

mémentos

APPRENDRE

UTILE

2023/24

Gaël Piette

Droit des sûretés

17^e

Cours intégral
et synthétique **+** Tableaux
et schémas

Gaël Piette

agrégé des Facultés de Droit, est Professeur à l'université de Bordeaux, membre du CRDEI et membre associé de l'IRJS.

Du même auteur, chez le même éditeur

Collection « Carrés Rouge »

– *L'essentiel du Droit des sûretés*, 8^e éd. 2023.

Suivez-nous sur



www.gualino.fr

Contactez-nous gualino@lextenso.fr



© 2023, Gualino, Lextenso
1, Parvis de La Défense
92044 Paris La Défense Cedex
EAN 9782297221504
ISSN 2680-073X
Collection Mémentos

mémentos

APPRENDRE

UTILE

2023/24

Gaël Piette

Droit des sûretés

17^e

Cours intégral
et synthétique **+** Tableaux
et schémas

mémentos

APPRENDRE

UTILE

- C'est un cours complet et synthétique avec des aides pédagogiques différenciées.
- Il correspond à un enseignement dispensé en Licence et Master.
- Il est entièrement rédigé de manière structurée, claire et accessible.
- Il est à jour de l'actualité la plus récente.

Chez le même éditeur

- Amphi LMD
- Mémentos
- Exos LMD
- Méthodo LMD
- Carrés Rouge
- Annales corrigées et commentées
- Master
- En Poche
- Droit Expert
- Droit en poche
- Petit Lexique
- Hors collection

Présentation

Le droit des sûretés a pour objet *les diverses techniques que peut employer un créancier* pour se protéger de certains aléas inhérents aux relations contractuelles. Les sûretés visent à garantir le créancier du paiement de sa créance, à le faire échapper au concours des autres créanciers, à le prémunir contre l'insolvabilité de son débiteur.

Il s'agit donc d'une matière fondamentale, complémentaire de la théorie générale des obligations et du droit des contrats spéciaux. En effet, l'intérêt de disposer d'une créance est restreint si le débiteur est dans l'incapacité de payer. La situation du créancier titulaire d'une sûreté est dès lors beaucoup plus enviable que celle du créancier chirographaire, démuné de toute sûreté.

Mais le droit des sûretés est d'une approche difficile, en raison de sa technicité et de son évolutivité. Matière technique, voire complexe, car elle établit de nombreux liens avec d'autres branches du droit (droit des contrats, mais aussi droit des sociétés, droit des entreprises en difficulté, droit des régimes matrimoniaux...). Matière évolutive, du fait d'une jurisprudence foisonnante et d'une législation mouvante, et souvent subtile.

La **17^e édition 2023-2024** de ce Mémentos est d'abord destinée aux étudiants de Licence ou de 1^{re} année de Master qui découvrent la matière. Il vise également à permettre à des étudiants de 2^e année de Master de rafraîchir leurs connaissances. Il peut enfin s'avérer utile aux professionnels du droit, soucieux d'appréhender rapidement le droit des sûretés.

Cet ouvrage se propose d'exposer, de manière accessible et synthétique, *les mécanismes et les règles du droit des sûretés*, en s'appuyant sur les textes et sur la jurisprudence la plus récente. Les développements s'ordonnent autour de la distinction majeure de la matière, à savoir la distinction entre les sûretés personnelles et les sûretés réelles. Il est à jour au 9 mai 2023.

Plan de cours

Présentation 5

Introduction 15

- 1 La notion de sûreté 15
- 2 L'évolution du droit des sûretés 16
- 3 Les conflits de lois en matière de sûretés 18
- 4 Droit de l'Union européenne et droit des sûretés 20
- 5 La situation des créanciers chirographaires 21
- 6 Classification des sûretés 23

PARTIE 1

Les sûretés personnelles

Chapitre 1 Le cautionnement 31

- 1 La notion de cautionnement 31
 - A - *Caractères du cautionnement* 31
 - 1) Un contrat 32
 - 2) Un contrat unilatéral 32
 - 3) Un contrat accessoire 33
 - B - *Types de cautionnement* 34
 - 1) Cautionnement civil et cautionnement commercial 34
 - 2) Cautionnement simple et cautionnement solidaire 35
 - 3) Les modèles complexes 36

2 La formation du cautionnement	38
<i>A - Les conditions de validité</i>	38
1) Le consentement	38
2) Capacité et pouvoirs de conclure un cautionnement	42
3) Le contenu du contrat de cautionnement	46
4) Le formalisme	48
5) La solvabilité de la caution judiciaire ou légale	51
<i>B - L'étendue du cautionnement</i>	51
1) Le montant du cautionnement	51
2) La durée du cautionnement	56
3 La mise en œuvre du cautionnement	58
<i>A - Les effets du cautionnement</i>	58
1) Les rapports entre le créancier et la caution	58
<i>a) Les obligations d'information</i>	58
<i>b) Les rapports entre le créancier et la caution au moment des poursuites</i>	60
2) Les rapports entre le débiteur principal et la caution	62
<i>a) Le recours personnel</i>	63
<i>b) Le recours subrogatoire</i>	64
3) Les rapports entre cofidélus	65
<i>B - Le cautionnement et les procédures d'insolvabilité</i>	65
1) Cautionnement et surendettement	66
2) Cautionnement et entreprises en difficulté	66
<i>a) La caution et l'ouverture de la procédure collective</i>	67
<i>b) La caution et l'issue de la procédure collective</i>	68
<i>C - L'extinction du cautionnement</i>	68
1) L'extinction du cautionnement par voie accessoire	68
2) L'extinction du cautionnement par voie principale	69
<i>a) Les causes d'extinction indépendantes d'une faute du créancier</i>	69
<i>b) Le bénéfice de subrogation</i>	72

Chapitre 2 Les sûretés personnelles non accessoires **77**

1 Les garanties autonomes	77
<i>A - La notion de garantie autonome</i>	78
1) Définition de la garantie autonome	78
2) Types de garanties autonomes	79
3) La contre-garantie	80
<i>B - La conclusion de la garantie autonome</i>	80
<i>C - La mise en œuvre de la garantie autonome</i>	82
1) L'appel de la garantie	82
2) Les moyens de défense opposables au bénéficiaire	82
3) Les recours	84
<i>a) Les recours du garant</i>	84
<i>b) Les recours du donneur d'ordre</i>	85
<i>D - L'extinction de la garantie autonome</i>	85

2 Les garanties indemnitaires	86
<i>A - La lettre d'intention</i>	86
1) La nature juridique de la lettre d'intention	86
<i>a) La notion de lettre d'intention</i>	86
<i>b) La diversité des lettres d'intention</i>	87
2) Le régime de la lettre d'intention	88
<i>B - Le porte-fort d'exécution</i>	91
1) Notion de porte-fort d'exécution	91
2) Régime du porte-fort d'exécution	93
<i>a) Formation du porte-fort</i>	93
<i>b) Exécution du porte-fort</i>	94
3) Appréciation critique du porte-fort d'exécution	94

PARTIE 2

Les sûretés réelles

Chapitre 3 Les sûretés réelles pour autrui	101
---	------------

Chapitre 4 Le gage	107
---------------------------	------------

1 Le droit commun du gage	107
<i>A - La constitution du gage</i>	108
1) Les parties au contrat de gage	108
2) L'objet du gage	108
3) L'exigence d'un écrit	110
4) L'opposabilité du gage	110
<i>B - Les effets du gage</i>	112
1) Les obligations du constituant	112
2) Les obligations du créancier gagiste	112
3) Les prérogatives du créancier gagiste	113
<i>C - La réalisation du gage</i>	115
1) La vente forcée du bien grevé	115
2) L'attribution au créancier du bien grevé	116
2 Les gages spéciaux : les warrants	117

Chapitre 5 Le nantissement	119
-----------------------------------	------------

1 Le nantissement traité par le Code civil : le nantissement de créance	119
2 Les nantissements traités par des textes extérieurs au Code civil	121
<i>A - Le nantissement du fonds de commerce</i>	121
1) La constitution du nantissement conventionnel du fonds de commerce	122
2) Les effets du nantissement conventionnel du fonds de commerce	122

3) Le nantissement judiciaire du fonds de commerce	123
<i>B - Le nantissement de parts sociales</i>	123
<i>C - Le nantissement des comptes-titres</i>	124
<i>D - Le nantissement des films cinématographiques</i>	127
<i>E - Le nantissement du droit d'exploitation des logiciels</i>	127

Chapitre 6 Le gage immobilier 129

1 La constitution du gage immobilier	129
<i>A - Les conditions de validité du gage immobilier</i>	130
1) Le constituant	130
2) L'assiette du gage immobilier	130
3) L'exigence d'un acte notarié	131
4) La dépossession du constituant	131
<i>B - L'opposabilité du gage immobilier</i>	132
2 Le régime du gage immobilier	132
<i>A - Les effets du gage immobilier</i>	132
1) Les obligations du créancier titulaire d'un gage immobilier	132
2) Les prérogatives du créancier titulaire d'un gage immobilier	133
<i>B - La réalisation du gage immobilier</i>	135
3 La valeur actuelle du gage immobilier	135

Chapitre 7 L'hypothèque 137

1 L'hypothèque conventionnelle	137
<i>A - La constitution de l'hypothèque conventionnelle</i>	138
1) Les conditions de validité de l'hypothèque	138
a) <i>Le constituant</i>	138
b) <i>La créance garantie</i>	139
c) <i>L'assiette de la sûreté</i>	140
d) <i>Un acte notarié</i>	141
2) L'inscription hypothécaire	143
a) <i>L'accomplissement de l'inscription</i>	144
b) <i>La durée de l'inscription</i>	146
<i>B - Le régime de l'hypothèque</i>	148
1) Les effets de l'hypothèque	148
a) <i>Les effets de l'hypothèque entre les parties</i>	148
b) <i>Les effets de l'hypothèque à l'égard des tiers</i>	151
2) La transmission de l'hypothèque	153
a) <i>La transmission de l'hypothèque à titre accessoire</i>	153
b) <i>La transmission de l'hypothèque à titre principal</i>	153
3) L'extinction de l'hypothèque	153
a) <i>L'extinction de l'hypothèque par voie accessoire</i>	154
b) <i>L'extinction de l'hypothèque par voie principale</i>	154

C - Le prêt viager hypothécaire	155
1) La conclusion du prêt viager hypothécaire	156
2) Le régime du prêt viager hypothécaire	156
a) Les obligations de l'emprunteur	157
b) Le dénouement de l'opération	157
2 Les autres sources de l'hypothèque	158
A - Les hypothèques légales	158
1) Les hypothèques légales générales	158
a) L'hypothèque légale des époux	158
b) L'hypothèque légale des jugements de condamnation	159
2) Les hypothèques légales spéciales	160
a) L'hypothèque légale spéciale du vendeur d'immeuble	161
b) L'hypothèque légale spéciale du prêteur de deniers	162
c) L'hypothèque légale spéciale du syndicat des copropriétaires	162
d) L'hypothèque légale spéciale de l'héritier et du copartageant	163
e) L'hypothèque légale spéciale de la séparation des patrimoines	163
f) L'hypothèque légale spéciale de l'accédant à la propriété	163
g) L'hypothèque légale spéciale de la commune pour les travaux effectués à la place du propriétaire défaillant	164
B - L'hypothèque judiciaire conservatoire	164

Chapitre 8 Les privilèges 167

1 La notion de privilège	167
2 Inventaire des privilèges	169
A - Les privilèges généraux	169
1) Les privilèges généraux sur les meubles et immeubles	169
a) Le privilège des frais de justice	170
b) Le privilège des salaires	170
c) Les privilèges reconnus à certains créanciers d'une entreprise en difficulté	171
2) Les privilèges généraux sur les seuls meubles	172
a) Le privilège des frais funéraires	172
b) Le privilège du Trésor	172
c) Le privilège des caisses de Sécurité sociale	173
B - Les privilèges spéciaux	173
1) Les privilèges fondés sur l'idée de gage	174
a) Le privilège du bailleur d'immeuble	174
b) Le privilège du syndicat des copropriétaires d'appartements	174
c) Le privilège du créancier consignataire	175
d) Le privilège du commissionnaire	175
e) Le privilège du transporteur	175

2) Les privilèges fondés sur l'introduction d'une valeur dans le patrimoine du débiteur	175
a) <i>Le privilège du vendeur de meubles</i>	176
b) <i>Le privilège du vendeur de fonds de commerce</i>	176
c) <i>Le privilège de l'auxiliaire salarié du travailleur à domicile</i>	177
3) Les privilèges tenant à la conservation de la chose	177
4) Les autres privilèges spéciaux mobiliers	177
a) <i>Le privilège de Pluviôse</i>	178
b) <i>Les privilèges maritimes et aériens</i>	178
3 Classement des privilèges	179

Chapitre 9 Les garanties assises sur la détention ou la propriété 183

1 Le droit de rétention	183
A - <i>La constitution du droit de rétention</i>	183
1) L'évolution du droit de rétention	184
2) Les conditions du droit de rétention	186
a) <i>Les créanciers pouvant se prévaloir d'un droit de rétention</i>	187
b) <i>Les conditions relatives à la créance</i>	187
c) <i>Les conditions relatives à la détention</i>	187
d) <i>Les conditions relatives à la chose retenue</i>	188
B - <i>Le régime du droit de rétention</i>	189
1) Les effets du droit de rétention	189
2) L'extinction du droit de rétention	192
2 La propriété à titre de garantie	193
A - <i>La propriété conservée par le créancier</i>	193
1) La réserve de propriété	194
a) <i>La stipulation de la réserve de propriété</i>	195
b) <i>La réalisation de la réserve de propriété</i>	196
2) Le crédit-bail	197
B - <i>La propriété transférée au créancier</i>	199
1) La fiducie	199
a) <i>La constitution de la fiducie</i>	200
b) <i>Les effets de la fiducie</i>	203
c) <i>La réalisation de la fiducie</i>	205
d) <i>L'extinction de la fiducie</i>	206
2) La cession de créance à titre de garantie	206
3) La cession de somme d'argent à titre de garantie	207
4) La vente avec faculté de rachat	209

Chapitre 10 La publicité des sûretés réelles mobilières 211

1 Le domaine du registre des sûretés mobilières	211
2 L'organisation du registre	212
3 Les formalités	212
A - <i>Les formalités initiales</i>	212

<i>B - Les formalités modificatives</i>	213
<i>C - La radiation de l'inscription</i>	213
<i>D - Le rôle du greffier</i>	214
4 La consultation du registre	214

PARTIE 3

La gestion des sûretés pour autrui

Chapitre 11 L'agent des sûretés	217
1 La nature de l'agent des sûretés	218
2 Le patrimoine d'affectation	218
3 Forme de la convention	218
4 Pouvoirs et missions de l'agent des sûretés	219
5 Responsabilité de l'agent	220
6 Extinction	220
Bibliographie générale	221
Index	223

Liste des principales abréviations

Art.	Article
Bibl. dr. privé	Bibliothèque de droit privé (LGDJ)
Bull. civ.	Bulletin des arrêts de la Cour de cassation, Chambres civiles
C. assur.	Code des assurances
C. civ.	Code civil
C. com.	Code de commerce
C. consom.	Code de la consommation
C. mon. fin.	Code monétaire et financier
C. trav.	Code du travail
CGI	Code général des impôts
Concl.	Conclusions
Contrats, conc. consom.	Contrats, concurrence, consommation
CPC	Code de procédure civile
CPC exéc.	Code des procédures civiles d'exécution
CSS	Code de la Sécurité sociale
D.	Décret
D.	Recueil Dalloz
D. aff.	Recueil Dalloz, Cahier de droit des affaires
Dr. famille	Revue Droit de la famille
Éd.	Édition
JCP E	JurisClasseur Périodique, édition entreprise
JCP G	JurisClasseur Périodique, édition générale
JCP N	JurisClasseur Périodique, édition notariale
Journ. not.	Journal des notaires
L.	Loi
Obs.	Observations
Préc.	Précité
RD bancaire et fin.	Revue de Droit Bancaire et Financier
RDI	Revue de droit immobilier
Rev.	Revue
Rev. crit. DIP	Revue critique de droit international privé
Rev. proc. coll.	Revue des procédures collectives, civiles et commerciales
RLDC	Revue Lamy de Droit civil
RTD civ.	Revue trimestrielle de droit civil
RTD com.	Revue trimestrielle de droit commercial
S.	Recueil Sirey

Introduction

1. L'incertitude ne peut s'inscrire paisiblement dans le droit du crédit. Étymologiquement, le terme « crédit » provient du latin « *credere* », qui signifiait « avoir confiance ». Ainsi, le terme « crédit » a la même origine que les termes « créancier », « croire », ou encore « crédule »...

Si le droit du crédit est celui de la confiance, il est évident qu'il ne peut se satisfaire de l'incertitude. Aussi, l'une de ses dimensions les plus importantes est-elle celle qui va restreindre cette incertitude, en améliorant les chances du créancier d'être payé, en réduisant le risque d'impayé : c'est l'objet du droit des sûretés.

Par conséquent, davantage que comme un complément du crédit – angle sous lequel elles sont trop souvent envisagées –, les sûretés apparaissent comme un catalyseur, comme un moyen du crédit. Il y a confiance, donc crédit, parce qu'il y a sécurité, donc sûretés.

C'est dire l'importance du droit des sûretés. Sur un plan juridique, puisqu'il tend à garantir au contrat sa force obligatoire. Sur un plan économique, puisqu'il facilite l'obtention de crédit par les entreprises et les particuliers et permet donc les investissements.

1. LA NOTION DE SÛRETÉ

2. Les sûretés permettent ainsi d'introduire dans la créance une certaine sécurité. La sûreté est un mécanisme établi en faveur du créancier et destiné à garantir le paiement de la dette à l'échéance, malgré l'éventuelle insolvabilité du débiteur. Elle prémunit le créancier contre le risque d'insolvabilité de son débiteur, donc contre le risque d'impayé.

3. Se pose alors la question de savoir s'il existe une distinction entre les sûretés et les garanties. À ce sujet, deux conceptions s'opposent. Une conception extensive de la

notion de sûreté conçoit celle-ci comme « tous les procédés tendant directement à la garantie de l'exécution des obligations¹ ». Dès lors, apparaîtraient comme des sûretés tous les mécanismes qui peuvent avoir d'autres fonctions, même si au sein de celles-ci la fonction de garantie est secondaire.

Inversement, une conception stricte distingue les sûretés des garanties, en considérant les premières comme une catégorie spécifique des secondes. Afin d'identifier les sûretés au sein des garanties, il est alors nécessaire de dégager des critères. Il s'agit d'une tâche difficile, que ni le législateur, ni la jurisprudence n'ont désiré entreprendre. Un auteur a proposé trois critères, dont la combinaison permet de distinguer les véritables sûretés des simples garanties².

Le premier critère est celui de la finalité. La sûreté aurait pour finalité d'améliorer la situation juridique du créancier par rapport au créancier chirographaire, qui bénéficie seulement du droit de gage général sur les biens appartenant à son débiteur. La sûreté vise directement à avantager le créancier, en le plaçant dans une situation privilégiée par rapport aux autres créanciers du débiteur.

Le deuxième critère est celui de l'effet. La mise en œuvre de la sûreté présente un effet satisfaisant pour le créancier, par l'extinction totale ou partielle, directe ou indirecte, de la créance.

Le troisième critère est celui de la technique. La sûreté répond à une technique particulière, qui est celle de l'affectation à la satisfaction du créancier d'un bien, d'un ensemble de biens ou d'un patrimoine.

Cette analyse sera adoptée dans les développements qui suivent. Elle conduit à ne considérer comme véritables sûretés que le cautionnement, la garantie autonome, la lettre d'intention, le gage, le nantissement, le gage immobilier, l'hypothèque, la fiducie-sûreté et les privilèges.

2. L'ÉVOLUTION DU DROIT DES SÛRETÉS

4. Les droits primitifs accordaient une place essentielle aux sûretés personnelles. La technique du droit réel était peu développée, ce qui restreignait inévitablement le recours aux sûretés réelles. En outre, la technique de la sûreté personnelle, conçue comme un service d'ami, apparaissait la plus naturelle dans des sociétés claniques, dans lesquelles la solidarité familiale était omniprésente.

Le droit romain constituait un système juridique plus évolué, permettant un certain essor des sûretés réelles. Néanmoins, les sûretés personnelles étaient encore prédominantes, pour deux raisons. D'une part, les sûretés réelles supposaient à l'époque des choses corporelles. Du fait de la faible valeur accordée aux biens mobiliers, de telles sûretés n'étaient véritablement efficaces que sur les biens immobiliers. D'autre part, l'opposabilité de la sûreté réelle aux tiers nécessite une publicité ou une dépossession. L'absence en droit romain de système organisé de publicité limitait l'efficacité des sûretés réelles

1. Simler Ph. et Delebecque Ph., *Sûretés, publicité foncière*, 7^e éd., 2016, Dalloz, Précis, n° 37.

2. Crocq P., *Propriété et garantie*, 1995, LGDJ, Bibl. dr. privé, t. 248, n°s 261 et s.

sans dépossession, telles que l'hypothèque. De telles sûretés demeuraient en effet occultes, et donc inopposables aux tiers. La sécurité qu'elles étaient censées conférer était par conséquent subordonnée au respect du contrat.

5. Fort logiquement, le développement des sûretés réelles va s'opérer au rythme de celui de la propriété privée. Le développement économique, la diversification de la composition des patrimoines, l'émergence de biens mobiliers de valeur, voire de fortunes mobilières, sont autant de facteurs qui contribuent à la progression des sûretés réelles. Celles-ci vont, au cours du xx^e siècle, dépasser les sûretés personnelles. Ces dernières souffrent de la croissance de l'individualisme et de l'affaiblissement des structures familiales, qui rendent plus difficile la garantie de tiers.

Durant cette même période, le crédit va connaître un essor sans précédent. La société française devient une société de consommation, l'économie s'oriente vers un recours massif aux techniques de crédit, les rapports contractuels se multiplient. Les sûretés, dans ce contexte, voient évidemment leur rôle et leur importance s'accroître. Par un mouvement de balancier, les sûretés personnelles vont retrouver les faveurs des agents économiques. De nouvelles variétés de cautionnements, tel que le cautionnement rémunéré – notamment le cautionnement bancaire –, et la création de la garantie autonome ont relancé l'attrait des garanties personnelles.

Celles-ci ont également bénéficié de la fragilisation des sûretés réelles par les lois du 13 juillet 1967 et du 25 janvier 1985. Ces textes ont affaibli les sûretés réelles, en réduisant considérablement leur efficacité en matière de procédures collectives.

Plus récemment, le législateur a néanmoins tenté d'atténuer le sacrifice des créanciers privilégiés que pratiquaient ces deux textes. La loi du 10 juin 1994, puis celle du 26 juillet 2005 de sauvegarde des entreprises, avait comme objectif de renforcer les droits des créanciers, dans le but de développer le financement des entreprises. Malgré ces intentions louables, il faut bien reconnaître que l'objectif est loin d'être atteint.

Aujourd'hui, un équilibre relatif existe entre les sûretés personnelles et les sûretés réelles. Les avantages et les faiblesses de chaque type de sûretés se compensent approximativement.

6. Le droit des sûretés a connu une première importante réforme en 2006. La Chancellerie a constitué en juillet 2003 un groupe de travail, chargé de concevoir et de rédiger un projet de réforme du droit des sûretés. Il a rendu son rapport au ministre de la Justice le 31 mars 2005, et proposait d'ajouter au Code civil un livre IV intitulé « Des sûretés ». Cette adjonction permettrait de réécrire les textes du droit des sûretés, en abrogeant ceux devenus inutiles ou désuets. Elle permettrait également de regrouper les textes relatifs aux sûretés, et particulièrement au cautionnement, au sein du Code civil.

La loi du 26 juillet 2005 pour la confiance et la modernisation de l'économie, dans son article 24, a autorisé le gouvernement à prendre diverses ordonnances pour modifier le droit des sûretés, à l'exception notable du cautionnement.

La réforme des sûretés a été réalisée par l'ordonnance n° 2006-346 du 23 mars 2006, elle-même ratifiée par la loi n° 2007-212 du 20 février 2007 portant diverses dispositions intéressant la Banque de France (art. 10 I). L'ordonnance intègre dans le Code civil un livre IV intitulé « Des sûretés » qui, notamment, reprend à droit constant les dispositions

du Code civil relatives au cautionnement et apporte de substantielles modifications au droit des sûretés réelles.

Postérieurement à cette réforme générale du 23 mars 2006, le droit des sûretés a connu diverses réformes, spéciales parce que portant sur des points spécifiques. La loi n° 2007-211 du 19 février 2007 a introduit en droit français la fiducie. La loi de modernisation de l'Économie (n° 2008-776) du 4 août 2008 a retouché la fiducie et le gage sans dépossession. L'ordonnance n° 2008-1345 du 18 décembre 2008 portant réforme du droit des entreprises en difficulté a aménagé le régime de certaines sûretés dans le cadre des procédures collectives. L'ordonnance n° 2009-15 du 8 janvier 2009 relative aux instruments financiers a apporté certaines innovations aux sûretés grevant de tels instruments. L'ordonnance n° 2009-112 du 30 janvier 2009 a apporté un certain nombre de modifications à la fiducie. La loi n° 2009-526 du 12 mai 2009 de simplification et de clarification du droit et d'allègement des procédures a apporté quelques retouches ponctuelles à certaines sûretés.

7. Une nouvelle réforme du droit des sûretés a eu lieu en 2021. Durant le second semestre de l'année 2017, l'association Capitant a rendu public un avant-projet de réforme du droit des sûretés³. Celui-ci avait pour objectifs de compléter la réforme de 2006 (sur les points qui n'ont pu être réformés à l'époque) et d'assurer la cohérence entre cette dernière et les réformes postérieures. La loi n° 2019-486 du 22 mai 2019, dite loi *PACTE*, en son article 60, a habilité le gouvernement à légiférer par voie d'ordonnance pour réaliser cette réforme. C'est ainsi que l'ordonnance n° 2021-1192 du 15 septembre 2021 a vu le jour. Fort logiquement, la sûreté la plus réformée est le cautionnement. Mais le texte s'intéresse aussi aux sûretés réelles, notamment en en supprimant certaines, jugées désuètes, et en en créant d'autres. Les textes anciens conservent cependant un intérêt, car la réforme n'entre en vigueur que le 1^{er} janvier 2022 et n'est applicable qu'aux contrats conclus après cette date. À une exception près, concernant les obligations d'information de la caution pesant sur le créancier, les contrats conclus antérieurement demeurent soumis à la loi ancienne. L'ordonnance a été complétée par des décrets d'application, promulgués le 29 décembre 2021, notamment en matière de publicité des sûretés mobilières, et le 14 février 2023, au sujet de la publicité du gage automobile.

3. LES CONFLITS DE LOIS EN MATIÈRE DE SÛRETÉS

8. La question des conflits de lois en matière de sûretés est importante, car l'exécution des contrats internationaux est fréquemment garantie par une sûreté. Certaines sûretés, telles que les garanties autonomes, ont même pour domaine de prédilection les relations contractuelles internationales.

À se cantonner aux sûretés conventionnelles, les conflits de lois sont principalement réglés par la Convention de Rome du 19 juin 1980, relative à la loi applicable aux obligations contractuelles, devenue le Règlement Rome I du 17 juin 2008. Il convient alors de

3. Consultable sur le site internet de l'association. V. égal. Grimaldi M., Mazeaud D. et Dupichot Ph., « Présentation d'un avant-projet de réforme des sûretés », D. 2017, p. 1717.

distinguer entre le cautionnement, les sûretés personnelles non accessoires et les sûretés réelles.

9. Le cautionnement, en tant que contrat, sera régi par la loi choisie par les parties (Règl. Rome I, art. 3-1). Lorsque les contractants n'ont pas choisi la loi applicable, le cautionnement sera régi par la loi du pays dans lequel la partie qui fournit la prestation caractéristique a sa résidence habituelle (Règl. Rome I, art. 4-2). Cela revient à appliquer au cautionnement la loi de résidence de la caution, puisque c'est elle qui fournit la prestation caractéristique. Toutefois, en application de l'article 4-3 du Règlement, cette loi peut être écartée lorsque le contrat présente des liens plus étroits avec un autre pays⁴. Il ne faudrait cependant pas déduire de cette dernière règle, connue sous le nom de *clause d'exception*, qu'en matière de cautionnement, la loi de la prestation caractéristique doit systématiquement être écartée au profit de la loi de l'obligation garantie, au motif que l'obligation de la caution est accessoire à celle-ci. La clause d'exception n'a pas vocation à devenir le principe : elle doit jouer en fonction des circonstances concrètes de la situation, et non de manière abstraite. En outre, la loi de résidence de la caution offre un avantage : c'est celle que la caution connaît le mieux, celle dont les dispositions sont pour elle les plus prévisibles⁵.

10. Les sûretés personnelles non accessoires sont soumises aux mêmes règles de rattachement que le cautionnement. Compétence est donc en principe donnée à la loi d'autonomie. Sont également applicables les règles posées par le Règlement Rome I en cas d'absence de choix. C'est la loi de l'État dans lequel la partie qui doit fournir la prestation caractéristique a sa résidence habituelle qui sera alors applicable.

11. En matière de sûretés réelles, il est nécessaire d'opérer une sous-distinction entre la constitution et les effets de la sûreté. S'agissant de la constitution de la sûreté, l'application de la loi d'autonomie est concevable. Toutefois, les contractants préfèrent souvent se référer à la *lex rei sitae*, c'est-à-dire la loi de l'État sur le territoire duquel est situé le bien. Il s'agit d'un critère de rattachement fiable, notamment lorsque le bien est un immeuble. C'est d'ailleurs la solution prônée par le Règlement Rome I, dans son article 4-1 c. En ce qui concerne les sûretés réelles sans dépossession portant sur des biens meubles, retenir la *lex rei sitae* présente l'inconvénient de pouvoir provoquer des conflits mobiles, c'est-à-dire des conflits de lois en cas de déplacement du bien (par exemple, un gage sans dépossession est constitué sur une chose située en Allemagne, mais la chose grevée est ensuite déplacée en France). La solution est néanmoins relativement simple, car le contenu des droits réels est traditionnellement soumis à la loi réelle nouvelle. Compétence est donc reconnue à la loi de l'État sur le territoire duquel est situé actuellement le bien grevé.

Sur le plan de la forme de l'acte constitutif de la sûreté, il faut réserver le jeu de la maxime *locus regit actum*, en application de laquelle la loi du lieu de conclusion régit la forme de l'acte. Il convient aussi de réserver l'hypothèse des sûretés réelles immobilières, visée par l'article 11-5 du Règlement, aux termes duquel le contrat ayant pour objet un

4. C'est notamment le cas d'un cautionnement rédigé en italien, conclu en Italie, garantissant un contrat principal régi par la loi italienne, pour lequel le prêteur et l'emprunteur sont établis en Italie : Cass. 1^{er} civ., 16 sept. 2015, n^o 14-10373 : Lexbase Hebdo, Éd. Affaires, n^o 440, obs. Piette G.

5. Piette G., Rép. Dr. international, V^o Cautionnement, n^o 23.

droit réel immobilier est soumis aux règles de forme impératives de la loi du pays où l'immeuble est situé.

S'agissant des effets de la sûreté, la compétence de la loi d'autonomie est concevable dans les relations entre les parties, même si la *lex rei sitae* est généralement préférée. À l'égard des tiers, c'est la *lex rei sitae* qui est compétente pour fixer l'étendue des prérogatives du créancier. Ainsi, la *lex rei sitae* régit notamment l'exercice et les modalités du droit de préférence et du droit de suite du créancier, les conflits entre privilèges, ou encore les possibilités ouvertes au tiers détenteur en cas d'exercice par le créancier de son droit de suite.

Notons enfin que la CNUDCI (Commission des Nations unies pour le Droit du Commerce International) a adopté en 2016 une loi-type sur les sûretés mobilières⁶. Cette loi-type, qui se compose de 107 articles, se double d'un guide pour l'incorporation dans les droits internes.

4. DROIT DE L'UNION EUROPÉENNE ET DROIT DES SÛRETÉS

12. Le législateur européen, d'habitude prolifique, est peu productif en matière de sûretés. Or, ce mutisme est d'autant plus remarquable que les sûretés, en tant qu'éléments du crédit, entrent indiscutablement dans la compétence de l'Union européenne. Les raisons de cette timidité paraissent fort simples. Dans les États membres, une certaine harmonie est perceptible en matière de cautionnement. Celle-ci atténue le besoin d'une législation communautaire. Inversement, d'importantes disparités existent entre les législations des États membres relatives aux sûretés réelles. Ces différences rendent particulièrement ardue toute tentative de rapprochement. Néanmoins, sous la direction du professeur Drobniq, de l'Université de Hambourg, un groupe de travail a élaboré des Principes du Droit européen des sûretés personnelles⁷, dont la valeur est, pour le moment, purement académique. De même, le Livre IX du Cadre commun de référence, consacré aux sûretés réelles mobilières, constitue une importante base de travail⁸.

Généralement, le droit de l'Union européenne n'aborde les sûretés qu'incidemment, dans le cadre de textes réglementant un domaine spécifique. Ainsi, par exemple, la directive n° 73-239 du 24 juillet 1973 en matière d'assurance autorise – en annexe... – les sociétés d'assurance à souscrire des cautionnements professionnels, ou encore le Règlement CE 1346/2000 du 29 mai 2000 relatif aux procédures d'insolvabilité.

L'un des rares textes européens véritablement consacré aux sûretés est la directive n° 2002/47/CE du 6 juin 2002 concernant les contrats de garantie financière. Cette

6. Sur ce sujet, v. l'ouvrage collectif, *Le projet de loi-type de la CNUDCI sur les opérations garanties*, 2016, Zürich, Schulthess.

7. Drobniq U. (dir.), *Principles of European Law: Personal Security*, 2007, Oxford – Adde, Drobniq U., « Traits fondamentaux d'un régime européen des sûretés personnelles », in *Mélanges Ph. Simler*, 2006, Dalloz-Litec, pp. 315 et s.

8. Riffard J.-F., « Le Livre IX du Cadre Commun de Référence Européen et la future (?) loi modèle de la CNUDCI sur les sûretés réelles mobilières : Quand l'un vient d'en bas et l'autre d'en haut, il y en aura un de trop... », *Rev. dr. unif.* 2010, p. 465.