contenu de la faute. Afin de systématiser valablement la faute commise par le titulaire d'une sûreté réelle, il est nécessaire de préciser d'abord quel est le cadre de la faute (§ 1), en d'autres termes quel est son support, soit le référentiel à partir duquel pourra être déterminée la nature fautive de ses comportements. Une fois ce cadre tracé, il sera possible d'achever la systématisation par la détermination du contenu de la faute (§ 2).

§ 1. Le cadre de la faute

534. Reconduction de la faute entendue comme manquement d'une partie à son rapport d'obligation. La définition élémentaire de la faute ne varie pas lorsque cette faute est commise par le titulaire de la sûreté réelle : il commet un manquement à une obligation

[1] C'est en effet sur ce fondement que la caution pourra, dans l'immense majorité des cas, faire valoir ses droits. Il peut être renvoyé, au sujet des conditions de ce bénéfice, au moment de la faute : si le créancier détruit un bien gagé avant d'exiger un cautionnement pour garantir la même dette, la caution ne sera jamais fondée à exciper du bénéfice de subrogation. Les autres conditions relatives à ce moyen de défense de la caution s'appliquent : si par exemple le droit préférentiel est perdu par la seule faute du débiteur principal, l'invocation de l'art. 2314 c. civ. par la caution sera nécessairement vaine.

préexistante et plus exactement à son rapport d'obligation. De la même manière que pour les analyses précédentes, ce rapport fluctue – et la détermination de la faute avec lui – en fonction de sa consistance (A) ainsi que de sa portée (B), deux critères qu'il convient d'étudier.

A. La consistance du rapport d'obligation

535. Une consistance essentiellement déterminée par la condition juridique du bien grevé. La consistance du rapport d'obligation des parties à l'acte varie substantiellement selon la nature et les caractères de la sûreté[1]. Un comportement fautif de la caution ne le sera pas nécessairement s'il est commis par un garant à première demande ou par un confortant, car leurs engagements diffèrent fondamentalement. Même si l'objet des sûretés réelles s'avère être extrêmement varié, il ne paraît pas que cette variété influe d'une quelconque manière sur la consistance du rapport d'obligation astreignant le titulaire. En d'autres termes, ce n'est pas parce que le bien grevé est immeuble que le titulaire sera automatiquement astreint à un comportement beaucoup plus rigoureux que si sa sûreté portait sur une créance. Il n'y a pas de lien automatique et indéfectible entre la nature du bien grevé et le degré d'astriction du titulaire, seulement une différence éventuelle de nature et de quantité dans les prérogatives et contraintes engendrées par la sûreté. Ce qui façonne dans sa consistance le rapport d'obligation du créancier est avant tout la condition juridique du bien grevé. Dans la mesure où toute chose voit par principe sa condition juridique modifiée par l'effet de la sûreté réelle, il doit être précisé que, dans ce conditionnement, c'est plus exactement encore la situation du bien grevé qui déterminera cette consistance. Cette situation varie selon que la sûreté est consentie avec ou sans dépossession, basée sur un transfert de propriété ou encore confiée à un tiers. Au-delà des apparences, ces différentes situations se réduisent en réalité à deux catégories : soit le titulaire a la mainmise sur le bien grevé, soit il ne l'a pas.

536. Le dénuement du rapport d'obligation par l'absence de mainmise du titulaire sur le bien grevé. La constitution d'une sûreté réelle sans dépossession présente un inconvénient que les sûretés avec dépossession n'ont pas : le fait que le bien grevé échappe au contrôle et à la vigilance du titulaire. Les risques sont en effet que le constituant détourne la sûreté, détériore voire détruise le bien, le transfère frauduleusement à un tiers, etc. Ce risque est toutefois naturellement compensé par la faiblesse des exigences comportementales du

[1] V. *supra*, n° 135 s.

titulaire. Puisqu'il n'est pas en présence du bien grevé, il n'a pas à procéder à sa conservation, ni à entretenir sa valeur par une exploitation, il ne peut pas commettre de détournement en usant du bien lorsque cela lui est interdit, il ne peut pas s'approprier abusivement les fruits ni les produits extraits du bien grevé. Les raisons qui expliquent que la confiance du titulaire soit fragilisée par l'absence de dépossession trouvent un contrepoids dans la quasi-absence de contrainte qu'il doit subir. Cela ne signifie pas que son engagement soit parfaitement inconsistant ni que le régime de la sûreté soit abandonné à son bon vouloir, mais que les exigences comportementales qui forment son rapport d'obligation sont réduites à leur expression la plus élémentaire. Si le titulaire a alors des raisons de craindre le comportement fautif de son cocontractant, il retire au moins un avantage : celui de voir réduire significativement les chances que sa propre responsabilité soit mise en cause. Cette situation de confort, commune aux sûretés sans dépossession et à celles basées sur un entiercement, n'est plus la même lorsque la sûreté met le titulaire en présence du bien grevé.

537. La densification du rapport d'obligation par la mainmise du titulaire sur le bien grevé. Que la sûreté soit consentie avec dépossession ou qu'elle repose sur un transfert de propriété importe peu ici. L'essentiel est de percevoir que lorsque le créancier a, au moins, la détention du bien grevé, le degré d'astriction de son engagement augmente sensiblement. Le raisonnement est inversé par rapport aux hypothèses précédemment exposées. La confiance du créancier est renforcée par le contrôle qu'il exerce sur le bien grevé – ne serait-ce qu'au vu du droit de rétention dont il dispose parfois par ce biais. Ce renforcement est en revanche indissociable d'un comportement du titulaire plus sévèrement appréhendé. Des charges nouvelles relatives au bien apparaissent, entre la conservation, le non-usage, l'imputation des fruits sur le remboursement de la dette garantie ou encore la restitution du bien grevé en cas de paiement spontané du constituant. Ce renforcement est une conséquence directe et palpable de l'exigence de neutralité économique des sûretés. Selon cette exigence, le créancier garanti ne peut percevoir par l'effet de la sûreté plus que ce qu'il est censé percevoir par l'effet de l'obligation garantie. Envisagée du point de vue du constituant d'une sûreté réelle, l'exigence peut être étendue. Le constituant ne doit pas subir d'appauvrissement, lors de la constitution ou de la mise en œuvre de la sûreté, qui soit imputable au titulaire. Par conséquent, si le bien grevé se trouve matériellement entre les mains du titulaire, c'est à lui qu'il reviendra d'assurer le respect de cette exigence de neutralité économique, au moyen de devoirs et incombances plus prégnants. C'est en ce sens qu'il est permis d'évoquer une densification du rapport d'obligation du titulaire lorsque la sûreté est consentie avec

dépossession. Il reste une dernière hypothèse de densification supplémentaire de ce rapport : lorsque pour la garantie d'une même dette, un cautionnement vient se surajouter à la sûreté réelle.

538. La densification accrue des exigences comportementales du titulaire par l'entremise d'un cautionnement. Il est une situation plus contraignante encore pour le titulaire d'une sûreté réelle, celle par laquelle il est également bénéficiaire d'un cautionnement pour garantie de la même dette. Nul besoin de retranscrire intégralement les exigences qu'il doit respecter pour pouvoir mettre en œuvre le cautionnement, il est suffisant d'observer que par l'entremise du cautionnement le créancier est alors dans la situation la plus contraignante qui puisse être, à la comparer aux précédentes. Il devra en effet respecter non seulement l'affectation du bien grevé en garantie de l'obligation mais également ne pas compromettre les intérêts de la caution, en évitant d'aggraver son engagement. La double protection qu'il s'est constituée est ainsi tempérée par sa soumission à un comportement rigoureusement respectueux des intérêts de ses cocontractants. Il est d'ailleurs un écueil dont il faut se garder : celui qui consiste à retenir que le rapport d'obligation liant le titulaire à son constituant est celui-là même dans lequel viennent se greffer les exigences comportementales issues du cautionnement et qui le densifient. Les deux sûretés ne s'agglomèrent pas et conservent leur autonomie. Le créancier est alors tenu par deux rapports d'obligations distincts le liant respectivement au constituant et à la caution. Cette situation est la plus contraignante pour le créancier, puisqu'il doit veiller simultanément au respect des intérêts de ses deux débiteurs. Ces intérêts se chevauchent parfois, ce qu'illustrent le recours subrogatoire et le bénéfice de subrogation : le manquement du créancier à son rapport d'obligation le liant au constituant pourra alors être invoqué par la caution. Cette situation singulière permet justement de faire la transition jusqu'à l'analyse de la portée du rapport d'obligation. Puisque celui-ci est isolé dans les sûretés réelles, qui n'engendrent pas de rapport obligatoire, l'interpénétration des deux rapports de l'obligation ne peut avoir lieu, à l'évidence. Le rayonnement du rapport d'obligation ici étudié pourrait alors être moindre.

B. La portée du rapport d'obligation

539. L'inexistence du rapport obligatoire dans les engagements de sûretés réelles. Il est un trait distinctif des sûretés réelles déjà mis en évidence : le fait qu'elles n'engendrent

aucun rapport obligatoire à la charge du constituant ou du titulaire[1]. Plus précisément, aucune des deux parties à la convention n'a à assumer une quelconque prestation. Si la sûreté garantit un prêt, c'est dans ce prêt que doivent être trouvées les seules prestations des parties – délivrer une somme pour l'une, rembourser cette somme pour l'autre. En aucun cas la constitution d'une sûreté réelle n'a pour effet d'engendrer une prestation. Elle ne met à la charge des parties qu'un rapport d'obligation, composé d'exigences comportementales qui tendent à la bonne « exécution » de la sûreté – même si le terme peut paraître inapproprié du fait qu'il renvoie spontanément à l'existence d'une prestation. La situation ici décrite est exactement comparable à celle retracée lors de l'examen de la faute du constituant[2]. Cette absence de rapport obligatoire ne suffit pourtant pas à conclure au rayonnement limité du rapport d'obligation.

540. La condition juridique du bien grevé au fondement du rayonnement du rapport d'obligation. À l'occasion de l'analyse de la faute du constituant, le rayonnement de son rapport d'obligation a été expliqué par la condition juridique du bien grevé. Ce bien polarise des prétentions juridiques contradictoires : il est le point d'imputation de prérogatives juridiques concurrentes. Par conséquent, les parties à la sûreté réelle ne sont pas dans une relation isolée au bien et doivent tenir compte, dans leurs agissements, des intérêts qui ne sont pas les leurs. Cet effet de la sûreté, identique à celui produit par ces prérogatives concurrentes, a été qualifié d'effet réel du contrat[3]. Tout acte de volonté portant sur un bien a pour effet d'en modifier la condition juridique. Le bien est saisi par l'obligation, il lui est assujetti comme le sont les parties. En retour, ce sont les prérogatives des parties sur le bien qui se trouvent modifiées. Bien qu'il soit le seul à bénéficier de la sûreté, le titulaire n'échappe pas à cet effet et doit ainsi ajuster son comportement et ses actes de manière à ne pas altérer les droits dont disposent ses concurrents sur le bien. Envisagé négativement, l'argument se vérifie lorsque, par exemple, le titulaire met en œuvre la sûreté réelle dans le seul but de frustrer les autres créanciers disposant d'une sûreté de rang inférieur sur le même bien : l'existence de cette faute est un témoin du rayonnement du rapport d'obligation. Il est alors possible d'affirmer que la portée de ce rapport astreignant le titulaire d'une sûreté réelle ne se limite pas à la relation intersubjective qui unit le titulaire au constituant. À l'image des sûretés personnelles, le bénéficiaire d'une sûreté réelle ne peut pas altérer les droits des tiers, concurrents ou non. À

[1] Seul l'entiercement génère un rapport obligatoire en plus d'un rapport d'obligation à la charge du tiers ou de l'agent des sûretés, puisque le régime de cette sûreté devient l'objet – ou plutôt le contenu – de leur engagement.
[2] V. *supra*, n° 464 s.
[3] Waterlot M., *L'effet réel du contrat*, *th. préc*.

l'inverse des sûretés personnelles, ce rayonnement n'est pas tributaire du rapport obligatoire mais de la condition juridique du bien grevé.
Le cadre de la faute du titulaire étant circonscrit, il est alors possible d'en déterminer à présent le contenu.

§ 2. Le contenu de la faute

541. La direction de la faute comme critère d'analyse. Il convient de reconduire la dissociation selon la personne qui subit le comportement fautif du titulaire d'une sûreté réelle. Le contenu de la faute est en effet radicalement différent selon qu'elle a pour effet de méconnaitre les intérêts du constituant de la sûreté réelle ou ceux des tiers à la sûreté réelle. Dans le premier cas, elle est unitairement caractérisée par une atteinte à la propriété du constituant par diminution de la valeur du bien grevé (A) ; dans le second, elle se manifeste par l'altération des chances de paiement des tiers concernés (B).

A. L'atteinte à la propriété du constituant par diminution de la valeur du bien grevé

542. L'unicité de la faute du titulaire méconnaissant les intérêts du constituant. Lorsque la faute du titulaire d'une sûreté réelle compromet les intérêts du constituant, sa nature est unitaire et invariable. Elle consiste systématiquement en une atteinte à la propriété du constituant par diminution de la valeur du bien grevé. Malgré la sobriété de la manifestation de cette faute, quelques précisions méritent d'être apportées.
Tout d'abord la dissociation, opérée à l'occasion de l'examen de la faute du constituant, entre l'atteinte à la valeur du bien et à la consistance du droit, n'a pas d'intérêt à être transposée ici. La raison en est que le titulaire lorsqu'il commet une atteinte à la consistance du droit issu de la sûreté réelle ne fait rien d'autre que compromettre ses intérêts propres. L'atteinte porte alors uniquement sur la valeur du bien grevé. Quant à l'effet de cette atteinte, il ne saurait prendre d'autre forme que celle d'une diminution. Que le titulaire doive s'abstenir d'utiliser le bien ou à l'inverse qu'il ait le devoir de l'exploiter pour entretenir sa valeur, sa faute aura toujours pour effet de compromettre cette valeur par une diminution.
Concernant ensuite l'objet de l'atteinte, celui-ci n'est autre que la propriété du constituant. Si le bien n'est pas la propriété du constituant, la sûreté est alors un « cautionnement réel ». La sûreté réelle devant être disqualifiée, il s'agira dans ce cas de renvoyer à l'analyse de la faute

du créancier cautionné pour en saisir la teneur[1]. Si le bien n'est pas la propriété exclusive du constituant, notamment parce qu'il est l'objet d'une indivision, l'atteinte concernera la quote-part de son droit mais ce n'est pas parce que ce droit est partiellement atteint que l'objet de l'atteinte change. Les diverses modalités de la propriété n'ont donc pas d'incidence sur l'analyse de ce type de faute. Il s'agit bien de la propriété du constituant qui est atteinte lorsque le titulaire d'une sûreté réelle commet une faute à son endroit.

Quant à l'atteinte en elle-même, elle suggère implicitement l'imputabilité. Il est évident qu'un créancier gagiste, par exemple, ne verra pas sa responsabilité mise en cause s'il est victime d'un vol, d'un incendie ou de tout autre évènement indépendant de sa volonté ayant une incidence sur le bien grevé. À l'inverse toutefois des conditions relatives au bénéfice de subrogation, l'exclusivité de la faute du créancier ne paraît pas devoir être un critère de responsabilité. Autrement dit, s'il est avéré que le dommage n'est survenu que partiellement par sa faute, il devrait alors répondre dans la même mesure de l'inconséquence de son attitude.

La faute orientée vers les tiers à la sûreté recouvre en revanche des formes plus variées, ne serait-ce qu'au vu des différentes qualités de ces tiers.

B. L'altération des chances de paiement des tiers à la sûreté réelle

543. Ajustement du critère : méconnaissance des tiers intéressés à la sûreté réelle. Par définition les tiers intéressés sont les plus exposés, du fait de leur proximité avec le titulaire ou le constituant de la sûreté réelle, aux comportements fautifs de ces derniers. Sans être parties à la sûreté, ils sont indirectement concernés par son existence et sa mise en œuvre. Parmi eux, il faut distinguer les créanciers garantis des créanciers chirographaires du constituant. À l'évidence un créancier chirographaire, totalement étranger à la sûreté réelle qu'un créancier du même débiteur s'est fait consentir, ne peut pas reprocher à ce dernier la mise en œuvre de son droit préférentiel[2]. C'est tout l'effet des sûretés réelles que de procurer à leurs titulaires la faculté d'écarter les créanciers concurrents de leur débiteur commun : admettre l'inverse reviendrait à nier purement et simplement la fonction même des sûretés. Les créanciers garantis par le constituant auront en revanche la possibilité de contester la

[1] V. *supra*, n ° 281 s. Il faut admettre que la manifestation de la faute est identique : si le bien grevé est celui d'un tiers à l'obligation garantie, la faute consistera également en une méconnaissance de sa propriété par diminution de la valeur du bien.

[2] Si la mise en œuvre de la sûreté réelle ne peut être contestée par un créancier chirographaire, il en va autrement de la constitution de la sûreté. Si cette constitution est en elle-même l'occasion d'une faute, comme une fraude paulienne, les créanciers même chirographaires seront fondés à s'en prévaloir.

constitution ou la réalisation d'une sûreté réelle lorsque les intérêts qu'ils retirent de leur propre garantie seront contrariés. Partant, les tiers fondés à exciper de la faute du créancier dans l'exercice de la sûreté réelle sont les autres créanciers garantis par le constituant mais, également, la caution engagée pour garantie de la même dette en ce qu'elle est un créancier en puissance du constituant. La perturbation anormale des causes de préférence entre créanciers garantis, par altération de leur chance supplémentaire de paiement (1) s'oppose ainsi au risque encouru par la caution d'une contribution forcée à la dette par altération de ses chances de remboursement (2).

1. L'altération de la chance supplémentaire de paiement des créanciers concurrents

544. La hiérarchisation des causes de préférence à l'origine du manquement. L'impossibilité pour un créancier chirographaire de reprocher la moindre faute commise par l'un de ses concurrents lorsque ce dernier est garanti a été vue. La raison tient à la hiérarchie des intérêts des différents créanciers d'un même débiteur. Cette hiérarchie est l'objet même des sûretés réelles, qui visent à dresser un ordonnancement déterminant la priorité avec laquelle les créanciers pourront procéder à l'exécution forcée de ses engagements par le débiteur. Dès lors qu'un créancier privilégié – au sens large – voit ses intérêts préférés à celui d'un créancier chirographaire, il est difficilement concevable que le premier puisse compromettre fautivement les intérêts du second. Si la réalisation de la cause de préférence du premier empêche le second d'être désintéressé, ce ne sera qu'une conséquence imparable et fondamentale des sûretés réelles : la perturbation du concours entre les créanciers se manifeste de cette manière. Pour qu'un créancier soit fondé à invoquer une faute commise par un autre créancier du même débiteur, il est nécessaire que celui-là ait des causes de préférence pour le paiement de sa créance : c'est alors la perturbation anormale de ces causes de préférence dont la faute procède.

545. La perturbation anormale des causes de préférence entre créanciers. Que les causes de préférence soient perturbées par l'entremise de différentes sûretés réelles est leur effet le plus naturel. En revanche, un créancier se rend fautif si l'agencement de ces causes de préférence est modifié par son fait et porte préjudice à l'un de ses concurrents. D'aucuns verraient ici une contradiction irrésoluble avec la fonction des sûretés. Comment reprocher à un créancier de négliger les intérêts de ses concurrents lorsqu'il s'est lui-même ménagé la

possibilité de les primer ? C'est précisément ici que tient la différence entre une mise en œuvre naturelle et respectueuse d'une sûreté réelle et celle d'un abus. Le droit supplémentaire octroyé à un créancier garanti ne peut être analysé comme un droit discrétionnaire. D'abord parce que l'idée même qu'un droit puisse être exercé sans limite aucune paraît inconcevable[1]. Aussi car l'effet des sûretés réelles est d'assurer pour leur bénéficiaire la satisfaction de ses intérêts avant celle des autres, ce qui ne signifie pas *a contrario* qu'il lui serait loisible de méconnaitre directement et ouvertement ces intérêts concurrents. C'est alors dans l'état d'esprit du créancier qu'il faut trouver la faute, dans ses intentions véritables. Si, par exemple, un créancier hypothécaire de premier rang appréhende la valeur totale du bien grevé lors de la réalisation de la sûreté et que le deuxième créancier inscrit ne peut jouir utilement de son droit préférentiel, aucune faute n'est commise par le premier. En revanche s'il est prouvé, dans la même situation, que le créancier a agi de la sorte dans le seul but d'anéantir le droit de ses concurrents, alors qu'il disposait d'autres moyens tout aussi efficaces pour recouvrer sa créance sans préjudicier aux tiers, il s'agira d'un abus. La perturbation anormale des causes de préférence entre créanciers concurrents du même débiteur procède alors d'une altération de leur chance supplémentaire de paiement.

546. La substance de la faute : l'altération de la chance supplémentaire de paiement du créancier concurrent. Au vu des éléments ainsi retracés, il est permis de synthétiser la faute du titulaire d'une sûreté réelle portant préjudice aux autres créanciers garantis du même débiteur. Dans la mesure où ces derniers ont obtenu de ce débiteur une chance supplémentaire de paiement, la faute se réduira pour le titulaire à une altération de cette chance supplémentaire de paiement. La faute est constituée que l'altération soit partielle ou intégrale. Dès lors que le comportement du créancier fautif aura pour effet de restreindre cette chance, voire de la supprimer, la victime de cette faute sera fondée à s'en prévaloir. Il semble que ce type de faute est assimilable à celle prévue à l'article L. 121-1 du code des procédures civiles d'exécution[2]. Certes le texte renvoie-t-il à la seule saisie. Or par une interprétation téléologique, il est permis de considérer que non seulement la saisie est concernée par le texte mais aussi tout acte qui relève du recouvrement d'une créance et, par

[1] L'argument évoque naturellement le droit de rétention, parfois considéré comme insusceptible d'abus dès lors qu'il est valablement formé (Cabrillac M., Mouly Ch., Cabrillac S., Pétel Ph., n° 643 évoquant « *un droit discrétionnaire* » ; Piette G., p. 200 ; Simler Ph., Delebecque Ph., n° 602, spéc. n. 5). Au contraire, il n'existe aucune prérogative qui puisse être exercée sans limite et toute mise en œuvre d'une prérogative peut être l'occasion d'une faute, fut-elle très rarement caractérisée. En ce sens à propos du droit de rétention, V. Legeais D., n° 718 ; Rennes, 4 octobre 2013 ; *RDBF* 2014, comm. 13, obs. Legeais D.

[2] Selon lequel : « *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 et intérêts en cas d'abus de saisie* ».

ailleurs, que les autres créanciers concurrents peuvent invoquer ce texte. Aucun destinataire définitif et exclusif n'est en effet mentionné par le texte qui ne renvoie qu'au juge de l'exécution. Quant à la mesure, elle peut être « *abusive* » ou plus sommairement « *inutile* » ce qui ne limite en rien l'application du texte aux hypothèses de fautes commises contre le constituant : l'inutilité se mesure à la lueur des seuls intérêts du créancier agissant. Plusieurs exemples témoignent de cette applicabilité. Un créancier qui se garantit au moyen d'une hypothèque multiple et dispose d'un premier rang systématique n'est pas absolument libre de ses moyens. Si un autre créancier du même débiteur ne bénéficie pour sa part que d'une hypothèque simple inscrite en second rang, il pourra alors être reproché au premier un abus lorsqu'il choisira intentionnellement celle des sûretés dont la réalisation, sans lui apporter d'avantage supérieur aux autres sûretés dont il dispose, prive le second du bénéfice de sa propre sûreté. En d'autres termes, un créancier muni d'une sûreté réelle peut écarter ses concurrents par la mise en œuvre de cette sûreté mais s'il s'avère qu'il aurait pu aboutir à un résultat similaire en termes d'efficacité, tout en préservant les chances supplémentaires de paiement de ses concurrents, il semble alors qu'il commette un abus de droit.

Il convient, enfin, de déjouer une critique qui pourrait être soulevée contre l'analyse de ce comportement. Il pourrait être allégué que cette faute retire une grande partie de leur efficacité aux sûretés réelles, si le créancier doit prendre en compte les intérêts de ses concurrents. Or il est une différence essentielle pour un créancier privilégié entre le devoir de ne pas nuire aux intérêts de ses concurrents et celui de les privilégier – auquel il n'est nullement tenu. Aussi l'argument fait fi d'une condition pourtant déterminante : celle de la preuve de la faute. Puisqu'il s'agit d'un élément psychologique, d'un état d'esprit, sa preuve est particulièrement complexe à établir. À moins que des éléments objectifs et tangibles existent, il est rare qu'une telle faute soit constatée et sanctionnée. Il n'y a donc pas lieu de voir ici une menace à la fonction des sûretés réelles mais bien au contraire, l'occasion d'approfondir l'analyse de leur nature et l'étendue des engagements qui en résultent.

2. L'altération des chances de remboursement de la caution engagée pour garantie de la même dette

547. L'altération des chances de remboursement de la caution ou le risque d'une contribution forcée à la dette. Une dernière situation doit être traitée : celle d'un crédit

garanti par une sûreté réelle et par un cautionnement[1]. La caution, en tant que créancière virtuelle du débiteur-constituant, peut être considérée comme un tiers intéressé à la dette : elle n'est pas partie à la sûreté réelle mais elle peut en bénéficier si elle est amenée à payer à la place du débiteur, par le biais de son recours subrogatoire. Dans cette configuration, le titulaire de la sûreté réelle doit alors veiller à la préservation des intérêts du débiteur-constituant comme à la préservation des intérêts de la caution. À l'évidence, la substance de la faute est toute autre : le comportement du créancier n'aura pas pour effet de méconnaitre la propriété de la caution, puisque celle-ci s'engage indistinctement sur tout son patrimoine.

La faute du créancier dans ce cas de figure s'analyse alors en une aggravation de l'engagement de la caution par altération de ses chances de remboursement après paiement. En d'autres termes, le créancier commet une faute contre la caution toutes les fois que, par son fait, cette dernière subit une contribution forcée à la dette, que cette contribution soit réelle ou seulement virtuelle. Cette faute, déjà rencontrée lors de l'analyse des sûretés personnelles[2], porte en effet sur le recours après paiement de la caution. En tant que débiteur dont l'engagement est dépourvu de contribution à la dette, la caution doit pouvoir être remboursée une fois qu'elle a payé pour le débiteur principal. Si l'insolvabilité de ce débiteur ne procède d'aucune faute et résulte d'une conjoncture économique défavorable, alors seulement dans cette hypothèse la caution subira définitivement le poids d'un paiement pour autrui sans pouvoir en tenir rigueur à qui que ce soit. Dans tous les autres cas, elle sera fondée à demander réparation. Lorsque cette réparation est exigible du créancier-titulaire, cela suppose qu'il ait, par son fait et au moins en puissance, contraint la caution à supporter une contribution à la dette, serait-elle seulement partielle. Toute sûreté réelle étant contenue implicitement dans les droits préférentiels de l'article 2314 du code civil, chaque comportement perturbant cette sûreté sera une faute subie par la caution et ce, que le droit constitué soit méconnu ou que le bien grevé perde de sa valeur. Cette situation est d'ailleurs la plus contraignante pour le créancier qui doit non seulement préserver les intérêts de son débiteur-constituant en maintenant la valeur du bien grevé mais également préserver ceux de la caution, en tant que créancière virtuelle du débiteur-constituant – sans oublier l'intérêt des créanciers concurrents que le titulaire peut primer sans jamais les négliger. Cette

[1] Il est techniquement envisageable, au-delà du cautionnement, d'intégrer à cette étude tous les cas de paiement pour autrui qui supposent l'exercice d'un recours postérieur par le *solvens*. Or la faute ici traitée suppose l'existence d'un recours subrogatoire que le droit positif consacre expressément au seul profit de la caution, aux art. 2305 s. c. civ. Bien que ce recours soit en principe transposable à d'autres sûretés, comme la garantie à première demande, les développements suivants seront limités, par simplicité, à la seule situation que la loi régie.
[2] V. *supra*, n° 324 s.

responsabilité accrue ne doit pas être perçue comme un dérèglement de la fonction des sûretés, ni comme une limite excessive à l'économie de crédit, car elle n'est que le contrepoids de la sécurité que le créancier veut s'octroyer. Plus un créancier se prémunit contre l'insolvabilité de son débiteur, plus son astriction est prégnante[1].

[1] Sauf s'il recourt à un agent des sûretés, auquel cas son astriction prendra la forme d'une charge financière. Sur l'agent des sûretés, V. *supra*, n° 457.

CONCLUSION DU CHAPITRE II

548. Conclusion du Chapitre 2. Les manifestations de la faute du titulaire varient selon que son comportement est éprouvé par le constituant ou un tiers à la sûreté réelle.

La faute du titulaire qu'il commet contre le constituant est unitaire. Elle consiste systématiquement en une aggravation anormale de l'engagement du constituant au-delà de ce qui était convenu. Autrement dit et plus précisément, la faute du titulaire contre le constituant est une atteinte à sa propriété par diminution de la valeur du bien grevé.

La faute du titulaire orientée contre les tiers à la sûreté diffère selon la qualité de ces tiers. Lorsque ce sont les autres créanciers garantis par le constituant qui la subissent, cette faute est une altération de leur chance supplémentaire de paiement – identique à la faute du constituant contre le titulaire[1]. Encore faut-il que le titulaire ne soit pas empêché. Cette altération, pour être fautive, doit intervenir alors que le titulaire avait la possibilité de ménager les intérêts de ses concurrents. Fondamentalement, la faute du titulaire consiste alors en une perturbation anormale des causes de préférence entre créanciers par altération de leur chance supplémentaire de paiement.

Enfin lorsque la dette est garantie par une sûreté réelle et un cautionnement, la faute du titulaire contre la caution consiste à lui faire courir le risque d'une contribution forcée à la dette par une altération de ses chances de remboursement.

[1] Il faut rappeler ici que la qualité de créancier garanti est indispensable à la caractérisation de ce type de faute. Jamais un créancier chirographaire ne pourra reprocher un quelconque manquement du titulaire relatif à la sûreté réelle qui le lie au constituant. Cette sûreté a pour effet de diminuer les droits du premier : ce serait alors priver d'effet toute sûreté si un créancier chirographaire pouvait avoir à redire sur cette situation. Une seule exception persiste toutefois. Il s'agit de l'hypothèse de la fraude paulienne par laquelle un débiteur chercherait à minimiser les chances de remboursement de ses créanciers chirographaires antérieurs au profit, injuste, d'un nouveau créancier.

CONCLUSION DU TITRE II

549. Conclusion du Titre II. Un premier enseignement peut être tiré de l'analyse de la faute commise dans le cadre d'une sûreté réelle. La détermination de la faute se révèle indifférente aux contingences personnelles de la victime comme de l'auteur. Les recensements et systématisations proposés distinguent ainsi les sûretés réelles des sûretés personnelles. Pour les premières d'entre elles, les qualités personnelles du constituant, du titulaire ou des tiers n'exercent aucune influence sur la caractérisation de la faute. Le droit des sûretés réelles est ainsi strictement indifférent aux qualités de consommateur, professionnel, non-professionnel ou encore débiteur averti ou débiteur profane. Certes il existe des sûretés réelles qui ne concernent que les professionnels (gage des stocks, gage commercial, hypothèque rechargeable…) mais l'existence, la détermination, l'évaluation ou encore la sanction de la faute commise dans un tel cadre ne procèdent nullement des qualités propres aux auteurs et victimes. La faute se révèle alors être un critère qui confirme la différence de nature qui oppose sûretés personnelles et sûretés réelles. Malgré le fait que toute sûreté soit un engagement de nature patrimoniale, seules la nature et le régime des sûretés personnelles sont en prise directe avec les qualités des parties. Parce que les sûretés réelles sont directement assises sur un bien, la faute commise dans ce cadre sera exclusivement tributaire de la condition juridique de ce même bien.

Un deuxième enseignement général peut être retiré. Il s'agit de l'incidence de la condition juridique du bien grevé dans la caractérisation de la faute. À l'évidence et par déduction, si les qualités des parties n'entrent pas en jeu dans l'appréciation de la faute, c'est la condition juridique du bien grevé qui tient ce rôle. Pris comme point d'imputation de prérogatives juridiques concurrentes, le bien grevé est le repère à l'aune duquel un comportement adopté lors de la formation, de l'exécution ou de la réalisation d'une sûreté réelle sera, ou non, considéré comme fautif. La situation du bien est ainsi déterminante quant à la mesure des engagements, donc de la responsabilité, des parties à la sûreté réelle. Celle qui a la mainmise sur le bien, que ce soit sur le fondement d'une dépossession ou d'un transfert de propriété, voit sa responsabilité accrue et plus sévèrement traitée. À l'inverse, celle qui n'en dispose pas aura une marge de manœuvre plus large en termes de comportements admis.

Malgré la variété des comportements fautifs retracés et les divergences qu'ils laissent découvrir, il est possible de percevoir entre eux quelques perspectives. Alors que le constituant éprouve une perte de valeur directe et objective du bien grevé, toute autre

personne éprouve une altération indirecte des droits qu'elle s'était fait reconnaitre sur ce même bien, qu'il s'agisse du titulaire, des autres créanciers garantis sur le même bien ou encore de la caution qui, par la voie de la subrogation, profite au moins virtuellement de la sûreté réelle.

CONCLUSION DE LA DEUXIÈME PARTIE

550. Conclusion de la deuxième partie. Le premier enseignement qu'il est possible de retirer de l'analyse du droit des sûretés réelles au prisme de la faute est le suivant. Les sûretés réelles forment une catégorie de droits patrimoniaux originale et irréductible à toute autre catégorie existante. Analysée sous l'angle du dualisme de l'obligation, les sûretés réelles ont ainsi pour effet de créer une obligation spécifique à la charge du titulaire et du constituant. Chacun ne supporte, en effet, qu'un rapport d'obligation isolé. Ce rapport leur impose exclusivement, comme le veut sa définition, la satisfaction d'exigences comportementales irréductibles à toute prestation. Le constituant et le titulaire ne supportent en effet aucune prestation du seul fait de la constitution d'une sûreté réelle, car celle-ci n'engendre aucun rapport obligatoire. Elle ne fait que renforcer le rapport obligatoire de l'obligation garantie, par l'octroi de prérogatives originales : droit de suite, droit de préférence, situation d'exclusivité.

Les sûretés réelles ont alors pour effet principal la restriction des prérogatives sur le bien grevé, là où les droits patrimoniaux classiques organisent essentiellement leur répartition. Certes cette répartition est également à l'œuvre dans les sûretés réelles mais elle y tient une place secondaire. Pour ne citer qu'un exemple, quand bien même le créancier gagiste peut percevoir les fruits du bien grevé (répartition du droit de jouissance), il doit soumettre leur emploi au paiement de la dette (restriction du droit de jouissance). Cette restriction de principe explique également la nature des prérogatives distribuées entre chaque acteur, divisées en droits subjectifs et pouvoirs. L'étude des manquements commis dans le cadre d'une sûreté réelle confirme ces enseignements.

La nature spécifique des engagements résultant d'une sûreté réelle se retrouve à l'endroit de leur manquement. Par opposition aux sûretés personnelles, les qualités personnelles des parties à la sûreté réelle n'ont aucune incidence sur l'appréciation de la faute commise. Seule compte la condition juridique du bien grevé. La faute commise est en effet fonction de la localisation du bien, de la nature du bien, de la nature de la sûreté et des prérogatives qui en découlent mais à aucun moment il n'est question de qualité ou de compétence des parties. En revanche, il est un critère retenu au sujet des sûretés personnelles qui se retrouve dans l'étude de la faute en droit des sûretés réelles. Toutes les fois que le titulaire, un autre créancier

garanti sur le même bien ou la caution engagée pour la même dette seront victimes d'une faute, une altération de leurs chances supplémentaires de paiement sera éprouvée. Dans le cas inverse, toutes les fois que le constituant éprouvera une faute, il subira une perte de nature patrimoniale par diminution de la valeur du bien grevé. Ledit critère commun est alors à trouver dans l'orientation, la destination de la faute. Celle-ci s'apprécie davantage par rapport à la victime que par rapport à l'auteur. Cette similitude doit toutefois être préservée d'une conclusion approximative. Ce n'est qu'au sujet des sûretés personnelles que les contingences propres au débiteurs et créanciers façonnent la nature, l'étendue des engagements et, partant, l'appréciation de leur faute. Les sûretés réelles restent étrangères à ces contingences et ce critère de l'orientation n'est qu'une autre manière de rappeler la définition fondamentale de la faute, le manquement à une obligation préexistante. Cette obligation étant orientée dans un sens particulier, c'est alors ce même sens qui, lorsqu'il est contrarié, servira à la caractérisation de la faute. Cette proximité évacuée ne doit pas davantage masquer la nature irréductible des sûretés réelles, que ce soit vis-à-vis des autres droits patrimoniaux ou des sûretés personnelles[1]. Alors que celles-ci ouvrent au créancier garanti un droit d'accès à un second patrimoine, les sûretés réelles autorisent le titulaire à écarter les autres créanciers du débiteur qu'ils ont en commun. L'assurance de cet intérêt égoïste trouve une limite naturelle dans la faute du titulaire : si la sûreté réelle l'autorise à primer les intérêts concurrents du sien, elle ne lui octroie pas la possibilité de les altérer.

[1] Gijsbers Ch., *th. préc*., n° 160.

CONCLUSION GÉNÉRALE

551. Le prisme fécond de la faute. L'étude du droit des sûretés au prisme de la faute aurait pu sembler parfaitement inconsistante et superficielle, tant elle convoque des notions transversales. L'exercice de confrontation d'une notion fondamentale à une matière réputée ardue et, au surplus, en pleine régénérescence augure en effet un résultat incertain. Cette crainte liminaire incitant à la prudence, il a paru opportun de progresser au moyen de dissociations élémentaires : les sûretés personnelles opposées aux sûretés réelles, la nature de l'engagement opposée à la nature du manquement. Il s'avère à l'issue de cette entreprise que la faute employée comme outil d'analyse recèle de nombreux intérêts pour le droit des sûretés. Comme un reflet négatif des règles qu'elle perturbe, la faute se révèle, en réalité, être particulièrement utile à la circonscription des engagements qui découlent d'une sûreté et, plus encore, à la détermination de leur nature même.

552. Renouvellement de la conception de l'obligation. Il peut paraître étonnant de prétendre au renouvellement du concept d'obligation quand il s'agit d'étudier principalement son manquement. Or le parti qui a été pris de ne pas retenir une nouvelle conception de la faute se comprend, à son issue : ce n'est pas tant le manquement lui-même qui importe mais l'objet du manquement. Que la faute soit définie comme un manquement, une violation, une contrariété ou tout autre synonyme importe peu en réalité. C'est l'objet lui-même qui est véritablement déterminant. Nul ne saurait en effet prétendre à la définition d'une faute sans revenir au préalable sur ce dont elle procède. Cette démarche fut alors l'occasion de promouvoir une analyse de l'obligation dont les potentialités sont, pour l'heure, encore largement mésestimées. L'analyse dualiste moderne de l'obligation paraît être la plus représentative du *vinculum juris*. Selon cette analyse, l'obligation, qu'elle soit délictuelle ou contractuelle, comprend deux rapports distincts dont la dissociation n'entraine pas sa disqualification. Le rapport obligatoire correspond ainsi à la prestation destinée au créancier et à son pouvoir de contrainte qui lui permet de forcer le débiteur à l'exécution. Le rapport d'obligation correspond quant à lui à l'assujettissement des parties et suppose de leur part l'adoption d'un comportement conforme à la réalisation de la prévision contractuelle. Il se décompose en devoirs et incombances, astreignant toute partie à l'adoption de comportements spécifiques, actifs comme passifs. Schématiquement, le rapport obligatoire et le rapport

d'obligation sont le contenu et le contenant de l'obligation. Seul le rapport d'obligation conditionne l'existence de l'obligation et relève de son essence, le rapport obligatoire relevant quant à lui de sa nature puisque son inexistence ne disqualifie pas l'obligation[1]. Cette lecture renouvelée imposait alors de revenir sur la notion de faute pour proposer un ajustement de sa définition.

553. Existence confirmée et définition adaptée de la faute contractuelle. Cette conception renouvelée de l'obligation ne saurait être sans incidence sur la notion de faute, tant les deux vocables sont intimement liés. Il aurait été superflu de chercher une définition générale supplémentaire de la faute. D'une part, parce que les définitions doctrinales déjà existantes sont suffisamment nombreuses et ce serait inutile que de vouloir en proposer une nouvelle. D'autre part, ces définitions n'ont en réalité que peu de différences, elles expriment diversement une idée similaire. Il s'agit toujours, pour celui qui commet une faute, de n'avoir pas fait ce qu'il aurait dû ou d'avoir fait ce qu'il n'aurait pas dû, de s'être situé au-dehors d'un périmètre d'activité qui lui était ouvert. En somme, un élément préexiste à un comportement que le droit réprouve. Ainsi, la définition de la faute comme manquement à une obligation préexistante, héritée de Planiol, semble simplement devoir être élargie. Il s'agirait plutôt d'un manquement à une règle juridique préexistante – la règle juridique étant plus englobante que l'obligation. Au vu toutefois de la conception spécifique de l'obligation retenue pour cette étude, une autre définition de la faute contractuelle était alors envisageable.

Dans la mesure où la faute est d'abord un comportement de l'agent et que le rapport d'obligation correspond à la dimension comportementale de l'obligation contractuelle, la faute contractuelle se définit alors naturellement comme un manquement au rapport d'obligation.

Quand bien même ce rapport d'obligation évoquerait assez naturellement le devoir général de prudence et de diligence propre à la matière délictuelle, il faut se garder d'une assimilation trompeuse entre les deux. Ils ont certes en commun de porter sur le comportement attendu de celui qui est astreint par l'obligation, mais leur contenu diffère radicalement. Cette différence s'explique grâce au rapport obligatoire qui, en matière contractuelle, a pour conséquence de modeler le rapport d'obligation. Que son contenu réponde à des considérations d'ordre public ou qu'il reflète les volontés particulières des contractants, le rapport obligatoire influe sur le

[1] En matière délictuelle, ce n'est pas parce que le rapport obligatoire n'advient pas que le rapport d'obligation, ou devoir général de bonne foi, est inexistant : seule la violation du second entraine la création du premier. En matière contractuelle, les contrats unilatéraux sont une preuve de l'existence possible et disjointe des deux rapports : seul un rapport d'obligation astreint le créancier, qui n'est tenu à aucune prestation.

rapport d'obligation. Autrement dit, selon la prestation convenue, les exigences comportementales du débiteur de l'obligation seront plus ou moins nombreuses, étendues, contraignantes… C'est ce qui le différencie du devoir général de prudence et de diligence qui, par son aspect diffus, impose essentiellement un devoir d'abstention aux sujets de droit. Par conséquent, les manquements potentiels ne seront pas les mêmes. La faute contractuelle comme la faute délictuelle s'apprécient d'abord par référence à la dimension comportementale de l'obligation manquée. Or, cette dimension est façonnée par le rapport obligatoire d'une obligation contractuelle. La faute contractuelle est donc autonome de la faute délictuelle : il en va également des deux ordres de responsabilité. À cette adaptation de la définition de la faute contractuelle, a suivi la confrontation de la faute aux diverses catégories de sûretés.

554. La faute confrontée aux sûretés personnelles. Cette première confrontation fut d'abord l'occasion de confirmer la pertinence de la lecture dualiste moderne de l'obligation. Selon cette lecture, le créancier est astreint par un seul rapport d'obligation qui l'enjoint à adopter un comportement conforme au but poursuivi à travers la sûreté. Ce comportement se résume pour l'essentiel à un devoir générique : celui de préserver, autant que possible, les intérêts du débiteur de la sûreté. Ce débiteur supporte également un rapport d'obligation qui lui impose de prendre en compte les intérêts du créancier, du débiteur de l'obligation garantie et des éventuels contre-garants. À ce rapport s'adjoint la prestation issue de l'obligation garantie, constitutive du rapport obligatoire. Ces éléments une fois établis, une systématisation de la faute est alors possible.

La faute du créancier d'une sûreté personnelle est unitaire. Elle consiste à altérer les chances de remboursement du débiteur de la sûreté, en lui faisant encourir le risque d'une contribution forcée à la dette. La faute du débiteur d'une sûreté personnelle est duale. Commise contre le créancier, elle se réduit à une altération de ses chances supplémentaires de paiement. Commise contre les autres débiteurs, de même rang ou de rang inférieur, elle consiste en une aggravation de leurs engagements respectifs. Aussi, les qualités personnelles des parties influent directement sur la caractérisation d'une faute, ce qui distingue nettement les sûretés personnelles des sûretés réelles. À ce titre, il semble impérieux d'agencer le régime des sûretés personnelles autour de deux qualités dont les éléments de définition ont été avancés : le débiteur averti et le débiteur profane. Basée sur la compétence des parties, cette dichotomie assurerait à la matière un regain de cohérence et permettrait de rationaliser le contentieux qui en résulte, en ajustant la caractérisation et la sanction d'une faute aux contingences

personnelles de l'auteur et de la victime.

L'intérêt de cette systématisation se situe alors davantage dans la nature même des engagements des parties, plus que celle de leur manquement. Par la retraduction de la nature et de la portée de ces divers engagements il est possible de perfectionner la définition de la sûreté personnelle. Ainsi, une sûreté personnelle est un ensemble de prérogatives adjointes à une obligation dont elles garantissent l'exécution, afférentes au patrimoine d'un second débiteur qui ne contribue pas à la dette. Si la définition est loin d'être nouvelle, sa confirmation n'est pas superflue[1]. Elle permet à la fois de resserrer la définition conceptuelle de la sûreté et d'acter l'irréductible différence de nature qui oppose sûretés personnelles et sûretés réelles.

555. La faute confrontée aux sûretés réelles. Rétives à toute tentative de classification parmi les catégories de droits patrimoniaux, les sûretés réelles présentent une nature et un régime qui procèdent également de l'obligation et de son dualisme distinctif. Le titulaire et le constituant d'une sûreté réelle ne sont liés en ces qualités que par un rapport d'obligation. La seule prestation qu'ils s'engagent à exécuter s'épuise dans l'obligation garantie – très souvent le prêt d'une somme d'argent. La sûreté réelle voit ses effets limités à l'adjonction d'un rapport d'obligation entre les parties et au renforcement du rapport obligatoire contenu dans l'obligation garantie. Ce schéma permet alors de comprendre les divers actes ou abstentions auxquels sont tenus le constituant et le titulaire de la sûreté et qui, sans jamais constituer de prestation, tendent au déroulement harmonieux de la sûreté réelle. La faute du titulaire d'une sûreté réelle se présente alors sous deux visages. Commise contre le constituant, elle se caractérise par une atteinte à sa propriété par diminution de la valeur du bien grevé. Commise contre les autres créanciers du constituant, elle prend la forme d'une altération de leur chance de paiement, que cette chance soit supplémentaire ou non. La faute du constituant est aussi duale. Orientée contre le titulaire, elle est une altération de sa chance supplémentaire de paiement ; orientée contre les tiers, elle est une altération des prérogatives dont ils disposent sur le bien. Apparaît alors une différence significative. Là où la faute est directement influencée par la qualité des parties en matière de sûretés personnelles, ces qualités sont parfaitement indifférentes au sort des sûretés réelles. Ce qui détermine la caractérisation d'une faute relative à ce type de sûreté est la condition juridique du bien grevé.

[1] Il faut admettre que cette définition est en substance identique à celle que Mouly proposait. V. Mouly Ch., « Les sûretés personnelles traditionnelles en France » *in Les sûretés*, colloque de Bruxelles des 20 et 21 octobre 1983, FEDUCI, 1984, n° 6.

Ce bien est le point d'imputation de prérogatives juridiques concurrentes à l'aune duquel seront considérés comme fautifs les actes qui le concernent. Cette condition juridique est la résultante de son assujettissement par l'effet de la sûreté réelle : son statut n'est plus celui d'un bien abandonné à la volonté de son propriétaire. Par cet assujettissement – l'effet statique de la sûreté réelle – le bien grevé recouvrera alors un usage, une destination, une affectation spécifique – l'effet dynamique de la sûreté réelle. Cette affectation n'est, dans ses effets, comparable à aucune autre et constitue le critère catégoriel des sûretés réelles. Il s'agit plus précisément de l'affectation en garantie d'une obligation[1]. Dès lors, il est permis de proposer en conséquence une définition conceptuelle de la sûreté réelle, laquelle est un ensemble de prérogatives adjointes à une obligation dont elles garantissent l'exécution par affectation de la valeur d'un ou plusieurs biens du débiteur[2].

Une fois encore, l'intérêt de l'étude se situe non pas véritablement dans le manquement lui-même. Il révèle, en reflet, la nature de l'engagement à une sûreté réelle. Par conséquent, l'irréductibilité des sûretés réelles aux sûretés personnelles reléguée à titre liminaire à un strict *modus operandi* se vérifie : les deux groupes répondent à des définitions propres, quand bien même ils partagent quelques éléments communs de leur régime. D'autres enseignements plus généraux peuvent être retirés qui contribuent à clarifier le droit des sûretés.

556. Eléments de clarification du droit des sûretés. La césure conceptuelle des suretés personnelles et réelles est encore accentuée par la nature distincte de leurs effets.

[1] Doit ici être précisé une différence qui oppose, sur ce point, les sûretés réelles conventionnelles, judiciaires et légales. La dernière catégorie se détache sensiblement des deux premières au regard des exigences comportementales qu'elles génèrent. Un privilège, par exemple, n'impose à son titulaire que l'incombance d'inscription à la publicité foncière et, au tiers détenteur, que le devoir d'indemniser le créancier privilégié s'il a détérioré le bien dont le privilège est issu (art. 2470 c. civ.). Autrement dit, les exigences comportementales assumées par les parties semblent varier en intensité selon la source de la sûreté réelle : les sûretés réelles conventionnelles sont celles qui engendrent le plus d'exigences de cet ordre – reflétant ce que les parties ont choisi et, en conséquence, le comportement plus astreignant qu'elles se doivent de respecter – alors que les sûretés légales et judiciaires sont, de ce point de vue, moins contraignantes. Autrement dit, l'assujettissement du bien grevé est invariable et commun à toutes les sûretés réelles alors que l'affectation en garantie de l'obligation est variable selon leurs sources.

[2] L'affectation devrait seulement servir à définir les sûretés réelles : l'affectation d'un patrimoine en garantie d'une obligation par l'effet d'une sûreté personnelle est, de fait, un contresens. Dès lors que ce type d'affectation se manifeste essentiellement par la restriction des prérogatives dont dispose le propriétaire sur le bien grevé, il est inconcevable qu'elle frappe indistinctement tous ses biens. Sans quoi le créancier d'une sûreté personnelle pourrait systématiquement remettre en cause le moindre acte de son débiteur qui tend à la dépréciation de son patrimoine, fut-elle de bonne foi. Certains retiennent parfois un droit « *diffus* » (Malaurie Ph., Aynès L., *Les biens*, *op. cit*., n° 350) au sujet des sûretés personnelles, ce qui ne convainc davantage car cela correspond à la dissociation proposée, au sujet des sûretés réelles, entre assujettissement et affectation. Les sûretés personnelles réaliseraient ainsi l'assujettissement du patrimoine du garant – n'importe lequel de ses biens sert indistinctement au paiement de l'obligation garantie – sans affectation aucune : la charge réelle est à ce point diffuse que les exigences comportementales du garant sont réduites à leur plus simple expression. En somme et à la différence des sûretés réelles, la faute du débiteur d'une sûreté personnelle directement relative à l'un de ses biens ne peut prendre dans cette situation d'autre forme que celle, commune, de la fraude paulienne.

Appréhension indifférenciée d'un patrimoine supplémentaire d'une part et réservation de la valeur d'un bien de l'autre : les sûretés personnelles ont ainsi pour effet de conférer plus de chances de paiement au créancier alors que les sûretés réelles créent de meilleures chances de paiement. Autrement dit, il est possible d'affirmer que l'effet des sûretés personnelles est quantitatif alors que celui des sûretés réelles est qualitatif[1].

Tout n'oppose pas cependant les deux ordres de sûretés. Il est au contraire des lignes de convergence particulièrement propices à la clarification de la matière. Par exemple, quoiqu'elle ne fût pas directement traitée, l'exigence de neutralité économique des sûretés a été vérifiée. Certaines fautes ont été autant d'occasions ponctuelles de confirmer cette règle : jamais la mise en œuvre d'une sûreté, qu'elle soit régulière ou irrégulière, ne peut aboutir à elle seule à l'enrichissement du créancier bénéficiaire. Il s'avère que cette exigence peut être partiellement étendue à l'endroit du débiteur de la sûreté, précisément au moyen de la faute. Il ne s'agit pas d'affirmer que le débiteur doit être épargné de toute perte pécuniaire définitive par la seule mise en œuvre de la sûreté, ce qui remettrait gravement en cause la fonction des sûretés. Plus simplement, le débiteur d'une sûreté ne doit éprouver aucune perte pécuniaire qui trouverait son origine dans la faute d'un protagoniste de l'opération de sûreté. Si jamais il éprouve une telle perte, celle-ci ne doit être que la conséquence d'une conjoncture économique défavorable, d'une inexécution non-fautive soit, en d'autres termes, d'un évènement parfaitement indépendant du comportement des parties à l'opération de sûreté. Du point de vue du créancier, l'exigence est permanente ; du point de vue du débiteur, elle est sporadique car soumise à la commission d'une faute.

Cette neutralité économique fait écho à une autre dimension essentielle des sûretés : leur relativité. Une sûreté n'est jamais autonome et ne saurait advenir par et pour elle-même. Son existence est toujours relative à une obligation qui lui sert de support[2]. Cet aspect n'est certainement pas indifférent à l'approche majoritairement fonctionnelle des sûretés – lesquelles ne suivraient qu'un but, sans répondre à un concept défini. Si cette conception achoppe, tant la définition des concepts juridiques est indispensable à la construction harmonieuse de leur régime, elle révèle un élément fondamental de la définition d'une sûreté. Cet élément pourrait être le caractère accessoire de la sûreté. Cependant, la confusion que génère cette qualité parmi les différentes sûretés personnelles, la « *contamination de la notion*

[1] La distinction présente, au vrai, plus de vertus didactiques qu'elle ne correspond à un véritable critère technique car, *in fine*, les deux ordres de sûretés ont en commun d'assurer à leurs bénéficiaires une chance supplémentaire de paiement.

[2] La consécration des sûretés rechargeables n'est en rien une entorse à ce caractère : la période de latence qui sépare la constitution d'une sûreté rechargeable de sa future affectation n'efface pas le lien fonctionnel qui unit cette sûreté à l'obligation qu'elle viendra garantir.

par les concepts du droit des sûretés réelles »[1] et, surtout, le fait qu'elle soit aujourd'hui « *davantage tenu pour un axiome que pour un théorème* »[2] enjoint à trouver ailleurs ce dernier critère. L'étymologie du terme *accessoire* révèle que son sens premier est celui de l'adjonction, d'un élément qui est apposé à un autre et dont il ne découle pas naturellement[3]. Il semblerait alors que l'adjonction soit le critère technique qui fédère l'ensemble des sûretés, notamment parce que, contrairement à l'accessoire, son acception juridique n'a pas été dévoyée.

À elle seule l'adjonction est toutefois insuffisante. Un objet doit venir la compléter. Malgré la césure conceptuelle des deux ordres de sûretés, il apparaît qu'un critère puisse fédérer ces deux ordres : celui, compris dans un sens extensif, de « prérogatives »[4]. Du fait de leur adjonction, ces prérogatives sont naturellement extrinsèques à l'obligation qu'elles ont pour effet de garantir. Ainsi les sûretés, envisagées négativement, ne peuvent pas découler du jeu normal de l'obligation garantie. Formulée positivement, l'idée serait que toute sûreté consiste en l'adjonction de prérogatives extrinsèques à l'obligation garantie. Seul l'objet de l'adjonction diffère légèrement d'un ordre de sûreté à l'autre. Les sûretés personnelles ajoutent au profit du créancier des prérogatives diffuses et nécessairement afférentes à un patrimoine pris dans son intégralité ; les sûretés réelles ajoutent des prérogatives précises et originales afférentes soit à un patrimoine, soit à un ou plusieurs biens déterminés. L'affinement de la notion de sûreté pourrait ainsi se faire par la reconnaissance de ce critère général de l'adjonction de prérogatives.

Il est alors possible, en conséquence, de suggérer une nouvelle définition conceptuelle de la sûreté. Ainsi, une sûreté est un ensemble de prérogatives adjointes à une ou plusieurs obligations[5] dont elles garantissent l'exécution, ayant pour fonction exclusive[6] d'accroître les

---

[1] Pellier J.-D., *th. préc*., n° 6 et 29.

[2] Barthez A.-S., Houtcieff D., n° 62, rajoutant ensuite que « *le caractère accessoire du cautionnement est un postulat* ». V. également Grimaud D., *th. préc*., qui consacre deux des trois parties de sa thèse au « *dogme* » de l'accessoire, appliqué au cautionnement.

[3] V. en ce sens Cottet M., *Essai critique sur la théorie de l'accessoire en droit privé*, thèse, LGDJ, coll. « Bibliothèque de droit privé », t. 544, 2013, n° 12, p. 9 : « *le verbe* accedo [à l'origine de l'accessoire] *suppose, dans toutes ses acceptions, une forme d'adjonction : un élément vient s'ajouter à un autre, de sorte que les deux, initialement séparés, se trouvent réunis par l'effet d'un rapprochement* ».

[4] Le terme employé doit ainsi être compris : « *en un sens neutre, terme générique englobant tout droit subjectif, tout pouvoir de droit, toute faculté d'agir fondée en droit, à l'exclusion d'une maîtrise de pur fait* » (Cornu G. (dir.), *Vocabulaire juridique*, *op. cit*., V° Prérogative, 3, p. 793).

[5] La référence à l'obligation est plus générale et permet d'intégrer les rares sûretés qui, par exemple, garantissent l'exécution d'une dette de nature délictuelle. Un auteur définissait déjà la sûreté comme « *une prérogative adjointe (par la loi, la convention, parfois le juge…) à une obligation pour en assurer l'exécution* » (Théry Ph., n° 1). Elle semble ainsi plus appropriée que la référence au contrat de base. V. cependant Civ., 3 février 1897 ; *DP* 1897. 1. 601, note Planiol, qui reconnait la possibilité de constituer une hypothèque en garantie d'un usufruit.

[6] La finalité exclusive permet certes de dissocier sûreté et garantie mais elle présente un atout supplémentaire. Si cette finalité se réduit strictement à l'augmentation des chances de paiement du créancier bénéficiaire, cela

chances de paiement[1] du créancier bénéficiaire. Les sûretés personnelles créent un pouvoir de contrainte au profit du créancier à l'encontre d'un deuxième débiteur ; les sûretés réelles renforcent le pouvoir de contrainte du créancier à l'encontre du débiteur de l'obligation garantie[2].

Il serait cependant présomptueux de prétendre avoir posé les jalons futurs et inaltérables d'un droit commun des sûretés. Ces propositions ne forment à l'évidence qu'une expectative favorable à une harmonisation, à un rééquilibrage de la matière. À titre d'illustration, une étude des sanctions de la faute en droit des sûretés serait sans nul doute prolifique, particulièrement depuis l'élargissement légal de la typologie des sanctions de l'inexécution du contrat[3]. Il reste cependant que l'étude du droit des sûretés à travers le prisme de la faute fut l'occasion propice d'une réflexion globale quant à cet ensemble de règles. Les potentialités fédératrices de l'obligation sont symptomatiques d'une démarche incontournable : celle d'une réflexion transversale, par-delà le clivage des disciplines juridiques qui n'est réellement utile qu'à leur présentation didactique. À l'heure où le droit privé connait de profondes mutations, il reste à espérer que le législateur, s'il venait à consacrer cette « *véritable déontologie de l'exercice d'un droit ou d'une liberté* »[4], ait à l'esprit ce qui parfois lui fait défaut : une vue d'ensemble.

---

implique qu'elle ne peut pas être à l'origine d'un quelconque enrichissement à son profit. L'exclusivité de la fonction d'augmentation des chances de paiement du créancier lui interdit d'appréhender isolément la valeur du bien grevé : la finalité exclusive et permanente de garantie évince toute finalité subsidiaire et éventuelle de profit. De la même manière, elle suppose que le débiteur ne souffre pas de perte à cause d'une partie à l'opération. Il n'y a donc pas lieu d'intégrer à la définition l'exigence de neutralité économique.

[1] La référence aux chances de paiement suggère l'effet satisfactoire de la sûreté et se distingue, par sa précision, des autres formulations : éviter des pertes pécuniaires, remédier aux insuffisances du droit de gage général… Le paiement suppose la satisfaction du créancier bénéficiaire et permet de dissocier nettement sûretés et garanties.

[2] Semble alors discutable le critère de la « *combinaison d'une affectation et d'un droit d'agir* » (Mestre J., Putman E., Billiau M., n° 5) pour désigner la sûreté. L'affectation ressortit uniquement aux sûretés réelles, lesquelles ne se réduisent pas au droit d'agir du créancier, qui trouve sa source dans le droit de gage général. Ce sont les modalités de ce droit d'agir que la sûreté réelle renforce en les diversifiant.

[3] L'art. 1217 c. civ. dissocie le refus d'exécution, l'exception d'inexécution, l'exécution forcée en nature, la réduction du prix, la résolution du contrat, la réparation des conséquences de l'inexécution, l'allocation de dommages et intérêts et, lorsqu'il est possible, le cumul de ces sanctions.

[4] Selon l'expression de M. Sériaux. V. *supra*, n° 1.

BIBLIOGRAPHIE

I. Ouvrages généraux, traités et manuels

XVIII^e - XIX^e siècle

Acollas E., *Manuel de droit civil. Commentaire philosophique et critique du Code Napoléon*, t. III, Paris, 2ème éd., 1874.

Argou G., *Institution au droit français*, t. II, 10ème éd. revue par M. A. G. Boucher d'Argis, Knapen, 1771.

Cours de droit civil français d'après la méthode de Zachariæ, t. IV, 3ème édition, Paris, 1856.

Baudry-Lacantinerie G., *Précis de droit civil*, t. II, Laros et Forcel, Paris, 1883.

Baudry-Lacantinerie G., De Loynes P., *Traité théorique et pratique de droit civil : du nantissement, des privilèges et hypothèques et de l'expropriation forcée,* t. I, II et III, Librairie de la société du recueil général des lois et des arrêts et du journal du palais, 2ème éd., 1899.

Baudry-Lacantinerie G., Wahl A., *Traité théorique et pratique de droit civil. Des contrats aléatoires, du mandat, du cautionnement et de la transaction*, Librairie de la société du recueil général des lois et des arrêts, 2ème éd., 1900.

Boileux J.-M., *Commentaire du Code civil*, t. II, 6ème éd., Marescq et Dujardin, 1856, Paris.

Delvincourt C.-E., *Cours de Code civil*, t. I, Fournier, Paris, 1819.

Demante A.-M., *Cours analytique de code civil (Traité des obligations)*, t. V, par Colmet de Santerre, Paris, éd. Plon, 1883.

- *Cours analytique de Code Napoléon*, t. II, Plon, Paris, 1853.

Demolombe Ch., *Cours de Code Napoléon,* t. XXIV*,* Paris, Impr. Générale, 1877.

- *Traité des contrats ou des obligations conventionnelles en général*, t. 5, Hachette, 1878.

Domat J., *Les lois civiles dans leur ordre naturel : le droit public et legum delectus*, t. I, N. Gosselin, 1723.

Duranton A., *Cours de droit français suivant le Code civil*, t. XIX et XX, Alex-Gobelet, 2ème éd., 1828-1837.

Esmein A., *Etudes sur les contrats dans le très ancien droit français*, Larose et Forcel, Paris, 1883.

Guillouard L., *Traités du cautionnement et des transactions : livre III, titre XIV et XV du Code civil*, A. Durand et Pédone-Lauriel, 1894.

- *Traités du nantissement et du droit de rétention : livre III, titre XVII du Code civil*, A. Pédone-Lauriel, 1895.
- *Traité des privilèges et hypothèques : livre III, titre XVIII et XIX du Code civil*, t. I à IV, A. Pédone, 1896-1899.

Huc T., *Commentaire théorique et pratique du Code civil*, t. VII, Paris, éd. Pichon, 1894.

Larombière M.-L., *Théorie et pratique des obligations, ou commentaire des Titres III et IV du Livre III du Code Napoléon, art. 1101 à 1386*, t. II, A. Durand, 1857.

Laurent F., *Principes de droit civil*, t. VI, Durand et Pedone-Lauriel, Paris, 1878.

- *Cours élémentaire de droit civil*, t. IV, Lib. Marescq, Ainé, Paris, 1881.

Marcadé V., *Explication méthodique et raisonnée du Code civil*, t. III, Cotillon, 1842.

- *Explication théorique et pratique du Code Napoléon*, t. IV, Cotillon, 1852.

– *Explication théorique et pratique du Code civil*, t. IV, 7ème éd., Delamotte et fils éditeurs, 1873.
Molitor J.-P., *Cours de droit romain approfondi, Les obligations en droit romain*, t. I, 1851.
Mourlon F., *Répétitions écrites sur le premier examen de Code napoléon*, t. I, 8ème éd., par Ch. Demangeat, A. Marescq Ainé, Paris, 1869.
Ortolan J., *Histoire de la législation romaine depuis son origine jusqu'à la législation moderne, suivie d'une Généralisation du droit romain*, t. III, 9ème éd., Plon, Paris, 1876.
– *Généralisation du droit romain*, 11ème éd., 1880, Paris.
Pont P., *Explications des titres XVIII et XIX du Livre III du Code Napoléon*, t. I et II, Delamotte, 2ème éd., 1868.
– *Explication théorique et pratique du Code Napoléon. Tome neuvième. Commentaire-traité des petits contrats*, t. II, Delamotte, 1867.
Pothier R.-J., *Traité des obligations*, éd. Siffrein, Paris, 1821, 2 tomes.
Prarond E., *Histoire d'Abbeville. Abbeville avant la guerre de Cent ans*, éd. A. Picard, 1891.
Savigny F.-C., *Le droit des obligations*, t. I, trad. Gérardin et Jozon, éd. Durand, Paris, 1863.
Troplong R.-T., *Le droit civil expliqué suivant l'ordre des articles du Code, depuis et y compris le titre de la vente. Tome XVII. Du cautionnement et des transactions, commentaire des titres XIV et XV du Livre III du Code civil*, C. Hingray, 1846.
– *De l'échange et du louage : commentaire des titres VII et VIII du Livre III du Code civil*, t. I, éd. C. Hingray, Paris, 1852.
– *Des privilèges ou hypothèques ou commentaire du titre XVIII du Livre III du Code Napoléon*, t. I à IV, C. Hingray, 5ème éd., 1854.
Toullier C.-B.-M., *Le droit civil français, suivant l'ordre du Code : ouvrage dans lequel on a taché de réunir la théorie à la pratique*, t. VI et IX, J. Renouard, 1830.

XXe siècle

Aubry Ch., Rau Ch., *Cours de droit civil français d'après la méthode de Zachariæ*, t. III, Imprimerie et librairie générale de jurisprudence Marchal et Billard, 5ème éd., 1900.
– *Cours de droit civil français d'après la méthode de Zachariæ*, t. III, Librairie technique, 7ème éd., 1968.
Beudant Ch., *Cours de droit civil français. Les sûretés personnelles et réelles*, avec la contribution de R. Beudant, 2 tomes, A. Rousseau, 1900-1902.
– *Cours de droit civil français, t. IV, Les biens*, par Voirin, Rousseau, Paris, 1938.
Beudant Ch., Beudant R., Lerebours-Pigeonnière P., Voirin, *Cours de droit civil français. Les sûretés personnelles et réelles*, t. XIII, Rousseau, 2ème éd., 1948.
– *Cours de droit civil français. Les sûretés personnelles et réelles*, t. XIV., Rousseau, 2ème éd., 1948.
Bonnecase J., *Précis de droit civil (conforme au programme officiel des facultés de droit)*, t. II, A. Rousseau, 2ème éd., 1938-1939.
– *Supplément au traité théorique et pratique de Baudry-Lacantinerie*, t. V, Paris, Sirey, 1924.
Colin A., Capitant H., Julliot de la Morandière, *Traité de droit civil*, Librairie Dalloz, 1957-1959.
– *Cours élémentaire de droit civil français*, t. II, Dalloz, 1959.
Demogue R., *Traité des obligations en général*, t. I, « Sources des obligations », Rousseau, Paris, 1923.
– *Traité des obligations en général*, t. VI, « Effets des obligations », Rousseau, Paris, 1931.

Gaudemet E., Desbois et Gaudemet J., *Théorie générale des obligations*, Sirey, coll. « Traités Sirey », 1937.
Josserand L., *Cours de droit civil positif français. 2. Théorie générale des obligations, les principaux contrats du droit civil, les sûretés*, Sirey, 3ème éd, 1939.
Laborde-Lacoste M., *Exposé méthodique de droit civil : conforme aux programmes des examens de licence en droit. Tome second, deuxième année de licence. Les obligations. Les sûretés réelles et personnelles. Les principaux contrats*, Sirey, 1947.
Lévy-Ullmann H., *Répétitions écrites de droit civil approfondi*, Les Cours de droit, 1927-1928.
Planiol M., *Traité élémentaire de droit civil*, t. II, F. Pichon, Paris, 1902.
Planiol M., Ripert G., *Traité pratique de droit civil français. Obligations. Première partie*, par Esmein P., Gabolde G., Radouant J., LGDJ, 2e éd., t. VI, 1952.
- *Traité pratique de droit civil français. Obligations. Deuxième partie*, LGDJ, 2e éd., t. VII, 1954.

Planiol M., Ripert G., Becqué E., *Traité pratique de droit civil français. Première partie. Sûretés réelles*, LGDJ, Paris, 1927.
- *Traité pratique de droit civil français. Deuxième partie. Sûretés réelles*, LGDJ, Paris, 1927.

Ripert G., Boulanger J., *Traité élémentaire de droit civil de Marcel Planiol*, t. II, LGDJ, 1943.
Savatier R., *Cours de droit civil*, t. II, LGDJ, 1942-1945.

XXIe siècle

Albigès Ch., Dumont-Lefrand M.-P., *Droit de sûretés*, Dalloz, coll. « Hypercours », 6ème éd., 2017.
Ancel P., *Droit des sûretés*, LexisNexis, coll. « Objectif droit », 7ème éd., 2014.
Atias Ch., *Droit civil. Les biens*, LexisNexis, 12ème éd., 2014.
Aynès L., Crocq P., *Droit des sûretés*, LGDJ, coll. « Droit civil », 10ème éd., 2016.
Barthez A.-S., Houtcieff D., *Les sûretés personnelles*, LGDJ, coll. « Traité de droit civil », 2010.
Bénabent A., *Droit des obligations*, LGDJ, coll. « Domat droit privé », 15ème éd., 2016.
Bourassin M., Brémond V., Jobard-Bachellier M.-N., *Droit des sûretés*, Sirey, coll. « Sirey université – série droit privé », 5ème éd., 2016.
Bouteiller P., *Le cautionnement, aspects généraux et pratique bancaire*, Ed. de l'Epargne, 1986.
Cabrillac R., *Droit des obligations*, Dalloz, coll. « Cours », 12ème éd., 2016.
Cabrillac M., Mouly Ch., Cabrillac S., Pétel Ph., *Droit des sûretés*, LexisNexis, coll. « Manuels », 10ème éd., 2015.
Carbonnier J., *Droit civil. 4. Les obligations*, PUF, coll. « Thémis. Droit privé », 22e éd. refondue, 2000.
- *Droit civil*, t. II, PUF, coll. « Quadrige », 2004.

Cayrol N., *Droit de l'exécution*, LGDJ, coll. « Domat Droit privé », 2ème éd., 2016.
Collart-Dutilleul F., Delebecque Ph., *Contrats civils et commerciaux*, Dalloz, coll. « Précis », 10ème éd., 2015.
Couret A., *Droit financier*, Dalloz, coll. « Précis », 2ème éd., 2012.
Cozian M., Viandier A., Deboissy F., *Droit des sociétés*, LexisNexis, coll. « Manuels », 30ème éd., 2017.
Dagot M., *Les sûretés*, PUF, coll. « Thémis », 1981.
- *L'hypothèque rechargeable*, Litec, coll. « Carré Droit », 2006.

David R., Jauffret-Spinosi C., Goré M., *Les grands systèmes de droit contemporains*, Dalloz, coll. « Précis », 12ème éd., 2016.
Deroussin D., *Histoire du droit des obligations*, Economica, coll. « Corpus Histoire du droit », 2007.
– *Histoire du droit privé (XVIe XXIe siècle)*, Ellipses, coll. « Université », 2010.
Duguit L., *Traité de droit constitutionnel*, t. I, Boccard, Paris, 3ème éd., 1927.
Dross W., *Droit des biens*, LGDJ, coll. « Domat Droit privé », 2ème éd., 2014.
Ellul J., *Histoire des institutions*, PUF, coll. « Thémis », 8ème éd., 1982.
Fabre-Magnan M., *Droit des obligations. Contrat et engagement unilatéral*, PUF, coll. « Thémis droit », 4ème éd., 2016.
Fages B., *Droit des obligations*, LGDJ, coll. « Manuel », 6ème éd., 2016.
Flour J., Aubert J.-L., Savaux E., *Les obligations. 1. L'acte juridique*, Sirey, coll. « Université », 16ème éd., 2014.
– *Les obligations. 3. Le rapport d'obligation*, Sirey, coll. « Université », 9e éd., 2015.
François J., *Les obligations. Régime général*, Economica, coll. « Corpus droit privé », 4ème éd., 2017.
– *Droit civil. Les sûretés personnelles*, t. VII, Economica, 2004.
Germain M., Magnier V., *Traité de droit des affaires. Les sociétés commerciales*, LGDJ, t. II, 21ème éd., 2014.
Ghestin J., Loiseau G., Billiau M., *Traité de droit civil. Le régime des créances et des dettes*, LGDJ, 2005.
Girard P.-F., *Manuel élémentaire de droit romain*, réédition présentée par J.-Ph. Lévy, Dalloz, 8ème édition, 2003.
Lambert-Faivre Y., Leveneur L., *Droit des assurances*, Dalloz, coll. « Précis », 13ème éd., 2011.
Larroumet Ch., *Droit civil*, *Les obligations*. *Le contrat*, t. III, 7ème éd., Economica, 2014.
Lévy J.-Ph., Castaldo A., *Histoire du droit civil*, Dalloz, coll. « Précis », 2ème éd., 2010.
Legeais D., *Sûretés et garanties du crédit*, LGDJ-Lextenso, coll. « Manuel », 11ème éd., 2016.
Le Tourneau Ph., Cadiet L., *Droit de la responsabilité*, Dalloz, 1996.
Mainguy D., *Contrats spéciaux*, Dalloz, coll. « Cours », 10ème éd., 2016.
Malaurie Ph., Aynès L., *Les biens*, LGDJ, coll. « Droit civil », 6ème éd., 2015.
Malaurie Ph., Aynès L., Stoffel-Munck Ph., *Les obligations*, Defrénois, coll. « Droit civil », 8ème éd., 2016.
Malinvaud Ph., Fenouillet D., Mekki M., *Droit des obligations*, LexisNexis, coll. « Manuels », 14ème éd., 2017.
Marty G., Raynaud P., *Les obligations*, t. I, Sirey, 2 éd., 1988.
Marty G., Raynaud P., Jestaz Ph., *Droit civil. Les sûretés, la publicité foncière*, t. 3, vol. 1, Sirey, 2ème éd., 1987.
– *Les obligations, le régime*, t. 2, Sirey, 2ème éd., 1989.
Mazeaud H., L. et J., Chabas F., Picod Y., *Leçons de droit civil. Sûretés, publicité foncière*, t. III, 7ème éd., Montchrestien, 1999.
Mestre J., Putman E., Billiau M., *Traité de droit civil. Droit commun des sûretés réelles*, LGDJ, 1996.
– *Traité de droit civil. Droit spécial des sûretés réelles*, LGDJ, 1996.
Mignot M., *Droit des sûretés*, Montchrestien-Lextenso, coll. « Cours », 2010.
Picod Y., *Droit des sûretés*, PUF, coll. « Thémis droit », 3ème éd., 2016.
Piedelièvre S., *Droit des sûretés*, Ellipses, coll. « Cours magistral », 2ème éd., 2015.
Piette G., *Droit des sûretés : sûretés personnelles, sûretés réelles*, Gualino, coll. « Mémentos LMD », 6ème éd., 2012.

Saint-Alary-Houin C., *Droit des entreprises en difficultés*, LGDJ, coll. « Domat Droit privé », 10ème éd., 2016.
Sériaux A., *Contrats civils*, PUF, coll. « Droit fondamental », 2001.
- *Manuel de droit des obligations*, PUF, coll. « Droit fondamental », 2ème éd., 2014.
Seube J.-B., *Droit des sûretés*, Dalloz, coll. « Cours », 8ème éd., 2016.
Starck B., Roland H., Boyer L., *Obligations*, 1. – *Responsabilité délictuelle*, 5ème édition, Litec, 1996.
- *Droit civil : obligations. 2. Contrat*, 6ème édition, Litec, 1998.
Simler Ph., *Cautionnement, garanties autonomes, garanties indemnitaires*, LexisNexis, coll. « Traités », 5ème éd., 2015.
Simler Ph., Delebecque Ph., *Droit civil : les sûretés, la publicité foncière*, Dalloz, coll. « Précis », 7ème éd., 2016.
Recueils de la société Jean Bodin pour l'histoire comparative des institutions, *Les sûretés personnelles. Première partie. Synthèse générale, civilisations archaïques, antiques, islamiques et orientales*, Éditions de la librairie encyclopédique, 1974.
- *Les sûretés personnelles. Deuxième partie. Moyen âge et temps modernes*, Éditions de la librairie encyclopédique, 1971.
- *Les sûretés personnelles. Troisième partie. Période contemporaine*, Éditions de la librairie encyclopédique, 1969.
Terré F., Simler Ph., *Droit civil. Les biens*, Dalloz, coll. « Précis », 9ème éd., 2014.
Terré F., Simler Ph., Lequette Y., *Droit civil, Les obligations*, Dalloz, coll. « Précis », 11ème éd., 2013.
Théry Ph., *Sûretés et publicité foncière*, PUF, 2ème éd., Paris, 1998.
Vigneau V., Bourin G.-X., Cardini C., *Droit du surendettement des particuliers*, LexisNexis, coll. « Droit et professionnels », 2ème éd., 2012.
Voirin P., Goubeaux G., *Droit civil. Tome 1. Introduction au droit, personnes, famille, personnes protégées, biens, obligations, sûretés*, LGDJ, coll. « Manuel », 37ème éd., 2017.
Zenati-Castaing F., Revet T., *Cours de droit civil. Sûretés personnelles*, PUF, 2013.
- *Cours de droit civil. Obligation. Régime*, PUF, 2013.
- *Les biens*, 3ème éd., PUF, 2008.

II. Ouvrages spéciaux, thèses et monographies

Aberkane H., *Essai d'une théorie générale de l'obligation* propter rem *en droit positif français*, thèse Alger, 1957.
Ancel P., *Les sûretés personnelles non accessoires en droit français et en droit comparé*, thèse Dijon, 1981.
- *Le cautionnement des dettes de l'entreprise*, Dalloz, coll. « Réussir en affaires », 1989.
André Ch., *Le fait du créancier contractuel*, thèse, LGDJ, coll. « Bibliothèque de droit privé », t. 356, 2002.
Ansault J.-J., *Le cautionnement réel*, thèse, Defrénois, coll. « Doctorat et notariat », 2009.
Antonmattei P.-H., *Contribution à l'étude de la force majeure*, thèse, LGDJ, coll. « Bibliothèque de droit privé », t. 220, 1992.
Arbellot F., *Les relations entre la sûreté personnelle et le rapport de base en droit français*, thèse Poitiers, 1997.
Association Henri Capitant, *Le consommateur*, t. LVII, éd. LB2V et Bruylant, 2010.
- *Le contrat*, t. LV, éd. SLC, 2009.

- *Principes contractuels communs : projet de cadre commun de référence*, Société de législation comparée, coll. « Droit privé comparé et européen », vol. 7, 2008.
- *Les garanties de financement*, t. XLVII, LGDJ, coll. « Travaux de l'association Henri Capitant », 1998.
- *L'endettement*, t. XLVI, LGDJ, coll. « Travaux de l'association Henri Capitant », 1997.
- *La bonne foi*, t. XLIII, Litec, 1994.
- *La responsabilité du banquier : aspects nouveaux*, t. XXXV, Economica, 1984.
- *L'abus de pouvoirs ou de fonctions*, t. XXVIII, Economica, 1980.
- *Les sanctions attachées à l'inexécution des obligations contractuelles*, t. XVII, LGDJ, coll. « Travaux de l'association Henri Capitant », 1968.

Attal M., *La reconnaissance des sûretés mobilières conventionnelles étrangères dans l'ordre juridique français*, thèse, Defrénois, coll. « Doctorat et notariat », 2005.

Aynès A., *Le droit de rétention, unité ou pluralité*, thèse, Economica, 2005.

Aynès L., *La cession de contrat et les opérations juridiques à trois personnes*, thèse, Economica, 1984.

Bacache M., *La relativité des conventions et les groupes de contrats*, thèse Paris II, 1996.

Bakouche D., *L'excès en droit civil*, thèse, LGDJ, coll. « Bibliothèque de droit privé », t. 432, 2005.

Bargue N., *Essai sur la notion de garantie*, thèse Paris I, 2008.

Barré X., *La lettre d'intention : technique contractuelle et pratique bancaire*, thèse, Economica, 1995.

Bastin J., *La défaillance de paiement et sa protection, l'assurance-crédit*, LGDJ, 2ème éd., 1993.

Berger-Tarare C., *Le fiduciaire défaillant. Regards croisés en droit des biens et en droit des obligations*, thèse, LGDJ, coll. « Bibliothèque de droit privé », 2015.

Blandin Y., *Sûretés sur bien circulant : contribution à la réception d'une sûreté réelle globale*, thèse, LGDJ, coll. « Bibliothèque de droit privé », t. 567, 2016.

Borga N., *L'ordre public et les sûretés conventionnelles : contribution à l'étude de la diversité des sûretés*, thèse, Dalloz, coll. « Nouvelle bibliothèque de thèses », 2009.

Bougerol-Prud'homme L., *Exclusivité et garanties de paiement*, thèse, LGDJ, coll. « Bibliothèque de droit privé », 2012.

Bourassin M., *L'efficacité des garanties personnelles*, thèse, LGDJ, coll. « Bibliothèque de droit privé », t. 456, 2006.

Briand Ph., *Eléments d'une théorie de la cotitularité des obligations*, thèse Nantes, 1999.

Bros S., *L'interdépendance contractuelle*, thèse Paris II, 2001.

Brun A., *Rapports et domaines des responsabilités contractuelle et délictuelle*, thèse Lyon, 1930.

Cabrillac M., *La protection du créancier dans les sûretés mobilières conventionnelles sans dépossession*, thèse, Librairie du recueil Sirey, 1954.

Cabrillac S., *Les garanties financières professionnelles*, thèse, Litec, coll. « Bibliothèque de droit de l'entreprise », 2000.

Capitant H., Mazeaud D., *De la cause des obligations : contrats, engagements unilatéraux, legs*, La mémoire du droit, coll. « Faculté Jean Monnet », 2012.

Capitant H., Terré F., Lequette Y., *Les grands arrêts de la jurisprudence civile. Tome II. Obligations, contrats spéciaux, sûretés*, Dalloz, coll. « Grands arrêts », 13ème éd., 2015.

Casey J., *Sûretés et famille*, thèse, Imprimerie La mouette, coll. « Doctorat et notariat », 2000.

Chabas C., *L'inexécution licite du contrat*, LGDJ, coll. « Bibliothèque de droit privé », t. 380, 2002.

Chenon E., *Les démembrements de la propriété foncière en France avant et après la Révolution*, thèse Paris, Larose et Forcel, 1881.
Collombat P.-Y. (dir.), *Une crise en quête de fin. Quand l'Histoire bégaie*, Les rapports de la délégation à la prospective, février 2017.
Commission pour le droit européen du contrat, *Principes du droit européen du contrat*, Société de législation comparée, coll. « Droit privé comparé et européen », vol. 2, 2003.
Comparato F.-K., *Essai d'analyse dualiste de l'obligation en droit privé*, thèse, Dalloz, 1964.
Constantinesco L.-J., *Inexécution et faute contractuelle en droit comparé (droits français, allemand, anglais)*, thèse, W. Kohlhammer Verlag, 1960.
Cottet M., *Essai critique sur la théorie de l'accessoire en droit privé*, thèse, LGDJ, coll. « Bibliothèque de droit privé », t. 544, 2013.
Crocq P., *Propriété et garantie*, thèse, LGDJ, coll. « Bibliothèque de droit privé », t. 248, 1995.
Dabin J., *Le droit subjectif*, rééd. Dalloz, préf. de Ch. Atias, 2008.
Dagot M., *L'hypothèque rechargeable*, Litec, coll. « Carré Droit », 2006.
Darmaisin S., *Le contrat moral*, thèse, LGDJ, coll. « Bibliothèque de droit privé », t. 343, 2000.
Degonse C., *Approche critique du concept de responsabilité contractuelle*, thèse Paris XI, 2001.
Dejean de La Bâtie N., *Appréciation in abstracto et appréciation in concreto en droit civil français*, thèse, LGDJ, coll. « Bibliothèque de droit privé », t. 57, 1965.
De Juglart M., *Obligation réelle et servitudes en droit privé français*, thèse Bordeaux, 1937.
Delmas-Saint-Hilaire Ph., *Le tiers à l'acte juridique*, thèse, LGDJ, coll. « Bibliothèque de droit privé », t. 333, 2000.
Demogue R., *Notions fondamentales du droit privé*, 1911, éd. Rousseau, Paris.
Derruppé J., *La nature juridique du droit du preneur à bail et la distinction des droits réels et des droits de créance*, thèse Toulouse, Dalloz, 1951.
Despax L., *Théorie des fautes en droit romain. Des fidéicommis en droit français*, thèse, Imprimerie J. Durand, 1878.
Dingreville P., *L'hypothèque mobilière – Sa distinction avec le gage sans dépossession*, thèse Lille, 1937.
Dissaux N., *La qualification d'intermédiaire dans les relations contractuelles*, thèse, LGDJ, coll. « Bibliothèque de droit privé », t. 485, 2007.
Döhm J., *Les garanties bancaires dans le commerce international*, Stämpfli, 1985.
Duboc G., *La compensation et les droits des tiers*, thèse, LGDJ, coll. « Bibliothèque de droit privé », t. 202, 1989.
Dupeyroux J.-J., *Contribution à la théorie générale de l'acte à titre gratuit*, thèse, LGDJ, 1955.
Dupichot Ph., *Le pouvoir des volontés individuelles en droit des sûretés*, thèse, Ed. Panthéon-Assas, 2005.
Durand J., *L'usufruit successif*, thèse, Defrénois, coll. « Doctorat et Notariat », 2006.
Ellia G., *Les sûretés personnelles indépendantes*, thèse Nice, 1997.
Emerich Y., *La propriété des créances. Approche comparative*, thèse, LGDJ, coll. « Bibliothèque de droit privé », t. 469, 2007.
Fabre-Magnan M., *De l'obligation d'information dans les contrats, essai d'une théorie*, thèse, LGDJ, coll. « Bibliothèque de droit privé », t. 221, 1992.
Fages B., *Le comportement du contractant*, thèse, PUAM, 1997.
Farjat G., *L'ordre public économique*, thèse Dijon, 1963.

Faure-Abbad M., *Le fait générateur de la responsabilité contractuelle : contribution à la théorie de l'inexécution du contrat*, LGDJ, Collection de la faculté de droit et des sciences sociales de Poitiers, 2003.
Fenet P.-A., *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, Paris, 1836.
Fin-Langer L., *L'équilibre contractuel*, thèse, LGDJ, coll. « Bibliothèque de droit privé », t. 366, 2002.
Forest G., *Essai sur la notion d'obligation en droit privé*, thèse, Dalloz, coll. « Nouvelle bibliothèque des thèses », 2012.
Fréjaville M., *Des meubles par anticipation*, thèse Paris, 1927.
Freleteau B., *Devoir et incombance en matière contractuelle*, thèse, LGDJ, coll. « Bibliothèque de droit privé », t. 576, 2017.
Gaudemet E., *Etude sur le transport de dettes à titre particulier*, Libr. Rousseau, Paris, 1898.
Gaudin L., *La patience du créancier. Contribution à l'étude de l'effectivité du paiement contractuel*, thèse, Defrénois-Lextenso, 2009.
Gaillard E., *Le pouvoir en droit privé*, thèse, Economica, 1985.
Gazin H., *Essai critique sur la notion de patrimoine dans la doctrine classique*, thèse Dijon, 1910.
Gény F., *Science et technique en droit positif*, Sirey, 1927.
- *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*, 2ème édition, LGDJ, 1954.

Garnier-Guillaumeau C., *Le risque du prêteur : étude de droit bancaire*, thèse Bordeaux IV, 2003.
Gerbault P., *La personne morale garante*, thèse Paris I, 2003.
Ghafourian A., *Faute lourde et faute inexcusable*, thèse Paris II, 1977.
Ghestin J., *La notion d'erreur dans le droit positif actuel*, thèse, LGDJ, 1962.
Gijsbers Ch., *Sûretés réelles et droit des biens*, thèse, Economica, 2015.
Ginossar S., *Droit réel, propriété et créance : élaboration d'un système rationnel des droits patrimoniaux*, thèse, LGDJ, Paris, 1960.
- *Liberté contractuelle et respect des droit des tiers : émergence du délit civil de fraude*, LGDJ, 1963.

Gogorza A., *L'obligation de veiller à ses intérêts*, thèse Bordeaux IV, 2006.
Goubeaux G., *La règle de l'accessoire en droit privé*, thèse, LGDJ, coll. « Bibliothèque de droit privé », t. 93, 1969.
Gouëzel A., *La subsidiarité en droit privé*, thèse, Economica, 2013.
Graf von Westphalen F., *Die Bankgarantie im internationalen Handelsverkehr*; Heidelberg, 1982.
Grandmoulin J., *De l'unité de la responsabilité ou nature délictuelle de la responsabilité pour violation des obligations contractuelles,* thèse Rennes, Typographie de Alphonse Leroy, 1892.
Grimaldi C., *Quasi-engagement et engagement en droit privé : recherches sur les sources de l'obligation*, thèse, Defrénois, coll. « Doctorat et Notariat », t. 23, 2007.
Grimaldi (dir.), *Avant-projet de réforme du droit des sûretés*, Association Henri Capitant, 2017.
Grimaud D., *Le caractère accessoire du cautionnement*, thèse, PUAM, 2001.
Gross B., *La notion d'obligation de garantie dans le droit des contrats*, thèse, LGDJ, 1964.
Grynbaum L., Nicod M., (dir.), *Le solidarisme contractuel*, Economica, coll. « Etudes juridiques », 2004.
Guinchard S., *Essai d'une théorie générale de l'affectation des biens en droit privé français*, thèse, LGDJ, coll. « Bibliothèque de droit privé », t. 145, 1976.
Hage-Chahine N., *La distinction de l'obligation et du devoir en droit privé*, thèse, éd. Panthéon-Assas, coll. « Thèses », 2014.

Hakim N., *L'autorité de la doctrine civiliste française au XIX^e siècle*, thèse, LGDJ, coll. « Bibliothèque de droit privé », t. 381, 2002.
Hauser J., *Objectivisme et subjectivisme dans l'acte juridique*, thèse, LGDJ, coll. « Bibliothèque de droit privé », t. 117, 1971.
Houin-Bressand C., *Les contre-garanties*, thèse, Dalloz, coll. « Nouvelle Bibliothèque de Thèses », 2006.
Hontebeyrie A., *Le fondement de l'obligation solidaire en droit privé français*, thèse, Economica, coll. « Recherches juridiques », 2004.
Houtcieff D., *Le principe de cohérence en matière contractuelle*, thèse, PUAM, 2001.
Jacob F., *Le constitut ou l'engagement autonome de payer la dette d'autrui à titre de garantie*, thèse, LGDJ, coll. « Bibliothèque de droit privé », t. 294, 1998.
Jamin Ch., *La notion d'action directe*, thèse, LGDJ, coll. « Bibliothèque de droit privé », t. 215, 1991.
Jhering R., *L'esprit du droit romain*, traduit de la 3ème éd. par O. de Meulenaere, 2ème éd., A. Marescq, Paris, 1880, t. IV.
Josserand J., Deroussin D., *De l'esprit des droits et de leur relativité : théorie dite de l'abus des droits*, Dalloz, coll. « Bibliothèque Dalloz », 2006.
Juen E., *La remise en cause de la distinction entre la responsabilité contractuelle et la responsabilité délictuelle*, thèse, LGDJ, coll. « Bibliothèque de droit privé », t. 568, 2016.
Juillet Ch., *Les accessoires de la créance*, thèse, Defrénois, coll. « Doctorat et notariat », 2009.
Julienne M., *Le nantissement de créance*, thèse, Economica, 2012.
Juvet I., *Des sûretés mobilières conventionnelles en droit international privé*, thèse, P. Lang, 1990.
Kelsen H., *Théorie pure du droit*, trad. Eisenman, Dalloz, 1962.
Khairallah G., *Les sûretés mobilières en droit international privé*, thèse, Economica, 1984.
Kornprobst M., *Etude sur la notion de servitude*, thèse Strasbourg, 1936.
Lachièze C., *Le régime des exceptions dans les opérations juridiques à trois personnes en droit civil*, thèse, La mouette, coll. « Doctorat et notariat », 2001.
Laurent J., *La propriété des droits*, thèse, LGDJ, coll. « Bibliothèque de droit privé », t. 537, 2012.
Lisanti-Kalczynski C., *Les sûretés conventionnelles sur meubles incorporels*, thèse, Litec, coll. « Bibliothèque de droit de l'entreprise », 2001.
Leblond N., *Assurances et sûretés*, thèse Paris II, 2007.
Le Bourg J., *La remise de la chose. Essai d'analyse à partir du droit des contrats*, thèse Grenoble, 2010.
Le Gac-Pech S., *La proportionnalité en droit privé des contrats*, thèse, LGDJ, coll. « Bibliothèque de droit privé », t. 335, 2000.
Legeais D., *Les garanties conventionnelles sur créances*, thèse, Economica, 1986.
Le Magueresse Y., *Des comportements fautifs du créancier et de la victime en droit des obligations*, thèse, PUAM, 2007.
Lemée J., *Essai sur la théorie de l'abus du droit*, thèse Paris XII, 1977.
Lequette S., *Le contrat coopération. Contribution à la théorie générale du contrat*, thèse, Economica, 2012.
Levis M., *L'opposabilité du droit réel*, thèse, Economica, 1989.
Logoz F., *La protection de l'exportateur face à l'appel abusif à une garantie bancaire. Etude comparative des droits allemand, français, belge et suisse*, thèse, Droz, 1991.
Lokiec P., *Contrat et pouvoir. Essai sur les transformations du droit privé des rapports contractuels*, thèse, LGDJ, coll. « Bibliothèque de droit privé », t. 408, 2004.

Luxembourg F., *La déchéance des droits : contribution à l'étude des sanctions civiles*, thèse, éd. Panthéon-Assas, 2008.
Macorig-Venier F., *Les sûretés sans dépossession dans le redressement et la liquidation judiciaires des entreprises*, thèse Toulouse, 1992.
- *La modernisation du droit des sûretés : les propositions de la Commission Grimaldi*, Litec, 2007.

Maillet J., *La théorie de Schuld et Haftung en droit romain : exposé et examen critique*, thèse Aix-en-Provence, 1944.
Malabat V., *Appréciation in abstracto et appréciation in concreto en droit pénal*, thèse Bordeaux IV, 1999.
Malaurie Ph., *L'ordre public et le contrat : étude de droit civil comparé (France, Angleterre, URSS)*, thèse Paris, 1951.
Mangematin C., *La faute de fonction en droit privé*, thèse, Dalloz, coll. « Nouvelle Bibliothèque de Thèses », t. 235, 2014.
Martial-Braz N., *Droit des sûretés réelles sur propriété intellectuelle*, thèse, PUAM, 2007.
Maubru B., *La transmissibilité de l'hypothèque*, thèse Toulouse, 1974.
Mazeaud V., *L'obligation de couverture*, thèse, Bibliothèque de l'institut de recherche juridique de la Sorbonne, t. 27, 2010.
Mégret G., *Les recours du garant : contribution à l'étude du cautionnement et de la garantie autonome en droit interne*, thèse, PUAM, 2011.
Michel C.-A., *La concurrence entre les sûretés*, thèse Paris I, 2016.
Michon L., *Les obligations* propter rem *dans le Code civil*, thèse Nancy, 1891.
Mouly Ch., *Les causes d'extinction du cautionnement*, thèse, Librairie technique, coll. « Bibliothèque de droit de l'entreprise », 1979.
Oury-Brulé M., *L'engagement du codébiteur solidaire non intéressé à la dette*, thèse, LGDJ, coll. « Bibliothèque de droit privé », t. 372, 2002.
Overstake J.-F., *Essai de classification des contrats spéciaux*, thèse, LGDJ, coll. « Bibliothèque de droit privé », t. 91, 1969.
Pastaud Ph., *L'efficacité des sûretés réelles en droit des affaires*, thèse Limoges, 1979.
Pelet J., *La théorie dualiste de l'obligation et son application au droit suisse*, thèse, Impr. C. Pache, Lausanne, 1937.
Pellé S., *La notion d'interdépendance contractuelle, contribution à l'étude des ensembles de contrats*, thèse Paris II, 2007.
Pellier J.-D., *Essai d'une théorie des sûretés personnelles à la lumière de la notion d'obligation : contribution à l'étude du concept de coobligation*, thèse, LGDJ, coll. « Bibliothèque de droit privé », t. 539, 2012.
Pérochon F., *La réserve de propriété dans la vente de meubles corporels*, thèse, Litec, coll. « Bibliothèque de droit de l'entreprise », 1988.
Picod Y., *Le devoir de loyauté dans l'exécution du contrat*, thèse, LGDJ, coll. « Bibliothèque de droit privé », t. 208, 1989.
Piette G., *La correction du contrat*, thèse, PUAM, 2004.
Pirovano A., *Faute civile et faute pénale*, thèse, LGDJ, 1966.
Popa E.-A., *Les notions de Debitum (*Schuld*) et Obligatio (*Haftung*) et leur application en droit français moderne*, thèse Paris, 1935.
Popineau-Dehaullon C., *Les remèdes de justice privée à l'inexécution du contrat. Etude comparative*, thèse, LGDJ, coll. « Bibliothèque de droit privé », t. 498, 2008.
Poplawski R., *La notion de privilège en droit romain et en droit français*, thèse Bordeaux, 1913.
Poughon J.-M., *Histoire doctrinale de l'échange*, thèse, LGDJ, coll. « Bibliothèque de droit privé », t. 194, 1987.

Praicheux S., *Les sûretés sur les marchés financiers*, Revue banque éditions, coll. « Droit fiscalité », 2004.
Prigent S., *L'engagement pour autrui*, thèse Rennes, 2001.
Prüm A., *Les garanties à première demande. Essai sur l'autonomie*, thèse, Litec, 1994.
Proudhon P.-J., *Qu'est-ce que la propriété ?*, rééd. par M. Rivière, Paris, 1926.
Putman E., *La formation des créances*, thèse Aix-Marseille, 1987.
Quincarlet S., *La notion de gage en Droit privé français. Ses diverses applications*, thèse Bordeaux, Imp. Ségalas-Bérou, 1937.
Rabut A., *De la notion de faute en droit privé*, thèse, LGDJ, 1948.
Radouant J., *Du cas fortuit et de la force majeure*, thèse Paris, 1919.
Raffray R., *La transmission universelle du patrimoine des personnes morales*, thèse, Dalloz, coll. « Nouvelle Bibliothèque de Thèses », t. 108, 2011.
De Ravel d'Esclapon T., *Le droit commun des sûretés : contribution à l'élaboration de principes directeurs en droit des sûretés*, thèse Strasbourg, 2015.
Regnaut-Moutier C., *La notion d'apport en jouissance*, thèse, LGDJ, coll. « Bibliothèque de droit privé », t. 242, 1994.
Riffard J.-F., *Le security interest ou l'approche fonctionnelle et unitaire des sûretés mobilières : contribution à une rationalisation du droit français*, thèse, Presses universitaires de la faculté de droit de Clermont-Ferrand, 1997.
Ripert G., *La règle morale dans les obligations civiles*, LGDJ, 1994.
Roguin E., *Etude de science juridique pure. La règle de droit*, éd. F. Rouge, 1889.
Rossi T., *La garantie bancaire à première demande : pratique des affaires, droit comparé, droit international privé*, Méta-Ed, coll. « Perspectives internationales », 1990.
Roubier P., *Droits subjectifs et situations juridiques*, Dalloz, 1963.
Rouhette G., *Contribution à l'étude critique de la notion de contrat*, thèse Paris, 1965.
Rouland M., *La qualité de la créance*, thèse Paris X, 2007.
Rouvière F., *Le contenu du contrat : essai sur la notion d'inexécution*, thèse, PUAM, 2005.
Sainctelette H., *De la responsabilité et de la garantie*. *Accidents de transport et de travail*, thèse, éd. Bruyland-Christophe et A. Chevalier-Marescq, Bruxelles, 1884.
Saleilles R., *Etudes sur la théorie générale de l'obligation d'après le premier projet de Code civil pour l'empire allemand,* 2ème éd., Libr. Cotillon, Paris, 1901.
- *Les accidents du travail et la responsabilité civile. Essai d'une théorie objective de la responsabilité délictuelle*, Libraire nouvelle de droit et de jurisprudence, 1897.

Sautonie-Laguionie L., *La fraude paulienne*, thèse, LGDJ, coll. « Bibliothèque de droit privé », t. 500, 2008.
Sayag A. (dir.), *Publicité légale et information dans les affaires*, Litec, 1992.
Scapel J., *La notion d'obligation réelle*, thèse, PUAM, 2002.
Schmidt J.-Ch., *Faute civile et faute pénale*, thèse, A. Brulliard, 1928.
Schultz P., *Les dispositions spécifiques relatives aux garanties consenties par les sociétés au profit de tiers*, thèse Strasbourg, éd. Septentrion, 2001.
Schützenberger G.-F., *Les lois de l'ordre social*, éd. Joubert, Paris, 1849.
Sefton-Green R., *La notion d'obligation fondamentale : comparaison franco-anglaise*, thèse, LGDJ, coll. « Bibliothèque de droit privé », t. 336, 2000.
Ségur L., *La notion de faute contractuelle en droit civil français*, thèse Bordeaux, 1956.
Séjean M., *La bilatéralisation du cautionnement ? Le caractère unilatéral du cautionnement à l'épreuve des nouvelles contraintes du créancier*, thèse, LGDJ, coll. « Bibliothèque de droit privé », t. 528, 2011.
Sempé N., *Essai de contribution à une théorie générale des privilèges*, thèse Toulouse, 1996.
Stoffel-Munck Ph., *L'abus dans le contrat : essai d'une théorie*, thèse, LGDJ, coll. « Bibliothèque de droit privé », t. 337, 2000.

Teyssié B., *Les groupes de contrats*, thèse, LGDJ, 1975.
Toledo A.-M., *Notion de sûreté et droit du commerce international*, thèse Paris I, 1997.
De Vallois de Laender M.-H., *Les sûretés négatives*, thèse Paris I, 1998.
Valiergue J., *Les conflits d'intérêts en droit privé. Contribution à la théorie juridique du pouvoir*, thèse Bordeaux, 2016.
Vasseur M., *L'égalité entre les créanciers chirographaires dans la faillite*, thèse, Rousseau, 1949.
Vidal J., *Essai d'une théorie générale de la fraude en droit français : le principe "fraus omnia corrumpit",* thèse, Dalloz, 1957.
Waterlot M., *L'effet réel du contrat*, thèse Bordeaux, 2015.
Wicker G., *Les fictions juridiques. Contribution à l'analyse de l'acte juridique*, thèse, LGDJ, coll. « Bibliothèque de droit privé », t. 253, 1997.
Wintgen R., *Étude critique de la notion d'opposabilité : les effets du contrat à l'égard des tiers en droit français et allemand*, thèse, LGDJ, coll. « Bibliothèque de droit privé », t. 426, 2004.
Witz C., *La fiducie en droit français*, thèse, Economica, 1981.
Westendorf H., *Le transfert des sûretés*, thèse, Defrénois, Lextenso éditions, coll. « Doctorat et notariat », t. 54, 2015.
Yansounou A.-S., *Régime général des obligations et droit des sûretés*, thèse Bordeaux IV, 2010.

III. Articles, chroniques, fascicules et répertoires

Adelle J.-F., « L'agent des sûretés en droit français : pour une clarification des régimes de l'article 2328-1 du Code civil et de la fiducie de sûretés », *RDBF* 2010, étude 20.
Albigès Ch., « La réforme du droit des contrats et la formation du contrat de cautionnement », *AJ contrat* 2017, n° 6, p. 248.

- « L'hypothèque conventionnelle transfrontalière européenne », *Dr. et patr.* juill.-août 2006, p. 74.
- « Le mandat de se porter caution », *D.* 2000, chron. 706.

Albigès Ch., Gout O., « Financement et sûretés », *RTDI* septembre 2012, n° 3, p. 32.
Albigès Ch., Picod Y., *Rép. Civ. D.,* V° Nantissement.
Ancel P., « Force obligatoire et contenu obligationnel du contrat », *RTD civ.* 1999. 771.
Ancel M.-E., « Sûretés personnelles non-accessoires en droit international privé », *Lamy droit des sûretés*, étude 185.

- « Les lettres de confort en droit international privé », *Dr. et patr.*, juillet-août 2002, n° 106, p. 61.
- « Cautionnement et reconduction », *in Mélanges Mouly*, Litec, 1998, p. 265.

Andreu L., « Les insuffisances de la nomenclature légale des sûretés réelles (à propos de l'ordonnance du 30 janvier 2009 portant diverses mesures relatives à la fiducie) », *LPA* 5 juin 2009, p. 5.
Ansaloni G., « Sur l'opposabilité du gage sans dépossession de droit commun », *JCP E* 2009, p. 1672.

- « Crédit revolving et spécialité quant à la créance garantie des sûretés réelles », *JCP E* 2008, p. 2124.

Arlie D., « L'inefficacité du cautionnement en raison d'un manquement ou d'une négligence du créancier dans ses rapports avec la caution », *RRJ* 2001-4, p. 1445.
Atias Ch., « Par la grâce du droit : la cause de l'engagement de la caution », *in Mélanges M. Cabrillac*, Litec, 1999, p. 339.

Aynès A., « EIRL : la séparation des patrimoines à l'épreuve du droit des sûretés », *RLDC* 2011, p. 86.
- « L'extension du droit de rétention dans le projet de réforme des procédures collectives », *JCP G* 2008, act. 300.
- « La consécration légale des droits de rétention », *D.* 2006. 1301.
- « Le droit de rétention conventionnel, quelle efficacité ? », *Dr. et patr.* nov. 2005, p. 40.
- « Quelques aspects du régime juridique des suretés réelles pour autrui », *in Liber amicorum Christian Larroumet*, Economica, 2009, p. 1.

Aynès L., « Délégation imparfaite », *Lamy droit des sûretés*, étude 160.
- « La cession de créance à titre de garantie : quel avenir ? », *D.* 2007. 961.
- « Problèmes actuels des sûretés personnelles. Rapport français », in *Travaux de l'association Henri Capitant, Les garanties de financement*, t. 47, 1996, LGDJ, 1998, p. 375.
- « Le droit des sûretés en 2002 », *Dr. et patr.* mars 2003, p. 69.
- « La réforme du droit des sûretés – Présentation générale de la réforme », *D*. 2006, dossier, p. 1289.
- « Vers une déontologie du contrat ? », *Bull. inf. C.* 2006, n° 646, p. 4.
- « Le nouveau droit du gage », *Dr. et patr.* juillet-août 2007, n° 161, p. 48.
- « L'actualité jurisprudentielle en matière de sûretés personnelles », *RLDC* 2007, n° 35, p. 38.
- « Le nantissement de créance, entre gage et fiducie », *Dr. et patr.* septembre 2007, p. 54.

Aynès L., Crocq P., « La fiducie préservée des audaces du législateur », *D.* 2009. 2559.

Aynès L., Dupichot Ph., « Janvier – Mai 2012 : l'hypothèque et le cautionnement ont la vedette », *Dr. et patr.* juillet-août 2012, n° 216, chron., p. 98-102.
- « Juin – décembre 2011 : l'actualité des sûretés vue du Belvédère », *Dr. et patr.* février 2012, n° 211, chron., p. 76-91.

Aynès L., Gautier P.-Y., « De l'application stricte des privilèges », *D.* 1994, chron. 13.

Aynès L., Michel C.-A., « Eléments caractéristiques du cautionnement », *Lamy droit des sûretés*, étude 105.
- « Formation et preuve du cautionnement », *Lamy droit des sûretés*, étude 110.
- « Qualification et catégories de cautionnements », *Lamy droit des sûretés*, étude 115.
- « Mise en œuvre du cautionnement », *Lamy droit des sûretés*, étude 120.
- « Extinction du cautionnement », *Lamy droit des sûretés*, étude 125.

Bakouche D., « Proportionnalité et cautionnement », *CCC* 2004, chron. 5.

Bandrac M., « Procédures civiles d'exécution et droit des sûretés », *RTD civ*. 1993, n° spéc., p. 49.

Barbièri J.-F., « Cautionnement et société, dix ans de jurisprudence », *LPA* 28 février 1992, p. 4.

Barrière F., *Rép. Civ. D.*, V° Fiducie.
- « La Fiducie-sûreté », *JCP E* 2009, p. 1808.

Barthez A.-S., « Cautionnement ou garantie autonome ? N'y aurait-il pas une place pour une garantie hybride ? », *LPA* 17 mai 2004, p. 8.
- « L'exigence de proportionnalité en droit du cautionnement », *RDC* 2011/3, p. 911.

Barthez A.-S., Serinet Y.-M., « Les modèles dans les garanties de paiement », *in Code civil et modèles. Des modèles du Code au Code comme modèle*, LGDJ, 2005, Bibl. de l'Institut A. Tunc, t. 6, p. 383.

Bastard de Crisnay C., « Brèves remarques sur l'application du cautionnement et de la garantie à première demande en matière de promesse unilatérale de vente », *Defrénois* 1992, p. 1393.
Becqué E., « De la responsabilité du fait d'autrui en matière contractuelle (contribution à l'étude du droit comparé des obligations) », *RTD civ.* 1914. 251.
Béhar-Touchais M., « Le banquier et la caution face à la défaillance du débiteur », *RTD civ*. 1993. 737.
- « Cautionnement des dettes sociales par un dirigeant », *RJDA* 1991, p. 10.

Bernstein, « Garantie und guarantee (ein linguistisch-juristichen Vergleich mit Blick auf internationale Wirtschaftsbeziehungen) » *in Mélanges Zajtay*, Morh, Tübingen, 1982, p. 21.
Bertran de Balanda J., « Crédit syndiqué et sûretés », *Banque et droit* mars-avr. 1997, p. 3.
Bertrel J.-P., « Les lettres d'intention », *Banque*, 1986, p. 895.
Besnard-Goudet R., « Les cautions, avals et garanties données par une société en faveur d'un tiers », *JCP E* 2004, p. 1149.
Bétant-Robet S., « La décharge de la caution par application de l'article 2037 », *RTD civ*. 1974. 309.
Biardeaud G., Florès Ph., « Information annuelle de la caution et article 2293 du Code civil : mais où reste donc le contentieux ? », *D*. 2007, chron., p. 174.
Bihr Ph., « L'opposabilité aux tiers du gage sur véhicules automobiles », *D.* 1970, chron. 69.
Bloch L., « Quelques réflexions sur les sources internationales du droit des sûretés réelles », *in Libres propos sur les sources du droit. Mélanges en l'honneur de Philipe Jestaz*, Dalloz, 2006, p. 41.
Boffa R., « L'opposabilité du nouveau gage sans dépossession », *D.* 2007. 1161.
Boismain C., « L'obligation de mise en garde du banquier dispensateur de crédit », *JCP G* 2010, p. 301.
Bonnet V., « Les sûretés et l'EIRL », *JCP N* 5 octobre 2012, n° 40, p. 42.
- « Le rôle de l'article 1415 du code civil », *RRJ* 2003-1, p. 243.
- « Le cautionnement réel est-il réellement un cautionnement ? », *D*. 2000. 302.

Bordenave A., Guilleminot B., « Le nouvel agent des sûretés à la française », *Option finance*, juin 2017, n° 1417, p. 51.
Borga N., « Sûretés réelles et droit des entreprises en difficulté », *Lamy droit des sûretés*, étude 284.
- « L'EIRL et la constitution de sûretés personnelles », *Bull. Joly entreprises en difficultés*, 1er mars 2011, p. 76.
- « Regards sur les sûretés dans l'ordonnance du 18 décembre 2008 », *RDBF*, mai-juin 2009, étude 20, p. 9.
- « L'autonomie conceptuelle de l'antichrèse, source d'effets imprévus », *D.* 2006. 2090.

Boucard F., « Le devoir de mise en garde du banquier à l'égard de l'emprunteur et de sa caution : présentation didactique », *RDBF* septembre 2007, n° 5, étude 17.
Bourassin M., « Sûreté et surendettement des particuliers », *LPA* 10 octobre 2012, n° 203, p. 4.
- « Vers un droit commun des sûretés ? », *D*. 2006, pan., p. 1386.

Bouteiller P., « Les conditions de validité d'un cautionnement souscrit par une personne morale », *LPA* 1988, n° 142.
- « La caution du cédant peut-elle reprocher au banquier cessionnaire Dailly l'absence de la notification de la cession au débiteur cédé ? », *LPA* 22 juillet 1987, p. 15.
- « Incidences de la loi du 1er mars 1984…sur le contrat de cautionnement », *JCP E* 1984. I. 13512.

Brémond V., « La solidarité passive adjointe : une garantie au cœur du droit commun des obligations », *D.* 2004, somm., comm. p. 2035.
Brière de L'Isle G., « La faute dolosive. Tentative de clarification », *D.* 1980 chron. 133.
- « La faute intentionnelle (à propos de l'assurance de responsabilité civile professionnelle) », *D.* 1973, chron. 259.

Bros S., « Gages sur sommes d'argent », *Lamy droit des sûretés*, étude 268.
Bruyneel A., « L'évolution du droit des sûretés », *in Les sûretés*, colloque de Bruxelles, FEDUCI, 1984, p. 11.
Busseuil G., « Le choix entre sûretés personnelles et sûretés réelles : perspectives européennes », *JCP N* 5 octobre 2012, n° 40, p. 57.
Cabrillac M., « L'emprunt ou le cautionnement dans le passif de la communauté légale », *Dr. et patr*. mai 2003, p. 72.
- « Les sûretés réelles entre vins nouveaux et vieilles outres », in *Mélanges P. Catala*, Litec, 2001, p. 709.
- « Les sûretés conventionnelles sur l'argent », *in Mélanges Derruppé*, Joly-Litec, 1991, p. 333.
- « Les accessoires de la créance », *in Mélanges Weill*, Dalloz-Litec, 1983, p. 19.
- « La reconnaissance en France des sûretés réelles sans dépossession constituées à l'étranger », *RCDIP* 1979, p. 487.

Cabrillac M., Pétel Ph., « Juin 1994, le printemps des sûretés réelles », *D*. 1994, chron., p. 243.
Cabrillac R., « De la loi de substitution et de quelques-unes de ses applications en droit privé », *in Etudes offerts au doyen Philippe Simler*, Litec-Dalloz, 2006, p. 19.
Cabrillac S., « Garanties financières professionnelles », *Lamy droit des sûretés*, étude 140.
- « EIRL et sûretés personnelles : faute de grives on mange des merles », *Cah. dr. entr.* mai 2011, dossier 16.

Capitant H., « Sur l'abus des droits », *RTD civ*. 1928. 365.
Carbonnel Ch., « Le pacte commissoire en matière de sûretés réelles immobilières ou la réforme inachevée », *JCP E* 2007, 2536.
Carbonnier J., « Le Code civil », *in Nora*, *Les lieux de mémoire*, t. II, « La Nation », Paris, Gallimard, 1986, p. 309.
Catala N., « De la nature juridique du droit de rétention », *RTD civ.* 1967. 9.
Cerles A., « Conditions de validité du cautionnement délivré par une société civile », *RDBF* janv.-févr. 2008, étude n° 1.
Cerles A., Séjean M. (dir.), « Le cautionnement : du Code civil au Code de la consommation ou les illusions de la protection » *in Etudes offertes au doyen Philippe Simler*, Dalloz, LexisNexis, 2006, p. 273.
Chaput Y., « Les sûretés négatives », *Annales de la Faculté de droit de Clermont*, 1974, Fasc. 11, p. 167 s.
Chartier Y., « L'évolution du droit des sûretés », *RJ com*. février 1982, n° spéc., p. 150.
Chauveau M., « Classification nouvelle des droits réels et personnels », *Rev. crit.* 1931, p. 539.
Chauvel P., « Cautionnement et réticence du banquier », *in Mélanges Stoufflet J.*, PU Clermont-Ferrand, 2001, p. 33.
Combarieu J., « La purge amiable des hypothèques et privilèges (art. 2475 C. civ) », *JCP N* 2008, 1059.
Contamine-Raynaud M., « Les rapports entre la garantie à première demande et le contrat de base en droit français, à la recherche d'une légitimité », *Études R. Roblot*, 1984, p. 413.
Cordelier E., « A propos de l'article 2037 du Code civil », *RTD com*. 2004. 667.

Cornil G., « *Debitum* et *Obligatio*, Recherches sur la formation de la notion de l'obligation romaine », *in Mélanges Girard*, Rousseau, 1912, p. 199 s.
Crédot F.-J., « La cession de l'entreprise et le droit de rétention », *LPA* 1987, n° 68, p. 12.
Crédot F.-J., Hemmele J., « L'obligation d'information annuelle des cautions par les établissements de crédit (L. 1er mars 1984, art. 48) », *Banque* 1984, p. 1023.
Crocq P., *Rép. Civ. D.*, V° Gage et Nantissement.
- « Cautionnement et procédures collectives », *Lamy Droit des sûretés*, étude 172.
- « Inscription des sûretés immobilières », *Lamy Droit des sûretés*, étude 218.
- « Le gage immobilier (l'antichrèse) », *Lamy Droit des sûretés*, étude 224.
- « Nantissement de créance », *Lamy Droit des sûretés*, étude 261.
- « Nature juridique de la sûreté réelle pour autrui », *Lamy Droit des sûretés*, étude 301.
- « Constitution de la sûreté réelle pour autrui », *Lamy Droit des sûretés*, étude 303.
- « Effets de la sûreté réelle pour autrui », *Lamy Droit des sûretés*, étude 308.
- « Propriété fiduciaire, propriété unitaire », *in La fiducie dans tous ses états*, Dalloz, coll. « Thèmes et commentaires », 2011, p. 9 s.
- « La nouvelle fiducie sûreté : une porte ouverte sur une prochaine crise des subprimes en France ? », *D.* 2009. 716.
- « Le gage, avec ou sans dépossession, après la loi du 4 août 2008 et l'ordonnance du 18 décembre 2008 », *Cah. dr. entr*. juill. 2009, n° 4, p. 25.
- « L'ordonnance du 18 déc. 2008 et le droit des sûretés », *JCP E* 2009, p. 1313.
- « Des chrysanthèmes pour l'antichrèse ? », *RLDC* décembre 2008, p. 1.
- « Droit des sûretés, octobre 2006 – juillet 2008 », *D.* 2008. 2104.
- « La réforme du droit des procédures collectives et le droit des sûretés », *D.* 2006, p. 1306.
- « Sûretés et proportionnalité », *in Etudes offertes au doyen Philippe Simler*, Dalloz, LexisNexis, 2006, p. 291.
- « Le droit des procédures collectives et le caractère accessoire du cautionnement », *in Mélanges Philippe Malaurie*, Defrénois, 2005, p. 171.
- « L'efficacité incertaine de la cession Dailly », *Dr. et patr.*, juillet-août 2002, n° 106, p. 80.
- « Le principe de spécialité des sûretés réelles : chronique d'un déclin annoncé », *Dr. et patr.* avr. 2001, p. 58.
- « Les développements récents de l'obligation d'information de la caution », in *Mélanges M. Cabrillac*, Litec, 1999, p. 349.
- « Chronique de difficultés jurisprudentielles à venir », *RTD civ*. 1998. 955.
- « L'évolution des garanties du paiement : de la diversité à l'unité », *in Mélanges Mouly*, Litec, 1998, p. 317.

Cuif P.-F., « Hypothèque conventionnelle », *Lamy droit des sûretés*, étude 202.
- « Privilèges immobiliers », *Lamy droit des sûretés*, étude 212.
- « Privilèges spéciaux mobiliers », *Lamy droit des sûretés*, étude 233.
- « Présentation des privilèges généraux », *Lamy droit des sûretés*, étude 403.
- « Créances assorties d'un privilège général », *Lamy droit des sûretés*, étude 408.
- « Classement des privilèges généraux », *Lamy droit des sûretés*, étude 413.
- *J.-Cl. Civil Code*, article 2458 à 2460, fasc. unique, *Privilèges et hypothèques (pacte commissoire et attribution judiciaire)*.
- « Le caractère hybride de la convention de rechargement », *RLDC* 2007, n° 34.

Cuperlier O., Gorny A., « L'engagement disproportionné de la caution, après la loi sur l'initiative économique (réflexions et statistiques) », *JCP E* 2004, p. 1975.

Dagot M., « Sûretés monovalents et sûretés polyvalentes », *JCP N* 26 février 1999, n° 8, p. 381-382.
- « La notion de privilège », *in Mélanges Mouly*, t. II, 1998, p. 335.
- « Publicité foncière et redressement judiciaire », *JCP* 1986. I. 3262.
- « Sûretés réelles contre sûretés personnelles », *JCP N* 1986. I. p. 83.
- « L'hypothèque de l'immeuble indivis », *JCP* 1980. I. 2994.
- « La transmission des créances hypothécaires » », *JCP G* 1976. I. 2820.
- « La novation par changement du débiteur et le droit hypothécaire », *JCP* 1975. I. 2693.
- « De la clause aux termes de laquelle le créancier ne peut consentir une prorogation de délai au débiteur à peine de perdre tous ses recours contre la caution », *JCP* 1973. I. 2577.

Dagot M., Mouly Ch., « L'usage du crédit social et son abus (repenser la fonction des personnes morales) », *Rev. soc.*, 1988, p. 1.

Daigre J.-J., « Les substituts du cautionnement : de la lettre à la garantie, la revanche de la liberté », *Cah. dr. entr.* 6/1992, p. 8.

Dammann R., « La réforme des sûretés mobilières : une occasion manquée », *D.* 2006. 1298.
- « La situation des banques, titulaires de sûretés, après la loi de sauvegarde des entreprises », *Banque et droit*, 2005, p. 16.

Dammann R., Le Beuze G., « Réforme des sûretés et des procédures collectives : quelles sûretés choisir ? », *Cah. dr. entr.* mars 2007, dossier 9.

Dammann R., Podeur G., « Fiducie et procédure de sauvegarde, un nouvel équilibre », *RLDC* 2008, p. 33.
- « Le nouveau paysage du droit des sûretés : première étape de la réforme de la fiducie et du gage sans dépossession », *D.* 2008. 2300.

Dauchez C., « Pour une théorie générale des sûretés », *RRJ* juin 2016, n° 3, p. 1121.

Debat O., « Le contrat, source de responsabilité envers les tiers », *LPA* 2003, n° 190, p. 3.

Deboissy F., « Le contrat de société », *in Le contrat, Travaux de l'Association H. Capitant, journées brésiliennes*, t. LV, Société de législation comparée, 2008, p. 119.

De La Massue H., « Responsabilité contractuelle et responsabilité délictuelle sous la notion de l'abus du droit », *RTD civ*. 1948. 1.

Delebecque Ph., *Rép. Civ. D*., V° Cautionnement.
- « Le régime des hypothèques », *in Commentaire de l'ordonnance du 23 mars 2006 relative aux sûretés*, *JCP E* 2006, suppl. au n° 20-21, n° 26.
- « Le cautionnement et le Code civil : existe-t-il encore un droit du cautionnement ? », *RJ. com*. 2004, p. 226.
- « Sûretés réelles et procédures collectives », *Dr. et patr*. juillet-août 2002, n° 106, p. 49.
- « Garanties et contre-garanties », *in Mélanges C. Gavalda*, Dalloz, 2001, p. 91.
- « Les sûretés dans les nouvelles procédures collectives », *JCP N* 1986. I. 191, n° 32.

Desdevises Y., « L'abus du droit d'agir en justice avec succès », *D*. 1979, chron. 21.

Despres I., « De l'inexistence du recours avant-paiement entre cofidéjusseurs », *RLDC* 2004/10, p. 23.

Desrayaud A., « Ecole de l'exégèse et interprétations doctrinales de l'article 1137 du Code civil », *RTD civ.* 1993. 535.

Devèze J., « Les créanciers titulaires d'un gage, d'un nantissement ou d'un droit de rétention », *LPA* 18 mai 1992, p. 18.

Dissaux N., *J.-Cl. Civil Code*, article 2355, fasc. 20, *Fonds de commerce (nantissement).*
- « L'abus de la solidarité », *AJ contrat* juin 2017, n° 6, p. 259.

Dondero B., « Réflexions sur les mécanismes d'autorisation des sûretés et garanties consenties par les sociétés anonymes », *D*. 2004, chron. p. 405.
Drobnig U., « Traits fondamentaux d'un régime européen des sûretés personnelles », *in Etudes offertes au doyen Philippe Simler*, Dalloz, LexisNexis, 2006, p. 315.
Dumont-Lefrand M.-P., « L'incidence de la réforme du droit des contrats sur le régime des garanties », *AJ contrat* juin 2017, n° 6, p. 254.
Dupichot Ph., « Janus ou le double visage des sûretés rechargeables », *Dr. et patr.* mai 2010, p. 68.
- « L'efficience économique du droit des sûretés personnelles », *LPA* 14 avril 2010, p. 3.
- « La fiducie-sûreté en pleine lumière – A propos de l'ordonnance du 30 janvier 2009 », *JCP G* 2009, p. 132.
- « Le nantissement, un an après », *LPA* 27 mars 2008, p. 27.
- « La réforme du régime hypothécaire », *D*. 2006, chron., p. 1291.
- « Propriété et garantie au lendemain de l'ordonnance relative aux sûretés », *RLDC* 2006, suppl. n° 29, p. 17.

Emerich Y., « Les fondements conceptuels de la fiducie française face au trust de la common law : entre droit des contrats et droit des biens », *RIDC* 2009, n° 1, p. 50.
Esmein P., « Le fondement de la responsabilité contractuelle rapproché de la responsabilité délictuelle », *RTD civ*. 1933. 627.
- « L'obligation et la responsabilité contractuelles », *in Mélanges Ripert*, LGDJ, t. 2, p. 101.

Fabre-Magnan M., « Le mythe de l'obligation de donner », *RTD civ*. 1996. 85.
- « Critique de la notion de contenu du contrat », *RDC* 2015. 639.

Faugerolas L., « La subordination des créances », *JCP E* 1991. 84. n° 22.
Favario Th., « Les contours jurisprudentiels du devoir de mise en garde du banquier à l'égard de l'emprunteur non averti », *RDBF* mai-juin 2010, p. 22.
Ferreira G., « La situation du tiers convenu dans le gage », *Defrénois* 2004, art. 37874, p. 205.
Flour J., « Le cautionnement et le patrimoine des couples », *Dr. et patr.* avril 2001, n° 92, p. 80.
Fournier A., *Rép. civ. D.*, V° Hypothèque, hypothèque conventionnelle, hypothèque légale et hypothèque provisoire.
François J., « L'obligation de la caution réelle », *Defrénois* 2002, art. 37604, p. 1208.
- « Le problème de la nature juridique du contrat caution-débiteur », *D.* 2001, chron. 2850.

Frémont P., *J.-Cl. Civil Code*, article 2440 à 2443, fasc. 10, 20, 30, *Privilèges et hypothèques (radiation des inscriptions)*.
Gallois-Cochet D., « Quelle proportionnalité pour les sûretés réelles ? », *D*. 2010, p. 335.
- « Garantie autonome et lettre d'intention », *RLDA* 2007, n° 14, p. 68.

Ghestin J., « La qualification en droit français des garanties données par une société mère au profit de sa filiale », *in Mélanges Van Ommeslaghe*, 2000, p. 427.
- « L'utile et le juste dans les contrats », *D*. 1982, chron., p. 1.

Ginestet C., « La qualification des sûretés », *Defrénois* 1999, art. 36927 et 36940 (deux parties).
Gobert M., « La publicité foncière, cette mal-aimée », *in Mélanges Flour*, 1979, p. 241.
Gourio A., « Précisions sur l'obligation de mise en garde du banquier dispensateur de crédit à l'égard des emprunteurs non avertis », *JCP G* 2007. II. 10146.
Gout O., « Les sûretés face aux procédures collectives », *JCP N* 5 octobre 2012, n° 40, p. 45.
- « Réflexions sur la nature juridique du sous-cautionnement », *RLDC* 2008, n° 55, p. 27.

Gridel J.-P., Laithier Y.-M., « Sanctions civiles de l'inexécution du contrat », *JCP* 2008, I, doctr. 143.
Grimaldi M., « L'hypothèque rechargeable et le prêt viager hypothécaire », *D.* 2006. 1294.
Grimaldi M., Dupichot Ph., « Durée et sûretés », *RDC* 2004/1, p. 95.
Grua F., « Le cautionnement réel », *JCP G* 1984. I. 3167.
Guinchard S., « Le droit a-t-il encore un avenir à la Cour de cassation ? », *in Mélanges en hommage à François Terré*, Dalloz-PUF-Litec, p. 761.
Guyon Y., « Le droit de regard du créancier sur le patrimoine et l'activité de son débiteur considéré comme une sûreté », *RJ com*. févr. 1982, n° spécial, p. 121.
Hamel J., « Préface », in *Le gage commercial, Etudes de droit commercial*, Dalloz, 1953, p. 6.
Hannoun C., « Réflexions sur la distinction de la fraude et de l'abus dans les garanties à première demande », *RDBF* 1988, p. 187.
Hébert S., « Le pacte commissoire après l'ord. 23 mars 2006 », *D.* 2007. 2052.
Hémard J., « La restauration des droits du créancier-gagiste en matière commerciale par la jurisprudence française », *in Mélanges Secrétan*, 1964, p. 95.
Hennebelle D., « La spécificité de la nature juridique du ducroire d'intermédiaire », *JCP E* 2000, p. 1366.
Hoang P., « De la suppression du dispositif prétorien de la responsabilité pour soutien abusif », *D*. 2006, chron. 1458 s.
Hocquard J.-M., « Le pacte commissoire : une fausse bonne idée », *Dr. et patr.* novembre 2005, p. 88.
Honorat A., « Sociétés et cautionnements », *Defrénois*, 1982, art. 32970, p. 1565.
Hontebeyrie A., « Solidarité », *Lamy droit des sûretés*, étude 165.
Houin-Bressand C., « Les contre-garanties des sûretés bancaires », *RDBF* janvier 2009, n° 1, p. 76.
Houtcieff D., « Gage », *Lamy droit des sûretés*, étude 231.
- « Sûretés sur fonds de commerce et fonds artisanal », *Lamy droit des sûretés*, étude 247.
- *J.-Cl. Civil Code*, article 2284 à 2488, fasc. 10, *Présentation de la réforme des sûretés (ordonnance n° 2006-346 du 23 mars 2006)*.
- *J.-Cl. Notarial*, fasc. 50, *L'hypothèque rechargeable*.
- « La remise en cause du caractère accessoire du cautionnement », *RDBF* septembre 2012, n° 5, p. 63.
- « Les sûretés personnelles », *RDBF*, 2006, p. 58.
- « Contribution à une théorie du bénéfice de subrogation », *RTD civ.* 2006, p. 191.
- « Les sûretés personnelles », *JCP G* 2006, I, p. 3.
- « La garantie autonome souscrite par une personne physique : une sûreté en quête d'identité », *RLDC* juillet-août 2006, n° 29, p. 31.
- « Le droit de sûretés hors le Code civil », *LPA* 22 juin 2005, p. 8.
- « Les dispositions applicables au cautionnement issues de la loi pour l'initiative économique », *JCP G* 2003. I. 161.

Hovasse H., « Les cautions données par les sociétés et l'objet social », *Dr. et patr.* 2001, n° 92, p. 76.
Jacob F., « Garanties autonomes », *Lamy droit des sûretés*, étude 135.
- « Le nantissement de parts sociales », *Dr. et patr.* juillet-août 2007, n° 161, p. 68.
- « L'avenir des garanties autonomes en droit interne, quinze ans après », *Mélanges en l'honneur de Ph. Simler*, Dalloz, 2006, p. 341.

Jacob F. et Rontchevsky N., « L'application de l'article 1415 du Code civil aux garanties », *in Mélanges AEDBF-France*, t. 3, Banque, 2001, p. 197.

Jambu-Merlin R., « Dol et faute lourde », *D.* 1955, chron. 89.
Jamin Ch., « Plaidoyer pour le solidarisme contractuel », *Mélanges Ghestin*, LGDJ, 2001, p. 441.
Jobard-Bachellier M.-N., « Existe-t-il encore des contrats réels en droit français ? Ou la valeur des promesses de contrat réel en droit positif », *RTD civ.* 1985. 1.
Jobard-Bachellier M.-N., Brémond V., « De l'utilité du droit de la responsabilité pour assurer l'équilibre des intérêts des contractants », *RTD com.* 1999. 327.
Jourdain P., « Quelques réflexions sur la notion de garantie en droit privé », *Mélanges Ph. Malinvaud*, Litec, 2007, p. 303.
– « Réflexions sur la notion de responsabilité contractuelle », *in Les métamorphoses de la responsabilité*, 6ème journée R. Savatier, PUF, 1998, p. 65.
Josserand J., « La renaissance de la faute lourde sous le signe de la profession », *DH* 1939, chron. 29.
– « Force majeure et cas fortuit », *DH* 1934, chron. 25.
– « La responsabilité envers soi-même », *DH* 1934, chron. p. 73.
Juillet Ch., « L'évolution contemporaine du "fait du créancier" au sens de l'article 2314 du Code civil », *LPA* 27 décembre 2007, n° 259, p. 6-17.
Juredieu F., « Les obligations du créancier découlant du bénéfice de subrogation de la caution », *LPA* 7 juillet 2008, n° 135, p. 10-19.
Kaczmarek L., « Propriété fiduciaire et droits des intervenants à l'opération », *D.* 2009. 1845.
Kanayama N., « De l'obligation de "couverture" à la prestation de "garantir" - donner, faire, ne pas faire… et garantir ? - », *in Mélanges Mouly*, Litec, 1998, p. 375.
Kelsen H., « La théorie juridique de la convention », *APD* 1941, p. 33 à 71.
– « Aperçu d'une théorie générale de l'Etat », *Revue de droit public*, 1926, p. 561 s.
Khairallah G., « Hypothèque rechargeable et prêt viager hypothécaire : aspects internationaux », *Defrénois* 2007, p. 929.
Lachièze C., « L'article 1415 du Code civil à l'épreuve du cautionnement par les époux de la même dette », *JCP G* 2005. II. 10069.
Lafont S., « Pour une nouvelle classification des sûretés personnelles », *RLDC* 2009, n° 57, p. 33.
Lagoutte J., « La faute dans l'avant-projet de réforme de la responsabilité civile », *RCA* 2017, n° 2, p. 5.
Laisney L.-J., « Changement de régime pour l'agent des sûretés », *AJ contrat* juin 2017, n° 6, p. 273.
Lajarte C., « La nature juridique des droits du bénéficiaire d'un contrat de fiducie », *RLDC* mai 2009, p. 71.
Lalou H., « La gamme des fautes », *D.H.* 1940, chron. 17.
Lapoyade-Deschamps Ch., « Le mythe de la responsabilité contractuelle en droit français », *in Failure of contracts*, Oxford, éd. Francis Rose, 1997, p. 175 s.
Larribau-Terneyre V., « La pluralité des régimes du gage », *Dr. et patr.* mars 2007, p. 73.
Larroumet Ch., « Pour la responsabilité contractuelle », *Mélanges P. Catala*, 2001, p. 243.
Latina M., Sagaut J., « La responsabilité des notaires en matière de sûretés », *Defrénois* 2011, p. 976.
Le Corre P.-M., « La mesure de l'efficacité des gages sans dépossession dans les procédures collectives », *JCP E* 2009, p. 1204.
– « Les incidences de la réforme du droit des sûretés sur les créanciers confrontés aux procédures collectives », *JCP E* 2007, p. 1185.
Leduc F., « La spécificité de la responsabilité contractuelle du fait des choses », *D.* 1996, chron. 164.
– « Le gage translatif de propriété : mythe ou réalité ? », *RTD civ.* 1995. 249.

Lefèbvre A.-F., « De la responsabilité, délictuelle, contractuelle », *Rev. crit*. 1886. 485.
Legeais D., *Rép. Civ. D*., V° Sûretés.
- *J.-Cl. Civil Code*, articles 2333 à 2336, fasc. unique, *Gage de meubles corporels (droit commun, constitution)*.
- *J.-Cl. Civil Code*, articles 2337 à 2340, fasc. unique, *Gage de meubles corporels (opposabilité du gage).*
- *J.-Cl. Civil Code*, articles 2343 à 2349, fasc. unique, *Gage de meubles corporels (effets).*
- *J.-Cl. Civil Code*, articles 2356 à 2366, fasc. 10, 20, 30, *Nantissement de meubles incorporels – Cession et nantissement de créances professionnelles*.
- « Publication de l'ordonnance relative à l'agent des sûretés », *JCP E* 25 mai 2017, n° 21-22, p. 9.
- « Incidences de la réforme du droit des contrats sur le droit des sûretés », *RDBF* mars 2016, n° 2, comm. 72.
- « Etendue du contrôle de la Cour de cassation en matière de qualification de caution avertie », *JCP G* 2009. II. 10081.
- « De la distinction des sûretés civiles et commerciales », *in Mélanges P. Didier*, Economica, 2008, p. 237.
- « La réforme du droit des garanties ou l'art de mal légiférer », *in Etudes offertes au doyen Philippe Simler*, Dalloz, LexisNexis, 2006, p. 367.
- « Le gage de meubles corporels », *JCP E* 2006, suppl. au n° 20-21, 4, p. 12.
- « Les concours consentis à une entreprise en difficulté », *JCP E* 2005, p. 1747.
- « La règle de l'accessoire dans les sûretés personnelles, *Dr. et patr.* 2001, n° 92, p. 68.
- « La responsabilité des banques mise en cause par les cautions », *Banque et droit* janvier-février 2000, p. 38.
- « La caution dirigeante peut-elle se prévaloir d'un dol commis par un établissement de crédit dans l'octroi d'un prêt ? », *RDBB* 1998, p. 193.
- « La faute du créancier, moyen de défense de la caution poursuivie », *LPA* 5 mars 1997, p. 4.

Lelieur J., « L'application analogique du régime du cautionnement à la sûreté réelle pour autrui », *RRJ* 2007, n° 3, p. 1235.
Lerebours-Pigeonnière P., « La contribution essentielle de Raymond Saleilles à la théorie générale de l'obligation et à la théorie de la déclaration de volonté », *in L'œuvre juridique de Raymond Saleilles*, éd. Rousseau, Paris, 1914, p. 396 s.
Le Nabasque H. *et alii*, « L'assiette du nantissement de compte d'instruments financiers, son évolution », *RDBF* 1998, p. 125.
Leturmy L., « La responsabilité délictuelle du contractant », *RTD civ*. 1998. 839.
Libchaber R., *Rép. civ. D*., V° Bien.
- « Aspects civils de la fiducie », *Defrénois* 2007, art. 38631 et 38639.
- « La société, contrat spécial », *Mélanges Jeantin*, Dalloz, 1999, p. 281.

Licari F.-X., *J.-Cl. Civil Code*, articles 2372-1 à 2372-5, fasc. unique, *Fiducie-sûreté mobilière*.
- « Gage sur marchandises », *Lamy droit des sûretés*, étude 272.
- « Les principales sûretés personnelles du droit allemand », *Lamy droit des sûretés*, étude 520.
- « Les principales sûretés réelles du droit allemand : fiducie et clause de réserve de propriété », *Lamy droit des sûretés*, étude 523.
- « Une sûreté négative : la renonciation du débiteur cédé à ses exceptions (droit français, droit comparé, droit uniforme) », *RLDC* 1er mai 2004, n° 5, p. 57-66.

Loiseau G., « Le nantissement de films cinématographiques », *Dr. et patr.* juillet-août 2002, n° 106, p. 67.
Lucas F.-X., « Nantissement conventionnel de parts sociales », *Lamy droit des sûretés*, étude 253.
Lutun O., « L'information de la caution de la défaillance du débiteur principal », *RDBF* juillet-août 2003, p. 262.
Malinvaud Ph., « Le privilège du bailleur d'immeuble et les meubles qui n'appartiennent pas au preneur », *in Mélanges Voirin*, LGDJ, 1967, p. 578.
Martin D., « De la garantie monétaire », *RDBF* mars-avril 2006, p. 43.
- « L'engagement de codébiteur solidaire adjoint », *RTD civ.* 1994. 49.
- « De la survie du gage à la cession de l'entreprise », *RJ com*. 1987, p. 81.
- « Des techniques d'affectation en garantie des soldes de comptes bancaires », *D.* 1987, chron. 229.

Martin F., « Le principe de spécialité de l'hypothèque », *Dr. et patr.* nov. 2005, p. 58.
Martin L.-M., « L'information de la caution », in *Mélanges De Juglart*, LGDJ – Montchrestien – Editions techniques, 1986, p. 155.
Martin-Serf A., « L'interprétation extensive des sûretés réelles en droit commercial », *RTD com.* 1980, p. 677.
Marty R., « Cautionnement et comportement du créancier », *JCP E* 13 septembre 2007, n° 37, p. 9.
Mathey N., *J.-Cl. Civil Code*, article 2424, fasc. unique, *Hypothèques conventionnelles (transmission et cession)*.
- « Le caractère excessif de l'engagement de caution », *RDBF* septembre 2012, n° 5, p. 77.

Mathieu M., Delebecque Ph., « Une vraie fausse garantie : la promesse d'affectation hypothécaire », *Banque et droit* 1992, p. 48.
Matsopoulou H., « Détournement de gage », *Lamy droit des sûretés*, étude 296.
- « Les aspects actuels du gage automobile », *RTD com.* 1998, p. 795.

Mazeaud D., « Variations sur une garantie épistolaire et indemnitaire, la lettre d'intention », *in Mélanges M. Jeantin*, p. 346.
- « Loyauté, solidarité, fraternité, la nouvelle devise contractuelle ? », *Mélanges en hommage à François Terré*, Dalloz, 1999, p. 603.

Mazeaud H., « La vente d'un logement hypothéqué en garantie d'un prêt à la construction », *in Etudes juridiques offertes à Léon Julliot de la Morandière*, Dalloz, 1964, p. 367.
- « Responsabilité délictuelle et responsabilité contractuelle », *RTD civ.* 1929. 551.

Mazeaud L., « L'assimilation de la faute lourde au dol », DH 1933, chron. 44.
Mestre J., « Les cofidéjusseurs », *Dr. et patr.* 1998, n° 56, p. 65 et n° 59, p. 64.
- « Réflexions sur l'abus du droit de recouvrer sa créance », *in Mélanges Raynaud*, Dalloz, 1985, p. 439.

Michat-Goudet R., « Inopposabilité des cautionnements, avals et garanties irrégulièrement donnés par le président du Conseil d'administration : une sanction critiquable », *JCP E* 1998, p. 840.
Miellet D., « Défaut d'autorisation des cautions, avals et garanties », *JCP E* 2003, p. 1394.
Mignot M., « Obligations conjointes et solidaires. Obligations *in solidum* », *J.-Cl. civ*., articles 1197 à 1216, fasc. 30, LexisNexis, juin 2016.
- « Le devenir de la sûreté réelle pour autrui dans la jurisprudence récente », *JCP N* 5 octobre 2012, n° 40, p. 49.
- « Le devoir de mise en garde de l'emprunteur et de la caution : devoir d'informer, de conseiller ou de s'abstenir de contracter ? » *in Le crédit. Aspects juridiques et économiques*, Dalloz, 2012, spéc. n° 20

– « L'indisponibilité de la créance nantie : une pièce manquante essentielle du dispositif législatif issu de l'ordonnance n° 2006-346 du 23 mars 2006 », *RDBF*, février 2010, étude 2.
– « Le rapport *Doing business* et l'analyse économique du droit français des sûretés réelles », *in Pratique des affaires*, Lamy, 2010, p. 33
– « Plaidoyer pour l'abrogation de l'article 1216 du Code civil », *RLDC* mai 2006, p. 27.

Molfessis N., « Le principe de proportionnalité en matière de garanties », *Banque et droit*, mai-juin 2000, p. 4.

Mouly Ch., « Les contrats bancaires dans un groupe de sociétés », *LPA* 2 févr. 1994, p. 10.
– « Efficacité en France des sûretés anglaises », *RDBB* juin-juillet 1992, n° 32, p. 160.
– « Le cautionnement donné par une personne mariée », *Defrénois* 1988, p. 227.
– « Pour la liberté des garanties personnelles », *Banque*, 1987, p. 1166.
– « Cautionnement et fraude dans les régimes matrimoniaux », *D*. 1986. 485.
– « Procédures collectives : assainir le régime des sûretés », *in Mélanges Roblot*, LGDJ, 1984, p. 529.
– « Abus de caution ? », *RJ com*. février 1982, n° spéc., p. 13.
– « Les recours anticipés de la caution contre la sous-caution », *JCP G* 1980. I. 2985.

Moury J., « La responsabilité du fournisseur de "concours" dans le marc de l'article L. 650-1 du Code de commerce », *D*. 2006, chron., p. 1743.

Nabet P., « Pour un agent des sûretés efficace en droit français ou comment donner un effet utile à l'article 2328-1 du Code civil », *D*. 2012. 1901.

Najjar I., « La notion d'"ensemble contractuel" », *Mélanges A. Decocq*, Litec, 2004, p. 509.

Nast M., « De l'étendue du droit pour le propriétaire d'un immeuble hypothéqué de l'administrer et de l'exploiter », *Répertoire général du notariat* 1934, p. 93.

Netter E., « Caution et établissement de crédit : retour sur le devoir de mise en garde et les garanties disproportionnées », *RLDC* septembre 2012, n° 96, p. 23.

Nguyen Thanh-Bourgeais D., « Contribution à l'étude de la faute contractuelle : la faute dolosive et sa place dans la gamme des fautes », *RTD civ.* 1974. 414.

Oppetit B., « L'engagement d'honneur », *D.* 1979, chron., p. 111.

Padé O., Cuif P.-F., « Hypothèques légales », *Lamy droit des sûretés*, étude 206.

Palvadeau E., « Réflexions sur la caution avertie », *Dr. et patr.* octobre 2012, n° 218, p. 36.

Pardoël D., « Les obligations d'information de la caution portant sur l'évolution de la dette principale », *LPA* 3 juill. 2001, n° 131, p. 13.

Pérochon F., « Les interdictions de paiement et le traitement des sûretés réelles », *D.* 2009, p. 651.
– « Procédures collectives et cautionnement », *Dr. et patr.* juill.-août 2008, p. 77.

Pesneau A., « The new French law security agent : an efficient tool for syndicated loans », *RTDF* avril 2017, n° 2, p. 75.

Pétel Ph., « La réforme des sûretés réelles à l'épreuve des procédures collectives », *in Evolution des sûretés réelles : regards croisés Université-Notariat*, Litec, 2008, p. 109.

Picod Y., *Rép. Civ. D*., V° Obligations.
– « Cession de dette et droit des sûretés », *AJ contrat* juin 2017, n° 6, p. 268.
– « L'évolution de l'obligation d'information de la caution pendant l'exécution du contrat », *in Etudes offertes au doyen Philippe Simler*, Dalloz, LexisNexis, 2006, p. 395.
– « Remarques sur l'application de l'article 1415 du Code civil au cautionnement réel », *Dr. et patr*. avril 2000, p. 34.

– « Proportionnalité et cautionnement. Le mythe de Sisyphe », *in Mélanges en l'honneur de J. Calais-Auloy*, Dalloz, 2003, p. 843.
Piedelièvre A., « Remarques sur l'infléchissement de la notion de personnalité morale par le cautionnement », *Gaz. Pal*. 1982, 1, doctr. p. 85.
– « L'efficacité de la garantie hypothécaire », *in Mélanges Flour*, Defrénois, 1979, p. 367.
– « Les règles particulières à l'hypothèque légale des époux », *RTD civ*. 1968. 229.
Piedelièvre S., *Rép. Civ. D*., V° Gage immobilier.
– « Patrimoine d'affectation, droit des créanciers et droit des sûretés », *in Mélanges P. Le Cannu*, 2014, p. 547.
– « Le nouvel article 2286, 4°, du Code civil », *D.* 2008. 2950.
– « La responsabilité du notaire en matière hypothécaire », *RLDC* 2005, p. 644.
– « La responsabilité liée à une opération de crédit », *Dr. et patr*. 2001, n° 89, p. 62.
– « La réduction des inscriptions hypothécaires », *Defrénois* 2000, art. 37190.
Piette G., *Rép. Civ. D.*, V° Cautionnement et Rétention.
– « L'ordonnance du 4 mai 2017 sur l'agent des sûretés : entre précisions et oublis », *Lexbase Hebdo – Edition Affaires*, 8 juin 2017, n° 15.
– « Les sûretés dans l'ordonnance n° 2008-1345 du 18 décembre 2008, portant réforme du droit des entreprises en difficulté », *Lexbase Hebdo – Edition privée générale*, 26 février 2009, n° 339.
– « Les faiblesses du cautionnement », *RLDA* 2008, n° 31, p. 103-106.
– « Le devoir d'assurer l'efficacité de la subrogation », *RLDA* 2008, n° 24, p. 116.
– « Le nantissement de meubles incorporels », *RLDA* 2007, n° 14, p. 90-92.
– « La nature de l'antichrèse, après l'ordonnance n° 2006-346 du 23 mars 2006 », *D.* 2006. 1688.
– « Une nouvelle proportionnalité en droit des sûretés : brèves observations sur l'article L 650-1 du Code de commerce », *RLDC* 1er juin 2006, n° 28, p. 27-29.
– « Cautionnement et intérêt social. Les implications réciproques », *JCP G* 16 juin 2004, n° 25, p. 1111.
– « La sanction du cautionnement disproportionné », *Dr. et patr.* 1er juin 2004, n° 127, p. 44-49.
– « Les garanties de paiement de la prestation compensatoire », *Dr. et patr.* 1er mai 2003, n° 115, p. 54-65.
Pierre Ph., *J.-Cl. Civil Code*, articles 2426 à 2439, fasc. 10 à 40, *Privilèges et hypothèques*.
Pignarre G., « À la redécouverte de l'obligation de *praestare*. Pour une relecture de quelques articles du Code civil », *RTD civ*. 2001. 41.
Pirovano A., « La fonction sociale des droits : réflexions sur le destin de la théorie de Josserand », *D*. 1972, chron. 67.
Poullet Y., « Les garanties autonomes : les exceptions au devoir de paiement », *in L'actualité des garanties à première demande*, Bruylant, coll. « AEDBF », 1997, p. 231.
– « La garantie à première demande : un acte unilatéral abstrait ? », *in Mélanges D. Pardon*, Bruylant, 1996, p. 410.
Pourret G., « La mainlevée des garanties financières internationales », *LPA* 1981, n° 40, p. 12.
Praicheux S., « La garantie financière, esquisse d'une sûreté européenne ? », *RDBF* janv.-févr. 2010, dossier, p. 6.
Prigent S., « Le dualisme dans l'obligation », *RTD civ*. 2008. 401.
Prüm A., « La consécration légale des garanties autonomes », *in Etudes offertes au doyen Philippe Simler*, Dalloz-Litec, 2006, p. 409.
– « L'autonomie légale des garanties à première demande », *RDBF* juin 2006, n° 3, p. 1.

– « Mise en œuvre de l'adage « *fraus omnia corrumpit* » dans le crédit documentaire irrévocable réalisable à terme », *DPCI* 1988, p. 107.
– « Application de l'adage « *fraus omnia corrumpit* » à propos des garanties à première demande », *DPCI* 1987, p. 121.

Putman E., « Sur l'origine de la règle "meubles n'ont pas de suite par hypothèque" », *RTD civ*. 1994. 543.

- « La saisie des droits d'associés et des valeurs mobilières », *JCP G* 1993. I. 3689.

Radé Ch., « L'impossible divorce de la faute et de la responsabilité civile », *D.* 1998, chron. 301.

Rawach E., « La licéité des garanties à première demande à la lumière du droit de la consommation », *RDBF* 2000, p. 57.

Rebut D., « De la responsabilité contractuelle du fait d'autrui et de son caractère autonome », *RRJ* 1996, p. 411.

Rémond-Gouilloud M., « L'influence du rapport caution-débiteur sur le contrat de cautionnement », *JCP G* 1977. I. 2850.

Rémy Ph., « "Responsabilité contractuelle" : histoire d'un faux concept », *RTD civ*. 1997. 323.

– « Critique du système français de responsabilité civile », *Droit et cultures*, 1996, p. 31 s.

Riassetto I., « Porte-fort d'exécution », *Lamy droit des sûretés*, étude 150.

– « Garanties en matière boursière », *Lamy droit des sûretés*, étude 152.
– « Constitution d'une sûreté portant sur un bien indisponible », *RLDC* juin 2009, p. 3461.

Rigaud L., « À propos de la renaissance du "*jus ad rem*" et d'un essai de classification nouvelle des droits patrimoniaux », *RIDC* 1963, p. 557 s.

Riehm T., « Le patrimoine d'affectation en droit allemand, notamment en droit des sûretés », *RLDC* 1er décembre 2010, n° 77, p. 66-72.

Riéra A., « Le porte-fort et le droit des sûretés », *AJ contrat* juin 2017, n° 6, p. 262.

Rives-Lange J.-L., « Engagements abstraits pris par le banquier », *in Travaux H. Capitant*, t. XXXV, Economica, 1984, Rapport belge, p. 309.

Robine D., « Le gage de compte d'instruments financiers », *Dr. et patr.* juillet-août 2002, n° 106, p. 71.

Roblot R., « Le cautionnement des dettes d'une société commerciale par ses dirigeants », *in Mélanges Derruppé*, Litec, 1991, p. 347.

– « Les sûretés mobilières sans déplacement », *in Mélanges Ripert*, II, p. 362.
– « De la faute lourde en droit privé français », *RTD civ.* 1943. 1.

Rodière R., « Une notion menacée : la faute ordinaire dans les contrats », *RTD civ*. 1954. 201.

– « Y a-t-il une responsabilité contractuelle du fait d'autrui ? », *D*. 1952. chron. 79.

Roman B., « La caution et l'action paulienne : la délicate alliance des règles de fond et de procédure », *D.* 2003, chron., p. 2156.

Rontchevsky N., « Pour l'application du principe de cohérence aux garanties à première demande souscrites par des établissements de crédit », *in Mélanges dédiés à B. Bouloc*, Dalloz, 2007, p. 987.

– « Les dispositions relatives au droit des sûretés personnelles », *D*. 2006, n° 19, p. 1303.
– « Faire le nécessaire », *in Etudes offertes au doyen Philippe Simler*, Dalloz, LexisNexis, 2006, p. 417.

Rontchevsky N., Koering C., « Lettres de confort (ou d'intention) », *Lamy droit des sûretés*, étude 145.

Rouit V., « Fiducie-sûreté », *Lamy droit des sûretés*, étude 293.

Rouvière F., « Le caractère subsidiaire du cautionnement », *RTD com*. 2011. 689.
- « L'obligation comme garantie », *RTD civ*. 2011. 1.

Sadi D., « L'autorisation du conjoint donnée à l'époux caution : étude prospective », *D*. 2014, chron. p. 231.
Saint-Cène M., Grillot J., « L'engagement de caution disproportionné », *RDBF* 2000, p. 190.
Saintourens B., « Certificateurs de cautions et sous-cautions : les oubliés des réformes du droit du cautionnement », *in Mélanges M. Cabrillac*, Dalloz-Litec, 1999, p. 397.
Saleilles R., « Le risque professionnel dans le code civil », *Réforme sociale*, 1898. 1. 634.
Salvage Ph., Salvage-Gerest P., « Droit pénal et sûretés », *Mélanges Larguier*, Presses universitaires de Grenoble, 1993, p. 282.
Salvage-Gerest P., « Le gage des brevets d'invention », *JCP* 1987, éd. C.I. II. 12781, n° 34, p. 374.
Sauvage Ph., « Garanties sur contrat d'assurance-vie », *Lamy droit des sûretés*, étude 266.
- « L'adaptation progressive du nantissement d'assurance-vie aux exigences de la pratique bancaire », *RDBF* janvier-février 2009, dossier n° 5.
- « De quelques obstacles aux garanties sur contrat d'assurance-vie », *Dr. et patr.* juillet-août 2002, n° 106, p. 92.

Savaux E., « La fin de la responsabilité contractuelle ? », *RTD civ*. 1999. 1.
Schneider A., « Des exceptions que la caution peut opposer au créancier. Pour un retour aux sources », *JCP G* 2002. I. 121.
Schultz P., « L'associé cautionné par sa société et l'intérêt social », *in Etudes offertes au doyen Philippe Simler*, Litec-Dalloz, 2006, p.428.
Simler Ph., *J.-Cl. Civil Code*, articles 2288 à 2320, fasc. 10 à 70, *Cautionnement*.
- *J.-Cl. Civil Code*, article 2321, fasc. 10 et 15, *Garanties autonomes*.
- *J.-Cl. Civil Code*, article 2322, fasc. unique, *Lettres d'intention*.
- *J.-Cl. Civil Code*, articles 2323 à 2326, fasc. unique, *Sûretés réelles (classification)*.
- « 2006 : une occasion manquée pour le cautionnement », *JCP N* 2016, n° 12, p. 44.
- « Le cautionnement est-il encore une sûreté accessoire ? », *in Mélanges Goubeaux*, Dalloz-LGDJ, 2009, p. 497.
- « Et pourtant, une sûreté réelle constituée en garantie de la dette d'un tiers est un cautionnement…réel », *JCP G* 2006. I. 172.
- « Petite histoire d'un revirement de jurisprudence : les intérêts moratoires relèvent-ils de la garantie financière ou de l'assurance de responsabilité ? », *in Etudes en l'honneur du professeur Groutel*, Litec, 2006, p. 434.
- « Le cautionnement réel est – réellement – aussi un cautionnement », *RJDA* 2001, chron. p. 235 et *JCP G* 2001. I. 367.
- « Les solutions de substitution au cautionnement », *JCP E* 1990. II. 15659.
- « A propos des garanties autonomes en droit interne souscrites par des personnes physiques (validité, mention manuscrite, qualification) », *JCP E* 1991, p. 90.
- « Patrimoine professionnel, patrimoine privé et cautionnement », *JCP N* 1987. I. 199.
- « Le juge et la caution. Excès de rigueur ou excès d'indulgence ? », *JCP N* 1986. I. 169.
- « La renonciation par la caution au bénéfice de l'article 2037 du Code civil », *JCP* 1975. I. 2711.

Souhami J., « Retour sur le principe d'indivisibilité des sûretés réelles », *RTD civ.* 2008. 27.
Stoffel-Munck Ph., « Premier bilan de la réforme des sûretés en droit français », *Dr. et patr.* avril 2012, n° 213, p. 56.

Stoffel-Munck Ph., Parolai R., Armand F., « Les sûretés en matière financière projetées dans une ère nouvelle par la directive Collateral. L'introduction du droit d'utilisation : le *re-use* à la française, une "quasi-propriété" ? », *Banque et droit*, n° 104, nov.-déc. 2005, p. 3.
Storck M., « 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 », *RDBF* 2008, étude 2.
- « Nantissement de parts sociales », *Banque et droit* mai-juin 2007, p. 69.
- « Revendication des marchandises et sort d'un contrat de vente conclu avec une clause de réserve de propriété », *D.* 1988, chron. 131.
- « L'aménagement conventionnel de la procédure de réalisation du gage », *LPA* 30 octobre 1987, p. 29.

Stoufflet J., « Le nantissement de meubles incorporels », *JCP E* 2006, suppl. n° 20-21, p. 5.
- « Le contentieux de la garantie internationale », *RJ com.* 1982, p. 245.

Synvet H., « Le nantissement de compte », *Dr. et patr.* juill.-août 2007, n° 161, p. 62.
- « Le nantissement de biens incorporels », *Dr. et patr.* sept. 2005, p. 75.
- « L'objet du gage de compte d'instruments financiers », *in Mélanges Béguin*, Litec, 2005, p. 719.

Tallon D., « Pourquoi parler de faute contractuelle ? », *in Droit civil, procédure, linguistique juridique : écrits en hommage à Gérard Cornu*, PUF, 1994, p. 429.
- « L'inexécution du contrat : pour une autre présentation », *RTD civ*. 1994. 223.

Taormina G., « Réflexions sur le droit des sûretés à l'épreuve du droit de l'exécution forcée », *RRJ* juillet 2003, n° 3, p. 1867.
Teston B., « Les sûretés réelles mobilières anglo-saxonnes », *Dr. et patr.* juin 2001, p. 89.
Théron J., « La défense de la caution limitée par le principe de la concentration des moyens », *RDBF* sept. 2012, n°5, p. 72.
Théry Ph., « De la différenciation du particulier et du professionnel : un aspect de l'évolution du droit des sûretés », *Dr. et patr.* août 2001, p. 53.
Thibierge Cl., « La convention d'antériorité dans les prêts à l'acquisition immobilière », *Defrénois* 1967, art. 28947.
Thibierge-Guelfucci C., « Libres propos sur la transformation du droit des contrats », *RTD civ*. 1997. 357.
Toledo-Wolfsohn A.-M., « Financement de projet : sûretés sur les créances de la société du projet », *Dr. et patr.* juillet-août 2002, n° 106, p. 56.
Tricot D., Causse H., « Le devoir de mise en garde du banquier », *RDBF* nov. 2007, n° 6, dossier 25.
Tunc A., « Force majeur et absence de faute en matière contractuelle », *RTD civ*. 1945. 235.
Vasseur M., « Les garanties indirectes du banquier », *RJ com*. février 1982, n° spécial, p. 104.
- « La protection du banquier en cas de mobilisation des créances nées à court terme sur l'étranger », *RTD com.* 1977. 1.

Vauvillé F., « Article 1415 du Code civil, les armes du débat judicaire », *Dr. et patr*. 1999, n° 67.
- « Le cautionnement des époux communs en bien », *Dr. et patr*. juillet-aout 2003, p. 68.

Vauvillé F., Coquema J.-M., « Le créancier hypothécaire dans la procédure et hors procédure », *Dr. et patr.* 2001, p. 56.
Veaux D., « Privilèges, définition et caractères généraux », *J.-Cl. Civil*, article 2095, fasc. 15, 1986.
Veaux D., Veaux-Fournerie P., « La représentation mutuelle des coobligés » *in Études dédiées à Alex Weill*, Dalloz-Litec, 1983, p. 547.
Vedel G., « La juridiction compétente pour prévenir, faire cesser ou réparer la voie de fait administrative », *JCP* 1950. I. 851.

Vidal D., « Le bénéfice de subrogation », *Dr. et patr.*, juin 1996, p. 50.
Villani D., « Les cautions informées sont-elles soumises à un régime particulier ? », *RTD com.* 1995. 291.
Viney G., « La responsabilité contractuelle en question », *Mélanges Ghestin*, LGDJ, 2001, p. 921.
- « Remarques sur la distinction entre faute intentionnelle, faute inexcusable et faute lourde », *D.* 1975, chron. 263.

Virassamy G., « La connaissance et l'opposabilité – rapport français », *in Les effets du contrat à l'égard des tiers, comparaison franco-belge*, LGDJ, 1992, p. 132 s.
Vivant M., « L'immatériel en sûreté », *in Mélanges M. Cabrillac*, Dalloz-Litec, 1999, p. 405.
Vuillemin-Gonzalez C., « La réticence dolosive des établissements bancaires à l'égard des cautions, un manquement à l'obligation de contracter de bonne foi », *D.* 2001. 3338.
Wernert D., « Saisie du JEX pour ordonner l'annulation d'une mesure inutile ou abusive », *JCP E* 1999, p. 1810.
Wicker G., « La théorie de la personnalité morale depuis la thèse de Bruno Oppetit », *in Mélanges B. Oppetit*, Litec, 2009, p. 691.
- « La sanction délictuelle du manquement contractuel ou l'intégration de l'ordre contractuel à l'ordre juridique général », *RDC* 2007/2, p. 593-608.
- « Force obligatoire et contenu du contrat », *in Les concepts contractuels français à l'heure des principes du droit européen des contrats*, sous la dir. de Rémy-Corlay P. et Fenouillet D., Dalloz, coll. « Thèmes et commentaires », 2003, p. 153.

Wiederkehr G., « Pactes commissoires et sûretés conventionnelles », *in Mélanges Jauffret*, p. 672.
Willems J., « Essai sur la responsabilité », *Revue générale de droit*, 1896, p. 136.
Witz C., « Réflexions sur la fiducie-sûreté », *JCP E* 1993. I. 244.
Witz C., De Ravel d'Esclapon T., *J.-Cl. Civil Code*, article 2425, fasc. unique, *Hypothèques (rang des hypothèques)*.
Yamanome A., « Les sûretés japonaises, différences et ressemblances avec les sûretés françaises », *LPA* 21 oct. 1987, p. 28.

IV. Notes, observations, conclusions, rapports et avis

Albigès Ch.,
- obs. sous Com., 13 novembre 2012, n° 11-42.178 ; *Gaz. Pal*. 6/2012, p. 3518.
- note sous Civ. 1ère, 23 février 2012, *Bull. civ. I*, n° 39 ; *Gaz. Pal*. mars 2012, n° 88-89, p. 21.
- obs. sous Com., 22 mars 2016, *Bull. civ. IV*, n° 284 ; *Gaz. Pal*. juin 2016, n° 23, p. 28.

Ancel P.,
- chron. sous Ass. plén., 6 octobre 2006, *Bull. A.P.*, n° 9 ; *RDC* avril 2007/2, p. 538.

Ancel M.-E.,
- note sous Com., 13 septembre 2011 ; *Bull. civ. IV*, n° 131 ; *Dr. et patr.*, déc. 2011, p. 95.

Ansault J.-J.,
- note sous Com., 27 janvier 2014, *Bull. civ. IV*, n° 20 ; *BMIS* 2014, n° 4, p. 216.
- note sous Com., 13 septembre 2011 ; *Bull. civ. IV*, n° 131 ; *RLDC* nov. 2011, p. 38.
- note sous Com., 31 mai 2011, n° 10-30.665 ; *RLDC*, 1er juillet 2011, n° 84, p. 31.
- obs. sous Com., 19 octobre 2010, n° 09-69.209, inédit ; *RLDC*, 2010/77, n° 4048, p. 34.
- obs. sous Civ. 1ère, 19 novembre 2009, *Bull. civ. I*, n° 228 ; *RLDC*, 2009/66, n° 3647, p. 28.

- note sous Com., 22 septembre 2009, n° 08-10.389 ; *RLDC* 2009, n° 65, p. 32.
- note sous Com. 24 mars 2009, *Bull. civ. IV*, n° 43 ; *RLDC* sept. 2009. 29.
- obs. sous Ch. mixte, 17 nov. 2006, n°04-19.123, *Bull. mixte*, n° 10, p. 30 ; *RLDC*, 2007:34, n° 2363, p. 31.

Atias Ch.,
- note sous Com., 18 octobre 1994, *Bull. civ. IV*, n° 293 ; *D*. 1995. 180.

Aubert J.-L.,
- obs. sous Civ. 1ère, 21 juin 1988, *Bull. civ. I,* n° 202 ; *Defrénois* 1989. 537.
- obs. sous Civ. 1ère, 25 février 1981, *Bull. civ. I*, n° 69 ; *Defrénois* 1981, art. 32787, p. 1573.
- obs. sous Com., 24 mai 1976, *Bull. civ. IV*, n° 171 ; *Defrénois* 1977, art. 31350, p. 146.

Avena-Robardet V.,
- obs. sous Com., 22 juin 2010, n° 09-67.814, *Bull. civ. IV*, n° 112 ; *D*. 2010, AJ, p. 1985.
- obs. sous Civ. 1ère, 19 novembre 2009, n° 08-19.173 *Bull. civ. I*, n° 228 ; *D*. 2009, AJ, p. 2860.
- obs. sous Com. 24 mars 2009, *Bull. civ. IV*, n° 43 ; *D*. 2009. AJ 943.
- obs. sous Ch. mixte, 17 novembre 2006, Bull. Ch. mixte, n° 10 ; *D*. 2006. Act. 2907.
- obs. sous Com., 3 mai 2006, n° 04-17.283 et 04-17.396, *Bull. civ. IV* ; n° 104, p. 103 ; *D*. 2006, AJ, p. 1364.
- note sous Com., 2 juin 2004, *Bull. civ. IV*, n° 106 ; *D*. 2004. 2706.
- obs. sous Com., 13 mai 2003, n° 00-15.404 *Bull. civ. IV*, n° 73, p. 83 ; *D*. 2003, AJ, p. 1629.
- obs. sous Ch. mixte, 21 février 2003, n° 99-18.759, *Bull. mixte*, n° 3 ; *D*. 2003, AJ, p. 829, 1ère espèce.
- obs. sous Com., 22 mai 2002, n° 99-13.085, *Bull. civ. I*, n° 133, *D*. 2002, AJ, p. 2403.

Aynès A.,
- note sous Civ. 1ère, 7 mai 2008, *Bull. civ. I*, n° 125 ; *RDC* 2008. 1285.

Aynès L.,
- note sous Civ. 1ère, 23 février 2012, *Bull. civ. I*, n° 39 ; *Dr. et patr*. 2012, n° 216, p. 98.
- note sous Civ. 3ème, 11 mai 2011, *Bull. civ. III*, n° 77 ; *Defrénois* 2011, n° 11, p. 1023.
- obs. sous Com., 22 mai 2002, n° 99-13.085, *Bull. civ. I*, n° 133 ; *D*. 2002, somm., p. 1336.
- obs. sous Civ. 1ère, 12 février 2002, *Bull. civ. I,* n° 51 ; *D*. 2002, somm. 3336.
- obs. sous Com., 17 juin 1997, n° 95-14.105, *Bull. civ. IV*, n° 188 ; *Defrénois* 1997, art. 36703.
- obs. sous Com., 27 février 1996, n° 94-14.313, *Bull. civ. IV*, n° 68 ; *D*. 1996, somm., p. 269.
- note sous Com., 13 décembre 1994, *Bull. civ. IV,* n° 375 ; *D.* 1995. 209.
- note sous Com., 2 novembre 1994, *Bull. civ. IV*, n° 321 ; *Defrénois* 1995, art. 36040, n° 38.
- obs. sous Com. 11 janvier 1994, *Bull. civ. IV,* n° 15 ; *Defrénois* 1994., art. 35897.
- obs. sous Civ. 3ème, 29 novembre 1989, *Bull. civ. III*, n° 221 ; *D*. 1990, somm., p. 389.
- obs. sous Com. 15 novembre 1988, *Bull. civ. IV,* n° 303 ; *D*. 1989, somm. 296.
- obs. sous Civ. 1ère, 17 novembre 1987, *Bull. civ. I*, n° 297 ; *D*. 1988. 275.

Aynès L., Dupichot Ph.,
- obs. sous Civ. 1ère, 7 mai 2008, *Bull. civ. I*, n° 125 ; *Dr. et patr*. 2008, n° 174, p. 95.

Bakouche D.,
- note sous Com., 29 janvier 2002 ; *Bull. civ.* IV, n° 22 ; *Lexbase Hebdo – Edition privée générale*, 21 février 2002, n° 11.

Bandrac M.,
- obs. sous Civ. 1ère, 8 octobre 1996, *Bull. civ. I*, n° 342 ; *RTD civ*. 1997. 180.
- obs. sous Civ. 1ère, 9 mai 1994, n° 91-21.162, *Bull. civ. I*, n° 169, p. 125 ; *RTD civ*. 1994, p. 906.
- obs. sous Com., 7 avril 1992, n° 90-16.455 et 90-16.707, *Bull. civ. IV*, n° 148 ; *RTD civ*. 1992, p. 607.

Barbier H.,
- note sous Com., 27 janvier 2014, *Bull. civ. IV*, n° 20 ; *RTD civ*. 2014. 361.

Barbièri J.-F.,
- obs. sous Com., 22 mars 2016, *Bull. civ. IV*, n° 284 ; *BMIS* mai 2016, n° 5.
- note sous Com., 3 décembre 2003, n° 02-11.163 ; *Bull. Joly sociétés* 2004, p. 358.
- note sous Com., 18 mars 2003, *Bull. civ. IV*, n° 46 ; *Bull. Joly sociétés* 2003, p. 643.

Barthez A.-S.,
- note sous Com., 8 avril 2015, *Bull. civ. IV* n° 63 ; *RDC* 2016/1, p. 58.

Bazin E.,
- note sous Civ. 1ère, 30 avril 2009, *Bull. civ. I*, n° 85 ; *RLDA* 2009, n° 40, p. 37.

Béhar-Touchais M.,
- note sous Civ. 1ère, 27 juin 1995, *Bull. civ. I*, n° 283 ; *JCP E* 1995, n° 29, p. 167.

Beignier B.,
- obs. sous Civ. 1ère, 25 novembre 2003, *Bull. civ. I*, n° 236 ; *Dr. fam*. 2004, n° 1, p. 26.
- note sous Com., 4 février 1997, n° 94-19.908 ; *JCP G* 1997. II. 22922.

Bert D.,
- obs. sous Civ. 1ère, 15 mars 2005, *Bull. civ. I*, n° 135 ; *LPA* 2005, n° 94, p. 12.

Billiau M.,
- note sous Ass. plén., 6 octobre 2006, *Bull. A.P.*, n° 9 ; *JCP G* 2006.II.10181.

Bloch L.,
- note sous Ass. plén., 6 octobre 2006, *Bull. A.P.*, n° 9 ; *RCA* 2006, étude n° 17.

Blouet-Ressot,
- obs. sous Com., 12 avril 2005, *Bull. civ. IV*, n° 89 ; *RLDC* 2005, p. 694.

Bonhomme R.,
- note sous Com. 5 mai 2015, *Bull. civ. IV*, n° 70 ; *Bull. Joly* juillet 2015, n° 4, p. 234.

Bonneau Th.,
- note sous Civ. 1ère, 1er juin 2016, n° 15-14.914 ; *Banque et droit* 2016, n° 169, p. 13.

- note sous Civ. 1ère, 30 avril 2009, *Bull. civ. I*, n° 85 ; *Banque et droit* juil. 2009, n° 126, p. 21.
- obs. sous Com., 18 novembre 2008, *Bull. civ. IV*, n° 196 ; *RDBF* janvier 2009, n° 1, p. 69.
- note sous Ch. mixte, 29 juin 2007, *Bull. Ch. mixte* n° 8 ; *Banque et droit*, sept. 2007, n° 115, p. 31.
- note sous Com., 20 juin 2006, *Bull. civ. IV*, n° 145 ; *Banque et droit* sept. 2006, n° 109, p. 50.
- obs. sous Com., 17 juin 1997, *Bull. civ. IV*, n° 188, p. 165 : *Dr. sociétés* oct. 1997, comm. 152, p. 7.

Borga N.,
- note sous Com. 5 mai 2015, *Bull. civ. IV*, n° 70 ; *Bull. Joly* juillet 2015, n° 4, p. 238.
- note sous Com. 24 mars 2009, *Bull. civ. IV*, n° 43 ; *D*. 2009. jur. 1661.

Boucard F.,
- note sous Ch. mixte, 21 février 2003, n° 99-18.759, *Bull. mixte*, n° 3 ; *JCP G* 2003. II. 10103.

Bouloc B.,
- note sous Com., 13 mai 2003, n° 00-15.404, *Bull. civ. IV*, n° 73, p. 83 ; *RTD com*. 2003, p. 803.
- note sous Com., 10 octobre 2000, *Bull. civ. IV*, n° 151 ; *D*. 2000. 210.

Bourassin M.,
- note sous Com., 22 mars 2016, *Bull. civ. IV*, n° 284 ; *Gaz. Pal*. juin 2016, n° 21, p. 70.

Bouteiller P.,
- note sous Ch. mixte, 8 juin 2007, *Bull. ch. mixte* n° 5 ; *RLDA* 2007, n° 19, p. 35.

Brémond V.,
- note sous Civ. 1ère, 1er juillet 1997, *Bull. civ.* I, n° 219 ; *D*. 1999. 181.

Brenner C.,
- note sous Com., 8 octobre 2002, n° 99-18.619, *Bull. civ. IV*, n° 136 ; *Rev. Dr. Affaires*, 2003, p. 87.

Brill J.-P.,
- note sous Com., 21 décembre 1987, *Bull. civ. IV,* n° 281 ; *D*. 1989. 112.

Cabrillac M.,
- obs. sous Com., 12 avril 2005, *Bull. civ. IV*, n° 89 ; *JCP E* 2005. 1274. 11.
- obs. sous Com., 16 juin 2004, *Bull. civ. IV,* n° 123 ; *JCP G* 2005. I. 107.
- obs. sous Com., 8 octobre 2002, n° 00-12.156, *Bull. civ. IV*, n° 137, p. 153 ; *RTD com.* 2003. 154.
- obs. sous Com., 10 octobre 2000, *Bull. civ. IV*, n° 151 ; *RTD com*. 2001. 201.
- obs. sous Com., 17 juin 1997, *Bull. civ. IV*, n° 188 ; *RTD com*. 1997. 662.
- obs. sous Com., 20 mai 1997, *Bull. civ. IV*, n° 141 ; *JCP G* 1997, jurisp. 4054.

Cabrillac M., Rives-Lange J.-L.,
- obs. sous Com., 22 avril 1980, *Bull. civ. IV*, n° 163 ; *RTD com*. 1981. 121.

- obs. sous Com., 26 juin 1978, *Bull. civ.* IV, n° 178 ; *RTD com*. 1979. 300.

Cabrillac M., Teyssié B.,
- note sous Com., 18 décembre 1990, n° 89-15.545 ; *RTD com.* 1991. 627.
- obs. sous Com., 21 décembre 1987, *Bull. civ. IV,* n° 281 ; *RTD com*. 1988. 271.
- note sous Com., 7 février 1983, *Bull. civ.* IV, n° 50 ; *RTD com*. 1983. 450.

Calais-Auloy J.,
- obs. sous Civ. 1ère, 15 mars 2005, *Bull. civ. I*, n° 135 ; *RLDC* 2005, n° 17, p. 5.

Carval S.,
- note sous Com., 27 janvier 2014, *Bull. civ. IV*, n° 20 ; *RDC* 2014/3, p. 365.

Casey J.,
- obs. sous Civ. 1ère, 25 novembre 2003, *Bull. civ. I*, n° 236 ; *JCP N* 2004, n° 37, p. 1342.
- note sous Com., 17 juin 1997, *Bull. civ. IV*, n° 188 ; *D*. 1998. 208.

Caussain J.-J., Deboissy F., Wicker G.,
- obs. sous Com., 20 mai 2003, n° 99-17.092 ; *JCP E* 2003. 1203.
- obs. sous Com., 18 mars 2003, *Bull. civ. IV*, n° 46 ; *JCP E* 2004, 29, n° 6.

Cerati-Gauthier A.,
- note sous Com., 17 mai 2017, n° 15-18.460 ; *JCP E* 15 juin 2017, n° 24, p. 35.

Cerles A.,
- obs. sous Com., 18 novembre 2008, *Bull. civ. IV*, n° 196 ; *RDBF* janv. 2009, n° 1, p. 60.
- note sous Com., 12 novembre 2008, n° 07-15.949 ; *RDBF* janv. 2009, n° 1, p. 50.
- note sous Civ. 2ème, 23 octobre 2008, *Bull. civ. II, n° 224* ; *RDBF* 2008, n° 6, p. 43.
- note sous Ch. mixte, 8 juin 2007, *Bull. ch. mixte* n° 5 ; *RDBF* 2007, n° 4, p. 16.
- obs. sous Ch. mixte, 17 novembre 2006, Bull. Ch. mixte, n° 10 ; *RDBF* 2007, n° 1, p. 15.
- obs. sous Lyon, 21 mai 1999, *JurisData* n° 144808 ; *RDBF* 2001, n° 187.
- obs. sous Nancy, 22 septembre 1997 ; *RTD com*. 1998. 655.

Chabot G.,
- note sous Com., 18 novembre 2008, *Bull. civ. IV*, n° 196 ; *Gaz. Pal*. 4 mars 2009, n° 63-64, p. 12.

Champenois G.,
- note sous Civ. 1ère, 20 juin 2006, *Bull. civ. I*, n° 313 ; *Defrénois* 2006, p. 1617.
- obs. sous Civ. 1ère, 17 novembre 1987, *Bull. civ. I*, n° 297 ; *Defrénois* 1988, art. 34337, p. 1251.

Chauvel P.,
- note sous Com., 19 octobre 1999, n° 96-20.693 ; *Dr. et patr*. avril 2000, n° 81, p. 110.

Chazal J.-P., Reinhard Y.,
- obs. sous Com., 9 mai 2001, n° 98-10.260 ; *Banque et droit* juillet-aout 2001. 36.

Chemin-Bomben D.,
- note sous Com., 17 février 2009, n° 07-20.458 ; *RLDA* 2009, n° 37, p. 36.

Contamine-Raynaud M.,
- obs. sous Civ. 1ère, 1er octobre 1996, 94-19.597 ; *RDBB* 1996. 239.
- obs. sous Com., 21 décembre 1987, *Bull. civ. IV,* n° 281 ; *RDBF* 1988, p. 101.
- note sous Com., 10 juin 1986, *Bull. civ. IV*, n° 117 ; *RDBB* 1987, p. 18.

Couret A.,
- note sous Com., 20 octobre 1998, n° 96-15.418 ; *JCP E* 1998. 2025.

Couret A., Le Cannu P.,
- note sous Com., 10 octobre 1995, *Bull. civ. IV,* n° 224 ; *LPA* 1995, n° 149, p. 15.

Crocq P.,
- note sous Com., 8 avril 2015, *Bull. civ. IV*, n° 63 ; *RTD civ*. 2015. 432.
- obs. sous Civ. 3ème, 12 sept. 2012, *Bull. civ. III*, n° 121 ; *RTD civ*. 2012. 754.
- obs. sous Com., 27 mars 2012, *Bull. civ. IV*, n° 68 ; *D*. 2012, p. 1576.
- note sous Civ. 1ère, 23 février 2012, *Bull. civ. I*, n° 39 ; *RTD civ*. 2012. 346.
- note sous Civ. 3ème, 5 novembre 2008, *Bull. civ. III*, n° 167 ; *RTD civ*. 2009. 148.
- note sous Com., 27 mai 2008, *Bull. civ. IV,* n° 106 ; *RTD civ*. 2008. 517.
- obs. sous Civ. 1ère, 7 mai 2008, *Bull. civ. I*, n° 125 ; *RTD civ*. 2008. 700.
- obs. sous Ch. mixte, 17 novembre 2006, *Bull. Ch. mixte*, n° 10 ; *RTD civ*. 2007.157.
- obs. sous Civ. 1ère, 20 juin 2006, *Bull. civ. I*, n° 313 ; *RTD civ*. 2006. 593.
- obs. sous Com., 30 mars 2005, *Bull. civ. IV,* n° 71 ; *D*. 2005. 1151 et 2084.
- obs. sous Com., 8 octobre 2002, *Bull. civ. IV*, n° 136 ; *RTD civ*. 2003. 125.
- obs. sous Civ. 1ère, 7 mai 2002, *Bull. civ. I,* n° 123 ; *RTD civ*. 2003. 324.
- obs. sous Com., 20 janvier 1998, *Bull. civ. IV*, n° 28 ; *RTD civ*. 1998. 707.
- obs. sous Com., 20 mai 1997, *Bull. civ. IV*, n° 141 ; *RTD civ*. 1997. 707.
- obs. sous Com., 17 juin 1997, *Bull. civ. IV*, n° 188 ; *RTD civ*. 1998. 157.

Croze H.,
- note sous Com., 25 mai 1993, *Bull. civ. IV,* n° 203 ; *JCP* 1993, II, 22147.

Dadoun A.,
- note sous Com., 27 mars 2012, *Bull. civ. IV*, n°68 ; *LPA* 10 mai 2012, n° 94, p. 9.

Dagorne-Labbé Y.,
- obs. sous Ch. mixte, 17 novembre 2006, *Bull. Ch. mixte*, n° 10 ; *Gaz. Pal.* 7 mars 2007, n° 66, p. 21.
- note sous Com., 29 mai 2001, *Bull. civ. IV*, n° 100 ; *LPA* 2001, n° 223, p. 19.

Dagot M., Spiteri P.,
- note sous Civ. 3ème, 4 février 1971, *Bull. civ. III*, n° 76 ; *JCP* 1972. II. 16980.

Dammann R., Rapp A.,
- note sous Com., 27 mars 2012, *Bull. civ. IV*, n° 68 ; p. 1455.

D'Avout L., Borga N.,
- note sous Com., 13 septembre 2011 ; *Bull. civ. IV*, n° 131 ; *D*. 2011. 2272 et 2518.

Delaporte-Carré C.,
- obs. sous Civ. 1ère, 24 mai 2007, *Bull. civ. I*, n° 208 ; *D*. 2007, act. p. 1666.

De Gouttes R.,
- avis sous Ch. mixte, 21 février 2003, *Bull. Ch. mixte*, n° 3 ; *RJDA* juin 2003, n° 6, p. 495.

De Laender M.-H.,
- note sous Com., 20 octobre 1998, n° 96-15.418 ; *D.* 1999. 639.

Delebecque Ph.,
- note sous Com., 27 septembre 2016, *Bull. civ. IV*, n° 175 ; *JCP G* 2016, chron. 1224.
- note sous Civ. 1ère, 23 juin 2011, n° 10-17.244 ; *JCP E*, 19 janvier 2012, n° 3, p. 40.
- note sous Com., 22 septembre 2009, n° 08-10.389 ; *JCP N* 2010, n° 2, p. 32.
- note sous Ch. mixte, 29 juin 2007, *Bull. Ch. mixte* n° 8 ; *RLDC* 2007, n° 44, p. 25.
- note sous Ass. plén., 6 octobre 2006, *Bull. A.P.*, n° 9 ; *RDC* avril 2007/2, p. 556.
- obs. sous Com., 12 juillet 2005, *Bull. civ. IV*, n° 175; *JCP G* 2005. I. 185, n° 17.
- obs. sous Paris, 27 novembre 2001 ; *JCP G* 2002. I. 120, n° 10.
- note sous Civ. 1ère, 28 mars 2000, *Bull. civ. I*, n° 105 ; *D*. 2000, somm., p. 358.
- obs. sous Com., 20 mai 1997, *Bull. civ. IV*, n° 141 ; *JCP E* 1998. 221.
- obs. sous Civ. 3ème, 22 janvier 1997, *Bull. civ. III*, n° 16 ; *JCP E* 1997. I. 673, n° 14.
- obs. sous Com., 2 novembre 1994, *Bull. civ. IV*, n° 321 ; *JCP G* 1995. I. 3851, n° 13.
- obs. sous Civ. 1ère, 2 juin 1992, *Bull. civ. I*, n° 167 ; *D*. 1992. 407.

Delpech X.,
- note sous Com., 20 juin 2006, *Bull. civ. IV*, n° 145 ; *D*. 2006. 1887.
- note sous Com., 3 mai 2006, *Bull. civ. IV*, n° 103 ; *D*. 2006. 1445.
- obs. sous Com., 12 juillet 2005, *Bull. civ. IV*, n° 175 ; *D*. 2005. 2142.

De Loynes P.,
- note sous Civ., 9 mai 1905 ; *DP* 1909. 1. 225.
- note sous Civ., 19 novembre 1872 ; *S*. 1873, 1, p. 193.

Denis D.,
- note sous Bordeaux, 19 juin 1986 ; *D*. 1987. 295.

Deshayes O.,
- note sous Civ. 1ère, 29 octobre 2014, *Bull. civ. I*, n° 180 ; *RDC* 2015/2, p. 246.

Despres I.,
- obs. sous Com., 16 juin 2004, *Bull. civ. IV,* n° 123 ; *RLDC* 2004, n° 10, p. 23.

Devèze J.,
- note sous Ch. mixte, 29 juin 2007, *Bull. Ch. mixte* n° 8 ; *RLDA* 2007, n° 20, p. 32.

Djoudi J.,
- note sous Civ. 1ère, 26 février 2002, *Bull. civ. I,* n° 67 ; *D*. 2002. 2863.

Dumont-Lefrand M.-P.,
- note sous Com., 17 mai 2017, n° 15-18.460 ; *Gaz. Pal*., 27 juin 2017, n° 24, p. 22.
- note sous Com., 3 mai 2016, n° 14-28.962 ; *Gaz. Pal.* 2016, 23, p. 35.
- note sous Com., 8 avril 2015, *Bull. civ. IV* n° 63 ; *Gaz. Pal*. 2015, n° 144/148, p. 16.
- obs. sous Com., 5 févr. 2013, n° 11-24.587, *Gaz. Pal*. 20-21 mars 2013, p. 19.

- obs. sous Civ. 3ème, 12 sept. 2012, *Bull. civ. III*, n° 121 ; *Gaz. Pal*. 12-13 déc. 2012, p. 18.
- note sous Com., 2 octobre 2012, n° 11-23.281 et Com., 16 octobre 2012, n° 11-23.073 ; *Gaz. Pal.*, 12 décembre 2012, n° 347-348, p. 16.
- note sous Com., 6 juillet 2010, n° 09-16.163 ; *Gaz. Pal.*, 8 septembre 2010, n° 251-252, p. 22.
- note sous Civ. 1ère, 14 janvier 2010, n° 08-14.814 ; *Gaz. Pal.*, 5 mai 2010, n° 125-126, p. 21.

Dupichot Ph.,
- obs. sous Com., 13 septembre 2011 ; *Bull. civ. IV*, n° 131 ; *Dr. et patr*. févr. 2012, p. 77.

Durry G.,
- obs. sous Soc., 9 avril 1975, *Bull. civ. V* ; n° 174, *RTD civ*. 1976. 137.

Esmein P.,
- note sous Req., 24 octobre 1932 ; *DP* 1932, I, 176 ; *S*. 1933, I, 289.

Fages B.,
- note sous Civ. 3ème, 11 mai 2011, *Bull. civ. III*, n° 77 ; *RTD civ*. 2011. 532.
- note sous Civ. 1ère, 16 juillet 1998, n° 96-17.476 ; *JCP G* 1998. II. 10000 et *JCP E*. 1998. 128.

Ferrier D.,
- note sous Com., 28 mars 2000, *Bull. civ. IV,* n° 69 ; *JCP E* 2001, p. 1393.

Franck E.,
- note sous Civ. 3ème, 15 février 1972 ; *D*. 1972, p. 463.

Fréjaville M.,
- note sous Civ., 2 juin 1934 ; *DP* 1935. 1. 65.

Gariazzo A.,
- avis sous Ass. plén., 6 octobre 2006, *Bull. A.P*., n° 9 ; *JCP G* 2006.II.10181.

Gautier P.-Y.,
- obs. sous Ass. plén., 6 octobre 2006, *Bull. A.P*., n° 9 ; *RDC* avril 2007/2, p. 558.

Giverdon C.,
- note sous Civ. 3ème, 23 janvier 1973, *Bull. civ. III*, n° 69 ; *RTD civ.* 1975. 478.

Gourio A.,
- note sous Com. 24 mars 2009, *Bull. civ. IV*, n° 43 ; *JCP G* 2009. II. 10091.
- note sous Civ. 1ère, 12 juillet 2005, *Bull. civ. I*, n° 124 à 127 ; *JCP G* 2005. II. 10140.

Gout O.,
- obs. sous Com., 27 mai 2008, *Bull. civ. IV,* n° 106 ; *D*. 2008. 2399.

Grimaldi M.,
- obs. sous Ass. plén., 6 octobre 2006, *Bull. A.P*., n° 9 ; *RDC* avril 2007/2, p. 563.

Groutel H.,
- note sous Civ. 1ère, 17 février 1998, *Bull. civ. I*, n° 68 ; *D*. 1998. 230.

Guyader H.,
- note sous Com., 22 juin 2010, n° 09-67.814, *RLDA* 2010, n° 52, p. 35.

Guyader H., Challe-Zehnder E.,
- note sous Civ. 1ère, 1er juillet 2010, n° 09-13.896 ; *JCP N*, 19 novembre 2010, n° 46, p. 19.

Guyon Y.,
- note sous Civ. 1ère, 1er février 2000, *Bull. civ. I*, n° 34 ; *Rev. soc.* 2000, p. 301.
- note sous Civ. 1ère, 15 mars 1988, *Bull. civ. I, n° 75* ; *Rev. soc.* 1988, p. 415.
- note sous Com., 29 janvier 1980, n° 78-12.948 ; *Rev. soc.* 1981, p. 83, 1ère esp.

Helleringer G.,
- note sous Com., 27 janvier 2014, *Bull. civ. IV*, n° 20 ; *Banque et droit* 2014, n° 155, p. 32.

Hémard J., Bouloc B.,
- obs. sous Civ. 1ère, 31 janvier 1989, *Bull. civ. I*, n° 49, p. 32 ; *RTD com*. 1989. 529.

Houtcieff D.,
- note sous Civ. 3ème, 9 mars 2017, n° 16-11.728 ; *Lexbase Hebdo – Edition privée générale*, mars 2017, n° 693.
- note sous Com., 27 janvier 2014, *Bull. civ. IV*, n° 20 ; *Gaz. Pal* 2014, n° 99-100, p. 17.
- note sous Civ. 3ème, 5 novembre 2008, *Bull. civ. III*, n° 167 ; *RDC* 2009/1, p. 205.
- obs. sous Com., 27 mai 2008, *Bull. civ. IV,* n° 106 ; *RDC* 2008/4, p. 1282.
- note sous Ch. mixte, 8 juin 2007, *Bull. Ch. mixte* n° 5 ; *RDC* 2007/4, p. 1226.
- note sous Ch. mixte, 17 novembre 2006, *Bull. Ch. mixte*, n° 10 ; *JCP E*, 14 décembre 2006, n° 50, p. 2132-2134 ; *RDC* 2007, n° 2, p. 431.
- note sous Ch. mixte, 21 février 2003, *Bull. Ch. mixte*, n° 3 ; *LPA* 30 juin 2003, p. 9.

Jacob F.,
- note sous Com., 8 avril 2015, *Bull. civ. IV*, n° 63 ; *Banque et droit*, mai 2015, n° 161, p. 86.
- note sous Civ. 1ère, 1er juillet 2010, n° 09-13.896 ; *Banque et droit*, 1er septembre 2010, n° 133, p. 62.
- note sous Civ. 3ème, 21 octobre 2009, n° 08-12.687 ; *Banque et droit*, 1er janvier 2010, n° 129, p. 48.
- obs. sous Civ. 2ème, 23 octobre 2008, *Bull. civ. II, n° 224* ; *Banque et droit* 2008, n° 122, p. 47.
- note sous Com., 27 mai 2008, *Bull. civ. IV,* n° 106 ; *Banque et droit*, sept. 2008, n° 121, p. 80.
- obs. sous Civ. 1ère, 7 mai 2008, *Bull. civ. I*, n° 125 ; *Banque et Droit* 2008. 41.
- note sous Com., 19 décembre 2006, *Bull. civ. IV*, n° 249 ; *Banque et droit* 2007, n° 111, p. 49.
- note sous Ch. mixte, 10 juin 2005, *Bull. Ch. Mixte*, n° 5 ; *Banque et droit*, 1er juillet 2005, n° 102, p. 63.
- note sous Com., 16 juin 2004, *Bull. civ. IV,* n° 123 ; *Banque et droit* 2004, n° 97, p. 76.
- note sous Ch. mixte, 21 février 2003, *Bull. Ch. mixte*, n° 3 ; *Banque et droit* 2003, n° 90, p. 60.
- obs. Com. 18 avril 2000, n° 97-10.160 ; *Banque et droit* novembre-décembre 2000, p. 46.

Jacques Ph.,
- obs. sous Ass. plén., 6 octobre 2006, *Bull. A.P.*, n° 9 ; *RDC* avril 2007/2, p. 569.

Josserand J.,
- note sous Trib. civ. Toulouse, 13 avril 1905 ; *DP* 1906, 2, p. 105.

Jourdain P.,
- note sous Ch. mixte, 29 juin 2007, *Bull. Ch. mixte* n° 8 ; *RTD civ*. 2007. 779.
- obs. sous Ass. plén., 6 octobre 2006, *Bull. A.P.*, n° 9 ; *RTD civ*. 2007.123.
- obs. sous Civ. 1ère, 15 novembre 1988, *Bull. civ. I*, n° 318 ; *RTD civ*. 1990. 666.
- note sous Civ. 3ème, 22 juin 1988, *Bull. civ. III,* n° 115 ; *JCP G* 1988. II. 21125.
- note sous Civ. 1ère, 21 juin 1988, *Bull. civ. I,* n° 202 ; *JCP G* 1988. II. 21125.

Juillet Ch.,
- obs. sous Com., 8 avril 2015, *Bull. civ. IV* n° 63 ; *RLDC* 2015, n° 128, p. 28.

Keita M.,
- note sous Civ. 1ère, 7 décembre 1999, *Bull. civ. I,* n° 335 ; *LPA* 2000, n° 117, p. 13.

Kendérian F.,
- note sous Com., 20 mai 1997, *Bull. civ. IV*, n° 141 ; *D*. 1998. 479.

Kenfack H.,
- note sous Civ. 3ème, 11 mai 2011, *Bull. civ. III*, n° 77 ; *RLDC* 2011, n° 87, p. 7.

Koering C.,
- note sous Com., 8 octobre 2002, *Bull. civ. IV*, n° 136 ; *D*. 2003. 414.

Laithier Y.-M.,
- obs. sous Com., 23 janvier 2007, *Bull. civ. IV,* n° 12 ; *RDC* 2007. 697.

Larroumet Ch.,
- note sous Civ. 1ère, 21 juin 1988, *Bull. civ. I,* n° 202 ; *D*. 1988. 5.

Leandri A., Lécuyer H.,
- obs. sous Civ. 1ère, 25 novembre 2003, *Bull. civ. I*, n° 236 ; *RLDC* 2004, n° 4, p. 43.

Le Bars T.,
- note sous Com. 5 mai 2015, *Bull. civ. IV*, n° 70 ; *Rev. Soc*. mai 2015, n° 5, p. 317.

Le Corre P.-M.,
- note sous Com., 17 mai 2011, n° 10-17.736 ; *Gaz. Pal.*, 8 octobre 2011, n° 280-281, p. 35.
- note sous Com., 17 février 2009, n° 07-20.458 ; *Gaz. Pal.*, 26 avril 2009, n° 116, p. 43.

Le Dauphin H.,
- rapport sous Com., 13 décembre 1994, *Bull. civ. IV,* n° 375 ; *D.* 1995. 209.

Le Gallou C.,
- note sous Civ. 1ère, 29 octobre 2014, *Bull. civ. I*, n° 180 ; *RLDC* janv. 2015, n° 122, p. 15.

- note sous Com., 27 janvier 2014, *Bull. civ. IV*, n° 20 ; *RLDC* mars 2014, n° 113, p. 13.

Legeais D.,
- note sous Civ. 1ère, 1er juin 2016, n° 15-14.914 ; *RDBF* août 2016, n° 4, p. 73.
- obs. sous Rennes, 4 octobre 2013 ; *RDBF* 2014, comm. 13.
- note sous Civ. 1ère, 23 février 2012, *Bull. civ. I*, n° 39 ; *RDBF* mai 2012, n° 3, p. 56.
- note sous Com., 13 septembre 2011 ; *Bull. civ. IV*, n° 131 ; *RDBF* 2011, comm. 201.
- note sous Com., 28 juin 2011, n° 10-15.412 ; *RDBF* septembre 2011, n° 5, p. 37.
- obs. sous Com., 17 mai 2011, n° 10-14.936 ; *RDBF* 2011, n° 133.
- obs. sous Civ. 1ère, 16 septembre 2010, n° 09-15.058 ; *RDBF* 2010, n° 163.
- obs. sous Com., 30 mars 2010, n° 09-14.287, *RDBF* 2010, comm. 133.
- note sous Civ. 1ère, 11 février 2010, n° 08-21.565 ; *RDBF* 1er mai 2010, n° 3, p. 50.
- obs. sous Com., 17 novembre 2009, *Bull. civ. IV*, n° 149 ; *RDBF* 2010, comm. 15.
- note sous Civ. 1ère, 30 avril 2009, *Bull. civ. I*, n° 85 ; *RDBF* juil. 2009, n° 4, p. 46 et *RTD com*. 2009. 604.
- note sous Com. 24 mars 2009, *Bull. civ. IV*, n° 43 ; *RDBF* 2009, n° 3, p. 52 et *RTD com*. 2009. 425.
- note sous Com., 3 février 2009, n° 07-19.778, *in JCP G* 2009. II. 10081.
- note sous Com., 27 mai 2008, *Bull. civ. IV,* n° 106 ; *RDBF* 1er juillet 2008, n° 4, p. 52.
- obs. sous Com., 14 mai 2008, n° 06-21.108 ; *RDBF* 2008, comm. 111.
- obs. sous Civ. 1ère, 7 mai 2008, *Bull. civ. I*, n° 125 ; *RDBF* 2008, comm. 36.
- note sous Com., 11 décembre 2007, *Bull. civ. IV*, n° 261 ; *RDBF* 2008, n° 1, p. 37.
- note sous Ch. mixte, 29 juin 2007, *Bull. Ch. mixte* n° 8 ; *RTD com*. 2007. 579.
- note sous Ch. mixte, 8 juin 2007, *Bull. ch. mixte* n° 5 ; *RTD com*. 2007. 585.
- note sous Com., 19 décembre 2006, *Bull. civ. IV,* n° 252 ; *RDBF* mars 2007, n° 2, p. 19.
- note sous Civ. 1ère, 21 novembre 2006, n° 05-11.607 ; *RDBF* 1er mars 2007, n° 2, p. 21.
- obs. sous Ch. mixte, 17 novembre 2006, *Bull. Ch. mixte*, n° 10 ; *RTD com*. 2007.215.
- obs. sous Civ. 2ème, 14 septembre 2006, *Bull. civ. II*, n° 226 ; *RDBF* 2006, comm. 192.
- note sous Com., 20 juin 2006, *Bull. civ. IV*, n° 145 ; *RTD com*. 2006. 645.
- note sous Com., 3 mai 2006, n° 04-15.517, n° 02-11.211 et n° 04-19.315 ; *RDBF* 1er mai 2006, n° 3, p. 20.
- note sous Civ. 1ère, 12 juillet 2005, *Bull. civ. I*, n° 124 à 127 ; *JCP E* 2005. 1359.
- obs. sous Civ. 3ème, 11 mai 2005, *Bull. civ. III*, n° 101 ; *RDBF*. 2005, comm. 126.
- obs. sous Ch. mixte, 21 février 2003, *Bull. Ch. mixte*, n° 3 ; *RDBF* 2003, n° 69.
- note sous Com., 10 octobre 2000, *Bull. civ. IV*, n° 151 ; *RDBF* novembre 2000, n° 6, p. 254.
- note sous Com., 8 octobre 2002, *Bull. civ. IV*, n° 136 ; *JCP E* 2002. 1730.
- obs. sous Civ. 1ère, 26 février 2002, *Bull. civ. I,* n° 67 ; *RDBF* 2002, p. 124.
- note sous Com., 29 janvier 2002 ; *Bull. civ.* IV, n° 22 ; *RDBF* mars 2002, n° 2, p. 72.
- note sous Com., 17 juin 1997, *Bull. civ. IV*, n° 188 ; *JCP E* 1997. II. 1007.

Legeais D., Cerles A.,
- note sous Com., 22 septembre 2009, n° 08-10.389 ; *RDBF* 2009, n° 6, p. 56.
- note sous Com., 16 juin 2004, *Bull. civ. IV,* n° 123 ; *RDBF* 2004, n° 5, p. 326.
- note sous Com., 29 mai 2001, *Bull. civ. IV*, n° 100 ; *RDBF* 2001, n° 4, p. 228.

Le Goff M.,
- note sous Ch. mixte, 29 juin 2007, *Bull. Ch. mixte* n° 8 ; *Dr. et patr*. oct. 2007, n° 163, p. 42.

Le Magueresse Y.,
- obs. sous Ch. mixte, 17 novembre 2006, *Bull. Ch. mixte*, n° 10 ; *JCP N* 2006, p. 1045.

Le Nabasque H.,
- obs. sous Civ. 3ème, 1er décembre 1993, n° 91-16.327 ; *Dr. sociétés* 1994, n° 138.

Leveneur L,
- note sous Civ. 1ère, 29 octobre 2014, *Bull. civ. I*, n° 180 ; *CCC* janv. 2015, n° 1, p. 20.
- note sous Civ. 3ème, 11 mai 2011, *Bull. civ. III*, n° 77 ; *CCC* 2011, n° 8, p. 14.
- note sous Ass. plén., 6 octobre 2006, *Bull. A.P.*, n° 9 ; *CCC* 2007, n° 63.
- note sous Com., 2 juin 2004, *Bull. civ. IV*, n° 106 ; *CCC* aout 2004, n° 8, p. 11.

Libchaber R.,
- obs. sous Com., 20 mai 1997, *Bull. civ. IV*, n° 141 ; *D*. 1998, somm. 115.

Lienhard A.,
- obs. sous Civ. 3ème, 12 sept. 2012, *Bull. civ. III*, n° 121 ; *D*. 2012. 2166.
- obs. sous Com., 12 avril 2005, *Bull. civ. IV*, n° 89 ; *D*. 2005 act. jurisp. 1151.
- obs. sous Com., 20 mai 2003, n° 99-17.092 ; *D*. 2003. 1502.
- obs. sous Civ. 1ère, 7 mai 2002, *Bull. civ. I,* n° 123 ; *D*. 2002. 1902.

Louvel L.,
- note sous Civ. 1ère, 29 octobre 2014, *Bull. civ. I*, n° 180 ; *RLDC* janv. 2015, n° 122, p. 23.

Lucas F.-X.,
- obs. sous Com., 9 mai 2001, n° 98-10.260 ; *Dr. sociétés* juillet 2001. 19.
- note sous Civ. 1ère, 16 mai 1995, n° 93-12.496 ; *JCP G* 1996. II. 22736.

Luciani A.-M.,
- note sous Com., 29 mai 2001, *Bull. civ. IV*, n° 100 ; *D*. 2002. 1741.

Macorig-Venier F.,
- note sous Com., 5 février 2013, n° 11-26.262 ; *RJC* mai 2013, n° 3, p. 260.
- note sous Com., 3 mai 2006, *Bull. civ. IV*, n° 103 ; *RJC* 2007, n° 1, p. 58.

Malaurie Ph.,
- note sous Civ. 1ère, 17 janvier 1984, *Bull. civ. I*, n° 16 ; *D*. 1984. 437.

Malaurie-Vignal M.,
- note sous Com., 23 janvier 2007, *Bull. civ. IV,* n° 12 ; *RLDC* 2007, n° 40, p. 8.

Markhoff P.,
- note sous Com., 19 décembre 2006, *Bull. civ. IV,* n° 252 ; *JCP E* 2007. 1740.

Marraud des Grottes G.,
- note sous Com., 3 juillet 2012, n° 11-19.476 ; *RLDC*, 1er octobre 2012, n° 97, p. 36.
- obs. sous Com., 18 novembre 2008, *Bull. civ. IV*, n° 196 ; *RLDC* 2009, n° 56, p. 34.
- note sous Civ. 3ème, 5 novembre 2008, *Bull. civ. III*, n° 167 ; *RLDC* 2008, n° 55, p. 40.
- note sous Civ. 2ème, 23 octobre 2008, *Bull. civ. II, n° 224* ; *RLDC* 2008, n° 54, p. 30.
- note sous Com., 11 décembre 2007, *Bull. civ. IV*, n° 261 ; *RLDC* 2008, n° 46.
- note sous Com., 3 mai 2006, *Bull. civ. IV*, n° 103 ; *RLDC* 2006, n° 29, p. 36.

Martial-Braz N.
- obs. sous Com., 27 mai 2008, *Bull. civ. IV,* n° 106 ; *RLDC* juillet 2008, p. 29.

Martin R.,
- obs. sous Civ. 1ère, 25 février 1981, *Bull. civ. I*, n° 69 ; *Banque* 1981, p. 1313.

Martin-Serf A.,
- note sous Com., 30 juin 2009, n° 08-17.789 ; *RTD com*., 1er janvier 2011, n° 1, p. 168.
- note sous Com., 19 décembre 2006, *Bull. civ. IV*, n° 249 ; *RTD com*. 2007. 450.
- obs. sous Civ. 1ère, 7 mai 2002, *Bull. civ. I,* n° 123 ; *RTD com*. 2003. 165.

Mathieu-Bouyssou E.,
- note sous Ch. mixte, 10 juin 2005, *Bull. Ch. Mixte*, n° 5 ; *Lexbase Hebdo – Edition privée générale*, 8 septembre 2005, n° 180.

Matsopoulou H.,
- note sous Com., 24 février 1998, n° 95-13.606 ; *D*. 1999, p. 39.

Mattout J.-P.,
- obs. sous Com. 18 avril 2000, n° 97-10.160 ; *RJDA* 2000. 803 ; *RDBF* 2000, n° 156.

Mattout J.-P., Prüm A.,
- obs. sous Com., 13 septembre 2011 ; *Bull. civ. IV*, n° 131 ; *Dr. et patr*., mars 2012, p. 89.
- note sous Com., 3 mai 2006, *Bull. civ. IV*, n° 103 ; *Dr. et patr*. 2006, n° 151, p. 83.

Menjucq M., Mastrullo T,
- note sous Com., 13 septembre 2011, *Bull. civ. IV*, n° 131 ; *RPC* 2011, comm. 173.

Mestre J.,
- obs. sous Civ. 1ère, 2 juin 1992, *Bull. civ. I*, n° 167 ; *RTD civ*. 1993. 130.
- obs. sous Com., 28 mai 1991, *Bull. civ. IV*, n° 180 ; *RTD civ*. 1992. 85.
- obs. sous Civ. 1ère, 15 mai 1990, *Bull. civ.* I, n° 106 ; *RTD civ*. 1990. 662.
- obs. sous Civ. 1ère, 21 juin 1988, *Bull. civ. I,* n° 202 ; *RTD civ*. 1989. 74.
- obs. sous Montpellier, 10 janvier 1985 ; *RTD civ.* 1985, p. 730.
- obs. sous Civ. 1ère, 17 janvier 1984, *Bull. civ. I*, n° 16 ; *RTD civ*. 1984. 719.
- note sous Com., 3 novembre 1983 ; *JCP* 1984. I. 20234

Mestre J., Fages B.,
- note sous Com., 23 janvier 2007, *Bull. civ. IV,* n° 12 ; *RTD civ*. 2007. 340.
- note sous Com., 3 mai 2006, *Bull. civ. IV*, n° 103 ; *RTD civ*. 2007. 103.
- obs. sous Civ. 3ème, 11 mai 2005, *Bull. civ. III*, n° 101 ; *RTD civ*. 2005. 590.

Mestre J., Mestre-Chami A.-S.,
- note sous Com. 5 mai 2015, *Bull. civ. IV*, n° 70 ; *RLDA* 2015, n° 115, p. 47.

Montanier M.,
- concl. sous Com., 21 décembre 1987, *Bull. civ. IV,* n° 281 ; *JCP G* 1988. II. 21113.

Mortier R.,
- note sous Com., 29 mai 2001, *Bull. civ. IV*, n° 100 ; *JCP G* 2002, p. 997.

Morvan P.,
- note sous Com., 28 mai 1991, *Bull. civ. IV*, n° 180 ; *D*. 1992, p. 166.

Mouralis J.-L.,
- note sous Civ. 1ère, 27 juin 1995, *Bull. civ. I*, n° 283 ; *RRJ* 1997, n° 1, p. 135.

Mourier R.,
- concl. sous Ass. plén., 12 juillet 1991, *Bull. A.P.,* n° 5 ; *RJDA* 1991.583.

Nicoleau P.,
- note sous TGI Agen, JEX, 12 janvier 1995, *LPA* 11 aout 1995, n° 96, p. 39.

Paisant G.,
- obs. sous Civ. 1ère, 15 mars 2005, *Bull. civ. I*, n° 135 ; *JCP G* 2005, n° 36, p. 1571.

Parance B.,
- note sous Civ. 1ère, 12 juillet 2005, *Bull. civ. I*, n° 124 à 127 ; *D*. 2005. 3094.

Pardoël D.,
- note sous Com., 2 juin 2004, n° 01-15.140 ; *RLDC*, 1er janvier 2005, n° 12, p. 21.

Pérochon F.,
- note sous Com., 6 juillet 2010, n° 09-16.163 ; *RPC* 1er septembre 2010, n° 5, p. 34.

Petit F.,
- note sous Com., 20 octobre 1998, n° 96-15.418 ; *RTD com*. 1999. 142.
- note sous Civ. 1ère, 15 mai 1990, *Bull. civ.* I, n° 106 ; *JCP G* 1991. II. 21628.

Picod Y.,
- note sous Com., 30 juin 2009, n° 08-17.789 ; *D.* 2009. 2325.
- note sous Com., 27 mai 2008, *Bull. civ. IV,* n° 106 ; *Droit et procédures*, sept. 2008, p. 290.
- note sous Ch. mixte, 10 juin 2005, *Bull. Ch. Mixte*, n° 5 ; *Droit et procédures*, 1er novembre 2005, n° 6, p. 365.
- note sous Com., 8 octobre 2002, *Bull. civ. IV*, n° 136 ; *JCP G* 2003. II. 10019.

Piedelièvre A.,
- note sous Com., 10 juin 1986, *Bull. civ. IV*, n° 117 ; *Gaz. Pal*. 1987, 1, p. 75.
- note sous Civ. 3ème, 25 janvier 1983, *Bull. civ. III*, n° 25 ; *Gaz. Pal*. 1983. 2. 405.

Piedelièvre S.,
- note sous Civ. 3ème, 9 mars 2017, n° 16-11.728 ; *JCP N* 12 mai 2017, n° 19, p. 17.
- note sous Com., 27 mars 2012, *Bull. civ. IV*, n° 68 ; *JCP G* 2012, p. 635.
- note sous Com., 31 mai 2011, n° 10-30.665 ; *Gaz. Pal.*, 28 aout 2011, n° 240-244, p. 22.
- note sous Civ. 1ère, 30 avril 2009, *Bull. civ. I*, n° 85 ; *Gaz. Pal*. mai 2009, n° 140/141, p. 5.
- note sous Civ. 1ère, 7 mai 2008, *Bull. civ. I*, n° 125 ; *D*. 2008. jur. 2036.
- obs. sous Ch. mixte, 17 novembre 2006, *Bull. Ch. mixte*, n° 10 ; *Defrénois* 15 mai 2007, n° 9, p. 688.
- note sous Civ. 1ère, 20 juin 2006, *Bull. civ. I*, n° 313 ; *JCP G* 2006. II. 10141.
- note sous Com., 3 mai 2006, *Bull. civ. IV*, n° 103 ; *Gaz. Pal*. 2006, n° 179.

- note sous Civ. 1ère, 25 novembre 2003, *Bull. civ. I*, n° 236 ; *RDBF* 2004, n° 2, p. 107.
- note sous Ch. mixte, 21 février 2003, *Bull. Ch. mixte*, n° 3 ; *Gaz. Pal*. 2003, n° 220, p. 10.
- note sous Com., 10 octobre 2000, n° 97-12.910 ; *JCP G*, 25 juillet 2001, n° 30, p. 1513.
- note sous Civ. 1ère, 28 mars 2000, *Bull. civ. I*, n° 105 ; *D*. 2000, jur., p. 482.
- obs. sous Com., 20 janvier 1998, *Bull. civ. IV*, n° 28 ; *D*. 1998, somm., 380.
- note sous Com., 14 juin 1994, *Bull. civ. IV*, n° 209 ; *Defrénois* 1995, art. 35978, p. 96.

Piette G.,
- note sous Com., 3 mai 2016, n° 14-28.962 ; *Lexbase Hebdo – Edition affaires*, mai 2016, n° 467.
- note sous Com., 27 janvier 2014, *Bull. civ. IV*, n° 20 ; *Lexbase-Hebdo Ed. Affaires* 2014, n° 374.
- note sous Com., 2 octobre 2012, n° 11-28.331 ; *Lexbase Hebdo – Edition affaires*, 15 novembre 2012, n° 316
- note sous Com., 13 septembre 2011, n° 10-19.384 ; *Lexbase Hebdo – Edition affaires*, 20 octobre 2011, n° 269.
- note sous Com., 5 avril 2011, n° 09-14.358 et 10-16.426 ; *Lexbase Hebdo – Edition privée générale*, 2 juin 2011, n° 442.
- note sous Com., 8 mars 2011, n° 10-10.699 ; *Lexbase Hebdo – Edition affaires*, 7 avril 2011, n° 246.
- note sous Com., 24 mars 2009, n° 08-13.034 ; *Lexbase Hebdo – Edition privée générale*, 14 mai 2009, n° 350.
- note sous Com., 18 novembre 2008, n° 07-21.975 ; *Lexbase Hebdo – Edition privée générale*, 14 janvier 2009, n° 333.
- note sous Com., 10 mars 2004, n° 02-16-474 ; *RLDC*, 1er juin 2004, n° 6, p. 25-28.

Prévault J.,
- note sous Paris, 7 décembre 1995, *D*. 1996, p. 203.

Prigent S.,
- note sous Com., 27 mai 2008, *Bull. civ. IV,* n° 106 ; *LPA* nov. 2008, p. 10.

Putman E.,
- note sous Aix-en-Provence, 11ème ch. civ., 5 novembre 1987 ; *Gaz. Pal*., 16-18 octobre 1988, p. 14.

Randoux D.,
- note sous Com., 3 juin 2008, n° 07-11.785 ; *Rev. soc.* 2009. 383.

Raymond G.,
- obs. sous Civ. 1ère, 15 mars 2005, *Bull. civ. I*, n° 135 ; *CCC* 2005, n° 5, p. 31.

Reigné Ph.,
- note sous Com., 22 janvier 1991 ; *RFC* 1991, p. 62.

Rémy Ph.,
- obs. sous Civ. 1ère, 21 juin 1988, *Bull. civ. I,* n° 202 ; *RTD civ*. 1989. 107.
- obs. sous Com., 3 novembre 1983 ; *RTD civ*. 1984. 526.

Rémy-Corlay P.,
- note sous Com., 20 mai 1997, *Bull. civ. IV*, n° 141 ; *LPA* 1er juin 1998.

Riassetto I.,
- note sous Com., 13 mars 2012, n° 10-30.923 ; *Rev. soc*. sept. 2012, n° 9, p. 487.
- note sous Com., 27 mars 2011, n° 10-11.027, *Rev. soc* 1er juillet 2011, n° 7-8, p. 416-419.

Rives-Lange J.-L.,
- obs. sous Com., 21 décembre 1987, *Bull. civ. IV,* n° 281 ; *Banque* 1988, p. 361.
- obs. sous Civ. 1ère, 21 juillet 1987, *Bull. civ. I*, n° 231 ; *Banque* 1987, p. 1096.
- note sous Com., 10 juin 1986, *Bull. civ. IV*, n° 117 ; *Banque* 1986, p. 711.
- obs. sous Montpellier, 10 janvier 1985 ; *Banque* 1985, p. 305

Rivet B.,
- obs. sous Com., 15 février 1994, *Bull. civ. IV*, n° 60 ; *Gaz. Pal*., 20 mars 1998, n° 79, p. 2.

Rivollier V.,
- note sous Com., 17 mai 2017, n° 15-18.460 ; *JCP G* 5 juin 2017, n° 23, p. 1088.

Robert A.,
- obs. sous Civ. 3ème, 4 octobre 1989, *Bull. civ.* III, n° 183 ; *D*. 1991, somm. 26.

Robine D.,
- note sous Com., 12 juillet 2011, n° 10-16.873, *RLDA* 2011, n° 65, p. 26.

Rontchevsky N.,
- note sous Com., 17 mai 2011, n° 09-16.186 ; *Banque et droit* 1er juillet 2011, n° 138, p. 36.
- obs. sous Civ. 1ère, 16 septembre 2010, n° 09-15.058 ; *Banque et droit* nov.-déc. 2010. 50.
- note sous Com., 30 mars 2010, n° 09-12.701 ; *Banque et droit* 1er mai 2010, n° 131, p. 42.
- obs. sous Com., 14 mai 2008, n° 06-21.108 ; *Banque et droit* sept.-oct. 2008, p. 81.
- obs. sous Paris, 27 octobre 2006 ; *Banque et droit* mai-juin 2007, p. 62.
- obs. sous Civ. 2ème, 14 septembre 2006, *Bull. civ. II*, n° 226 ; *Banque et droit* nov.-déc. 2006, p. 50.
- note sous Com., 3 mai 2006, *Bull. civ. IV*, n° 103 ; *Banque et droit* 2006, n° 108, p. 53.
- note sous Com., 9 juin 2004, n° 02-12.115 ; *Banque et droit* 1er septembre 2004, n° 97, p. 77.

Rontchevsky N., Jacob F.,
- note sous Com. 24 mars 2009, *Bull. civ. IV*, n° 43 ; *Banque et Droit* 2009, n° 125, p. 60.
- obs. sous Com., 18 novembre 2008, *Bull. civ. IV*, n° 196 ; *Banque et droit* 2009, n° 123, p. 48.
- note sous Civ. 3ème, 5 novembre 2008, *Bull. civ. III*, n° 167 ; *Banque et droit* 2008, n° 122, p. 50.
- note sous Civ. 1ère, 5 juillet 2006, n° 03-21.142 ; *Banque et droit* 1er novembre 2006, n° 110, p. 51.

Roussel-Galle Ph.,
- note sous Com., 19 décembre 2006, *Bull. civ. IV*, n° 249 ; *Gaz. Pal*. 2007, n° 103, p. 40.

Roux J.-A.,
- note sous Crim., 25 juillet 1912 ; *S*. 1914, 1, p. 116.
- note sous Crim., 13 mars 1909 ; *S*. 1912, 1, p. 237.

Saint-Alary-Houin C.,
- obs. sous Com. 18 avril 2000, n° 97-10.160 ; *Dr. et patr*. 2001, n° 94, p. 91.

Sainte-Rose J.,
- concl. sous Civ. 1ère, 28 mars 2000, *Bull. civ. I*, n° 105 ; *JCP E* 2000, p. 898.
- concl. sous Civ. 1ère, 7 décembre 1999, *Bull. civ. I,* n° 335 ; *JCP E* 2000, n° 13, p. 561.

Saintourens B.,
- note sous Com., 29 janvier 2002 ; *Bull. civ.* IV, n° 22 ; *RTD com*. 2002. 267.

Samin T., Crédot F.-J.,
- note sous Com., 20 juin 2006, *Bull. civ. IV*, n° 145 ; *RDBF* nov. 2006 n° 6, p. 15.

Sauphanor-Brouillaud N.,
- note sous Civ. 3ème, 11 mai 2011, *Bull. civ. III*, n° 77 ; *RDC* 2011/4, p. 1259.

Savaux E.,
- obs. sous Civ. 3ème, 5 novembre 2008, *Bull. civ. III*, n° 167 ; *Defrénois* 2008, n° 22, p. 2513.
- obs. sous Ch. mixte, 17 novembre 2006, Bull. Ch. mixte, n° 10 ; *Defrénois* 30 mars 2007, n° 6, p. 440.
- obs. sous Civ. 1ère, 15 mars 2005, *Bull. civ. I*, n° 135 ; *Defrénois* 2005, n° 24, p. 2009.

Seube J.-B.,
- obs. sous Ass. plén., 6 octobre 2006, *Bull. A.P*., n° 9 ; *RDC* 2007/2, p. 538.

Simler Ph.,
- note sous Com., 3 mai 2016, n° 14-28.962 ; *JCP G* 2016, n° 25, p. 1238.
- obs. sous Com., 22 mars 2016, *Bull. civ. IV*, n° 284 ; *JCP E* 2016. II. 1311.
- obs. sous Com., 13 novembre 2012, n° 11-42.178 ; *JCP G* 2013, chron. 585, n° 6.
- note sous Com., 13 septembre 2011, n° 10-18.323 ; *JCP E*, 19 janvier 2012, n° 3, p. 37.
- note sous Com., 6 septembre 2011, n° 10-11.975 ; *JCP E*, 19 janvier 2012, n° 3, p. 37-38.
- note sous Com., 5 avril 2011, n° 09-72.820 ; *JCP E*, 19 janvier 2012, n° 3, p. 38-39.
- obs. sous Com., 19 octobre 2010, n° 09-69.623 et 09-72.944 ; *JCP* 2011. chron. 226, n° 7.
- obs. sous Civ. 1ère, 16 septembre 2010, n° 09-15.058 ; *JCP G* 2011, chron. 770, n° 4.
- obs. sous Com., 22 septembre 2009, n° 08-10.389 ; *JCP G* 2009, chron. 492, n° 8.
- note sous Com., 27 mai 2008, *Bull. civ. IV,* n° 106 ; *JCP E* 2008, n° 50, p. 16.
- obs. sous Com., 14 mai 2008, n° 06-21.108 ; *JCP G* 2008. I. 211, n° 11.
- note sous Com., 11 décembre 2007, *Bull. civ. IV*, n° 261 ; *JCP E* 2008, 2013, n° 10.
- obs. sous Civ. 1ère, 24 mai 2007, *Bull. civ. I*, n° 208 ; *JCP G* 2007. I. 212, n° 2.
- obs. sous Com., 23 janvier 2007, *Bull. civ. IV,* n° 12 ; *JCP G* 2008. I. 152, n° 12.
- note sous Civ. 3ème, 11 mai 2005, *Bull. civ. III*, n° 101 ; *JCP G* 2005. IV. 2422.
- obs. sous Civ. 1ère, 18 février 2003, *Bull. civ. I*, n° 49 ; *JCP G* 2003. I. 176, n° 7.
- obs. sous Com., 8 octobre 2002, *Bull. civ. IV*, n° 136 ; *JCP G* 2003. I. 124, n° 6.
- obs. sous Civ. 1ère, 26 février 2002, *Bull. civ. I,* n° 67 ; *JCP G* 2002. I. 162, n° 11.
- note sous Com., 20 octobre 1998, n° 96-15.418 ; *JCP G* 2009. I. 116, n° 3.
- obs. sous Civ. 1ère, 1er juillet 1997, *Bull. civ.* I, n° 219 ; *JCP G* 1998. I. 103, n° 2.

- obs. sous Com., 13 décembre 1994, *Bull. civ. IV,* n° 375 ; *JCP* 1995. I. 3851, n° 11.
- note sous Com., 10 juin 1986, *Bull. civ. IV*, n° 117 ; *JCP G* 1986. I. 120.

Simler Ph., Delebecque Ph.,
- obs. sous. Com., 16 septembre 2010, n° 09-15.058 ; *JCP N* 2011. II. 1285.
- obs. sous Com. 24 mars 2009, *Bull. civ. IV*, n° 43 ; *JCP E* 2009. 1644, n° 7.
- note sous Com., 17 février 2009, n° 07-20.458 ; *JCP N*, 23 octobre 2009, n° 43-44, p. 34.
- note sous Com., 25 novembre 2008, n° 07-16.689 ; *JCP N*, 23 octobre 2009, n° 43-44, p. 34.
- obs. sous Com., 18 novembre 2008, *Bull. civ. IV*, n° 196 ; *JCP N* octobre 2009, n° 43-44, p. 36.
- obs. sous Com., 12 novembre 2008, n° 07-15.949 ; *JCP G* 2009. II. chron. 150.
- note sous Civ. 3ème, 5 novembre 2008, *Bull. civ. III*, n° 167 ; *JCP E* 2009, n° 26, p. 15.
- note sous Civ. 2ème, 23 octobre 2008, *Bull. civ. II, n° 224* ; *JCP N* 2009, n° 43-44, p. 31.
- obs. sous Civ. 1ère, 7 mai 2008, *Bull. civ. I*, n° 125 ; *JCP G* 2008. I. 211.
- note sous Civ. 1ère, 28 juin 2007, 06-13.714 ; *JCP E* 2008. II. 212.
- note sous Ch. mixte, 8 juin 2007, *Bull. ch. mixte* n° 5 ; *JCP E* 2008, n° 2, p. 16.
- note sous Civ. 1ère, 21 novembre 2006, n° 05-11.607 ; *JCP E*, 22 juin 2007, n° 25, p. 13.

Sourioux J.-L.,
- obs. sous Ass. plén., 6 octobre 2006, *Bull. A.P.*, n° 9 ; *RDC* avril 2007/2, p. 583.

Stoffel-Munck Ph.,
- obs. sous Ass. plén., 6 octobre 2006, *Bull. A.P.*, n° 9 ; *JCP G* 2006.I.115, n° 4 et *RDC* avril 2007/2 , p. 587.

Storck M.,
- obs. sous Com., 9 mai 2001, n° 98-10.260 ; *Banque et droit* juillet-aout 2001. 36.

Stoufflet J.,
- note sous Civ. 1ère, 16 juillet 1998, n° 96-17.476 ; *Rev. soc*. 2001, n° 4, p. 843.
- note sous Com., 11 décembre 1985, *Bull. civ. IV*, n° 292 ; *JCP G* 1986. II. 20593.

Synvet H.,
- obs. sous Com., 21 décembre 1987, *Bull. civ. IV,* n° 281 ; *Rev. soc*. 1988, p. 398.

Téchené V.,
- note sous Civ. 1ère, 16 octobre 2008, n° 07-14.695 ; *Lexbase Hebdo – Edition privée générale*, 6 novembre 2008, n° 325.

Théry Ph.,
- note sous Com. 5 mai 2015, *Bull. civ. IV*, n° 70 ; *RTD civ*. 2015. 933.
- obs. sous Com., 20 janvier 1998, *Bull. civ. IV*, n° 28 ; *D*. 1999. 138.

Vareille B.,
- note sous Civ. 1ère, 25 novembre 2003, *Bull. civ. I*, n° 236 ; *RTD civ*. 2004. 335.
- note sous Com., 4 février 1997, n° 94-19.908 ; *RTD civ*. 1997. 728.

Vasseur M.,
- obs. sous Lyon, 17 mai 1991, *JurisData* n° 1991-050952 ; *D*. 1993, somm. p. 99

- obs. sous Com., 18 décembre 1990, n° 89-15.545 ; *D*. 1991, somm. p. 193.
- note sous Com., 10 juin 1986, *Bull. civ. IV*, n° 117 ; *D*. 1987. 17, 2ème esp.
- note sous Com., 11 décembre 1985, *Bull. civ. IV*, n° 292 ; *D*. 1986. 213.
- note sous Com. 21 mai 1985, *Bull. civ. IV,* n° 160 ; *D*. 1986. 213.
- obs. sous Montpellier, 10 janvier 1985 ; *D*. 1985. IR 340.
- obs. sous Com., 22 avril 1980, *Bull. civ. IV*, n° 163 ; *D*. 1981. 22.
- obs. sous Com., 26 juin 1978, *Bull. civ.* IV, n° 178 ; *D*. 1979. 142.

Viandier A.,
- note sous Civ. 3ème, 12 sept. 2012, *Bull. civ. III*, n° 121 ; *Rev. soc.* 2013. 16.

Viandier A., Caussain J.-J.,
- obs. sous Com., 18 décembre 2001, n° 97-22.024 ; *JCP G* 2002. I. 151, n° 1.

Viatte J.,
- note sous Civ. 2ème, 10 octobre 1979, *Bull. civ. II*, n° 235 ; *Defrénois* 1979, art. 55234.

Viney G.,
- note sous Ass. plén., 6 octobre 2006, *Bull. A.P.*, n° 9 ; *D*. 2006.2825.
- note sous Com., 20 juin 2006, *Bull. civ. IV*, n° 145 ; *RDC* 2007/2, p. 300.

Virassamy G.,
- note sous Civ. 1ère, 15 mai 1990, *Bull. civ.* I, n° 106 ; *D*. 1991. 538.

Wahl A.,
- note sous Req., 18 mars 1901 ; *S*. 1903, 1, p. 137.

Wicker G.,
- obs. sous Ass. plén., 6 octobre 2006, *Bull. A.P.*, n° 9 ; *RDC* avril 2007/2, p. 593.

Wintgen R.,
- obs. sous Ass. plén., 6 octobre 2006, *Bull. A.P.*, n° 9 ; *RDC* avril 2007/2, p. 609.

VI. Autres ouvrages

A. Actes de colloques

- *L'attractivité du droit français des sûretés réelles, dix ans après la réforme*, dir. Borga N. et Gout O., Actes du colloque organisé le 25 mars 2016 par l'Equipe de droit privé de l'Université Jean Moulin Lyon III, LGDJ, coll. « Grands colloques », 2016.
- *Quelle réforme pour le droit des sûretés ?*, dir. Juillet Ch., Legeais D., Martial-Braz N., Roussel-Galle Ph., Actes du colloque organisé les 11 et 12 juin 2015 par le CEDAG de l'université Paris-Descartes Sorbonne Paris-cité, *RDBF* janvier 2016, n° 1, dossier n° 1 (1ère partie) et *RDBF* mars 2016, n° 2, dossier n° 9 (2ème partie).
- *Les devoirs du banquier envers son client et les cautions*, dir. Gourio A. et Legeais D., Actes du colloque organisé à Paris le 16 novembre 2011, *RDC* 2012, p. 1053.
- *Le droit pénal et les autres branches du droit. Regard croisés*, dir. Saint-Pau J.-C., Actes du XXe congrès de l'Association française de droit pénal organisé les 5, 6 et 7 octobre 2011 par l'Institut de Sciences Criminelles et de la Justice de Bordeaux, Cujas, coll. « Actes et études », 2012

- *Évolution des sûretés réelles : regards croisés Université-Notariat*, dir. Cabrillac S., Albigès Ch., Lisanti C., Actes du colloque organisé par le laboratoire de droit privé de la faculté de droit de Montpellier et de l'Arnu, LexisNexis, coll. « Colloques et débats », 2007.
- *Le devoir de mise en garde du banquier*, Colloque du 29 mars 2007 organisé par le Centre de droit des affaires de l'université de Clermont-Ferrand 1, RDBF 2007, dossier 25.
- *Le droit des sûretés à l'épreuve des réformes*, dir. Picod Y. et Crocq P., Actes du colloque organisé par la revue *Droit et procédures* à Perpignan les 9 et 10 juin 2006, éd. Juridiques et techniques, coll. « Droit et procédures », 2006.
- *Existe-t-il un principe de proportionnalité en droit privé ?*, Colloque du 20 mars 1998 organisé par le Centre de droit des affaires et de gestion de la Faculté de droit de Paris V, *LPA* 30 sept. 1998, n° 117.
- *Les obligations en droit français et en droit belge, convergences et divergences*, Actes des journées d'étude organisées les 11 et 12 décembre 1992 par la Faculté de droit de Paris Saint-Maur et la Faculté de droit de l'Université Libre de Bruxelles, Dalloz-Bruylant, 1994.
- *Financement des entreprises et droit des obligations*, Actes du colloque organisé à l'occasion du 20ème anniversaire de l'Institut de droit des affaires d'Aix-en-Provence, PUAM, 1993.
- *Les Sûretés : sûretés traditionnelles, réelles et personnelles, en droit français et en droit belge, sûretés issues de la pratique, droit international privé,* dir. Bruyneel A. et Stranart A.-M., Actes du colloque de Bruxelles des 20 et 21 octobre 1983, Feduci, 1984.
- *L'évolution du droit des sûretés*, Colloque de Deauville des 13 et 14 juin 1981, *RJ com*. févr. 1982, n° spécial.
- *Les garanties bancaires dans les contrats internationaux*, Colloque de Tours des 19 et 20 juin 1980, FEDUCI, éd. Le Moniteur, 1981.

B. Dictionnaires

Alland D., Rials S., *Dictionnaire de la culture juridique*, PUF, 2003.
Arabeyre P., Halpérin J.-L., Krynen J. (dir.), *Dictionnaire historique des juristes français, XIIe-XXe siècle*, PUF, coll. « Quadrige », 2015.
Bloch O., von Wartburg W., *Dictionnaire étymologique de la langue française*, PUF, coll. « Quadrige », 3ème éd., 2012.
Cornu G. (dir.), *Vocabulaire juridique*, PUF, coll. « Quadrige », 11ème éd., 2016.
Lalande A., *Vocabulaire technique et critique de la philosophie*, PUF, 2010.
Rey A. (dir.), *Dictionnaire culturel en langue française*, Le Robert, 2005, 4 t.

C. Dossiers

- « Les incidences de la réforme du droit des contrats et des obligations sur le droit des sûretés », *AJ contrat* 2017, n° 6, p. 247.
- « Le cautionnement, regards croisés », *Dr. et patr.* juill.-août 2008, n° 172, p. 46.
- « Sûretés mobilières : du nouveau », *Dr. et patr*. juill.-août 2007, n° 161, p. 45.
- « Le renouveau de l'hypothèque », *Dr. et patr*. mai 2007, n° 159, p. 41.
- « La réforme des sûretés après neuf mois de pratique », *RLDA* 2007, n° 7, p. 67.
- « La réforme du droit des sûretés », *D*. 2006. 1289.
- « Réforme du droit des sûretés », *RLDC* 2006/29 (suppl.).
- « Rapport "Grimaldi" : pour une réforme globale des sûretés », *Dr. et patr*. sept. 2005, n° 140, p. 49.
- « Sûretés et garanties, Acte I », *Dr. et patr*. avr. 2001, n° 92, p. 51.
- « Sûretés et garanties, Acte II », *Dr. et patr*. juin 2001, n° 94, p. 55.

INDEX ALPHABÉTIQUE DES MATIÈRES

(Les chiffres renvoient aux numéros de paragraphe)

- A -

Abus :
- appel manifestement abusif : 146, 242, 307.
- de position dominante : 508.
- de faiblesse : 508.
- et sûretés :
    - formation : 505 s.
    - réalisation des sûretés : 525 s.
- et crédit :
    - abus de crédit social : 471.
    - maintien abusif : 294.
    - octroi abusif : 292.
    - rupture abusive : 294, 519.
- et cumul de sûretés V. *Cumul*.

Affectation :
- effet : 426 s.
- et assujettissement : 425 s., 460.
- fautive : 493.
- notion : 427, 431.
- et fiducie-sûreté : 449.
- et source des sûretés réelles : 432 s.

Agent des sûretés : 457 s.

Assiette : 226 s., 476 s., 506.

Assujettissement :
- effets personnels : 83, 106 s.,113, 123 s., 260, 423.
- effets réels : 422, 426 s., 434, 461.

Attribution en paiement : 400, 403, 455.

Avant-projet de réforme du droit des sûretés : 20, 556.

- B -

Bénéfice :
- de discussion : 233.
- de division : 233.
- de subrogation : 139 s., 235, 302 s., 537.

Bien :
- fongible : 448, 512.

- C -

Caution :
- avertie et caution profane :
    - définition prétorienne : 340 s.
    - définition proposée : 357 s.
    - domaine : 362 s.
- *solvens* : 223, 300, 305.

Cautionnement :
- certification de caution : 241, 256, 268, 278.
- cofidéjusseur : 223, 238, 256, 268.
- contrat : 119 s.
- droits et devoirs de la caution : 250 s.
- droits et devoirs du créancier : 311.
- réel : 323.
- et personnalité morale : 220.
- sous-cautionnement : 240, 241, 265, 279.
- subsidiarité : 306.

Cession :
- d'antériorité : 451, 530.
- de créance : 232.
- de dette : 59.

Cofidéjusseur V. *Cautionnement*.

Commerçant : 338, 364.

Complicité : 509.

Comportement :
- et cohérence : 237.
- et obligation : 66, 70, 94, 95, 115, 185 s., 445, 529, 532, 538.

Concours entre créanciers : 392, 461.

Condition juridique du bien grevé : 419, 422, 427 s., 471, 489, 535, 540.

Conservation (devoir de-) : 416, 420, 478, 486, 513, 524.

Consentement :
- vices : 286, 507, 508. V. aussi *ce mot*

Consommateur : 337, 348, 364.

Contrat :
- contenu : 105, 263.
- de cautionnement V. *Cautionnement*
- de fiducie V. *Fiducie*

- de gage V. *Gage*
- de gage immobilier V. *Gage immobilier*
- de garantie autonome *V. Garantie autonome*
- d'hypothèque V. *Hypothèque*
- de nantissement V. *Nantissement*
- et obligation : 115.
- force obligatoire : 91, 104 s., 125.
Contribution à la dette : 304, 319 s., 370, 556.
Crédit :
- maintien abusif : 294.
- octroi abusif : 294.
- rupture abusive : 294.
Culpabilité : 203, 210.
Cumul :
- abusif de sûreté : 507, 519.
- règle du non-cumul des responsabilités : 177.

- D -

Décharge : 304.
Déchéance : 124, 134, 141, 448.
Détournement de gage : 483.
Devoir :
- contractuel : 488.
- de conservation V. *Conservation (devoir de-)*.
- de mise en garde V. *Mise en garde (devoir de-)*.
- d'exploitation V. *ce mot*.
- général de ne pas nuire à autrui : 164, 212, 224, 245.
- général de préserver les intérêts du débiteur de la sûreté : 326.
Distraction des biens grevés : 477.
Dol : 9, 222, 223, 286, 287, 470.
Droit de préférence : 392, 409, 435, 455.
Droit de suite : 385, 391, 409, 455.
Droit subjectif : 52, 61, 455.
Droit personnel : 378, 379.
Droit réel sur la valeur V. *Valeur*.

- E -

Endettement : 131, 138, 462, 506.
Engagement : 26.
Excès :
- inscription des sûretés : 517.
- disproportion V. *Proportionnalité*
Exceptions :
- inhérentes à la dette : 287, 292.
- inopposabilité : 144.
- purement personnelle : 287, 292.
Exclusivité (situation d'-) : 435.
Exigence de neutralité économique : 20, 153, 379, 537, 556.
Extraction des produits : 478.
Exploitation (devoir de-) : 476.

- F -

Fait :
- d'un tiers : 183.
- du créancier : 184.
Faute :
- abus V. *Abus*
- appréciation *in abstracto*/*in concreto* : 10.
- contractuelle : 174 s., 193, 197 s., 206 s., 210, 244, 308, 553.
- culpabilité V. *ce mot.*
- définitions :
  - morale : 5.
  - juridique : 7 s.
  - religieuse : 6.
- délictuelle : 198, 212.
- dolosive V. *Dol*
- gravité V. *Prestation des fautes (Théorie de la-)*
- imputabilité V. *Imputabilité*.
- intentionnelle : 220, 286.
- non-intentionnelle : 285.
- précontractuelle : 137, 245.
Fiducie : 436, 449, 453, 456.
Fonds de commerce :
- déplacement : 479.
- nantissement : 477.
Force majeure : 182 s.
Force obligatoire V. *Contrat*.
Fraude :
- manifeste V. *Abus*.
- paulienne : 226 s., 274, 467, 468, 492, 509.
Fruits : 452, 478.

- G -

Gage (contrat de-) : 388, 441, 448, 452, 469, 483.
- détournement V. *Détournement* de *gage*.

Gage général (droit de-) : 408, 422.
Garantie autonome :
- appel manifestement abusif V. *Abus*
- autonomie : 305.
- contre-garantie : 239, 242, 259, 261, 279, 307.
- proportionnalité : 363
- recours personnel : 300, 301.
- recours subrogatoire : 145, 300, 305.
Groupes de contrats : 269.

- H -

Hypothèque : 405, 447, 473, 482, 520.
- cession d'antériorité V. *Cession*.
- inscription V. *Inscription*.
- judiciaire : 433.
- rechargeable : 528.

- I -

Incombance : 123, 134, 439, 444.
Imputabilité : 204.
- rupture : 208.
Indivision : 493.
Inexécution : 175, 184, 206 s.
Information (devoir d'-)
- nature
- variétés :
  - informations conjoncturelles : 298.
  - informations ponctuelles : 297.
Insaisissabilité : 472.
Inscription des sûretés : 451, 516 s.
Interdépendance : 263, 264, 267, 268, 317.
Intérêt social : 220, 471.
Intuitus personae V. *Obligation*.

- J -

Jouissance : 400, 403, 452.
Jus ad rem : 401 s.

- L -

Lettre de confort V. *Lettre d'intention.*
Lettre d'intention : 147 s., 252, 363.
Lettre de patronage V. *Lettre d'intention*.
Liberté du créancier dans le recouvrement de sa créance : 20, 525.

- M -

Maintien abusif de crédit V. *Crédit*.
Majeurs protégés : 336, 364.
Mandat : 224
Mineurs : 336, 364.
Mise en garde (devoir de-) : 324, 342, 354, 359.
Moyens de défense : 240.

- N -

Nantissement : 433, 472, 477, 480, 512.
- d'assurance-vie : 512.
- de comptes-titres : 527.
- de fonds de commerce V. *Fonds de commerce*.
- de l'outillage et du matériel d'équipement : 480.
Non-professionnel : 337, 348, 364.
Normativisme : 91, 100, 118.
Nullité : 222, 287, 507, 520.

- O -

Obligation :
- à la dette : 304, 321.
- analyse binaire : 95.
- analyse dualiste classique : 73, 117, 419.
- analyse dualiste moderne : 100 s., 118 s., 207, 421 s.
- analyse moniste classique : 45, 63 s., 415.
- analyse moniste objective : 55 s., 67 s., 417.
- contractuelle imparfaite : 128 s.
- de *praestare* : 399 s.
- formation : 88 s., 115, 116.
- *intuitus personae* : 71.
- *propter rem* : 396, 397.
- réelle V. *Obligation* propter rem.
- rapports :
  - d'obligation V. *rapport d'obligation*.
  - obligatoire V. *rapport obligatoire*.
Octroi abusif de crédit V. *Crédit*.
Opposabilité : 258.
- des droits réels : 383, 389, 391.

- des exceptions : 232.

- P -

Patrimoine : 55, 436.
- du débiteur de la sûreté : 222, 273.
- de dignité V. *Reste à vivre*.
Période suspecte : 468.
Personne morale : 220, 335, 348, 471.
Personne physique : 291, 335, 337.
Pluralité de sûretés : 327, 497.
Pouvoir : 443.
- dépassement : 220.
- détournement : 219.
- propriété V. *Propriété*.
Prestation : 65, 66, 121, 130, 133, 416, 445, 520.
Prestation des fautes (théorie de la-) : 9, 174.
Privilèges : 434.
Procédures collectives : 234, 241, 468, 522.
Produits : 478.
Professionnel : 337, 348, 508.
Promesse : 115, 474, 499.
Proportionnalité :
- en droit des contrats : 288.
- et sûretés personnelles : 289, 342.
- et sûretés réelles : 506.
Propriété :
- atteinte : 542.
- fiduciaire : 436.
- pouvoir : 453.

- R -

Rapport d'obligation : 113, 131 s., 144 s., 247 s., 258s., 309 s., 484 s., 535 s.
Rapport obligatoire : 112, 130, 209, 265, 268, 423, 454, 455, 539, 553.
Recours :
- abusif : 247
- personnel : 300, 301.
- subrogatoire : 302, 305.
Réduction :
- des inscriptions hypothécaires : 517.
- d'une disproportion : 291, 506.
Régimes matrimoniaux : 221.
Responsabilité contractuelle : 158 s.
Responsabilité extracontractuelle : 212.
Reste à vivre : 291.
Rupture abusive de crédit V. *Crédit*.

- S -

Sanctions : 33.
Sociétés : 220, 237, 471.
Solidarisme contractuel : 288.
Sûreté :
- droit commun : 20, 153, 370, 556.
- nature :
  - avec dépossession : 452.
  - préférentielle : 455, 472.
  - sans dépossession : 451, 536.
- négative : 253.
- notion : 556.
  - approche conceptuelle : 13, 14, 31, 322.
  - approche fonctionnelle : 13, 15.
Sûreté personnelle : 36 s., 554.
Sûreté réelle : 371 s., 555.

- T -

Tiers : 262 s., 278, 318s. ,457 s., 543 s.
- fait V. *Fait d'un tiers*
- intéressé : 269, 543.

- U -

Utilisation (clause d'-) : 452, 512.

- V -

Valeur :
- d'échange/d'usage : 407 s., 514.
- droit réel sur la valeur : 404 s.
Vices du consentement : 286, 507, 508.
Violence contractuelle : 507.

TABLE DES MATIÈRES

LISTE DES PRINCIPALES ABRÉVIATIONS VII
LISTE DES OUVRAGES CITÉS PAR LE SEUL NOM DE LEURS AUTEURS IX
SOMMAIRE XI
INTRODUCTION 1

PREMIÈRE PARTIE
LE DROIT DES SÛRETÉS PERSONNELLES AU PRISME DE LA FAUTE

TITRE I. LA NATURE DE L'ENGAGEMENT 35
Chapitre I. Critique des différentes analyses de l'obligation 37
Section 1. Critique des analyses monistes de l'obligation 38
§ 1. Les caractéristiques des analyses monistes de l'obligation 38
A. L'analyse moniste classique de l'obligation 38
1. Les origines de l'analyse moniste classique de l'obligation 39
a. Les origines romaines de l'analyse 39
b. La consécration de l'analyse par la doctrine du XIX^e siècle 43
2. Le contenu de l'analyse moniste classique de l'obligation 44
B. L'analyse moniste objective de l'obligation 45
1. Les origines de l'analyse moniste objective de l'obligation 46
a. Une construction de la doctrine allemande 46
b. La réception par la doctrine française 47
2. Le contenu de l'analyse moniste objective de l'obligation 48
§ 2. Le rejet des analyses monistes de l'obligation 49
A. Le rejet de l'analyse moniste classique 49
B. Le rejet de l'analyse moniste objective 52
Section 2. Critique de l'analyse dualiste classique de l'obligation 56
§ 1. Les caractéristiques de l'analyse dualiste classique de l'obligation 56
A. Les origines de l'analyse dualiste classique de l'obligation 56
1. La découverte par la doctrine allemande 57
2. La réception par la doctrine française 59
B. Le contenu de l'analyse dualiste classique de l'obligation 60
1. La nature de l'obligation 60
2. Le régime de l'obligation 62
§ 2. Le rejet de l'analyse dualiste classique de l'obligation 64
A. L'écueil de la formation de l'obligation 65
1. La méconnaissance de la dimension temporelle de l'obligation 65
2. La méconnaissance de la dimension normative de l'obligation 67
B. L'écueil de la consistance de l'obligation 68
1. Un contenu discuté 68
2. Le comportement ignoré 69
Conclusion du Chapitre I 73
Chapitre II. Illustration par le droit des sûretés personnelles de la nature dualiste de l'obligation 75
Section 1. La pertinence de l'analyse dualiste moderne de l'obligation 76
§ 1. Le contrat selon le Professeur Ancel 77
A. Exposé de l'analyse 78
1. Le constat d'une vision réductrice 78
2. La suggestion d'une vision novatrice 79

B. Critique de l'analyse ... 80
§ 2. L'obligation selon le Professeur Wicker ... 82
A. Exposé de l'analyse ... 83
1. Le rapport obligatoire ... 83
2. Le rapport d'obligation ... 84
B. Critique de l'analyse ... 85
Section 2. L'adéquation de l'analyse dualiste moderne de l'obligation au droit des sûretés personnelles ... 88
§ 1. L'assujettissement du créancier cautionné selon M. Séjean ... 90
A. Exposé de l'analyse ... 90
1. Le rejet de la bilatéralisation du cautionnement ... 90
2. L'assujettissement du créancier cautionné ... 91
B. Critique de l'analyse ... 93
§ 2. L'engagement du créancier garanti ... 95
A. La nature de l'engagement du créancier garanti ... 96
1. L'existence de l'obligation contractuelle imparfaite ... 96
2. L'existence du rapport d'obligation du créancier garanti ... 98
B. Les manifestations de l'engagement du créancier garanti ... 103
1. L'engagement du créancier bénéficiaire d'un cautionnement ... 104
a. Première illustration du contenu de l'engagement du créancier : le bénéfice de subrogation ... 105
b. Seconde illustration du contenu de l'engagement du créancier : l'information de la caution en cours d'exécution du contrat ... 108
2. L'engagement du créancier bénéficiaire d'une garantie autonome ... 112
3. L'engagement du créancier bénéficiaire d'une lettre d'intention ... 115
4. L'engagement du créancier bénéficiaire d'une sûreté *sui generis* ... 117
Conclusion du Chapitre II ... 119
Conclusion du Titre 1 ... 121

TITRE II. LA NATURE DE LA FAUTE ... 125
Chapitre préliminaire. La reconnaissance préalable de l'existence de la responsabilité contractuelle ... 127
Section 1. La remise en cause de la responsabilité contractuelle ... 128
§ 1. Une différence de régime au fondement de la controverse classique ... 128
A. Les fondements de la controverse ... 128
1. La responsabilité et la garantie, avatars respectifs des domaines délictuel et contractuel ... 129
2. La nature unitaire de la responsabilité ... 130
B. La résolution de la controverse ... 131
1. L'unité de nature des responsabilités ... 131
2. La dualité de régime des responsabilités ... 132
§ 2. Une différence de nature au fondement de la controverse moderne ... 133
A. Les aspects théoriques de la remise en cause ... 134
1. La responsabilité contractuelle introuvable ... 134
2. La faute contractuelle inexistante ... 135
B. Les aspects pratiques de la remise en cause ... 137
Section 2. La permanence de la responsabilité contractuelle ... 139
§ 1. Une remise en cause imparfaitement fondée ... 139
A. L'exemple : l'inexécution non fautive du contrat ... 140
1. L'inexécution du contrat due à un cas de force majeure ... 140
2. L'inexécution du contrat due au fait d'un tiers ... 141
3. L'inexécution du contrat due au fait du créancier ... 141
B. Le principe : la dimension éminemment comportementale du phénomène contractuel ... 142

1. Le comportement contractuel nié ... 143
2. Le comportement contractuel indéniable ... 143
§ 2. L'inconstance des solutions proposées ... 145
A. L'absence d'unanimité dans les solutions proposées ... 145
1. L'abandon de la responsabilité contractuelle ... 146
2. Le sursis de la responsabilité contractuelle ... 146
3. Le maintien partiel de la faute contractuelle ... 147
B. La remise en cause désavouée par le législateur ... 148
Section 3. La singularité de la responsabilité contractuelle ... 149
§ 1. L'autonomie de la notion de faute contractuelle ... 149
A. Eléments d'une autonomie absolue ... 150
1. L'existence d'un engagement préalable ... 150
2. La sanction du manquement à l'engagement préalable ... 150
B. Eléments d'une autonomie relative ... 151
1. L'élément de culpabilité de la faute ... 152
2. L'élément d'imputabilité de la faute ... 152
§ 2. La singularité de la responsabilité contractuelle révélée par le recours à l'analyse dualiste de l'obligation ... 153
A. L'existence conjointe de la faute contractuelle et de l'inexécution contractuelle ... 153
B. Une conception renouvelée de la responsabilité contractuelle ... 155
Conclusion du Chapitre préliminaire ... 159
Chapitre I. La dimension matérielle de la faute ... 161
Section 1. La dimension matérielle de la faute du débiteur ... 161
§ 1. Recensement des fautes du débiteur ... 161
A. Les fautes commises lors de la formation de la sûreté ... 162
1. Fautes relatives au pouvoir de contracter une sûreté ... 162
2. Fautes relatives à l'étendue du patrimoine du débiteur ... 167
B. Les fautes commises lors de l'exécution de la sûreté ... 169
1. Fautes relatives à l'assiette de la sûreté ... 169
2. Fautes relatives aux modalités d'exécution de la sûreté ... 172
a. Les fautes commises en l'absence de contre-garant ... 173
b. Les fautes commises en présence de contre-garants ... 180
§ 2. Systématisation de la faute du débiteur ... 184
A. Le cadre de la faute ... 185
1. La consistance du rapport d'obligation ... 185
a. Une consistance fonction du type d'engagement ... 186
i. Nature de la sûreté ... 186
ii. Caractères de la sûreté ... 187
b. Une consistance fonction du nombre d'engagements ... 191
i. Engagement unique ... 192
ii. Engagements multiples ... 193
2. La portée du rapport d'obligation ... 195
a. A l'égard des cocontractants ... 195
b. A l'égard des tiers ... 198
B. Le contenu de la faute ... 205
1. L'altération de la chance supplémentaire de paiement du créancier ... 205
a. L'altération de l'étendue de la chance supplémentaire de paiement ... 206
b. L'altération de l'existence de la chance supplémentaire de paiement ... 208
2. L'altération des engagements interdépendants ... 209
Section 2. La dimension matérielle de la faute du créancier ... 212
§ 1. Recensement des fautes du créancier ... 213
A. Les fautes commises lors de la formation de la sûreté ... 213
1. Fautes relatives à l'information due par le créancier ... 213
2. Fautes relatives au montant de la sûreté ... 216

3. Fautes relatives à l'obligation garantie ... 222
B. Les fautes commises lors de l'exécution de la sûreté ... 224
1. Fautes commises à l'égard du débiteur de l'obligation garantie ... 224
2. Fautes commises à l'égard du débiteur de la sûreté ... 226
a. Fautes relatives à l'information du débiteur de la sûreté ... 226
i. Informations ponctuelles ... 226
ii. Informations conjoncturelles ... 228
b. Fautes relatives aux recours du débiteur de la sûreté ... 230
c. Fautes relatives à la réalisation de la sûreté ... 238
§ 2. Systématisation de la faute du créancier ... 242
A. Le cadre de la faute ... 242
1. La consistance du rapport d'obligation ... 242
2. La portée du rapport d'obligation ... 246
a. A l'égard des cocontractants ... 246
b. A l'égard des tiers ... 248
B. Le contenu de la faute ... 248
1. L'objet de la faute : l'absence de contribution à la dette du débiteur de la sûreté ... 249
2. L'essence de la faute : l'altération des chances de remboursement du débiteur de la sûreté ... 254
Conclusion du Chapitre I ... 261
Chapitre II. La dimension personnelle de la faute ... 263
Section 1. L'influence de la qualité des parties dans l'appréhension de la faute ... 264
§ 1. L'influence modérée des qualités légales ... 265
A. Qualités issues du droit commun ... 265
B. Qualités issues des droits spéciaux ... 266
§ 2. L'influence avérée des qualités prétoriennes ... 269
A. La découverte de la qualité de caution avertie ... 269
B. Le développement de la qualité de caution avertie ... 271
Section 2. La mise en œuvre de la qualité des parties dans l'appréhension de la faute ... 274
§ 1. Le constat d'une mise en œuvre contrariée ... 274
A. L'imprécision problématique des qualités ... 274
B. L'agencement conflictuel des qualités ... 277
§ 2. La nécessité d'une mise en œuvre perfectionnée ... 280
A. Une définition unitaire de la caution avertie ... 281
1. Les critères de la notion de caution avertie selon la Cour de cassation ... 281
2. Proposition d'une définition de la caution avertie ... 284
B. Un agencement possible des différentes qualités ... 290
1. La distinction cardinale entre débiteur averti et débiteur profane ... 291
2. Le traitement enrichi de la faute ... 295
Conclusion du Chapitre II ... 299
Conclusion du Titre II ... 301
CONCLUSION DE LA PREMIÈRE PARTIE ... 303

SECONDE PARTIE
LE DROIT DES SÛRETÉS RÉELLES AU PRISME DE LA FAUTE

TITRE I. LA NATURE DE L'ENGAGEMENT ... 309
Chapitre I. La discordance entre les sûretés réelles et les droits patrimoniaux ... 311
Section 1. Le dépassement par les sûretés réelles de la distinction entre droits réels et droits personnels ... 311
§ 1. Les discordances entre le droit personnel et les sûretés réelles ... 312
A. Les éléments distinctifs du droit personnel ... 312
B. L'inadéquation du droit personnel aux sûretés réelles ... 313

§ 2. Les discordances entre le droit réel et les sûretés réelles 315
A. Les éléments distinctifs du droit réel 315
B. L'inadéquation du droit réel et des sûretés réelles 317
Section 2. L'insuffisance des nouvelles catégories de droits patrimoniaux révélée par les sûretés réelles 326
§ 1. Des qualifications fragmentaires 326
A. L'obligation *propter rem* 327
B. L'obligation de *praestare* 331
C. Le *jus ad rem* 333
§ 2. Une qualification expédiente : le droit réel sur la valeur 337
A. Emergence du droit réel sur la valeur 337
B. Critique du droit réel sur la valeur 338
Conclusion du Chapitre I 343
Chapitre II. La concordance des sûretés réelles et de la notion d'obligation 345
Section 1. Confrontation des sûretés réelles aux différentes analyses de l'obligation ... 346
§ 1. Confrontation aux analyses monistes de l'obligation 346
A. Analyse moniste classique 346
B. Analyse moniste objective 348
§ 2. Confrontation aux analyses dualistes de l'obligation 349
A. Analyse dualiste classique 350
B. Analyse dualiste moderne 353
1. L'appréhension des effets réels de la sûreté par l'analyse dualiste moderne de l'obligation 353
2. L'appréhension des effets personnels de la sûreté par l'analyse dualiste moderne de l'obligation 356
Section 2. Adéquation des sûretés réelles à l'analyse dualiste moderne de l'obligation 358
§ 1. La corrélation entre l'assujettissement du bien grevé et le mécanisme de l'affectation 359
A. L'affectation du bien grevé : effet de son assujettissement à la réalisation de l'obligation garantie 359
1. La modification de la condition juridique du bien grevé 359
2. L'affectation constitutive de l'utilité recherchée du bien grevé 362
B. L'affectation de la valeur du bien grevé à la garantie d'une obligation, critère catégoriel des sûretés réelles 363
1. Indépendance du critère vis-à-vis des sources de la sûreté 364
2. Indépendance du critère vis-à-vis de la nature de la sûreté 368
§ 2. La détermination des droits et devoirs respectifs des parties 370
A. Les droits et devoirs du constituant de la sûreté réelle 371
1. Les exigences comportementales du constituant 371
2. Les prérogatives du constituant 374
B. Les droits et devoirs du titulaire de la sûreté réelle 377
1. Les exigences comportementales du titulaire 377
2. Les prérogatives du titulaire 382
a. Lors de l'exécution de l'obligation garantie 382
b. Lors de la réalisation de la sûreté 386
C. Les droits et devoirs du tiers chargé de la gestion de la sûreté réelle 391
Conclusion du Chapitre II 395
Conclusion du Titre I 397

TITRE II. LA NATURE DE LA FAUTE 403
Chapitre I. La faute du constituant 405
Section 1. Recensement des fautes du constituant d'une sûreté réelle 405
§ 1. Les fautes commises lors de la formation de la sûreté 405

A. Les fautes relatives au but recherché à travers la sûreté 406
B. Les fautes relatives à la condition juridique du bien grevé 408
§ 2. Les fautes commises lors de l'exécution de la sûreté 416
A. Les fautes relatives au bien grevé 416
B. Les fautes relatives aux droits reconnus au titulaire 421
Section 2. Systématisation de la faute du constituant d'une sûreté réelle 424
§ 1. Le cadre de la faute 424
A. La consistance du rapport d'obligation 425
B. La portée du rapport d'obligation 426
§ 2. Le contenu de la faute 427
A. L'altération des droits des tiers à la sûreté réelle 428
1. Les autres créanciers du constituant 428
2. Les titulaires de droits sur le bien grevé 428
B. L'altération de la chance supplémentaire de paiement du titulaire 430
1. L'atteinte portée à la substance du bien 430
2. L'atteinte portée à la consistance du droit 433
Conclusion du chapitre I 435
Chapitre II. La faute du titulaire 437
Section 1. Recensement des fautes du titulaire d'une sûreté réelle 437
§ 1. Les fautes commises lors de la formation de la sûreté 437
A. Les fautes relatives à l'étendue de la sûreté 437
B. Les fautes relatives à l'existence de la sûreté 442
§ 2. Les fautes commises après la formation de la sûreté 444
A. Les fautes commises lors de l'exécution de l'obligation garantie 445
1. Les fautes relatives au bien grevé 445
2. Les fautes relatives au droit constitué 448
a. Les fautes relatives à l'inscription de la sûreté réelle 448
b. Les fautes non relatives à l'inscription de la sûreté réelle 455
B. Les fautes commises lors de la réalisation de la sûreté 458
1. Le moment de la réalisation 458
2. Les modalités de la réalisation 461
3. L'incidence de l'engagement d'une caution pour le paiement de la même dette 468
Section 2. Systématisation de la faute du titulaire d'une sûreté réelle 471
§ 1. Le cadre de la faute 471
A. La consistance du rapport d'obligation 472
B. La portée du rapport d'obligation 474
§ 2. Le contenu de la faute 476
A. L'atteinte à la propriété du constituant par diminution de la valeur du bien grevé 476
B. L'altération des chances de paiement des tiers à la sûreté réelle 477
1. L'altération de la chance supplémentaire de paiement des créanciers concurrents 478
2. L'altération des chances de remboursement de la caution engagée pour garantie de la même dette 480
Conclusion du Chapitre II 483
Conclusion du Titre II 485
CONCLUSION DE LA DEUXIÈME PARTIE 487
CONCLUSION GÉNÉRALE 489

BIBLIOGRAPHIE 497
INDEX ALPHABÉTIQUE DES MATIÈRES 545
TABLE DES MATIÈRES 549