

# Droit des sûretés

## Introduction

### I – Contexte et définition

Il s'agit d'un droit complexe et technique inspiré du droit des obligations, du droit des biens, du droit des sociétés, du droit du crédit et du droit des procédures collectives ainsi que des voies d'exécution.

C'est un droit fondamental puisqu'il est le socle de la confiance dans les relations contractuelles. Ce droit a été en pleine mutation ces dernières années puisqu'il est organisé par une **ordonnance du 23 mars 2006** et qui a le mérite d'avoir un livre qui lui est consacré dans le Code civil, le livre 4.

Les sûretés garantissent l'exécution future d'une obligation. Il faut essayer de préserver le créancier contre le péril d'insolvabilité du débiteur. Elles vont également permettre, dans certains cas, d'échapper au concours d'autres créanciers.

Les sûretés sont donc des garanties mais toutes les garanties ne sont pas des sûretés. Par exemple une action en résolution pour inexécution est bien une garantie mais il ne s'agit pas d'une sûreté.

Dans la pratique, se sont surtout les établissements bancaires et de prêt qui ont contribué au développement des sûretés. En droit juridique français, tout n'est pas tourné vers les intérêts des créanciers puisque va être pris en compte, dans le droit des sûretés, la protection du débiteur.

### II- L'absence de sûreté

En cas d'absence de sûretés, lorsqu'un créancier n'a pas de sûreté, il s'agit d'un créancier chirographaire. La seule chose dont ces créanciers disposent est un droit de gage général sur l'ensemble des biens du débiteur. Le droit de gage est prévu par **l'article 2284 du Code civil** qui dispose que « *quiconque s'est obligé personnellement est tenu de remplir son engagement sur tous ses biens mobiliers et immobiliers présents et à venir* ». Pour faire application de ceci, il faut un titre exécutoire. Par la suite, c'est à l'huissier de procéder à l'exécution en effectuant des saisies et la vente aux enchères publiques du patrimoine du débiteur peut être également effectuée.

Cependant, ceci n'est qu'illusion. En effet, **on ne peut saisir que les biens qui existent au jour de la saisie**. Il est possible que le patrimoine n'existe pas ou qu'il ait disparu (vente des biens de bonne ou mauvaise foi, liquidation du patrimoine en cas de divorce ...). Tous les actes de disposition effectués par le débiteur sont efficaces c'est-à-dire qu'il ne peuvent être remis en cause sauf à se trouver dans un cadre très exceptionnel qu'est celui des actions pauliennes ou des actions obliques. L'action paulienne est prévue par **l'article 1167 du Code civil**. Dans ce type d'action, le créancier demande la révocation des actes d'appauvrissement accomplis par le débiteur en fraude de ses droits. La charge de la preuve repose ainsi sur le créancier qui doit démontrer que lorsque le débiteur a conclu l'acte il avait l'intention de lui nuire et de lui causer un préjudice.

S'agissant de l'action oblique, elle est codifiée à **l'article 1166 du Code civil**. Le créancier va ici exercer les droits et actions de son débiteur. Le créancier pourrait se servir dans le patrimoine du débiteur de son propre débiteur. Mais, tout ce que l'on pourra dégager de ce débiteur « annexe » deviendra disponible pour tous les créanciers du débiteur principal.

La 2<sup>nd</sup>e raison pour laquelle le droit de gage n'est qu'illusion est qu'il **peut y avoir plusieurs créanciers**. **L'article 2285 du code civil** précise que « *les biens du débiteur sont le gage commun des 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* ». Ainsi, le seul droit de gage général ne permet donc pas aux créanciers de se prémunir contre l'insolvabilité future du débiteur. C'est donc pour éviter ces lacunes qu'ont été instaurées les sûretés.

### III – La classification des sûretés

Il existe deux manières de se prémunir contre l'insolvabilité future de son débiteur. La 1<sup>ère</sup> est de se faire donner, sur le patrimoine du débiteur, une priorité c'est-à-dire obtenir par avance un droit de préférence sur le patrimoine du débiteur. Il s'agit de sûretés réelles parce qu'elles résident dans un droit réel portant sur la chose d'autrui et généralement sur le droit de propriété, principal droit réel. Il existe quatre sûretés réelles à savoir le gage, l'hypothèque, l'antichrèse et les privilèges.

La 2<sup>nde</sup> possibilité est de multiplier le droit de gage général en l'étendant à plusieurs débiteurs. Le créancier qui dispose pour la même créance de plusieurs débiteurs a davantage de chances d'obtenir le paiement que celui qui n'a qu'un seul débiteur. C'est le principe du cautionnement. Le créancier peut ainsi obtenir qu'un tiers s'engage à côté du débiteur à rembourser la créance s'il ne le peut pas. Il y a ainsi deux débiteurs potentiels. Dans ce cas, il s'agit de sûretés personnelles puisqu'elles s'attachent aux personnes.

### IV – La protection du débiteur

La possibilité pour le créancier pourvu d'une sûreté de pouvoir récupérer sa créance doit être tempérée par les mesures de protection qui ont été mises en place tant pour les personnes morales que pour les particuliers.

#### A) Les procédures collectives

L'arsenal législatif est la **loi du 25 janvier 1985**. Cette loi va peser sur les créances de manière directe et de manière indirecte. De manière directe, tous les créanciers vont avoir l'obligation, d'une part, de déclarer leur(s) créance(s) et, d'autre part, de subir l'arrêt des poursuites individuelles. Une créance qui n'est pas déclarée est une créance perdue. De plus, une fois la procédure collective ouverte, le créancier ne peut plus obtenir remboursement de sa créance.

De manière indirecte, les procédures collectives vont réduire le rang et l'assiette de la sûreté. De plus, certains privilèges vont passer devant les autres.

La procédure collective se déroule en 4 phases :

- la période d'observation (toutes les poursuites des créanciers sont suspendues et interdites). A l'issue de cette période, toutes les créances non déclarées vont disparaître
- le tribunal peut décider soit de la continuation avec un plan de sauvegarde ou de redressement soit de la liquidation judiciaire de l'entreprise. Mais, la continuation de l'entreprise porte gravement atteinte aux sûretés
- peut également être décidée la cession de l'entreprise. La créance est alors exigible de plein droit. Mais, les créanciers titulaires de la sûreté ne peuvent exercer leur droit de préférence que sur le prix de cession. De plus, les créanciers ne peuvent pas contester le prix de cession et cette dernière va faire disparaître toutes les sûretés
- lorsque la liquidation judiciaire est ordonnée, il s'agit de régler les dettes et la continuation de l'entreprise est impossible. Cependant, le produit de la vente va peut être permettre de rembourser le créancier. Toutes les créances sont exigibles et leurs règlements s'opèrent

selon le rang des différents créanciers. Lorsque l'actif est insuffisant, le tribunal prononce une clôture pour insuffisance d'actif et les créanciers perdent définitivement leurs droits

Ainsi, le bilan de la loi de 1985 est relativement négatif puisque le sauvetage des entreprises n'a pu réellement être effectué et cela a mis bon nombre de créanciers en difficultés alors que bon nombre de repreneurs ont pu honteusement en profiter.

## B) Le surendettement des particuliers

Il y a deux procédures :

- **loi NEIERZ du 31 décembre 1989**
- **dispositif BORLOO**

La loi NEIEZ concerne les dispositifs des personnes physiques de bonne foi qui ne sont pas soumises à une procédure collective et qui sont dans l'impossibilité manifeste de faire face à l'ensemble de leurs dettes non professionnelles y compris un engagement de caution. C'est une procédure de règlement amiable des difficultés financières placée sous l'égide d'une commission départementale de surendettement laquelle ressort des compétences de la banque de France. Le but est d'aboutir à un plan conventionnel de redressement élaboré devant la commission et résultant d'un accord entre le débiteur et ses créanciers.

Le plan peut prévoir les mesures suivantes :

- **un moratoire** (repousser ou rééchelonner le paiement des dettes)
- **l'imputation prioritaire des paiements sur le capital**
- **réduction ou suppression des taux d'intérêts**

Il est possible que le plan devienne caduc et il n'est plus possible de refaire une demande devant la commission sauf à justifier de circonstances nouvelles (licenciement, naissance...). Si aucun accord n'est possible entre le créancier et le débiteur la commission formule des recommandations soumises au juge de l'exécution de tribunal d'instance. Le jugement va s'imposer au créancier.

Ce système n'étant pas suffisant, M. Borloo a instauré le système du rétablissement personnel (**loi BORLOO du 1<sup>er</sup> août 2003**). Elle concerne les personnes en situation irrémédiablement compromise, situation caractérisée par l'impossibilité d'apurer totalement la situation de surendettement. La commission de surendettement saisie le JEX du TI.

Il y a deux conséquences :

- les créanciers ont un **délai de deux mois pour déclarer leur créance** à peine d'extinction de celle-ci
- Suspension **des poursuites et des procédures d'exécution pour toutes les dettes** sauf les dettes alimentaires. Le juge peut également prononcer la liquidation judiciaire des biens du débiteur et, en cas d'absence d'actif, clôturer la procédure pour insuffisance d'actif laquelle entraîne l'effacement de toutes les dettes non professionnelles du débiteur à l'exception de celles dont le prix a été payé au lieu et place du débiteur par la caution

Par conséquent, il n'y a pas de définition unique des sûretés. Mme TOLEDO a fait une thèse et en a déduit ceci « *une sûreté est l'affectation à la satisfaction d'un créancier d'un bien, d'un ensemble de biens ou d'un patrimoine par l'adjonction aux droits résultants normalement pour lui d'un 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 ».*

Il y a donc trois points fondamentaux :

- **finalité** : améliorer la situation du créancier sans l'enrichir
- **effet** : satisfaction des créanciers par le paiement et l'extinction de la créance
- **technique** : l'accessoire

# Partie 1 : Les sûretés réelles

*La sûreté réelle est 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.*

Il existe plusieurs droits réels :

- le droit de propriété
- l'usufruit
- l'emphytéose
- les servitudes

**Ces garanties ne sont qu'accessoires** et n'existent que par la créance à laquelle elles sont attachées c'est-à-dire qu'elles disparaissent ou se transmettent en même temps que le droit qu'elles servent. En principe, elles ne confèrent pas à leur titulaire les utilités économiques de la chose. En revanche, elles vont conférer, à leur bénéficiaire, deux attributs juridiques :

- **le droit de préférence** : le créancier muni d'une sûreté pourra se faire payer avant les créanciers chirographaires sur le prix du bien qui lui est affecté en sûreté. Le but essentiel de la sûreté est d'échapper au concours avec les créanciers chirographaires. Il peut cependant y avoir un conflit entre créanciers pourvu de sûreté. Deux possibilités sont alors possibles c'est-à-dire que soit il y a égalité de leur droit de préférence soit, en l'absence d'égalité, il est nécessaire d'établir un classement afin de désigner le créancier prioritaire. La nécessité absolue pour que la sûreté réelle fonctionne est le recours aux règles de publicité
- **le droit de suite** : le droit de préférence ne joue que si le bien reste dans le patrimoine du débiteur. Mais, il se peut que le débiteur aliène son bien. ainsi, le droit de suite va permettre au créancier de saisir le bien et d'exercer son droit de préférence en quelque main qu'il se trouve

Les droits de préférence et les droits de suite sont opposables aux tiers dès lors qu'ils ont été rendus publics. La publication des sûretés réelles prises sur des immeubles est obligatoire mais la publicité des sûretés prises sur des meubles est, même si elle est prévue, peu fiable.

## Chapitre 1 – Le droit de rétention

### Section 1 – Définition et évolution du droit de rétention

Le droit de rétention est le droit, pour un créancier, de refuser la délivrance ou la restitution d'une chose tant qu'il n'en a pas obtenu le paiement. Le droit de rétention peut résulter d'une sûreté (le gage et l'antichrèse) impliquant un dessaisissement par le débiteur de sa chose. Le droit de rétention peut également s'exercer en dehors de toute sûreté

**(EX : je conduis ma voiture dans un garage pour une vidange ; le véhicule n'est pas remis à titre de garantie mais tant que les réparations ne sont pas payées le garagiste est en droit de conserver le véhicule ; il s'agit là d'un mécanisme autonome de garantie).**

Ce droit est admis par le Code civil et **l'article 1848 du CC** permettait au dépositaire de retenir la chose jusqu'à l'entier paiement de ce qui lui est dû. Cependant, depuis 2006 l'article de référence est **l'article 2286 du Code civil**.

## Section 2 – La nature du droit de rétention

Un débat a longtemps animé la doctrine pour savoir s'il s'agissait vraiment d'une sûreté et non pas d'une simple garantie.

Trois aspects permettent de conclure en faveur d'une véritable sûreté :

- c'est un moyen de pression équivalent d'une véritable sûreté
- la JP a qualifié le droit de rétention de droit réel (**arrêt de la 1<sup>ère</sup> chambre civile de la Cour de cassation, 7 janvier 1992**)
- les rédacteurs de la réforme de 2006 ont inscrit ce droit dans la catégorie des sûretés

## Section 3 – Les conditions du droit de rétention

Il est primordial que le rétenteur soit de **bonne foi**. Il doit avoir obtenu la détention de la chose par **application d'un contrat** et ne doit pas avoir procédé à des manoeuvres illicites ou frauduleuses.

### §1) Une créance

Il est nécessaire d'avoir une **créance certaine, liquide et exigible**.

#### A) Une créance fondée sur un rapport contractuel

Le créancier reçoit la chose en vertu d'un **contrat faisant naître un lien direct ou indirect entre la créance du détenteur et la rétention de la chose**.

S'agissant des contrats de dépôt et des contrats de transport, ils vont permettre au détenteur de retenir la chose jusqu'à restitution de la chose ou jusqu'au paiement du prix.

Un locataire ne peut être expulsé et peut donc retenir l'immeuble par l'occupation des lieux tant qu'il n'a pas été dédommagé par le bailleur (**article 1149 du Code civil**).

Dans la vente au comptant, il existe un droit de rétention au profit du vendeur tant qu'il n'a pas obtenu le paiement de la chose vendue (**article 1612 du Code civil**).

#### B) Les créances nées en dehors d'un lien contractuel

L'acquéreur d'un meuble perdu ou volé est tenu de le restituer à son propriétaire. Néanmoins, il est en droit de le retenir à raison de la somme qui lui est due s'il en a fait l'acquisition chez un marchand vendant des choses pareils ou dans une foire ou marché ou encore dans une vente publique (**article 2280 du Code civil**).

Le propriétaire qui se fait exproprier est en droit de retenir la chose jusqu'au paiement de la chose auquel il a droit.

Enfin, les cohéritiers sont tenus aux rapports en nature en raison de la libéralité en avancement d'hoirie qu'ils ont reçu.

Si le créance n'est pas certaine, il ne peut pas y avoir droit de rétention et si jamais un droit de rétention est exercé en dehors des cas prévus par la loi et notamment les dispositions de **l'article 1886 du Code civil** il peut être consécutif d'un abus de confiance (**Ex : un garagiste qui fait des réparations importantes sur un véhicule sans établir un devis et sans l'accord du client ne peut se prévaloir d'un droit de rétention**).

## §2) Une détention

### A) Une détention nécessaire

Pour exercer le droit de rétention c'est-à-dire pour retenir il faut débord détenir. En effet, la cessation de la détention va mettre fin au droit de rétention. Cette détention doit être exempte de vice et paisible c'est-à-dire que le créancier ne doit pas être entré en possession par fraude dol ou encore violence.

### B) Un objet très large de la détention

Pendant longtemps, on a considéré qu'on ne pouvait détenir que des choses corporelles. La JP a évolué et on considère à présent que l'on peut retenir des biens incorporels (fond de commerce, instruments financiers ...) peu importe la valeur de l'objet détenu. Les choses retenues peuvent être variées pourvu qu'elles soient dans le commerce ce qui exclu tous les biens du domaine public, les minutes des officiers publics (actes notariés...), les organes ou corps humain, les marchandises contrefaites...

### C) Une connexité

Pour qu'il y ait rétention il doit y avoir connexité entre la créance et la détention c'est-à-dire qu'il faut qu'il y ait le même rapport juridique. Ainsi, il ne peut pas y avoir de droit de rétention si la créance et la détention n'ont aucun rapport. Le créancier ne peut pas exercer son droit de rétention sur n'importe quel bien du débiteur. Le seul bien sur lequel on peut exercer son droit de rétention est le bien objet de la créance.

La créance et la détention de la chose retenue doivent être nées à l'occasion du même contrat. Enfin, il est possible que le créance soit née à l'occasion de la chose retenue c'est-à-dire que le droit de rétention est accordé à celui qui a engagé des frais de conservation, d'amélioration, de transformation ou de réparation pour une chose qui ne lui appartenait pas à partir du moment où la détention était légitime.

## Section 4 - Effets

Il n'y a qu'un seul effet du droit de rétention à savoir la non restitution de la chose c'est-à-dire que le détenteur n'est pas obligé de restituer la chose au débiteur. Il peut donc y avoir une gêne pour le débiteur mais aussi pour les créanciers potentiels ou privilégiés. En effet, le droit de rétention est opposable aux autres créanciers qu'ils soient chirographaires ou privilégiés. Cette opposabilité est d'autant plus facile qu'elle n'est pas subordonnée à une exigence de publicité. Ainsi, le détenteur se retrouve dans une situation qui lui est très favorable.

En cas de procédure collective, aucune restitution ne peut être imposée.

Il y a deux limites au droit de rétention :

- le détenteur ne peut pas se faire attribuer la chose en paiement
- le détenteur n'a pas de droit de préférence et n'a pas non plus de droit de suite

Le droit de rétention n'a pas pour effet de permettre au détenteur de bénéficier des fruits ou de la jouissance de la chose. Il y a seulement une obligation pour le détenteur de veiller à la conservation de la chose (**article 1384 du Code civil**).

Le droit de rétention est indivisible c'est-à-dire que le créancier peut conserver la chose jusqu'au paiement total du prix et peut refuser de restituer la chose même si tout est presque payé.

S'agissant de l'extinction du droit de rétention, ce dernier ne s'éteint que lorsque la créance elle-même est éteinte en totalité et lorsque le détenteur restitue la chose de manière volontaire (**article 2286 du Code civil**).

## Chapitre 2 – Les sûretés issues du droit de propriété

La propriété paraît difficilement utilisable en tant que sûreté réelle laquelle est un droit réel accessoire. C'est une évolution que l'on doit à l'initiative des banques et des organismes de crédit qui ont considéré qu'utiliser la propriété comme garantie présentait un avantage considérable pour le créancier. L'idée est que le créancier soit propriétaire de la chose c'est-à-dire qu'elle ne figure pas dans le patrimoine du débiteur. Ainsi, il y a deux conséquences majeures à savoir, d'une part, qu'il ne subit pas le concours des autres créanciers du débiteur et d'autre part, en cas de procédure collective, il lui suffit de se prévaloir de son droit de propriété pour récupérer la chose.

### Section 1 – Hypothèse selon laquelle le créancier demeure propriétaire

L'idée est qu'il n'y a pas de transfert de propriété entre le vendeur (créancier) et l'acquéreur (le débiteur). Ainsi, le créancier demeure propriétaire du bien vendu.

#### §1) La réserve de propriété

En la matière, on parle d'un créancier réservataire.

##### A) la présentation

Dans le contrat de vente, on va insérer une clause appelée clause de réserve de propriété au terme de laquelle le vendeur conserve la propriété de la chose vendue jusqu'au parfait paiement du prix. Il s'agit d'une dérogation par rapport au principe qui veut que le transfert de propriété ait lieu lors de l'acquéreur entre le vendeur et l'acquéreur sur la chose et sur le prix (**article 1583 et article 1138 du Code civil**). La CRP est prévue aux **articles 2367 et suivants du Code civil**.

Il s'agit d'une sûreté avec l'avantage que tant que le vendeur n'est pas payé il reste propriétaire du bien qui n'entre pas dans le patrimoine de son débiteur.

Cependant, ce système présente un certain nombre d'inconvénients car, en effet, le **propriétaire supporte la charge des risques de perte et de destruction de la chose**. Ainsi, il est nécessaire de prévoir une 2<sup>nd</sup>e clause dans l'acte de vente qui dissocie le transfert des risques du transfert de propriété. De plus, **s'agissant des biens meubles, la CRP n'est pas soumise à publicité**. Un tiers peut alors parfaitement entrer en possession du bien de bonne foi sans être au courant de l'existence de la clause. **L'article 2279 du Code civil** dispose qu'« *en fait de meuble, la possession vaut titre* ». Donc le créancier réservataire ne peut pas revendiquer le bien sur lequel portait la réserve de propriété.

##### B) la stipulation de la réserve de propriété

**L'article 2368 du Code civil** exige que la clause de réserve de propriété soit **contenue par un écrit**. C'est une **condition substantielle** à la validité de la clause. Il s'agit d'une évolution très intéressante de la réforme de 2006 par rapport aux sûretés car, préalablement, avant 2006, il suffisait que la clause figure dans un document (bon de commande, facture...) pour être valable.

Pour récupérer son bien il est nécessaire d'engager une action en revendication devant le tribunal. Pour pouvoir le récupérer, le bien doit toujours être en nature dans le patrimoine du débiteur.

Quatre cas pose problème :

- 1- **le débiteur a transformé la marchandise.** Si c'est un bien fongible, (*chose qui se caractérise par un genre ou une espèce et non une identité propre*), il faut que la chose soit identique (un animal par un animal identique)
- 2- **le débiteur a incorporé le bien dans un autre bien.** La revendication demeure possible lorsque la récupération peut être effectuée sans dommage pour le bien vendu et pour celui dans le quel il a été incorporé
- 3- **le bien a été vendu.** Dans ce cas le créancier peut revendiquer le prix
- 4- **le bien a été détruit.** Le créancier peut revendiquer l'indemnité d'assurance seulement

## §2) Le crédit-bail

Le créancier est appelé crédit bailleur et le débiteur est appelé crédit preneur.

### A) La présentation

Il s'agit des **articles 313-7 et suivants du Code de commerce**. Il existe de types de crédits baux.

#### a) le crédit-bail mobilier

Le professionnel choisit un matériel d'équipement, un photocopieur auprès d'un fabricant canon puis conclut un contrat avec une société de crédit-bail au terme duquel cette dernière achète le matériel à sa place et le met à disposition. Pendant une période, dont la durée est fixée entre les parties, le professionnel utilise le matériel, supporte toutes les charges inhérentes à l'utilisation du bien et paye en contrepartie un loyer destiné à permettre au crédit bailleur de récupérer le prix d'achat. A l'issue de la période, l'utilisateur bénéficie d'une triple option :

- |  |
|--|
| <ul style="list-style-type: none"><li>- acquérir le matériel pour sa valeur résiduelle</li><li>- mettre un terme à l'opération en restituant le bien</li><li>- renouveler la location avec, en général, un loyer plus faible</li></ul> |
|--|

Le crédit bail mobilier doit faire l'objet d'une publicité sur un registre spécial tenu au greffe du tribunal de commerce.

#### b) le crédit-bail immobilier

3 hypothèses :

<p>1 - Le crédit bailleur est propriétaire de terrains et des constructions qui y sont élevées (<b>EX : un immeuble de bureaux</b>). Le transfert de propriété ne sera effectué qu'en fin de bail si le crédit preneur lève l'option c'est-à-dire qu'il se porte acquéreur de l'immeuble</p>
--

<p>2- Le crédit preneur est propriétaire de terrains et veut financer la construction de locaux. Il va consentir au crédit bailleur un bail à construction qui va conférer à celui-ci un droit de propriété sur les</p>
---

immeubles édifiés. Dans un 2<sup>nd</sup> temps, le crédit bailleur louera les constructions au crédit preneur et à l'issue du bail ce dernier deviendra automatiquement propriétaire des constructions

3- Aucun des deux n'est propriétaire. Il va alors y avoir création d'une SCI (société civile immobilière) qui achète les terrains pour y édifier des constructions qu'elle va mettre à disposition du crédit preneur. Le crédit bailleur doit être gérant de cette société. A l'expiration du contrat, le crédit preneur peut lever l'option en acquérant les parts du crédit bailleur.

Pour ces 3 schémas, il y a **une règle commune** à savoir la **publicité à la conservation des hypothèques** sous peine d'inopposabilité de ces contrats de crédit.

## B) L'intérêt du mécanisme

A la base, il s'agit d'une *technique de financement qui permet à celui qui n'a pas les moyens financiers de s'équiper de faire financer les acquisitions par un tiers, le crédit bailleur, qu'il remboursera sous la forme de paiement de loyer*. Mais, au-delà ce système va produire l'effet d'une sûreté puisque la société de crédit bail, le crédit bailleur, va conserver la propriété du bien jusqu'au terme de l'opération.

3 avantages :

- plutôt que de prêter une somme d'argent, la société de crédit-bail achète le bien et s'en fait rembourser de manière indirecte par le biais des loyers. **L'avantage est avant tout fiscal**
- **le crédit bailleur demeure propriétaire jusqu'à l'issue du contrat** et peut, par conséquent, récupérer son bien en cas de défaillance du crédit preneur
- c'est une **protection efficace du créancier** par rapport aux autres créanciers potentiels

Inconvénients :

- **la garantie offerte par la propriété est parfois illusoire**. Il n'est en effet pas toujours intéressant pour le crédit bailleur de récupérer le bien
- **le système est assez fragile dans les procédures collectives**. En général il s'agit de biens d'équipement indispensables à la survie de l'entreprise. Dans ce cas, l'administrateur peut exiger la poursuite de l'exécution des contrats (même en l'absence de paiements des loyers, au nom de la survie de l'entreprise, le contrat est maintenu)

## Section 2 – Hypothèse où le créancier devient propriétaire

### §1) La fiducie

#### A) Mécanisme

Le débiteur va transférer la propriété d'un bien au créancier en garantie de sa créance à charge pour lui de rétrocéder le bien lorsque la garantie n'a plus de raisons d'être (**articles 2011 et suivants du Code civil**). Il

va s'agir d'une aliénation de la part du débiteur sur un bien. En revanche, la fiducie n'est pas une vente puisque le créancier ne paye aucun prix. La contrepartie du transfert de propriété est l'avance ou le crédit octroyé par le créancier au débiteur.

L'avantage de la fiducie est que la **garantie est très forte pour le créancier** puisqu'il devient propriétaire de la chose. Ainsi, il va échapper à la concurrence des autres créanciers du débiteur. Cependant, la fiducie présente également des inconvénients. En effet, le **coût fiscal est élevé** puisque les frais du transfert de propriété seront doublés. De plus, **les prérogatives du propriétaire (créance) sont limitées** puisqu'il a l'obligation de veiller à la conservation de la chose et il doit restituer les fruits perçus au débiteur ou les imputer sur la dette qui lui est due. L'inconvénient pour le débiteur est qu'une fois qu'il a été dépossédé de son bien, il a épuisé son crédit (*pas de possibilité d'utilisation du bien pour garantir une autre opération*).

## B) La loi du 19 Février 2007

Jusqu'à cette loi la fiducie était totalement interdite en France alors même qu'il s'agissait d'une pratique courante dans les pays de droit anglo-saxon. La jurisprudence refusait la validité de principe de la fiducie car elle la considérait contraire à la prohibition des pactes commissaires c'est-à-dire une *convention par laquelle les parties décident que le créancier deviendra propriétaire de la chose en cas de défaut de remboursement de la dette du débiteur*.

En 2006, on a inscrit la validité du pacte commissaire dans le Code civil sous **l'article 2348 du Code civil**. La loi dit que « *la fiducie est établie par un contrat écrit, elle doit être expresse et le contrat de fiducie est nulle s'il procède d'une intention libérale au profit du bénéficiaire* ».

En 2007, l'avancé du législateur était prudente puisque que les créanciers fiduciaires ne pouvaient être que des établissements de crédits, des banques ou des compagnies d'assurance. Les constituants (débiteurs) ne pouvaient être que des personnes morales soumises à l'impôt sur les sociétés.

## C) L'ordonnance du 30 janvier 2009

Cette ordonnance a modifié le mécanisme en permettant aux entrepreneurs, personnes physiques, d'utiliser la fiducie. En contrepartie, le contrat qui implique une personne physique doit obligatoirement être établi par acte notarié, certaines clauses doivent être insérées dans l'acte et surtout on ne peut pas donner en fiducie un bien dont la valeur serait supérieure à la créance garantie sans prévoir à l'avance une indemnisation du constituant par le fiduciaire de la différence.

Depuis le 1<sup>er</sup> Février 2009, les avocats peuvent avoir la qualité de fiduciaire. De plus, l'ordonnance de 2009 a posé le principe de la neutralité fiscale pour le transfert de propriété des actifs mis en fiducie.

L'intérêt de la fiducie est de permettre d'éviter des délocalisations d'entreprise vers des Etats qui disposent déjà d'un dispositif équivalent.

### §2) La cession de créance

Il y a un **créancier** appelé **cessionnaire** et un **débiteur** appelé **cédant**. Le bénéficiaire d'un crédit (débiteur = cédant) va transférer au créancier en garantie du remboursement de ce crédit la propriété d'une créance que lui-même détient à l'encontre d'un tiers (*le débiteur est lui-même le créancier d'un débiteur appelé débiteur cédé*).

A l'échéance du crédit accordé il y a deux possibilités à savoir, soit le cédant paye sa dette au cessionnaire qui lui rétrocède la créance, soit le cédant est défaillant et le cessionnaire peut alors réaliser sa garantie en obtenant le paiement de la part du débiteur cédé.

---

	Cessionnaire ----- cédant ----- cédé	
<b>Dettes</b>	10 000	15 000
	Cessionnaire ---- réalise sa garantie ---->	cédé

Le cessionnaire doit être un établissement de crédit et le cédant un professionnel. Ce système est organisé par **les articles L 313-23 et suivants du code monétaire et financier**.

### §3) La vente à réméré

Il s'agit de **l'article 1659 du Code civil**. C'est un *contrat de vente dans lequel est stipulé une clause qui permet au vendeur de reprendre la chose vendue moyennant restitution du prix et remboursement de certains frais*. Lorsque le vendeur n'a pas exercé sa faculté de rachat (= réméré = 5 ans) l'acheteur demeure irrévocable.

Le principal avantage était de contourner l'interdiction des aliénations fiduciaires jusqu'en 2006. En réalité, cette opération va dissimuler un prêt et le prix de vente va être en réalité la somme prêtée. Si le vendeur, qui est l'emprunteur, va restituer la somme à l'échéance, la vente sera résolue et il pourra récupérer son bien. En cas de défaillance, l'acheteur qui est le prêteur conserve l'objet.

Cependant, ce système n'a pas beaucoup de souplesse car il faut que le bien ait une valeur identique au montant de la somme prêtée. De plus, il est très risqué pour le vendeur dans le cas où il ne rembourse pas puisqu'il ne disposera d'aucun recours.

## Chapitre 3 - Le gage

Le gage est une **sûreté réelle mobilière**. Le gage ne porte que sur des meubles. Le débiteur va remettre à son créancier l'un de ses biens en garantie de sa dette. Les dispositions relatives au gage ont été réécrites avec la réforme de 2006 et la jurisprudence avait toujours considéré que la remise de la chose était une condition essentielle quant à la validité du gage. Mais, depuis 2006, il peut y avoir des gages sans dépossession.

Le gage **ne concerne que les meubles corporels**. Les meubles incorporels (fonds de commerce) peuvent quant à eux faire l'objet du nantissement.

### Section 1 – Le droit commun du gage

Il s'agit des **articles 2233 et suivants du Code civil**.

#### §1) La constitution du gage

##### A) les parties au contrat

Le créancier est un **créancier gagiste** et le **débiteur** est un **constituant**. En ce qui concerne les créanciers gagistes, les particuliers ne peuvent accomplir, à titre habituel, le prêt sur gage des meubles corporels.

De manière habituelle, le prêt sur gage est confié exclusivement caisses de crédit municipal. Le prêt est accordé sur 6 mois et peut être renouvelé dès lors que les intérêts sont remboursés. Le constituant peut être le débiteur mais il peut également s'agir d'un tiers (**article 2234 du code civil**). Dans tous les cas, le constituant doit être propriétaire du bien (**article 2235 du code civil**). Il faut également avoir la capacité de disposer, d'aliéner le bien puisque le gage peut se terminer par une vente forcée du bien.

On peut pratiquer un **entiercement** qui consiste à **déposer le bien entre mains d'un tiers convenu** ce qui permet une pluralité de gage sur un même bien. Le tiers, qui va être commun à tous les créanciers, va détenir le bien, objet du gage, pour le compte de tous. Ceci permet de ne pas épuiser son crédit.

##### B) L'objet du gage

**L'article 2233 du Code civil** parle d'un bien mobilier ou d'un ensemble de biens mobiliers corporels présents ou futurs. Il peut s'agir de biens fongibles. Le créancier gagiste va être tenu de conserver le bien fongible séparé des choses de même nature dont il est déjà propriétaire.

L'exception est que le contrat de gage peut prévoir que le créancier peut disposer des biens fongibles grevés. Mais, il doit pouvoir les remplacer en permanence par les mêmes choses équivalentes. S'il s'agit d'une chose future elle doit être déterminable.

##### C) La stipulation

L'article 2236 du code civil exige un écrit (acte authentique, acte sous seing privé...) et il faut obligatoirement désigner la dette, indiquer sa valeur et déterminer l'objet du gage. L'idée est d'éviter les contestations.

## D) l'opposabilité aux tiers

Il y a deux cas de figure :

- **le gage conclu avec dépossession.** Le bien est entre les mains d'un créancier ou d'un tiers convenu. La dépossession permet en elle-même l'**opposabilité aux tiers**. La dépossession doit être **réelle et apparente**. La jurisprudence exige une certaine distance géographique, matérielle ou intellectuelle entre le constituant et le créancier possesseur. La dépossession doit être **permanente ou continue**. Si le créancier ne renonce que temporairement à la possession il va rendre son gage inopposable aux tiers. L'avantage est l'anonymat de la transaction
- **depuis 2008, création du gage sans dépossession.** Le bien gagé est toujours détenu et l'opposabilité au tiers va résulter d'une publicité c'est-à-dire qu'il faudra procéder à l'inscription sur un registre spécial au greffe du tribunal de commerce (**article 2237 al.1er du Code civil**). Il est possible de constituer une multitude de gage sur le bien du fait de la non dépossession. L'inscription des créanciers gagistes sur le registre va être attributive de rang ce qui signifie qu'ils seront payés sur le bien dans l'ordre de leur inscription (**article 2240 du Code civil**)

## §2) Les obligations des parties

### A) Les obligations du constituant

Si c'est un gage avec dépossession, il n'y a pas d'obligation particulière sauf à rembourser les dépenses que le créancier ou le tiers convenu a pu être amené à effectuer pour la conservation du bien à condition qu'elles aient pu être utiles et nécessaires.

Le constituant doit veiller à la conservation et à l'entretien du bien. Le cas échéant, **l'article 2244 al.2 du Code civil** permet au créancier de se prévaloir de la déchéance de la dette garantie (remboursement immédiat) ou de solliciter un complément de gage.

### B) Les obligations de créancier gagiste

S'il s'agit d'un gage sans dépossession, le créancier gagiste n'a aucune obligation puisqu'il n'aura jamais l'objet du gage entre les mains. En revanche, s'il y a un gage avec dépossession, il y a trois obligations et deux sanctions :

- 1<sup>ère</sup> obligation : **interdiction d'user de la chose**. Si la chose produit des fruits, il doit les percevoir et les imputer sur les intérêts et, à défaut, sur le capital de la dette
- 2<sup>ème</sup> obligation : il doit **assumer les obligations de conservation et d'entretien** et doit veiller à cela en bon père de famille. Il doit apporter tous les soins que nécessite la chose tout en pouvant être remboursé des frais engagés pour la conservation de la chose

- 3<sup>ème</sup> obligation: il a l'obligation de **restituer la chose une fois que la créance a été intégralement payée**
  - 1<sup>ère</sup> sanction: **sanction civile** en cas de manquement à l'obligation de conservation. Dans ce cas, le créancier est déchu du gage et le constituant peut demander la restitution du bien ainsi que le versement de dommages et intérêts
  - 2<sup>ème</sup> sanction: **sanction pénale**: si le créancier aliène ou détruit le bien volontairement, il s'agit d'un abus de confiance (**article 314-1 du CP = 3 ans d'emprisonnement et 375 000 euros d'amende**)

## C) Les prérogatives du créancier gagiste

S'il s'agit d'un gage avec dépossession, la principale prérogative réside dans le **droit de rétention** dont dispose le créancier gagiste. Le droit de rétention est opposable à tous les tiers et notamment aux autres créanciers, chirographaires et privilégiés, y compris ceux qui possèdent un privilège ayant un rang préférable à celui du gagiste.

S'il s'agit d'un gage sans dépossession, il y a la même opposabilité de principe. En effet, au moment de la constitution du gage, il y a eu une inscription au greffe du tribunal de commerce et des modalités de publicité ont été effectuées. En revanche, il n'y a pas de droit de rétention. L'intérêt est donc beaucoup moins important pour le créancier puisque le débiteur est toujours en possession de la chose.

Dans les deux cas, le créancier gagiste dispose d'un droit de préférence en cas de vente forcée.

### §3) La réalisation du gage

Elle intervient en cas de défaut de paiement. Le créancier, par la réalisation du gage, va pouvoir utiliser le droit que lui procure la sûreté.

Deux hypothèses :

#### A) La vente forcée du gage

Il s'agit de **l'article 2346 du Code civil**. Cela consiste à faire ordonner en justice, la vente, selon les modalités prévues par les procédures civile d'exécution. Il n'y a **pas de possibilité de dérogation à cette obligation de recourir à la justice**.

Ce qu'on appelle la **clause de voie parée** est une clause qui stipule que le créancier pourrait disposer du bien gagé par une vente amiable. Cette **clause est nulle**. Il s'agit d'une nullité relative qui a été institué pour protéger le débiteur et qui ne peut être invoquée que par celui-ci.

L'idée est que se soit un juge qui ordonne la vente aux enchères et que le tribunal, dans son jugement, fixe la mise à prix. Admettons que je sois débiteur et que je gage une toile de 100 000 euros pour garantir une créance de 50 000 euros. Le juge va désigner un expert pour estimer la valeur de la toile et la mise à prix sera fixée à un prix équivalent de la toile. Ainsi, il s'agit de protéger le débiteur car en présence d'une clause de voie parée rien n'aurait empêcher le créancier de vendre la toile au prix de la créance c'est-à-dire 50 000 euros. Le juge ordonne la vente soit au tribunal, à la barre, soit il ordonne la vente entre les mains d'un officier ministériel (notaire, huissier). La vente se fait et le créancier gagiste va avoir un droit de préférence qui va lui permettre d'être payé sur le prix de vente en priorité (**article 2333 du Code civil**). Mais, la réelle priorité revient au trésor public et aux salariés.

## B) L'attribution du bien au créancier

Plutôt que de poursuivre la vente, le créancier gagiste peut se faire attribuer le bien et en devenir propriétaire. Il y a deux possibilités pour se faire attribuer le bien :

- **attribution judiciaire (article 2347 du Code civil)**
- **l'attribution peut résulter d'une clause du contrat de gage qui prévoit qu'à défaut d'exécution de l'obligation garantie, le créancier deviendra propriétaire du bien gagé** (article 2348 du Code civil = nouveauté issue de la réforme de 2006 et jusqu'à cette date cette pratique était interdite puisqu'il s'agit d'un pacte comissoire, en principe, illicite).

Quelque soit la méthode d'attribution, trois solutions sont envisageables :

- |   |
|---|
| <ul style="list-style-type: none"><li>- <b>la valeur du bien est égale au montant de la créance.</b> Ici l'attribution est pure et simple, la dette va disparaître</li><li>- <b>la valeur du bien est inférieure au montant de la créance</b> (créance 25000 / valeur du bien 15000 euros). Dans ce cas, le propriétaire va rester créancier de 10 000 euros et aura perdu sa sûreté. Il devient créancier chirographaire</li><li>- <b>la valeur du bien est supérieure au montant de la créance.</b> Dans ce cas le créancier sera redevable d'une soulte c'est-à-dire qu'il devra rembourser la différence et deviendra débiteur de son propre débiteur</li></ul> |
|---|

L'attribution du bien est un avantage pour les deux parties. Pour les créanciers, faire un pacte comissoire, c'est la certitude d'être payé. Pour le débiteur, c'est également la certitude que l'évaluation sera correcte.

## Section 2 – Les gages spéciaux

### §1) Le gage portant sur un véhicule automobile

Se sont les **articles 2551 à 2553 du Code civil** qui traitent de la question. Les créanciers bénéficiaires sont soit le vendeur à crédit d'un véhicule, soit un prêteur de deniers (banques, personne...) ayant permis l'acquisition du véhicule. Le véhicule peut être n'importe quel véhicule à partir du moment où il est immatriculé et qu'il fonctionne.

C'est un gage sans dépossession. L'opposabilité du gage se fait par une inscription sur un registre tenu à la préfecture qui a délivré la carte grise. La durée du gage est de 5 ans renouvelable une fois.

S'agissant des effets, le créancier gagiste dispose d'un droit de rétention fictif. Il peut donc s'opposer à la vente du véhicule et peut également s'opposer à ce qu'un autre créancier saisisse le véhicule pour le vendre.

En cas de non remboursement, la réalisation du gage passe soit par la vente soit par l'attribution du véhicule. Le créancier gagiste disposera d'un droit de suite et d'un droit de préférence.

### §2) Le gage des stocks

Il s'agit d'une création de la réforme de 2006 qui figure aux **articles L 527 – 1 et suivants du Code de commerce**. L'idée de cette invention est de développer le crédit des entreprises. Ainsi, les entreprises pourront

mettre en gage leurs matières premières, les marchandises et les produits afin d'augmenter leurs capacités d'investissement. Il s'agit donc d'un gage sans dépossession qui doit être conclu entre un établissement de crédit et une personne morale de droit privé ou une personne physique dans le cadre de l'exercice de son activité professionnelle.

Il s'agit d'un acte sous seing privé qui, à peine de nullité, doit être dénommé « acte de gage de stock ». L'acte doit désigner les parties, désigner le montant de la créance, décrire les biens, préciser la durée du gage et désigner le nom de l'assureur.

Le stock peut se renouveler mais doit rester identique. De plus, une inscription au RCS est obligatoire pour rendre l'acte opposable aux tiers. Enfin, les pactes commissaires sont interdits c'est-à-dire que le créancier gagiste n'a pas le droit de demander l'attribution du stock en paiement.

### §3) Les warrants

Il y a cinq warrants qui concernent les professionnels et leur permet d'obtenir un crédit en donnant en gage certains éléments de leur exploitation, éléments présents ou futurs, individualisés ou fongibles :

- **1 warrant de nature civile** = warrant agricole = il est prévu par les **articles L 342-1 et suivants du code Rural**. C'est un billet à ordre au titre duquel un agriculteur, en même temps qu'il s'engage à payer une somme déterminée, confère au bénéficiaire ou au porteur successif sur le bien de son exploitation, un gage sans dépossession.

- **4 warrants de nature commerciales** =

- **le warrant des magasins généraux** : c'est une sûreté avec dépossession car elle suppose le dépôt de la chose dans un entrepôt autorisé et contrôlé par l'autorité administrative (magasin générale)
- **le warrant hôtelier** portant, par exemple, sur les meubles d'un hôtel
- **le warrant pétrolier** portant sur des stocks de pétrole
- **le warrant industriel** qui porte sur des produits fabriqués pour le compte de l'Etat (manufacture d'armes)

## **Chapitre 4 : Le nantissement**

Le nantissement est l'affectation en garantie d'une obligation, d'un bien meuble incorporel ou d'un ensemble de biens incorporels présents ou futurs (article 2355 du Code civil). Le principe est le même que celui du gage mais le gage ne concerne que les biens meubles corporels.

Les meubles incorporels pouvant faire l'objet d'un nantissement sont au nombre de 6 :

- |   |  |
|---|--|
| - | la créance                                       |
| - | les fonds de commerce                            |
| - | les parts sociales                               |
| - | les instruments financiers                       |
| - | les films cinématographiques non encore réalisés |
| - | le droit d'exploitation des logiciels            |

Dans le cadre du nantissement, le créancier est un créancier nanti et le débiteur est appelé constituant.

## Section 1 – Le nantissement de créance

Cela ne concerne pas le nantissement de créance qui résulte des marchés publics.

### §1) Définition

C'est un *contrat par lequel le constituant affecte une créance en garantie de son obligation*. Par exemple, pour acquérir un crédit, une entreprise va pouvoir nantir les créances qu'elle détient contre ses clients. Dans ce cas, on a le créancier nanti, le constituant et le débiteur du constituant.

Le créancier nanti va pouvoir réclamer la paiement de sa créance à une autre personne que son débiteur principal, en l'occurrence, au débiteur du constituant.

3 précisions :

- Peu importe la créance (**article 2356 al.2 et al.3 du Code civil**).
- Depuis 2006, il est possible de nantir une créance future
- Tout créancier peut être nanti sur créance, il n'y a pas de monopole

### §2) Modalités

En matière de nantissement, il y a une très grande simplicité procédurale. La seule exigence est que nantissement soit conclu par écrit (article 2356 al.1<sup>er</sup> du Code civil). Un simple acte sous seing privé suffit pour peu que l'on ait désigné la créance garantie (créance entre le créancier nanti et le constituant) et la créance nantie (entre le constituant et son débiteur).

En cas de créance future, l'acte doit permettre son individualisation ou contenir des éléments permettant celle-ci tels que l'indication du débiteur, le montant des créances ou leur évaluation, leur échéance... (**Article 2356 al.3 du Code civil**). Le créancier nanti acquiert son droit sur la créance future dès la naissance de celle-ci.

Avant le 25 Mars 2006, deux obligations ont disparu à savoir l'obligation de remettre le titre au créancier nanti et l'obligation de publicité.

### §3) L'opposabilité

A la date de l'acte constitutif c'est-à-dire au moment où il est signé entre les parties, le nantissement de créance prend effet entre les parties et devient opposable aux tiers (**article 2361 du Code civil**) sans que cette opposabilité soit soumise à une formalité quelconque. La seule obligation est que, pour être opposable au débiteur de la créance nantie, le nantissement de créance doit lui être notifié ou ce dernier doit être partie à l'acte. A partir du moment où le créancier nanti a procédé à la notification au débiteur du constituant ce débiteur ne peut effectuer le paiement qu'entre les mains du créancier nanti.

### §4) Effets

## A) La créance nantie est échue avant la créance garantie

Le créancier nanti, au jour où la créance nantie va échoir, pourra exiger le paiement de sa créance. Si le débiteur l'a payé, le créancier nanti a l'obligation de déposer les fonds sur un compte bancaire. Ainsi, le nantissement se transforme en gage d'espèce. Le Code civil n'exige pas que le compte soit un compte spécial mais, un constituant prudent prévoira, dans l'acte de nantissement, que l'argent soit mis sur un compte séquestre différent du patrimoine du créancier nanti.

## B) La créance nantie est échue après la créance garantie

Si le constituant ne paie pas la créance, deux possibilités :

- **soit le créancier nanti attend l'échéance du terme** : pas de possibilité d'action contre le débiteur avant l'échéance du terme
- **le créancier se fait attribuer la propriété de la créance** soit par le juge (qu'il faut saisir) soit parce que c'est prévu dans le contrat

Si la créance nantie est moins importante que la créance, les sommes payées au titre de la créance nantie s'imputent sur celle-ci. En revanche, si la créance nantie est plus importante que la créance, le créancier nanti aura l'obligation de rembourser le surplus au constituant (**article 2366 du Code civil**).

## Section 2 – Le nantissement de fonds de commerce

Le nantissement du fonds de commerce est le nantissement le plus pratiqué. Il est organisé par les **articles L 142 – 1 et suivants du Code de commerce**.

### §1) Composition du fonds de commerce

#### A) Les biens meubles corporels

Ces biens sont le matériel, l'outillage et les marchandises. Ces biens ne concernent pas le nantissement.

#### B) Les biens meubles incorporels

Il y a deux types de biens meubles corporels :

- **les meubles incorporels ordinaires** : on les trouve dans tous les fonds de commerce. La 1<sup>ère</sup> chose est **la clientèle**, élément essentielle et indispensable du fonds de commerce. On trouve également **le droit au bail** puisque l'immeuble dans lequel s'exerce le commerce ne se trouve pas dans le fonds de commerce. Le commerçant, propriétaire du fonds de commerce, n'est pas forcément propriétaire des murs. **Le nom ou l'enseigne commerciale** font également parti du fonds en tant que meubles incorporels ordinaires
- **les biens meubles incorporels extraordinaires** : tout d'abord, il y a l'ensemble des droits de propriété industrielle (*brevets, marques, dessins, modèles*). Ensuite, se trouvent dans cette

catégorie les récompenses officielles et les médailles obtenues dans l'exercice de l'exploitant. Enfin, les droits de propriété littéraire et artistiques font partis du fonds de commerce en tant que meubles incorporels extraordinaires.

Les biens meubles incorporels extraordinaires, pour être cédés avec le fonds de commerce, doivent faire l'objet d'une mention expresse.

### C) Les biens exclus

Les immeubles, les dettes et les créances ne peuvent pas faire parti du fonds de commerce. La cession du fonds de commerce n'a pas pour conséquence de libérer le vendeur du paiement des dettes d'exploitation.

## §2) Le nantissement conventionnel de fonds de commerce

### A) Constitution

#### 1) Les parties

Il y a un créancier nanti et n'importe qui peut être créancier nanti. En revanche, le constituant doit être propriétaire du fonds et disposer de la capacité de l'aliéner. Si l'exploitant du fonds est un locataire gérant et qu'il n'est pas propriétaire il ne peut pas consentir de nantissement.

#### 2) L'assiette de la sûreté

L'assiette de base, telle que déterminée par la loi, sont les biens meubles, la clientèle, le droit au bail, l'enseigne et le nom commercial. Mais, les parties peuvent intégrer dans l'assiette de la sûreté les brevets et les droits de propriété mais également le mobilier commercial, le matériel ou l'outillage.

En revanche, ne peuvent être intégrées dans le nantissement du fonds de commerce les marchandises et les créances.

#### 3) Les formalités

Tout d'abord, il faut un écrit. Ensuite, le nantissement doit être inscrit dans un registre tenu au greffe du tribunal de commerce du lieu d'exploitation dans les 15 jours de sa conclusion. Ce délai est prescrit à peine de nullité. S'il est décidé d'intégrer dans le nantissement les brevets et les droits intellectuels, 15 jours de plus sont attribués à compter de l'inscription pour inscrire le nantissement à l'INPI. Enfin, l'inscription est valable 10 ans et on peut la renouveler.

### B) Effets du nantissement

#### 1) Absence de dépossession

L'exploitant continue à exploiter son fonds de commerce. Cependant, il a quand même un certain nombre d'obligations. En cas de diminution de la sûreté (commerçant insulte les clients), il s'expose à la déchéance du terme et, en cas d'intention frauduleuse, il peut être poursuivi sur le fondement de l'abus de confiance.

L'exploitant a également l'obligation d'informer le créancier en cas de déplacement du fonds. Le créancier pourra exiger soit une sûreté complémentaire soit opposer la déchéance de la sûreté. De même, en

cas de déspecialisation plénière du fonds, le créancier pourra exiger soit la constitution d'une nouvelle sûreté soit opposer la déchéance de la sûreté.

## 2) Prérogatives du créancier

Le créancier a un droit de préférence et un droit de suite. S'agissant du droit de préférence, si le créancier n'a pas été payé, il peut demander la vente du fonds et être payé en priorité par préférence aux créanciers chirographaires, aux créanciers inscrits postérieurement sur le fonds, aux autres créanciers nantis...

S'agissant du droit de suite, le nantissement va suivre le fonds en cas de vente. Il sera toujours possible de saisir le fonds même s'il a changé de mains. En revanche, en cas d'absence de paiements, le créancier ne peut pas demander l'attribution judiciaire du fonds.

### §3) Le nantissement judiciaire du fonds de commerce

Il s'agit de l'hypothèse dans laquelle un créancier qui justifie d'une créance paraissant fondée en son principe et de circonstances susceptibles d'en menacer le recouvrement peut demander au juge de l'autoriser à prendre une inscription sur le fonds de commerce de son débiteur. C'est une sûreté provisoire qui permet à un créancier d'anticiper l'insolvabilité probable de son débiteur.

Si la créance est de nature civile le juge compétent est le juge d'exécution du TI ou du TGI. Si la créance est commerciale le juge compétent est celui du tribunal de commerce. Lorsque le créancier disposera d'un titre exécutoire il faudra qu'il procède à une inscription définitive.

### §4) Conclusion

La valeur du fonds de commerce dépend d'un certain nombre de paramètres dont le montant du chiffre d'affaires réalisé. Le principe de la sûreté est évidemment de protéger le créancier en cas d'insolvabilité du débiteur. Si le débiteur est insolvable c'est sans doute parce que son fonds de commerce a péréclité. La conséquence est donc la perte de valeur et la sûreté n'a alors plus d'intérêt. De plus, le créancier est exposé au risque de voir son débiteur, s'il est de mauvaise foi, faire exprès de réduire la valeur du fonds par une mauvaise gestion. Ainsi, le nantissement n'est pas vraiment intéressant.

## Section 3 – Le nantissement des parts sociales

### §1) Le nantissement des parts de sociétés civiles

Cette possibilité est prévue par les **articles 1866 et suivants du Code civil**. Ce nantissement se fait soit par acte authentique, soit par acte sous seing privé signifié à la société ou accepté par elle dans un acte authentique. Cet acte doit être publié en annexe du RCS au greffe du tribunal de commerce.

Dans le cas où il n'y aurait pas de remboursement, la sûreté va être réalisée et les parts de la société vont être vendues. Ainsi, il y a un risque qu'un tiers devienne associé contre la volonté des autres. **L'article 1867 du Code civil** essaye de résoudre cette difficulté. Au niveau de la constitution du nantissement, si le créancier n'est pas associé il doit être agréé par l'ensemble des associés de la société. De plus, chaque associé dispose de la faculté de se substituer à l'acquéreur dans les 5 jours à compter de la vente.

## §2) Le nantissement des sociétés commerciales de personnes

Le régime est à peu près identique sauf que pour les SARL, le nantissement doit être accepté par une majorité d'associés représentant au moins  $\frac{3}{4}$  des parts sociales (**article L 223-14 du Code de commerce**).

La SARL peut également racheter les parts conduisant cependant à une réduction de son capital.

Pour ces deux types de nantissement, un nantissement judiciaire peut être pratiqué sur les parts sociales.

## Section IV – Autres exemples de nantissement

### §1) Le nantissement des films cinématographiques

Ces films ne doivent pas encore être réalisés. Ce procédé permet à une société de production d'obtenir un financement afin de réaliser et de commercialiser un film dont pour l'instant seul le nom est déposé (**article 33 du Code de l'industrie cinématographique**). L'assiette du nantissement va porter sur tout ou partie des droits de propriétés et/ou des droits d'exploitation du film.

Il est nécessaire que les parties rédigent un écrit et que la sûreté fasse l'objet d'une inscription sur le registre du centre national de cinématographie. Cette inscription est valable 5 ans et peut être renouvelée.

Le créancier va bénéficier d'un droit de préférence et d'un droit de suite mais il bénéficie également d'un droit direct sur les recettes retirées de l'exploitation du film à concurrence du montant de sa créance (**article 36 du Code de l'industrie cinématographique**). Si le film ne se réalise pas ou qu'il ne sort pas en salle, la sûreté ne sera jamais réalisée, idem dès lors que le film fait un « flop ».

### §2) Le nantissement du droit d'exploitation des logiciels

Il s'agit de l'**article L 132 – 34 du Code de la propriété intellectuelle**. Il y a obligation d'un écrit et inscription du contrat sur un registre spécial tenu par l'institut national de la propriété industrielle. Dans l'inscription, doivent être précisés les codes sources et le fonctionnement du logiciel. Les inscriptions valent pour 5 ans renouvelables.

Cette sûreté a une faiblesse structurelle à savoir qu'elle repose sur des logiciels dont la durée de vie est relativement courte. Dès que le logiciel est obsolète, la sûreté a perdu de son intérêt.

## Chapitre 5 – L’hypothèque

L’hypothèque est une sûreté réelle immobilière constituée sans dépossession du débiteur. Elle est prévue par les **articles 2393 et suivants du Code civil**. Le créancier est appelé créancier hypothécaire et le débiteur est nommé constituant. Il y a trois sources possibles de constitution des hypothèques.

### Section I – L’hypothèque conventionnelle

#### §1) La constitution

##### A) Les parties

En principe, le constituant de l’hypothèque est le débiteur. Mais, comme pour le gage, un tiers peut affecter l’un de ses immeubles en garantie de la dette d’autrui.

Le constituant doit, d’une part, être propriétaire du bien et, d’autre part, être capable de l’aliéner.

##### 1) la propriété

Il est nécessaire et indispensable d’être propriétaire au jour de la constitution de l’hypothèque. L’hypothèque de la chose d’autrui est frappée de nullité absolue. Par exemple, le constituant a contracté une hypothèque sur un bien qu’il pensait recevoir en héritage. Cependant, quoiqu’il en soit, au jour de la constitution de l’hypothèque, le constituant n’était pas propriétaire du bien et l’hypothèque est nulle.

Problème des biens indivis : **article 2414 al.2 du Code civil** : hypothèse dans laquelle il y a plusieurs indivisaires et un constitue une hypothèque sur l’immeuble. Si l’indivisaire n’est pas attributaire du bien ou s’il en reçoit aucune part du prix, l’hypothèque est rétroactivement anéantie. De plus, si l’hypothèque a été consentie par un indivisaire seul sans l’accord des autres indivisaires, le créancier ne pourra pas saisir l’immeuble tant que dure l’indivision. Il pourra seulement provoquer le partage et assister à son déroulement sans pouvoir imposer que l’immeuble ou son prix soit mis dans le lot du constituant.

##### 2) la capacité

Le constituant doit avoir la capacité d’aliéner son immeuble (**article 2413 du Code civil**). Cette possibilité s’explique par le fait que l’hypothèque peut déboucher sur l’aliénation future de l’immeuble par le biais d’une saisie immobilière.

Il existe 3 cas dans lesquels le constituant est considéré comme incapable :

- le **mineur non émancipé** ne peut constituer seul une hypothèque (**article 389 – 5 al. 1 et 3 et article 457 du Code civil**)
- les **incapables majeurs placés sous tutelle** ne peuvent constituer d’hypothèque. Seul le tuteur peut constituer une hypothèque après l’accord du conseil de famille (**article 495 du Code civil**)

- les **majeurs sous curatelle** doivent être assistés de leur curateur (**article 510 du Code civil**)

Si le constituant est marié, la constitution d'une hypothèque sur le logement familial nécessite l'accord du conjoint même si ce dernier n'est pas propriétaire (**article 215 al.3 du Code civil**). Sans accord de sa part, le conjoint peut solliciter la nullité de l'acte dans un délai d'un an à compter du jour où il en a eu connaissance.

## B) L'assiette de l'hypothèque

Seuls les biens immobiliers qui sont dans le commerce et leurs accessoires réputés immeubles sont susceptibles d'hypothèque (**article 2397 du Code civil**). Doivent donc être exclus tous les biens du domaine public.

S'agissant des **accessoires réputés immeubles**, le **droit de propriété peut être démembre** (*nue – propriété et usufruit*). Cette situation se trouve notamment en matière de succession ou de partage. Un autre accessoire est réputé immeuble à savoir un **bail emphytéotique** (*bail conclu pour une durée de 18 à 99 ans*). Enfin, un **bail à construction** va être considéré comme accessoire réputé immeuble. Cela exclut donc les accessoires non immeubles du droit de propriété à savoir le droit d'usage et d'habitation ou les servitudes.

Seuls les immeubles présents sont susceptibles d'hypothèque (**article 2419 du Code civil**). Cependant, depuis 2006, il y a 3 exceptions à cette règle :

- lorsque les biens présents sont en quantité insuffisante
- les biens hypothéqués périssent ou se dégradent
- cas de la construction d'un bâtiment sur le terrain d'autrui

Dans tous les cas, il y a un principe de spécialité c'est-à-dire que l'on doit désigner expressément l'immeuble hypothéqué (**article 2418 du Code civil**).

## C) La créance garantie

La créance doit être valable et certaine. En revanche il n'est pas important qu'elle soit liquide et exigible (**article 2423 du Code civil**). L'hypothèque peut également garantir une ou plusieurs créances présentes ou futures à conditions qu'elles soient déterminables.

L'hypothèque rechargeable : l'acte constitutif peut prévoir expressément que l'hypothèque sera, postérieurement à sa conclusion, affectée à la garantie de créance autre que celle qu'il mentionne envers le même créancier ou même un nouveau créancier (**article 2422 du Code civil**). Il faudra alors passer une convention de rechargement qui déterminera la nouvelle créance et précisera éventuellement quel est le nouveau créancier.

## D) L'acte constitutif

En 1<sup>er</sup> lieu, **l'acte constitutif doit obligatoirement revêtir la forme d'un acte notarié** (**article 2416 du Code civil**). Jusqu'en 1966 l'hypothèque était un contrat solennelle (*obligation de deux notaires ou un notaire et deux témoins*).

**Pourquoi les exigences formelles sont plus importantes que pour une vente immobilière ?** Il faut savoir que pour vendre un immeuble il n'y a pas besoin de l'intervention du notaire mais la publication à la conservation des hypothèques n'étant pas obligatoire, la vente ne sera pas opposable aux tiers. Dans la vente, le vendeur reçoit une contrepartie en revanche, en ce qui concerne l'hypothèque, la situation matérielle du constituant n'est pas immédiatement affectée par l'hypothèque. La crainte est que le constituant ne se rende pas compte des conséquences possibles de l'hypothèque (saisie du bien/ vente forcée) d'où l'obligation de

passer devant notaire, ce dernier étant censé d'informer le constituant des risques et des charges qui vont peser sur lui. De plus, le notaire étant professionnel, il va pouvoir évaluer la valeur du bien.

En 2<sup>nd</sup> lieu, **l'acte doit être passé sur le territoire français (article 2477 du Code civil)**. L'acte doit, à peine de nullité, comporter le montant de la créance garantie (**article 2423 al.1 du Code civil**). S'il s'agit d'une créance future, il faudra nécessairement l'évaluer.

Enfin, si l'hypothèque est rechargeable, la convention de rechargement doit également revêtir la forme notariée (**article 2422 al.3 du Code civil**).

## §2) L'inscription hypothécaire

L'hypothèque n'est opposable aux tiers que si elle est publiée (**arrêt de la chambre civile du 11 juin 1817**).

### A) La procédure d'inscription

Il faut remettre au bureau de la conservation des hypothèques deux bordereaux identiques, l'un étant restitué au déposant avec la mention de l'accomplissement de la formalité et l'autre étant conservé. Le 1<sup>er</sup> problème a trait au formalisme très strict de ces bordereaux. Le 2<sup>nd</sup> problème est relatif au coût de l'opération. En effet, il y a non seulement une taxe de publicité foncière mais le conservateur des hypothèques doit être payé. Ce denier est un fonctionnaire qui ne perçoit aucun traitement par l'Etat. Il est simplement payé par les requérants à l'occasion de la publication. Doivent lui être versés, 0,10% du montant du bien. En cas de problème, le conservateur des hypothèques est responsable personnelle sur ses biens propres sans garantie de l'Etat (**articles 2450 à 2452 du Code civil**). Enfin, aucune délai n'est prescrit pour la publication. L'intérêt du créancier est donc d'y procéder au plus vite puisque tant que l'hypothèque n'est pas publiée elle n'est pas opposable.

### B) Effets de l'inscription

Par l'inscription, l'hypothèque est rendue opposable aux tiers. De plus, l'inscription est attributive de rang (**article 2425 du code civil**). Les créanciers titulaires d'une hypothèque sur le même bien seront payés dans l'ordre des dates d'inscription et non dans l'ordre des dates de naissance des créances. Il faut préciser que la convention de rechargement n'est pas attributive de rang c'est-à-dire que le créancier qui inscrit le rechargement bénéficiera du rang initial de l'hypothèque.

### C) La durée de l'inscription

Le créancier fixe lui-même la durée de son inscription dans le respect d'un double délai (un an maximum à compter de la dernière échéance de la dette ; 50 ans en tout = **article 2434 du Code civil**). A l'issue de l'inscription, il y a péremption de l'inscription mais pas de l'hypothèque. En cas de réinscription après la péremption de l'inscription, le créancier perd son rang et le rang est celui de la nouvelle inscription. Mais, on peut procéder au renouvellement de l'inscription avant la péremption et, dans ce cas, le rang est conservé.

### D) La radiation de l'inscription

La radiation efface l'inscription. Par conséquent, l'hypothèque n'est plus opposable aux tiers et les créanciers perdent leur rang. Deux cas sont prévus par **l'article 2440 du Code civil** :

- **la radiation volontaire** : acte unilatérale du créancier. Dans un 1<sup>er</sup> cas la créance est réglée donc il n'y a plus de nécessité de conserver l'hypothèque (main levée). Dans un 2<sup>ème</sup> cas, le créancier renonce à l'inscription pour favoriser le crédit du débiteur. Mais, dans tous les cas, il s'agit d'un acte grave puisqu'il est irrévocable
- **la radiation judiciaire** : cas dans lequel la créance est réglée et le créancier hypothécaire refuse de procéder à la main levée. le débiteur est donc obligé de demander au tribunal la radiation de l'inscription. La seule condition est de démontrer au juge que la créance a été réglée

Il est possible de procéder à une radiation partielle c'est-à-dire réduire le montant de l'hypothèque (réduction soit sur l'assiette de la sûreté soit sur le montant de la créance).

### §3) Le régime de l'hypothèque conventionnelle

#### A) Les effets de l'hypothèque entre les parties

Il n'y a pas de dépossession du débiteur qui conserve tout ses pouvoirs et tout ses attributs (usus, abusus, fructus). Par exemple, le débiteur a parfaitement le droit de vendre son immeuble. De plus, il y a indivisibilité de l'hypothèque c'est-à-dire que chaque fraction du bien hypothéqué garantie la totalité de la créance (**article 2393 al.2 du Code civil**).

Lors de la réalisation de l'hypothèque, par suite d'absence de paiement, deux hypothèses s'offrent à nous :

- **la poursuite de la vente forcée de l'immeuble par le biais de la procédure de saisie immobilière**. Ceci est d'autant plus facile que le créancier est pourvu d'un titre exécutoire c'est à dire que l'acte notarié qui constate l'hypothèque est revêtu de la formule exécutoire. Le créancier n'a donc pas besoin de saisir le tribunal pour faire constater la réalité de sa créance. L'huissier délivre un commandement de payé que l'huissier publie à la conservation des hypothèques. Les clauses de voie parée (*clause autorisant le créancier à vendre le bien à l'amiable sans avoir recours à la procédure de saisie*) son interdites en matière d'hypothèque (**article 2458 du Code civil**). Il faut une vente aux enchères publiques qui conduit à une adjudication par le tribunal. Si personne ne porte d'enchère, le créancier poursuivant est déclaré adjudicataire pour la mise à prix. Depuis 2006, le débiteur peut demander au tribunal l'autorisation de procéder à la vente amiable de l'immeuble. Si le juge autorise la vente, cette dernière purge le prix de vente (**articles 2202 et 2213 du Code civil**)
- Depuis 2006, **le créancier peut demander l'attribution judiciaire de l'immeuble hypothéqué (article 2458 du Code civil)**. Bien plus, le pacte comissoire est autorisé en matière d'hypothèque ce qui signifie que les parties peuvent stipuler que le créancier deviendra propriétaire de l'immeuble en cas de défaut de paiement (**article 2459 du Code civil**).

#### B) Les effets de l'hypothèque à l'égard des tiers

##### 1) Le droit de préférence

Il s'agit de l'**article 2323 du Code civil**. Le créancier hypothécaire doit être payé sur le prix d'adjudication de l'immeuble par priorité aux autres créanciers. Entre créanciers hypothécaires, l'ordre s'établit en fonction de la date d'inscription. Il se peut parfois que le créancier ayant fait la saisie ne soit pas payé.

## 2) Le droit de suite

Il s'agit de **l'article 2461 du Code civil**. Le constituant a gardé toutes ses prérogatives. Il peut donc vendre l'immeuble. L'acquéreur qui achète l'immeuble est appelé tiers détenteur. Le créancier hypothécaire a le droit de saisir l'immeuble entre les mains du tiers détenteur. Pour cela, deux conditions sont nécessaires :

- **l'hypothèque doit avoir été inscrite avant la publication de l'acte de vente**
- **la créance doit être exigible**

Lorsque ces conditions sont remplies, la seule solution est la saisie immobilière. On délivre un commandement de payer au débiteur et une sommation au tiers détenteur (**article 2463 du Code civil**). Le tiers détenteur a alors quatre possibilités :

- **il laisse la procédure de saisie se poursuivre**. Il perdra alors la propriété de son bien et les droits qu'il a consentis ne seront opposables que s'ils ont été publiés
- **il paye la valeur de l'immeuble au créancier**. Cela implique que le créancier n'est pas déjà payé le vendeur (débiteur) et que la créance soit inférieure ou égale au prix d'achat
- **il va délaisser l'immeuble (article 2467 du Code civil)**. Le tiers abandonne la détention matérielle de l'immeuble à curateur nommé par le tribunal. Il demeure propriétaire jusqu'à l'adjudication et si l'immeuble est adjugé pour un prix supérieur au total des créances hypothécaires il recevra le reliquat
- **il va purger les hypothèques (articles 2476 et suivants du Code civil)**. Il va notifier aux créanciers hypothécaires son intention de payer les dettes. Les créanciers ont alors 40 jours pour accepter ou pour demander la vente de l'immeuble

## C) La transmission de l'hypothèque

### 1) A titre accessoire

Lorsque la créance est transmise, l'hypothèque qui la garantit est transmise avec elle. Les deux cas de transmission sont la cession de créance et la mort du créancier. Dans ces deux hypothèses, on a l'obligation de mentionner la transmission en marge de l'inscription.

### 2) A titre principal

L'idée est de céder l'hypothèque tout en conservant la créance. Par exemple, un créancier hypothécaire va céder son hypothèque à un créancier chirographaire. L'hypothèque ne peut être cédée qu'à un autre créancier.

Il est également possible de procéder à une cession d'antériorité. Deux créanciers hypothécaires peuvent échanger leur rang sur un même immeuble.

## D) L'extinction de l'hypothèque

### 1) Par voie accessoire

Il y a extinction de l'hypothèque lorsque la créance disparaît. Cependant, il faut que l'extinction de l'obligation principale soit totale. Si l'extinction n'est que partielle, l'hypothèque subsiste en raison de son caractère indivisible.

## 2) Par voie principale

Il s'agit de l'**article 2488 du Code civil**. Il y a plusieurs cas :

- **la renonciation du créancier**. Cet acte est irréversible
- **la purge par le tiers détenteur**
- **la prescription de l'hypothèque :**
  - o la prescription de la créance d'où l'extinction de l'hypothèque
  - o la prescription acquisitive du tiers détenteur (usucapion)
- **la perte de l'immeuble** : la sûreté disparaît faute d'objet. Le droit de suite portera éventuellement sur les indemnités d'assurance et sur les dommages et intérêts de l'auteur de la perte
- **l'expropriation** : dans ce cas, le créancier peut exercer son droit de préférence sur les indemnités qui sont dues

## Section 2 – L'hypothèque légale

Il s'agit de l'**article 2400 du Code civil**. Cet article prévoit plusieurs cas d'hypothèques légales.

### §1) L'hypothèque légale des époux

L'**article 2400 du Code civil** dispose que « *l'hypothèque légale est attribuée sur les droits et créances d'un époux sur les biens de l'autre* ». Trois cas sont à distinguer :

- **cas du régime matrimonial de la participation aux acquêts** : au moment de la liquidation, chaque époux détient une créance sur l'autre. Pour garantir cette créance, chacun d'eux peut inscrire une hypothèque sur le ou les immeubles de son conjoint (**article 2402 du Code civil**)
- **cas où un époux introduit une demande en justice tendant à faire reconnaître une créance contre son conjoint ou les héritiers de celui-ci** (**article 2403 du Code civil**)
- **cas dans lequel un époux demande en justice l'autorisation de remplacer son conjoint pour les actes de cogestion ou de gestion de ses biens propres en raison de son inaptitude ou de son hostilité**. L'époux remplacé va perdre tous ses pouvoirs de gestion. En contrepartie, l'époux hostile ou inapte peut prendre des hypothèques sur les immeubles de son conjoint (**article 2404 du Code civil**)

### §2) L'hypothèque légale des jugements de condamnation

A partir du moment où un tribunal a reconnu l'existence d'une créance, le bénéficiaire, qui est donc créancier chirographaire à la base, peut prendre une hypothèque de plein droit. Cette hypothèque s'applique à tout jugement de condamnation (**article 2412 du Code civil**) quelque soit la juridiction qui l'a rendu, y compris une juridiction étrangère à condition, dans ce cas, que ce jugement soit déclaré exécutoire par un tribunal français.

Il importe peu que le jugement soit contradictoire ou rendu par défaut. De même, il importe peu que le jugement soit définitif ou non car, même s'il est frappé d'appel, une hypothèque pourra être prise à condition qu'il y ait exécution provisoire.

En cas de sentences arbitrales, les sentences peuvent servir de base à une hypothèque à condition qu'elles soient assorties de l'exequatur c'est-à-dire une ordonnance judiciaire d'exécution. Ceci implique d'aller prendre une inscription à la conservation des hypothèques.

### Section 3 – L'hypothèque judiciaire conservatoire

Il s'agit d'anticiper un jugement de condamnation pour éviter que le défendeur organise son insolvabilité. Pour obtenir, de la part du juge, un jugement en faveur d'une hypothèque conservatoire, deux conditions doivent être réunies :

- |   |  |
|---|--|
| - | <b>la créance doit paraître fondée en son principe</b>                             |
| - | <b>il doit y avoir des circonstances susceptibles d'en menacer le recouvrement</b> |

Cette hypothèque est conservatoire en ce sens qu'elle ne dure que le temps de la procédure mais elle dispose de tous les attributs d'une vraie hypothèque puisqu'elle bénéficie du droit de suite et du droit de préférence. Cette créance doit être inscrite signifiée au débiteur par un acte d'huissier.

A l'issue de la procédure, si la demande est rejetée, l'inscription va être radiée et l'hypothèque provisoire disparaît. En revanche, si la demande est acceptée, la condamnation est rendue et l'on se retrouve dans le cas des hypothèques légales des jugements de condamnation. L'hypothèque conservatoire est transformée en hypothèque définitive. Une nouvelle inscription doit alors être faite au bureau des hypothèques mais le rang de l'hypothèque conservatoire sera conservé. Le délai est de deux mois à compter du jugement.

## **Chapitre 6 – L'Antichrèse**

L'antichrèse est une sûreté immobilière. C'est l'affectation d'un immeuble en garantie d'une obligation qui emporte dépossession du constituant au profit du créancier. L'antichrèse est codifiée aux **articles 2387 et suivants du Code civil**.

### Section 1 – Constitution de l'antichrèse

L'antichrèse est un contrat dont la constitution est soumise à de très nombreuses exigences requises pour sa validité et son opposabilité.

#### §1) Les conditions de validité de l'antichrèse

##### A) Les parties

Le créancier est un créancier antichrésiste. Le constituant de l'antichrèse est en principe le constituant mais il est possible, comme pour l'hypothèque, qu'un tiers affecte l'un de ses immeubles en garantie de la dette d'autrui.

##### 1) La propriété

Il faut être propriétaire au jour de la constitution de l'antichrèse. De plus, l'antichrèse de la chose d'autrui est frappée de nullité absolue. Il n'est à priori pas possible de constituer une antichrèse sur un immeuble futur. En fin, se pose le problème des biens indivis. Il s'agit de **l'article 2414 du Code civil**.

##### 2) La capacité

Le constituant doit avoir la capacité d'aliéner son immeuble (**article 2413 du Code civil**). Cette possibilité s'explique par le fait que l'antichrèse peut déboucher sur l'aliénation future de l'immeuble par le biais d'une saisie immobilière.

Il existe 3 cas dans lesquels le constituant est considéré comme incapable :

- le **mineur non émancipé** ne peut constituer seul une hypothèque (**article 389 – 5 al. 1 et 3 et article 457 du Code civil**)
- les **incapables majeurs placés sous tutelle** ne peuvent constituer d'antichrèse. Seul le tuteur peut constituer une antichrèse après l'accord du conseil de famille (**article 495 du Code civil**)
- les **majeurs sous curatelle** doivent être assistés de leur curateur (**article 510 du Code civil**)

Si le constituant est marié, la constitution d'une antichrèse sur le logement familial nécessite l'accord du conjoint même si ce dernier n'est pas propriétaire (**article 215 al.3 du Code civil**). Sans accord de sa part, le conjoint peut solliciter la nullité de l'acte dans un délai d'un an à compter du jour où il en a eu connaissance.

## **B) L'assiette de l'antichrèse**

Seuls les biens immobiliers sont susceptibles d'antichrèse. Mais, l'usufruitier, l'emphytéote ou le preneur à bail à construction peuvent également constituer une antichrèse sur leurs droits mais dans ces cas l'antichrèse est soumise aux limites temporelles qui affectent le droit grevé.

L'antichrèse s'étend, en outre, aux améliorations qui sont apportées à l'immeuble (**article 2388 du Code civil et article 2397 du Code civil**).

## **C) L'acte constitutif**

En 1<sup>er</sup> lieu, **l'acte constitutif doit obligatoirement revêtir la forme d'un acte notarié (article 2416 du Code civil)**. En 2<sup>nd</sup> lieu, **l'acte doit être passé sur le territoire français (article 2477 du Code civil)**. L'acte doit, à peine de nullité, comporter le montant de la créance garantie (**article 2423 al.1 du Code civil**).

## **D) La dépossession du constituant**

Le système est le même que pour le gage traditionnel. La dépossession implique la remise de l'immeuble au créancier antichrésiste. Elle est une condition de validité de l'antichrèse. La dépossession doit être ininterrompue et l'antichrèse s'éteint si l'immeuble est restitué à son propriétaire avant le paiement.

Il est possible de remettre l'immeuble à un tiers convenu qui le détiendra pour le compte du créancier (principe de l'entiercement). L'avantage de procéder à un entiercement est que cela permet plusieurs antichrèses sur un même immeuble. En revanche, en l'absence de tiers convenu, une seule antichrèse peut être consentie.

## **§2) L'opposabilité de l'antichrèse**

Il est nécessaire de publier l'antichrèse à la conservation des hypothèques. A défaut, l'antichrèse n'est pas opposable aux tiers, à l'acquéreur de l'immeuble et aux autres créanciers.

## **Section 2 – Le régime de l'antichrèse**

### **§1) Les effets de l'antichrèse**

Le débiteur est dépossédé de son bien et n'a plus aucune obligation ou prérogative. Voyons la situation du créancier.

#### **A) Les obligations du créancier antichrésiste**

Trois obligations :

- **gérer et faire fructifier l'immeuble (article 2389 du Code civil)**. En effet, « *le créancier perçoit les fruits de l'immeuble affecté en garantie à charge pour lui de les imputer sur les intérêts s'il en est dû et subsidiairement sur le capital de la dette* ». Il est tenu, à peine de déchéance, de pourvoir à la conservation et à l'entretien de l'immeuble. Il peut y employer les fruits perçus avant de les imputer sur la dette
- **le créancier est tenu de rendre des comptes quant à la perception des fruits et à l'utilisation de l'immeuble**
- **le créancier doit gérer l'immeuble en « bon père de famille »**

En cas de non respect de ces obligations, ou d'abus de jouissance, le créancier antichrésiste s'expose à une déchéance de l'antichrèse par le biais d'une restitution forcée de l'immeuble. Il est également possible d'agir sur le fondement de la responsabilité civile contractuelle pour obtenir des dommages et intérêts.

L'article 2389 du Code civil prévoit une « **faculté de déguerpissement** ». Le créancier peut, à tout moment, se soustraire à ses obligations en restituant le bien à son propriétaire. Le problème est qu'il est probable qu'en « déguerpissant » le créancier perde sa sûreté et devienne alors un simple créancier chirographaire. Sur ce point, une grande controverse doctrinale existe mais il n'y a aucune jurisprudence.

## B) Les prérogatives du créancier antichrésiste

L'article 2389 du Code civil accorde au créancier antichrésiste les mêmes attributs du droit de propriété que l'usufruitier à savoir l'usus et le fructus.

**S'agissant de l'usus**, pour la jouissance, il faut une utilisation personnelle du bien. Il est toutefois possible de mettre l'immeuble en location (**article 2390 du Code civil**). Dans ce cas, le consentement du constituant n'est pas nécessaire mais, si le constituant refuse, le bail ne lui sera pas opposable en fin d'antichrèse. Depuis 2006, l'immeuble peut être donné à bail au débiteur lui-même. Ainsi, la dépossession sera purement juridique et le débiteur paiera un loyer au créancier antichrésiste.

**S'agissant du droit de rétention**, prérogative la plus importante (**article 2391 du Code civil**), le créancier va pouvoir conserver l'immeuble jusqu'au complet paiement de sa créance. Le droit de rétention est alors opposé à tous les créanciers chirographaires et à tous les créanciers inscrits après la création de l'antichrèse. Le droit de rétention procure au créancier un avantage considérable notamment en cas de procédure collective puisque, pendant la période d'observation, l'administrateur ne pourra récupérer le bien qu'en payant la créance garantie. Cependant, l'antichrèse n'est pas opposable aux créanciers inscrits antérieurement.

### Inconvénients par rapport au droit de rétention :

- **les transferts de possession** : il s'agit d'une source complication pour le débiteur qui doit déménager, et pour le créancier qui doit déménager et/ou occuper l'immeuble
- **les obligations d'entretien et de conservation peuvent être très lourdes et très onéreuses** pour le créancier
- **l'antichrèse est totalement inappropriée** pour les établissements de crédit d'où le faible nombre de contrats d'antichrèse

**S'agissant du droit de suite**, le droit du créancier antichrésiste est opposable aux acquéreurs successibles de l'immeuble à condition que la vente soit postérieure à l'inscription.

**S'agissant du droit de préférence**, il permet au créancier d'être payé, avec un rang préférentiel, sur la valeur de l'immeuble. Il y a également droit de préférence sur les indemnités d'assurance en cas de destruction et sur les indemnités d'expropriation.

## §2) La réalisation de l'antichrèse

Plusieurs hypothèses :

- |   |  |
|---|--|
| <ul style="list-style-type: none"><li>- <b>le débiteur paye la créance</b> : l'antichrèse s'éteint (<b>article 2392 du code civil</b>). Le créancier est alors tenu de restituer l'immeuble et, le cas échéant, le débiteur sera fondé à saisir le tribunal pour ordonner son expulsion</li><li>- <b>la dette n'est pas payée</b> : <u>deux cas</u> :</li></ul> | <ul style="list-style-type: none"><li>▪ <b>vente forcée de l'immeuble par le biais de la procédure de saisie immobilière</b> : Le créancier doit respecter les formalités de la saisie immobilière alors même qu'il est déjà en possession de l'immeuble, formalités étant les mêmes que pour l'hypothèque (<i>le créancier est déjà muni d'un titre exécutoire, délivrance d'un commandement de payer lequel est publié à la conservation des hypothèques, vente aux enchères publiques au tribunal = si aucune enchère n'est portée, le créancier poursuivant est déclaré adjudicataire pour le montant de la mise à prix</i>). Cette procédure est obligatoire puisque la clause de voie parée est interdite mais, depuis 2006, le débiteur peut demander au tribunal de procéder lui-même à la vente amiable de l'immeuble</li><li>▪ <b>le créancier peut se voir attribuer l'immeuble</b> : soit il y a attribution judiciaire (<b>article 2458 du code civil</b>) soit il y a attribution conventionnelle (pacte comissoire). Le créancier deviendra propriétaire en cas de défaut de paiement. Dans les deux cas, le créancier pourra être redevable d'une soulte si la valeur du bien excède le montant de la créance. L'attribution de l'immeuble est impossible lorsque l'antichrèse grève la résidence principale du débiteur</li></ul> |
|---|--|

## Chapitre 7 - Les privilèges

### INTRODUCTION

L'article 2324 du Code civil donne une définition commune à l'ensemble des privilèges. Selon cet article, « *le privilège est un droit que la qualité de la créance donne à un créancier d'être préféré aux autres créanciers même hypothécaires* ». On appelle le créancier un créancier privilégié.

#### §1) Le privilège est une sûreté

Le privilège a la finalité de la sûreté. Il est également une sûreté par son effet car, en cas de bon fonctionnement, il y a satisfaction du créancier par l'extinction totale de la créance et par sa technique car la privilège consiste à affecter en garantie un ou plusieurs bien.

#### §2) Le privilège est une sûreté réelle

Il s'agit d'une sûreté réelle portant sur des biens meubles ou immeubles. Cette sûreté confère au créancier un droit de préférence. En revanche, il n'y a jamais de droit de rétention car il n'y a pas de dépossession et il n'y a pas non plus de droit de suite puisque, d'une part, lorsque le privilège est mobilier on se heurte à la règle « *en fait de meuble, la possession vaut titre* » (article 2279 du Code civil) et, d'autre part, lorsqu'il s'agit d'un privilège immobilier, la jurisprudence refuse au créancier le droit de poursuivre le recouvrement de la créance contre un tiers acquéreur dans la mesure où le privilège n'est pas publiée et donc n'est pas opposable (arrêt de principe de la chambre civile de la Cour de cassation du 19 Février 1894).

#### §3) Le privilège est une sûreté légale

Les privilèges sont établis par la loi, eu égard à la qualité de la créance. Leur constitution est donc, en principe, automatique, de plein droit et ne nécessite aucune formalité particulière. Dès l'instant où la créance est née, le créancier est privilégié. Le rang du privilège est déterminé par la date de naissance de la créance.

Il n'y a pas de privilège sans texte. Si l'on se trouve dans les conditions posées par la loi, on est créancier privilégié, à l'inverse, on ne l'est pas. Ces privilèges sont assez néfastes à la sécurité juridique, eu égard à leur nombre considérable et à la difficulté de les appréhender. Le principal bénéficiaire des privilèges est l'Etat qui les constitue pour préserver ses intérêts.

### Section 1 – Les privilèges généraux

Les privilèges généraux ont été créés entre 1804 et 1955. De plus, ils ont pour assiette un ensemble de biens.

## §1) Les privilèges doublement généraux

Les privilèges sont doublement généraux lorsque leur assiette englobe à la fois les meubles et les immeubles du débiteur. Dans la mise en œuvre du privilège il y a un principe de subsidiarité c'est-à-dire que le privilège ne s'exerce sur les immeubles qu'à défaut de biens meubles (**article 2376 du Code civil**).

Les privilèges généraux sont énumérés à la fois à l'**article 2331 du code civil** et à l'**article 2375 du Code civil**.

### A) Le privilège des frais de justice

Il s'agit de tout les frais engagé pour assurer la conservation, la liquidation ou la réalisation des biens du débiteur lesquels sont considérés comme utiles à tout les créanciers dont le patrimoine du débiteur constitue le gage commun.

***EX**: un débiteur a plusieurs créanciers. L'un des créanciers engage une procédure contre le débiteur de saisie immobilière par le biais d'un titre exécutoire. Il engage des frais. L'immeuble est vendu aux enchères publiques. Le droit de préférence s'applique et les créanciers hypothécaires sont servis mais le créancier ayant engagé les frais pour la poursuite n'avait pas un rang favorable et ne reçoit rien. Néanmoins, il est considéré que les frais engagés ont profité à l'ensemble des créanciers et le créancier va pouvoir récupérer en priorité le montant des frais engagés.*

Pour être reconnu comme bénéficiaire de ce privilège, il faut que les frais aient été utiles à l'intérêt commun et qu'ils aient une connexité étroite avec la procédure à moins qu'ils n'aient été engagés en vertu d'une obligation légale ou judiciaire. Dans la pratique, cela va porter sur les créances des auxiliaires de justice qui ont concouru à la procédure, sur les mandataires liquidataires, les avocats et huissiers.

### B) Le privilège des salaires et rémunérations

#### 1) Le privilège

Le privilège profite à toute personne qui a la qualité de salarié c'est-à-dire qui est titulaire d'un contrat de travail et les apprentis. Il porte sur le paiement des salaires, primes, commissions et autres accessoires, congés payés et indemnités de licenciement le tout sur les 6 derniers mois. Ce privilège est doublé d'un superprivilège.

#### 2) Le superprivilège

Une partie du privilège précédemment expliqué fait l'objet d'un superprivilège qui passe devant tous les autres privilèges en cas d'ouverture de procédure collective. Il porte sur les 60 derniers jours de salaires et les congés payés et doit être réglé sur les premiers fonds avant la vérification des créances et de l'actif disponible. Le paiement de ce superprivilège est garanti par une assurance obligatoire à la charge de l'employeur.

### C) Le privilège des créanciers postérieurs au jugement d'ouverture de la procédure collective

Il s'agit de l'**article L 622 – 17** et de l'**article L 641 – 13 du Code de commerce**. L'idée est d'instituer une priorité de paiement au profit des créanciers qui concourent à assurer la survie d'une entreprise en redressement judiciaire. Le but est de ne pas décourager les éventuels prêteurs ou fournisseurs dont

l'intervention permettra peut être de sauvegarder l'entreprise. Mais, le droit de préférence accordé à ce privilège est devancé par 4 autres privilèges :

- |   |
|---|
| - créancier ayant un droit de rétention   |
| - superprivilège des salariés   |
| - privilège des frais de justice  |
| - priorité aux créanciers antérieurs garantis d'une sûreté immobilière en cas de liquidation judiciaire |

## D) Le privilège des créanciers conciliants

Il s'agit de **l'article L 611-11 du Code de commerce**. Dans cette hypothèse, il y a une procédure collective et le débiteur ne parvient pas à surmonter ses difficultés alors même qu'il y avait eu un accord entre débiteur et créancier pour renégocier le montant et les modalités de la créance. Néanmoins, le créancier qui avait accepté l'accord pourra être payé, certes après le superprivilège des salariés et le privilège des frais de justice mais avant les autres créanciers même antérieurs et même bénéficiaires d'une hypothèque.

## §2) Les privilèges simplement généraux

Leur assiette est limitée aux seuls meubles du débiteur.

### A) Le privilège du Trésor Public

Il s'agit de l'hypothèse dans laquelle l'Etat est créancier. Ce privilège va garantir les impôts, les taxes départementales et communales..., contributions indirectes, les droits d'enregistrement, les droits de timbre...

L'assiette va être constituée par tous les biens meubles présents et à venir du débiteur et s'étend également au patrimoine de la caution du débiteur. Ce privilège est un privilège occulte et n'est donc pas publié. Ainsi, il est ignoré par les autres créanciers et, pourtant, il leur est opposable.

L'Etat est quand même tenu de publier les sommes dues par un commerçant ou une personne morale de droit privé si le montant excède 12 200 euros. La publication est faite au greffe du TGI et au greffe du tribunal de commerce. En cas de non publication, et en cas de redressement judiciaire du contribuable, le Trésor ne pourrait plus, théoriquement, se prévaloir de ce privilège.

Le privilège du Trésor Public s'accompagne d'une possibilité d'hypothèque légale sur tous les immeubles du débiteur.

### B) Le privilège des Caisses de Sécurité Sociale

Ce privilège garantit le paiement des cotisations dues par les assujetties aux caisses de la sécurité sociale pendant un an à compter de leur exigibilité (**article L 243 - 4 du Code de la Sécurité Sociale**). Il ne garantit pas, en revanche, les majorations et les pénalités de retard.

Ce privilège est soumis à publicité lorsque les sommes dues par un commerçant ou une PM de droit privé excèdent 12 000 euros. Les Caisses de sécurité sociale peuvent prendre des hypothèques légales sur les immeubles couvrant à la fois les pénalités de retard, les cotisations et les majorations.

### C) Les privilèges de l'article 2331 du Code civil

Il s'agit de privilèges généraux. Ils sont au nombre de 8 mais nous n'en étudierons que 3, les autres étant, pour la plupart, tombés en désuétude.

#### 1) privilège des frais funéraires

C'est un privilège qui va garantir les frais nécessités par les obsèques u débiteur et qui va porter sur les meubles de la succession. Il vise donc à garantir la personne avançant les frais d'inhumation et de cérémonie.

#### 2) privilège de dernière maladie

Ce privilège garantie les frais médicaux indispensables nécessités par la dernière maladie en date quelque soit son issue. Ce privilège est doublé d'une hypothèque légale. Mais, avec le développement de la sécurité sociale, ce privilège a perdu de sa valeur.

#### 3) privilège de la fourniture de subsistance

Garantir la fourniture de chauffage, éclairage, nourriture au débiteur et à sa famille. Cependant, ces fournitures doivent être indispensables ([arrêt de la Cour de cassation du 11 Avril 1933](#)).

## Section II – Les privilèges spéciaux

Les privilèges spéciaux ont pour assiette un bien déterminé, individualisé en fonction de la nature de la créance.

### §1) Les privilèges spéciaux mobiliers

#### A) Les privilèges fondés sur la notion de gage

Il y a une fiction de gage tacite c'est-à-dire que des biens vont, dans la pratique, être affectés en garantie d'une créance sans mise en possession du créancier.

##### 1) le privilège du bailleur d'immeuble

Le fondement est **l'article 2332 1° du Code civil**. Le bénéficiaire est le propriétaire d'un immeuble donné en location par contrat de bail quelque soit la nature du bail. L'assiette est tout ce qui garni l'immeuble loué, tout ce qui sert à son l'exploitation et lui fruits de la récolte de l'année.

Les créances garanties sont toutes celles qui résultent du bail (paiement des loyers, charges locatives...).

##### 2) le privilège du syndicat de copropriétaires

Le fondement est la [loi du 10 Juillet 1965](#) et plus particulièrement **l'article 19**. Cette loi organise la copropriété. Elle est codifiée dans le Code civil après **l'article 664**. Le bénéficiaire de ce privilège est le syndicat de copropriétaires distinct du syndic de copropriété (agence, agent immobilier, particulier chargé de gérer le fonctionnement de l'immeuble). L'assiette est tout ce qui garni les lieux sauf s'il s'agit d'une location non meublée. Les créances garanties sont les charges de copropriété. Ainsi, si un propriétaire ne paye pas ses

charges, le syndicat peut se servir directement sur les meubles de ce locataire sauf s'il s'agit d'une location non meublée.

### 3) le privilège de l'hôtelier

Le fondement est l'**article 2332 5° du Code civil**. La jurisprudence considère qu'un aubergiste n'est pas un restaurateur, un cafetier ni un exploitant de camping. L'assiette est représentée par « *les effets que le voyageur a transporté dans l'auberge* ». Les créances garanties sont le coût du logement et de la nourriture.

### 4) le privilège du créancier consignataire

Le fondement est l'**article 2350 du Code civil**. Les bénéficiaires sont les créanciers bénéficiaires d'une consignation. Cependant, bien que la somme soit consignée (assiette), elle fait toujours partie du patrimoine du débiteur. La créance garantie est donc la somme consignée.

### 5) le privilège du commissionnaire

Il s'agit de l'**article L 132-2 du Code de commerce**. Les bénéficiaires sont des commissionnaires de commerce. Il s'agit d'un intermédiaire qui agit en son nom pour le compte d'un tiers appelé commettant. Il exerce généralement son activité dans le domaine de la vente et de l'achat mais également en ce qui concerne les formalités douanières et le transport. L'assiette va porter sur la valeur des marchandises qui font l'objet de l'obligation du commissionnaire et sur les documents qui s'y rapportent. Enfin, les créances garanties sont toutes les créances même si elles sont nées à l'occasion d'opérations antérieures.

### 6) le privilège du transporteur

Deux fondements : **Article L 133-7 du Code de commerce** (transport terrestre) ; **loi du 18 Juin 1936** (transport maritime). Les bénéficiaires sont les transporteurs. La JP considère cependant que la loi exclut de cette catégorie les déménageurs. L'assiette est la valeur des marchandises pour le transporteur terrestre et porte sur les marchandises elles mêmes ou le prix de vente des bagages et des véhicules s'il s'agit d'un transport maritime. Les créances garanties sont toutes les créances nées de l'exécution du contrat.

### 7) le privilège des victimes d'abus et prévarication commises par les fonctionnaires

Le fondement est l'**article 2332 7° du Code civil**. Les bénéficiaires sont toutes les victimes de fonctionnaires. L'assiette va porter sur les fonds de leur cautionnement. Les créances garanties vont être les dommages et intérêts alloués aux victimes.

## B) Les privilèges fondés sur l'introduction d'une valeur dans le patrimoine du débiteur

Il y a là un enrichissement du débiteur provoqué par le créancier. Ce dernier a ainsi fourni un bien au débiteur dont le patrimoine se retrouve enrichi de la valeur de ce bien. Le créancier disposera alors d'un privilège qui lui permettra d'être payé par préférence aux autres créanciers sur le prix du bien concerné.

### 1) le privilège du vendeur de meubles

Le fondement est l'**article 2332 4° du Code civil**. Un principe veut que le transfert de propriété ait lieu au moment de l'échange des consentements d'où le risque de non paiement. De plus, les privilèges ne sont pas

pourvus de droit de suite c'est-à-dire que pour que le privilège du vendeur de meuble puisse jouer il faut que le bien vendu soit toujours en possession de l'acquéreur. Si le bien est revendu, le créancier ne peut pas le revendiquer comme en témoigne l'adage « *en fait de meuble la possession vaut titre* ».

**L'article 2332 4° du Code civil** prévoit la possibilité d'une action en revendication à exercer dans les huit jours de la livraison pour empêcher la revente. Cependant, dans la pratique, cette technique n'est pas économiquement viable.

Enfin, ce privilège passe après celui du bailleur d'immeuble sauf s'il est prouvé que le propriétaire ignoré que les meubles n'étaient pas à son locataire.

## 2) le privilège du vendeur de fonds de commerce

Le fondement est l'article **L 141-5 du Code de commerce**. Le bénéficiaire est le vendeur du fonds de commerce à condition qu'il ait pris une inscription dans les 15 jours de la vente sur un registre spécial au greffe du tribunal de commerce. L'assiette est composée par les éléments du fonds de commerce tels qu'ils sont énumérés dans l'acte de vente. A défaut, le privilège portera sur l'enseigne, le nom commercial, le droit au bail, la clientèle et l'achalandage.

Ce privilège est soumis à la règle du fractionnement c'est-à-dire qu'il est divisible et on peut choisir de le faire jouer soit sur les éléments incorporels du fonds de commerce, soit sur le matériel, soit sur les marchandises.

## 3) le privilège pour frais de récolte

Il s'agit de l'**article 2332 1° al.4 du Code civil**. Les bénéficiaires sont les vendeurs de semences, d'engrais et d'amendements, de produits anticryptogamiques et insecticides... L'assiette est le prix de la récolte de l'année obtenu grâce aux choses vendues. Enfin, la créance garantie est le prix de vente des produits précités.

## 4) le privilège de la victime sur l'indemnité due par l'assureur du responsable

Le fondement est l'**article 2332 8° du Code civil**. Le bénéficiaire est la victime d'un accident ou ses ayants-droits dans l'hypothèse où la victime serait décédée. L'assiette est l'indemnité due par l'assureur et le privilège joue dans l'hypothèse où l'indemnité due par l'assureur est versée à l'auteur de l'accident. Les créances garanties sont les préjudices subis par la victime.

## C) Les privilèges tenant à la conservation de la chose

Ces privilèges visent à garantir le paiement des frais engagés par une personne permettant ainsi d'éviter la perte totale ou partielle d'une chose qui lui a été confiée. Le fondement de ces privilèges est l'**article 2332 3° du Code civil**. Le bénéficiaire est celui qui a engagé les frais. L'assiette est la chose et les créances garanties représentent tous les frais dès lors qu'il y a un lien de causalité.

Ces privilèges sont fréquemment employés par l'administration pour garantir les frais de garde en fourrière des véhicules.

## D) Les privilèges spéciaux du Trésor Public

Le Trésor public est extrêmement privilégié puisqu'il bénéficie de privilèges généraux et de privilèges spéciaux. Par exemple, il bénéficie d'un privilège sur la taxe foncière. Ce privilège va grever les loyers et

revenus des biens soumis à la taxe, les récoltes et les fruits s'il s'agit de biens cultivés. Le Trésor public pourra donc se servir sur le prix de vente de la récolte mais aussi sur les loyers dus par le locataire. Un autre privilège garanti les avances consenties par l'Etat pour la mise en valeur des terres abandonnées ou incultes et qui porte sur le cheptel et les récoltes des bénéficiaires.

## §2) Les privilèges spéciaux immobiliers

Ces privilèges spéciaux immobiliers sont soumis au principe d'indivisibilité et de spécialité. De plus, il n'y a pas de dépossession du débiteur. Ces privilèges sont bénéficiaires d'un droit de préférence et d'un droit de suite. Enfin, ils sont l'objet d'une inscription qui les rend opposables aux tiers.

Le rang de ces privilèges n'est pas déterminé par la date de l'inscription mais par la date de naissance de la créance. **L'article 2374 du Code civil** donne une liste limitative des ces privilèges.

### A) Le privilège du vendeur d'immeuble

Le fondement est **l'article 2374 1° du Code civil**. Le bénéficiaire est celui qui a vendu ce qui suppose la vente d'un immeuble et que tout ou partie du prix n'est pas été payé. L'assiette va porter sur l'immeuble ou sur le droit immobilier en cas de démembrement de la propriété (*nue – propriété ou usufruit*). Cependant, le privilège peut également porter sur le droit de mitoyenneté alors qu'il est impossible de prendre une hypothèque sur le droit de mitoyenneté.

Un débat a été lancé pour savoir si le privilège s'étend aux améliorations faites par l'acquéreur sur l'immeuble. La chose est discutée.

Les créances garanties correspondent au prix de vente non payé à condition qu'il soit inscrit dans l'acte.

### B) Le privilège du prêteur de deniers

Ce privilège est fondé sur **l'article 2374 2° du Code civil** (*argent prêté pour acquérir l'immeuble*) et sur **l'article 2374 5° du Code civil** (*pour l'argent prêté pour effectuer les travaux*). Le bénéficiaire est le prêteur et l'assiette correspond à l'immeuble. Enfin, les créances garanties sont constituées par la somme prêtée.

### C) Le privilège du syndicat des copropriétaires

Il s'agit là d'une exception puisque c'est un privilège occulte non publié. Le fondement de ce privilège est **l'article 2374 1bis du Code civil**. Le bénéficiaire est le syndicat des copropriétaires en cas de vente du lot. En effet, lorsqu'il y a vente du bien, il faut produire un certificat du syndic attestant que le lot est libre de toute obligation envers le syndicat (*aucun argent n'est dû au syndicat*). A défaut, le notaire avise le syndic, par lettre recommandée, de la mutation et le syndic peut faire opposition au versement des fonds. Enfin, les créances garanties sont les charges de l'année en cours et celles des quatre années précédentes.

### D) Le privilège du copartageant

Le fondement est **l'article 2374 3° du Code civil**. Les bénéficiaires sont tous les cohéritiers à l'issu d'un partage portant sur un immeuble ou toute partage qui sort d'une indivision. L'assiette va être l'immeuble partagé et les créances garanties vont être les soultes et les rapports dus à la succession.

## E) Le privilège des architectes, entrepreneurs et ouvriers

Le fondement est l'**article 2374 4° du Code civil**. Les bénéficiaires sont les architectes, les entrepreneurs ou les ouvriers. L'assiette porte sur l'immeuble dans son ensemble mais le droit de préférence ne s'exerce que sur la plus – valeur résultant des travaux.

## F) Le privilège de la séparation des patrimoines

Il s'agit de l'**article 2374 6° du Code civil**. Lorsqu'il y a une succession, les biens recueillis vont intégrer le patrimoine de l'héritier et vont se confondre avec les biens qui y sont déjà affectés. L'ensemble du patrimoine de la personne qui a hérité devient alors le gage commun de tous les créanciers. Les bénéficiaires sont les créanciers successoraux et l'assiette est constituée des immeubles dépendant de la succession. Enfin, les créances garanties sont les créances de la personne décédée. L'idée est d'éviter que les biens issus de la succession tombe dans le gage commun des créanciers de l'héritier.

## Section III – Le classement des privilèges

Deux principes en matière de classement des privilèges :

- **le privilège passe, en principe, avant tous les autres créanciers même hypothécaires**
- **les créanciers pouvant user d'un droit de rétention peuvent paralyser l'exercice de leur droit par les créanciers privilégiés**

### §1) Le classement des privilèges généraux

#### A) Le cas général

- 1 - les privilèges des frais de justice
- 2- les privilèges fiscaux de 1<sup>er</sup> rang à savoir les impôts, les droits d'enregistrement et les contributions indirectes
- 3- les privilèges du droit civil dans l'ordre de **l'article 2331 du Code civil** auxquels on ajoute le privilège des caisses de sécurité sociale.
- 4- les privilèges fiscaux de 2<sup>nd</sup> rang.

#### B) Exception : le débiteur est une entreprise en difficulté

L'ordre est le suivant :

- le superprivilège des salariés
- le privilège des frais de justice
- le privilège des créanciers conciliants
- le privilège des salariés
- les privilèges fiscaux de 1<sup>er</sup> rang
- les privilèges du droit civil dans l'ordre de l'article 2331 du Code civil + privilège des caisses de sécurité sociale
- les privilèges fiscaux de 2<sup>nd</sup> rang

### §2) Le classement des privilèges spéciaux

Par définition, il ne peut pas y avoir de conflits entre privilèges spéciaux mobiliers et privilèges spéciaux immobiliers.

## A) Le classement des privilèges spéciaux mobiliers

### 1) Ceux qui appartiennent au même groupe

- **Privilèges fondés sur la notion de gage** : le principe est que le créancier en possession de la chose l'emporte. Il y a exception dans le cas où un créancier se serait inscrit antérieurement. Dans le cas d'un entiercement, c'est le 1<sup>er</sup> créancier qui l'emporte

- **Privilèges fondés sur l'introduction d'une valeur dans le patrimoine du débiteur** : par ordre d'ancienneté de la créance, c'est le plus ancien qui l'emporte

- **Privilèges relatifs à la conservation de la chose** : c'est celui qui a fait les dépenses les plus récentes qui l'emporte

### 2) Ceux qui appartiennent à des groupes différents

- Le privilège qui est fondé sur la notion de gage l'emporte sur le privilège fondé sur l'introduction d'une valeur (**EX** : *l'aubergiste chez qui des bagages ont été abandonnées va l'emporter sur le vendeur des bagages qui n'ont pas été réglés*).

- Le privilège de la notion de gage l'emporte sur le privilège de conservation de la chose lorsque les frais de conservation ont été faits avant la constitution du gage.

Le privilège de la conservation de la chose l'emporte sur le privilège de la notion de gage lorsque les frais de conservation ont été faits après la constitution du gage.

Le privilège de conservation de la chose l'emporte sur le privilège fondé sur l'introduction d'une valeur dans le patrimoine du débiteur dans tous les cas, quelque soit la date de naissance des privilèges.

## B) Le classement des privilèges spéciaux immobiliers

### 1) S'il s'agit de privilèges de même nature

- **Concurrence entre plusieurs vendeurs** : s'il y a plusieurs ventes successives dont le prix est du en tout ou partie, le 1<sup>er</sup> vendeur est préféré au 2<sup>nd</sup>, le 2<sup>nd</sup> au 3<sup>ème</sup> et ainsi de suite (**article 2374 1° al.2 du Code civil**). Le principe est le même pour les copartageants.

- **Entre architectes, entrepreneurs et ouvriers** : on va calculer le classement en fonction de la plus – valeur réalisée par chacun des travaux effectués. S'il s'agit des mêmes travaux, se sera au prorata de la plus – valeur apportée.

### 2) S'il s'agit de privilège de nature différente

Le principe est que le classement se fait en fonction des dates de naissance des privilèges/créances. Le plus ancien passe ainsi devant le plus récent (**EX** : *l'acheteur d'un immeuble décède sans en payer le prix. Le privilège du vendeur passera alors devant le privilège du copartageant*). Si la date de naissance est identique (*achat et emprunt en même temps*), dans ce cas, les deux créanciers viennent au même rang, le vendeur et le prêteur étant ainsi à égalité.

Deux exceptions :

- le syndicat des copropriétaires est préféré au vendeur et au prêteur pour les créances afférentes aux charges et travaux de l'année courante et des deux années précédentes
- les architectes et les entrepreneurs ont une priorité absolue sur la partie du prix correspondant à la plus – value

### §3) Le concours entre les privilèges généraux et les privilèges spéciaux

#### A) Les privilèges généraux et spéciaux mobiliers

L'article 2332-1 du Code civil pose le principe suivant : « *les privilèges spéciaux priment les privilèges généraux sauf dispositions contraires* ». Ainsi, 4 privilèges généraux priment sur les privilèges spéciaux :

- le superprivilège des salaires
- le privilège des frais de justice
- les privilèges qui résultent du droit des entreprises en difficulté
- les privilèges généraux du Trésor public

#### B) Les privilèges généraux et spéciaux immobiliers

Le principe est posé par l'article 2376 du Code civil. Ainsi, les privilèges généraux immobiliers passent toujours devant les privilèges spéciaux immobiliers.

# Partie II : Les sûretés personnelles

*La sûreté personnelle est créée en considération d'un tiers qui s'engage personnellement à côté du débiteur.* Ainsi, le créancier qui dispose, pour la même créance, de plusieurs débiteurs, a davantage de chance d'obtenir le paiement que celui qui n'en a qu'un seul. Certes, le créancier n'obtient dans le patrimoine de chacun d'eux qu'un droit de gage général c'est-à-dire qu'il restera un créancier chirographaire mais il aura multiplié les chances d'être payé.

La sûreté personnelle présente beaucoup d'avantages par rapport à la sûreté réelle : grande simplicité, peu de formalités, quasiment aucun coût, aucune obligation de publicité... Mais, l'inconvénient majeur est qu'elle peut se révéler très dangereuse pour la personne qui s'est engagée.

## Chapitre I - Le cautionnement

### Section I – Caractéristiques

#### §1) Définition

*Le cautionnement est un contrat unilatéral la caution s'engage envers un créancier à exécuter l'obligation au cas où le débiteur ne le ferait pas.* Le terme « contrat » implique un échange de consentement entre la caution et le créancier. Dans tous les cas, le cautionnement ne se présume pas c'est-à-dire qu'il doit être expresse (**article 2292 du Code civil**). Le terme « unilatéral » précise quant à lui que seule la caution est engagée. Le contrat est générateur d'une obligation soit de faire soit de payer. Ainsi, il faut exécuter l'obligation du débiteur principal ce qui signifie que le cautionnement est une garantie accessoire puisque son existence et son étendue dépendent de l'obligation principale. Enfin, **l'article 2288 du Code civil** dit la chose suivante « *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* ».

#### §2) Types de cautionnement

##### A) Cautionnement simple

Par principe le cautionnement est simple (**articles 2298 et suivants du Code civil**). Ce cautionnement présente deux inconvénients majeurs pour le créancier. La caution dispose de deux moyens pour retarder son paiement et alléger son obligation. Ces moyens sont appelés des « bénéfices ».

###### 1) Le bénéfice de discussion

Le principe du cautionnement est que la caution ne doit payer qu'à défaut du débiteur principal c'est-à-dire une fois que l'insolvabilité de ce dernier a été établie. Grâce au bénéfice de discussion, la caution peut contraindre le créancier à poursuivre d'abord le débiteur, à saisir et à faire vendre ses biens avant d'être inquiétée.

Ce bénéfice est opposé par la caution sous forme d'une exception en réponse aux premières poursuites du créancier (**article 2299 du Code civil**). Mais, ce bénéfice est assorti d'une obligation, pour la

caution, d'indiquer au créancier quels sont les biens saisissables dans le ressort de la CA du débiteur. De plus, il faut avancer les frais de la saisie (**article 2300 du Code civil**). Dans la pratique, cette technique est dangereuse pour le créancier puisqu'elle va ralentir et compliquer l'exécution par la caution de son obligation.

#### 2) le bénéfice de division

C'est l'hypothèse dans laquelle il y aurait plusieurs cautions pour une même dette et un même débiteur. Ces cautions sont appelées entre elles des « cofidéjusseurs ». Sauf limitation particulière, chacune des cautions est tenue à la totalité de la dette (**article 2302 du Code civil**) mais elles peuvent se prévaloir du bénéfice de division (**article 2303 du Code civil**). Ce bénéfice permet à la caution d'obliger le créancier à ne la poursuivre qu'à hauteur de la part de sa dette. Cette option est une source d'affaiblissement du créancier.

### B) Le cautionnement solidaire

Le principe est que la solidarité ne se présume pas. Il faut qu'elle soit expressément stipulée (**article 1202 du CC**).

#### 1) solidarité entre les seules cautions

La totalité de la créance peut être réclamée à n'importe quelle caution. Ceci explique le bénéfice de division mais les cautions conserveront le bénéfice de discussion.

#### 2) solidarité entre débiteur principal et la/les cautions

Dans ce cas, les cautions sont à la fois solidaires entre elles mais aussi avec le débiteur. Il n'y a plus de bénéfice de division ni de bénéfice de discussion. Il y a également nécessité d'un accord commun

#### 3) solidarité entre débiteur et cautions mais pas entre cautions

Chaque caution passe un accord avec le débiteur mais le bénéfice de discussion ne pourra pas être opposé. En revanche, réapparaîtra la possibilité du bénéfice de division.

### C) La certification de caution

C'est une convention par laquelle une personne nommée certificateur garantit le créancier contre la défaillance de la caution. Le certificateur est donc caution de la caution et non du débiteur (**article 2291 al.2 du CC**). Ainsi, l'engagement du certificateur est l'accessoire de l'engagement de caution. En revanche, le certificateur ne garantit pas les défaillances du débiteur principal.

### D) Le sous-cautionnement

C'est une convention par laquelle un tiers qu'on appelle la sous caution garantie à la caution le remboursement de ce qu'elle aura été amenée à payer pour le compte du débiteur principal.

### §3) La subordination de la dette

Par rapport aux autres contrats le cautionnement à un objet très original à savoir payer la dette d'un autre. Mais, évaluer l'étendue du cautionnement ne peut se faire en considération du contrat de

cautionnement mais uniquement au regard de l'obligation principale. La caution est donc un accessoire de l'obligation principale. Par conséquent, ceci induit trois principes :

- **le cautionnement ne peut exister que si l'obligation principale est valable (article 2289 du CC).**

- **le cautionnement ne peut excéder ce qui est dû par le débiteur (article 2290 du CC).** La question s'est posée par rapport aux intérêts car il arrivait souvent qu'on n'applique pas les mêmes taux d'intérêts au débiteur qu'à la caution.

- **la caution, lorsqu'elle est poursuivie par le créancier, a la faculté d'opposer à celui-ci toutes les exceptions inhérentes à l'obligation principale (article 2313 du CC).** La caution peut également, sans attendre d'être poursuivie, prendre l'initiative de faire déclarer caduque son engagement. Il y a, dans ce cas, obligation de saisir le tribunal. La dette de la caution est dépendante de l'obligation principale dans son existence, dans son étendue et dans ses modalités.

## A) L'existence

1<sup>er</sup> cas : **l'obligation principale est nulle** : la caution peut opposer une exception de nullité. Les causes de nullité peuvent être l'illicéité, l'immoralité, l'inexistence. Se sont des causes de nullité absolue.

Par rapport aux nullités relatives à savoir le dol, l'erreur ou la violence, la caution peut invoquer ces nullités sauf si le débiteur, par des actes positifs, a confirmé l'obligation nulle en renonçant à invoquer la nullité la confirmation est opposable à la caution. Si l'obligation principale est nulle, le cautionnement n'aura plus d'objet et le débiteur sera libéré de son obligation.

2<sup>ème</sup> cas : **l'obligation principale est éteinte** : quelque soit le mode d'extinction de l'obligation principale (*compensation, confusion, dation en paiement*) l'obligation de la caution s'éteint également de plein droit. Le cas se présente surtout lorsque le créancier a oublié de déclarer sa créance à la procédure collective. Cependant, il y a une exception en matière de redressement personnel. Dans cette hypothèse, le recours de la caution subsiste nonobstant l'effacement de la dette.

## B) L'étendue

Il s'agit de **l'article 2290 du CC**. La dette principale est le plafond de l'obligation de la poursuite. Il y a difficulté en ce qui concerne les intérêts : si la caution s'est engagée à payer des intérêts à un taux différent de ceux qui courent contre le débiteur, la JP réduit au montant de ce devait le débiteur. Un 2<sup>nd</sup> problème survient en cas de redressement judiciaire et de procédure de sauvegarde car il arrive que le cours des intérêts soit suspendu. **La caution peut elle invoquer cette suspension ?** Un **arrêt de la chambre commerciale du 13 novembre 1990** a répondu positivement. Cependant, la **loi du 10 juin 1994** a répondu par la négative. Mais, la **loi du 26 juillet 2005** a dit peut être. La caution peut invoquer la cause de suspension lorsqu'elle est le dirigeant de l'entreprise dans le cas où la procédure de sauvegarde s'ouvrirait avant que l'entreprise ne soit en cessation de paiement.

## C) Les modalités

Toutes les modalités qui affectent l'obligation principale s'appliquent à l'obligation de la caution. Ainsi, tant que la dette n'est pas exigible, il est impossible de poursuivre la caution. En revanche, lorsque le terme est arrivé, la caution peut être poursuivie.

S'agissant de la déchéance du terme, on va estimer que la totalité des sommes est exigible immédiatement. **Est-ce que la déchéance permet de poursuivre la caution ?** La réponse est négative. La JP

considère que la déchéance du terme est inopposable à la caution sauf convention contraire figurant dans le contrat de cautionnement (**arrêt de la chambre des requêtes du 30 janvier 1890**).

S'agissant de la prorogation du terme, la caution va avoir un choix : si le créancier accorde un délai au débiteur la caution peut soit demander de bénéficier de ce délai (**article 2290 du CC**) soit elle peut choisir de ne pas être tenue plus longtemps en raison du risque d'insolvabilité du débiteur et peut décider de mettre un terme à son engagement (**article 2316 du CC**). La caution doit poursuivre le débiteur pour le forcer au paiement. Ce recours avant paiement est organisé par l'**article 2309 du CC**.

#### §4) L'autonomie du droit de poursuite

Le droit de poursuite est autonome car il n'est pas affecté par les causes qui rendent impossible la poursuite du débiteur principal. Le créancier, sur le patrimoine de la caution, dispose d'un droit de gage général. Ce droit va doubler celui dont il dispose sur le patrimoine du débiteur.

**Conséquences** : le délai de grâce que le juge peut accorder au débiteur ne profite pas à la caution (**article 1244 – 1 du CC**). Quand bien même le juge aura offert cette possibilité au débiteur, la caution pourra être poursuivie en raison du caractère autonome du droit de poursuite. La caution ne peut bénéficier de l'arrêt des poursuites individuelles contre le débiteur en sauvegarde ou en redressement judiciaire. De même, la suppression des dettes en cas de clôture ou de liquidation pour insuffisance d'actif ne profite pas non plus à la caution. Si la caution paye, elle conserve toujours son recours contre le débiteur même si la dette de ce dernier a été effacée.

### Section II – La formation du cautionnement

L'article **1108 du CC**, 4 éléments fondent la validité d'un contrat.

#### §1) Le consentement de la caution

Le cautionnement doit être expresse, il ne se présume pas (**article 2292 du CC**). Il ne peut donc pas y avoir d'engagement de caution tacite ou implicite. En revanche, aucune formule particulière n'est imposée. Il faut simplement que l'on comprenne clairement à la lecture de l'acte qu'il y a un engagement de caution. De plus, une signature est exigée.

#### A) Les éléments à mentionner dans le cas général

Plusieurs éléments sont à mentionner :

- **la signature de la caution**
- **une somme ou une quantité en lettres et en chiffres (article 1326 du CC)**. Trois problèmes se posent :

- **cas de l'impossibilité de chiffrer l'engagement de la caution** : selon la Cour de cassation, pour que l'engagement soit valable la caution doit apposer la mention « exprimant sous une forme quelconque mais de façon explicite et non équivoque la connaissance qu'elle a de la nature et de l'étendue de l'obligation souscrite » (**arrêt de la 1<sup>ère</sup> chambre civile du 4 février 1986**)
- **cas dans lequel les intérêts conventionnels produits par la dette garantie augmentent le montant de l'engagement** : le cautionnement indéfini d'une obligation s'étend à tous les accessoires de la dette (**article 2293 du CC**)

- **cas dans lequel il manque le montant** : une JP antérieure affirmait qu'en cas de manquement du montant il y a avait nullité du cautionnement (**arrêt de la 1<sup>ère</sup> chambre civile du 30 juin 1978**). La JP a opéré un revirement progressif entre 1992 et 2002 jusqu'à un **arrêt de la 1<sup>ère</sup> chambre civile du 29 octobre 2002**. Cet arrêt consacre de manière définitive le fait qu'en cas de manquement il n'y a pas nullité du consentement mais la preuve de l'existence de ce dernier n'est pas rapportée. On considère alors qu'il n'y a qu'un simple commencement de preuve. Ce dernier devra être complété par des témoignages ou des indices lesquels relèveront de l'appréciation souveraine des juges du fonds. Il faudra démontrer que la caution, au jour de son engagement, avait parfaite connaissance de l'étendue de son obligation

## B) Les règles spéciales

### 1) la caution personne physique

Lorsque la caution est une personne physique elle doit écrire de sa main une mention dictée par la loi et uniquement celle-ci « *en me portant caution de X, dans la limite de la somme de 500 euros, couvrant le paiement du principal, des intérêts et, le cas échéant, des pénalités ou intérêts de retard et pour la durée de 3 ans, je m'engage à rembourser au prêteur les sommes dues sur mes revenus et mes biens si X n'y satisfait pas lui-même* ». Cette mention est prescrite à peine de nullité (**articles L 313 – 7 et L 341 – 2 du Code de la consommation**).

Si le cautionnement est solidaire une mention supplémentaire est prescrite : « *en renonçant au bénéfice de discussion défini à l'article 2298 du Code civil et en m'obligeant solidairement avec X, je m'engage à rembourser le créancier sans pouvoir exiger qu'il poursuive préalablement X* » (**articles L 313 – 8 et L 341 – 3 du Code de la consommation**).

Deux cas dans lesquels ces mentions sont obligatoires :

- **loi NEYERTZ du 31 décembre 1999** : concerne les personnes physiques qui se portent caution d'un consommateur de crédit mobilier ou immobilier
- **loi DUTREIL du 1<sup>er</sup> Août 2003** : cette loi étend cette obligation de mention à tous les cautionnements sous seing privé donnés par une personne physique à un créancier professionnel

### 2) la caution du locataire

**Article 22 – 1 de la loi du 6 juillet 1989**. Cet article apporte plusieurs précisions quant à la caution :

- il faut reproduire de manière manuscrite le **montant du loyer et les conditions de sa révision**
- obligation d'une mention manuscrite exprimant de façon explicite et non équivoque la **connaissance qu'elle a de la nature et de l'étendue de l'obligation qu'elle contracte**
- il faut reproduire de manière manuscrite l'alinéa 2 de l'article 22 - 1

Ces mentions sont prescrites à peine de nullité. De plus, il faut remettre obligatoirement un exemplaire du contrat de location à la caution. Le bailleur doit pouvoir apporter la preuve qu'il a remis un exemplaire à la caution par le biais, par exemple, d'un récépissé.

### 3) la caution d'un entrepreneur individuel

**Article L 313 – 21 du Code monétaire et financier** prévoit diverses choses s'agissant de ce type de cautionnement. En particulier, l'établissement de crédit doit prévenir la caution, par LRAR, au moins 15 jours avant la signature du contrat, du risque de mise en garantie de ses biens.

## §2) La capacité

Un mineur ou un incapable majeur ne peut pas se porter caution. La caution est un contrat ordinaire qui n'exige pas de capacité particulière lorsque l'on engage son propre patrimoine.

### A) La caution en droit des sociétés

Il s'agit de l'hypothèse dans laquelle la société se porte caution. Pour qu'une société se porte caution, deux conditions sont indispensables.

#### 1) le cautionnement doit entrer dans l'objet statutaire

Les statuts de la société doivent prévoir que la société puisse se porter caution. Si la société est une SA, le cautionnement doit faire l'objet d'une autorisation expresse par les organes de la société notamment par le Conseil d'administration. L'application de la théorie de l'apparence n'est pas applicable. S'il s'agit d'une SARL aucune formalité préalable n'est prévue ce qui signifie que le gérant peut engager la société. Cependant, le cautionnement ne peut pas être contraire à l'objet social (**articles L 221 – 5 du CDC et 1849 du CC**).

#### 2) le cautionnement doit être intéressé

Le cautionnement doit servir l'intérêt de la société et non un intérêt personnel. D'où l'interdiction absolue aux SA et aux SARL de se porter caution des dettes des gérants, des associés, des administrateurs ou assimilés, des membres de leur famille proche ou de personnes interposées. Ce genre de pratique peut entraîner une nullité absolue (**articles L 223 -21 suivants du CDC**) et peut également faire l'objet de sanctions pénales à savoir 5 ans d'emprisonnement et 375 000 euros d'amende.

### B) La communauté conjugale

Jusqu'en 1985 les femmes devaient être soumises à leur mari. En effet, jusqu'à cette date, seul le mari était administrateur de la communauté conjugale. Il pouvait, à ce titre, engager seul le patrimoine commun y compris pour des dettes sans rapport avec la famille. Une **loi du 23 décembre 1985** a mis un terme à cette situation. **L'article 1415 du CC** a, par conséquent, été modifié. Selon cet article, « *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'est été contractés avec le consentement expresse de l'autre conjoint qui dans ce cas n'engage pas ses biens propres* ». Seuls les biens de l'époux qui se sera porté caution seront saisissables par le créancier et non pas les biens communs, même par pour la moitié. La Cour de cassation considère que si chacun des époux s'engage par acte séparé en qualité de cation pour la même dette, les acquêts (biens communs) ne sont pas engagés car aucun des deux n'a donné son consentement expresse (**arrêt de la 1<sup>ère</sup> chambre civile du 8 Mars 2005**). En revanche, si la caution a été acceptée par l'autre époux, le créancier peut engager ses poursuites sur les biens propres de celui qui s'est engagé et sur les biens communs. Mais, dès lors qu'un même engagement est souscrit par les deux époux solidairement tous les biens peuvent être saisissables.

### §3) La cause

Selon l'**article 1131 du CC**, l'obligation sans cause ou sur fausse cause ou sur une cause illicite ne peut avoir aucun effet. La question se pose alors de savoir, lorsque la cause de l'obligation a disparu ou était fausse, si l'engagement est caduc.

La Cour de cassation apprécie l'existence de la cause au moment de la souscription de l'engagement de caution (**arrêt de la chambre commerciale, 8 novembre 1972, arrêt époux l'Empereur**). Mais, un **arrêt de la CA de Bordeaux du 6 décembre 1977** a prononcé la caducité de l'engagement pour défaut de cause. *En l'espèce, le cautionnement avait été donné pour empêcher des poursuites pénales à l'encontre du débiteur.*

Dans les rapports entre la caution et le créancier, la caution est un acte neutre. Mais, dans les rapports entre le débiteur et la caution, cette dernière va apparaître comme un contrat de bienfaisance (**article 1105 du CC**). Le contrat de bienfaisance est un *contrat par lequel une partie procure à l'autre un avantage purement gratuit*. Ce n'est donc pas une donation car il y aura possibilité de faire un recours contre le débiteur.

On peut toutefois conclure un contrat de cautionnement à titre onéreux.

### §4) L'objet du cautionnement

#### A) Le paiement d'une dette

##### 1) une dette présente

Une personne se porte caution du remboursement d'un prêt immobilier dans 15 ans.

##### 2) une obligation successive

Une personne va garantir le paiement du loyer et des charges du par le locataire en vertu d'un bail. La dette va dépendre à la fois de la conclusion du bail et de la durée de jouissance du bien par le locataire. Si le contrat successif est à durée déterminée la dette sera calculable. Si le contrat est à durée indéterminée, la caution dispose d'une faculté de résiliation. Dans ce cas, la dette n'est pas incertaine.

##### 3) une dette future

**Ex** : une banque va consentir une ouverture de crédit en compte courant à une société commerciale à condition que le dirigeant de la société se porte caution du paiement des sommes qui seront dues à la clôture du compte. Dans ce cas, la dette principale n'est pas née au moment de la conclusion du contrat. L'étendue et l'existence de la dette dépendent de l'état du compte au moment de sa clôture. Tant que la clôture du compte n'est pas intervenue, le dirigeant a une obligation de couverture. Le jour de l'échéance du terme il a une obligation de régler.

S'agissant de l'obligation de couverture, seules les dettes nées durant cette période de couverture pourront être imputées à la caution. Soit la période de couverture est déterminée avec un terme certain soit elle est déterminée avec un terme incertain ou alors elle est indéterminée. Ainsi, dans ces deux derniers cas, la caution va bénéficier d'une faculté de résiliation. Cependant, la caution n'est pas libérée puisqu'elle va continuer à garantir le règlement des dettes nées durant cette période.

## B) Cautionnement indéfini ou limité

### 1) Le cautionnement indéfini

Il est défini à l'**article 2293 du CC**. Le cautionnement indéfini est un cautionnement illimité. En revanche, ce n'est pas un cautionnement indéterminé. En effet, un cautionnement indéfini est déterminé car l'obligation de la caution se réfère à celle du débiteur principal. Mais, il est néanmoins indéfini lorsque la caution s'engage dans les mêmes termes que le débiteur principal sans limitation par rapport à celui-ci.

Trois causes d'engagement :

- ***le principal*** : la caution doit ce que doit le débiteur principal. Si des modifications sont intervenues postérieurement à l'engagement de la caution entre le créancier et le débiteur elles ne sont pas opposables à la caution sauf si elles lui sont plus favorables (**article 2290 du CC**). Si le montant de l'engagement du débiteur principal est réduit cette réduction va profiter à la caution. A l'inverse, l'augmentation n'est pas opposable à la caution
- ***les accessoires*** : la caution va devoir les dommages et intérêts dus par le débiteur à raison de l'inexécution du contrat (**article 1147 du CC**). En revanche, les dommages et intérêts de nature délictuelle ou étrangers au contrat ne sont pas dus. Ne peuvent pas non plus être dus par la caution les indemnités d'occupation dues par le preneur à compter de la résiliation du bail. Cependant, la caution est également redevable de la clause pénale (**article 1152 du CC**). Il s'agit d'une pénalité pécuniaire prévue en cas d'inexécution du contrat. Le JP de la Cour de cassation vient préciser que cette pénalité est due même si elle n'a pas été visée par la mention manuscrite (**arrêt de la chambre commerciale du 23 Novembre 1999**). Enfin, la caution devra payer les frais de justice correspondant à la 1<sup>ère</sup> demande uniquement (**article 2293 du CC**) sauf si elle n'était pas au courant des poursuites
- ***Frais de justice*** : la caution devra payer les frais de justice correspondant à la 1<sup>ère</sup> demande uniquement (**article 2293 du CC**) sauf si elle n'était pas au courant des poursuites

### 2) Le cautionnement limité

La dette de la caution n'est pas exactement celle du débiteur. Il peut en effet exister des limitations sur le montant garanti. Peut également être limitée la nature des dettes garanties. Il peut aussi y avoir une limitation dans les conditions de la garantie c'est-à-dire que la caution exige que le débiteur fournisse d'autres sûretés.

Cette situation pose deux problèmes :

- ***lorsqu'une partie seulement de la dette est cautionnée*** : le paiement partiel que va faire le débiteur va – t – il s'imputer sur la partie cautionnée ou sur la partie non cautionnée ? Il s'imputera sur la partie non cautionnée pour préserver le créancier

- **Lorsqu'il y a plusieurs cautions pour un montant qui est limité** : les différents montants vont – ils cautionner la même fraction de la dette ? dans ce cas, il n'y pas de solution déterminée, elle dépendra du pouvoir souverain d'appréciation du juge

## Section III – La mise en œuvre du cautionnement

### §1) Les effets du cautionnement

#### A) Les rapports entre créancier et caution

##### 1) Pendant le cautionnement

Pendant la période de couverture du cautionnement, le créancier peut être tenu de fournir des informations sur la dette garantie ou sur la défaillance du débiteur principal.

Cinq textes justifient ce principe :

- **article 2293 al.2 du CC** : tous les créanciers sont concernés. Les débiteurs ne sont que des personnes physiques et la caution doit être indéfinie. L'information qui doit être délivrée est l'évolution de la créance garantie et des accessoires. Si cette information n'a pas été donnée, la sanction est la déchéance de tous les accessoires de la dette, frais et pénalités
- **article L 313 – 22 du Code monétaire et financier** : les créanciers concernés sont uniquement les établissements de crédit. Le débiteur est quant à lui « tout ce qui est imaginable » sauf un particulier. Enfin, la caution peut être personne physique ou personne morale. L'information qui doit être délivrée est le montant du principal, des intérêts, des frais, des commissions et accessoires au 31 décembre de l'année précédente. Elle doit être délivrée avant le 31 Mars de chaque année. Le cas échéant, la sanction est la déchéance des intérêts échus depuis la précédente information
- **article 47 de la loi du 11 Février 1994** : Le créancier peut être tous les titulaires d'un cautionnement à durée indéterminée. Le débiteur peut être un entrepreneur individuel ou une société et la caution doit être une personne physique. L'information qui doit être délivrée est la même que la précédente mais le créancier doit informer la caution de la défaillance du débiteur dès le 1<sup>er</sup> incident de paiement non régularisé dans le mois. La sanction est également la même que celle précitée
- **article L 341 – 6 du Code de la consommation** : les créanciers concernés sont tous les créanciers professionnels. Les débiteurs sont tous les débiteurs et les cautions doivent être des personnes physiques. L'information concerne, encore une fois, la même règle que celle précitée et comporte la même sanction
- **article L 341 – 1 du Code de la consommation** : créanciers professionnels – n'importe quel débiteur – caution = personne physique. L'information doit être donnée dès le 1<sup>er</sup> incident, la date est dès que l'incident n'a pas été régularisé dans le mois. La sanction est la déchéance des pénalités et intérêts de retard entre la date de l'incident et celle à laquelle la caution a été informée

Le juge ne peut pas prononcer d'autres sanctions que celles prévues dans les textes. En aucun cas la caution ne pourra être déchargée de l'intégralité des sommes dues sous prétexte qu'elle n'a jamais été informée. De plus, les établissements de crédit ne sont pas tenus de prouver la réception effective par la caution de l'information elle-même. Ainsi, ces établissements ne sont pas obligés de transmettre l'information par LRAR.

## 2) Au moment des poursuites

Lorsqu'elle est poursuivie en paiement, sauf en cas de cautionnement solidaire, la caution peut invoquer les bénéfices de discussion et de division.

Dans tous les cas, que la caution soit solidaire ou non, elle pourra opposer au créancier toutes les exceptions qui appartiennent au débiteur principal et qui ont inhérentes à la dette (**article 2313 du CC**).

## B) Les rapports entre débiteur principal et caution

### 1) Pendant le cautionnement

En principe, il n'y a pas de rapport direct dans la mesure où le débiteur n'est pas partie au contrat de cautionnement. La caution peut même s'être engagée à l'insu du débiteur y compris contre son gré. Cependant, il existe un cas dans lequel il y a un rapport direct à savoir lorsque le cautionnement est rémunéré.

### 2) Au moment des poursuites

La caution va pouvoir engager un recours contre le débiteur. Puisque la caution n'est qu'un débiteur accessoire, ce n'est sur elle que doit reposer, en principe, la contribution définitive de la dette.

## C) Les rapports entre cofidésusseurs

S'il n'y a pas de solidarité entre les cofidésusseurs il n'y a aucun rapport entre eux et chaque caution pourra opposer au créancier le bénéfice de division. En revanche, si le cautionnement est solidaire, là encore, après le paiement, il y aura des possibilités de recours entre cofidésusseurs.

## §2) Le cas de procédures d'insolvabilité

Le principe veut que la caution ne soit pas plus lourdement tenue que le débiteur principal (**article 2290 du CC**). Mais, ce principe ne vaut pas en cas d'insolvabilité du débiteur

## A) Le surendettement

La commission de surendettement doit impérativement avertir la caution de l'ouverture de la procédure de surendettement. La caution peut alors faire connaître sa position et peut indiquer trois solutions :

- |   |
|---|
| <ul style="list-style-type: none"><li>- elle peut indiquer si elle compte payer</li><li>- elle peut indiquer qu'elle conteste la garantie</li><li>- elle peut soulever des moyens de défense pour le compte du débiteur</li></ul> |
|---|

En aucun cas l'ouverture de cette procédure ne rend la créance exigible. On ne peut donc pas poursuivre la caution. En revanche, la caution ne peut pas bénéficier des mesures de traitement du

surendettement (*report de paiement, remise de la dette, réduction de la créance...*) qui sont réservés au débiteur et non à la dette.

Le plan de surendettement étant conventionnel, la caution peut solliciter que certaines mesures arrêtées pour le débiteur lui soient profitables mais, puisque c'est un contrat, il lui faut l'accord express du créancier.

La caution peut également faire l'objet d'un plan de surendettement personnel.

## **B) Les procédures collectives**

### **1) Dans le cadre d'un règlement amiable**

Dans ce cas, les remises et les délais accordés au débiteur bénéficient à la caution.

### **2) Lors de l'ouverture de la procédure collective**

Le créancier a l'obligation de déclarer sa créance. Si la procédure avait été ouverte avant le 1<sup>er</sup> janvier 2006, on considérait qu'à défaut de déclaration la créance était éteinte et que l'extinction de la créance entraînait celle du cautionnement. Cette situation a été modifiée et, lorsque la procédure est ouverte après le 1<sup>er</sup> janvier 2006, le défaut de déclaration n'entraîne plus l'extinction de la créance, il la rend juste inopposable. L'inopposabilité n'affecte pas le droit de poursuite de la caution.

### **3) A l'issue de la procédure collective**

Depuis le 1<sup>er</sup> janvier 2006, le plan de continuation n'est pas opposable aux cautions sauf s'il s'agit de cautions personnes physiques. En présence d'un plan de cession, le contrat de cautionnement ne peut pas faire l'objet d'une cession forcée puisque le plan de cession ne concerne que les contrats du débiteur. La caution ne pourra donc pas être tenue des dettes postérieures à la cession. En revanche, elle pourra demeurer redevable des dettes nées antérieurement à la cession.

Les créanciers perdent leur droit de poursuite à l'encontre du débiteur principal qui n'existe plus mais ils peuvent agir contre la caution.

## **Section IV – L'extinction du cautionnement**

### **§1) L'extinction par voie principale**

La caution est un contrat qui s'éteint par les mêmes causes que les autres obligations. Cependant, l'obligation de règlement et l'obligation de couverture s'éteignent différemment.

### **A) L'extinction de l'obligation de règlement**

L'obligation de règlement disparaît par l'une des causes énumérées à **l'article 1234 du CC**. Elle peut s'éteindre par le paiement, par la novation, par la remise volontaire, par la compensation, par la confusion, par la perte de la chose, par la nullité ou la rescision, par l'effet d'une condition résolutoire ou encore par prescription.

### 1) Effets à l'égard du débiteur principal

L'accessoire joue à sens unique c'est-à-dire que si le débiteur principal est libéré, la caution l'est également. A l'inverse, si la caution est libérée, le débiteur, lui, ne l'est pas. Ainsi, la libération de la caution n'entraîne pas celle du débiteur.

Deux cas de figure :

- soit le créancier principal a été payé par la caution qui est libérée et qui devient, à son tour, créancier du débiteur qui, lui, n'est toujours pas libéré de sa dette
- soit le créancier remet la dette de la caution. Il perd sa caution mais cela ne met pas fin à l'engagement du débiteur

Il existe un cas particulier en cas de paiement partiel de la dette c'est-à-dire que la caution n'a payée qu'une partie de la dette. Dès lors, le débiteur est libéré à concurrence de ce paiement à l'égard du créancier.

Dans l'hypothèse où **la caution devient créancière du créancier**, l'article 1294 du CC prévoit une compensation qui conduit à l'extinction des dettes. Cependant, seule la caution peut invoquer cette compensation et le débiteur principal s'expose alors au recours de la caution. Si **la caution et le débiteur fusionnent**, l'obligation principale demeure mais la caution s'efface. Si **la caution et le créancier fusionnent**, l'obligation principale subsiste également. En revanche, si **le débiteur principal et le créancier fusionnent**, l'obligation principale va disparaître et la caution disparaît également.

### 2) Effets à l'égard des cofidésusseurs

Le principe est que la libération de l'une des cautions ne libère pas les autres (**article 2312 du CC**) sauf si les autres cautions ont fait le l'engagement de la 1<sup>ère</sup> la condition de leur propre engagement.

Plusieurs cas :

- **la libération de l'une des cautions provient de la satisfaction du créancier** : ceci profite aux autres cautions c'est-à-dire que l'obligation des cofidésusseurs restants est diminuée de la part de la caution libérée (**article 1288 du CC**)
- **la libération de l'une des cautions résulte d'une remise de dette sans contrepartie** : dans ce cas, les autres cautions ne sont pas libérées (**article 1287 al.3 du CC**)
- **la libération de l'une des cautions résulte de faillite de cette dernière** : ceci ne profite pas aux cofidésusseurs
- **le créancier et l'une des cautions fusionnent** : les recours contre les cofidésusseurs restants subsistent déduction faite de la part de la caution qui s'est fusionnée avec le créancier
- **le débiteur et la caution fusionnent** : ceci n'a aucun effet sur les autres cofidésusseurs
- **la novation (article 1271 du CC)** : il s'agit de la substitution à un lien de droit qui s'éteint à la conclusion d'une relation contractuelle nouvelle. Elle a lieu soit à un changement de dettes entre les mêmes contractants, entre les mêmes créanciers ou entre les débiteurs. La Cour de cassation a une JP divergente sur le sujet. En effet, les chambres civiles considèrent que la novation à l'égard d'un des cofidésusseurs solidaires va libérer les autres (**arrêt de la 1<sup>ère</sup> chambre civile du 11 janvier 1984**) tandis que pour la chambre commerciale les cofidésusseurs restent engagés, la novation n'ayant d'effet ni sur la dette

principale ni sur le lien de chacune des cautions avec le créancier (**arrêt de la chambre commerciale du 7 décembre 1999**)

## B) L'extinction de l'obligation de couverture

Cela concerne le cautionnement des dettes futures.

### 1) Causes d'extinction

- **la survenance du terme**
- **la résiliation unilatérale de la part de la caution** : lorsque le cautionnement des dettes futures n'est pas limité dans le temps, la caution dispose d'un droit de résiliation unilatérale (*conséquence de la prohibition des engagements perpétuels*). Pour que la résiliation soit effective, on informe le créancier de ce qu'on met un terme à son engagement. D'un point de vue juridique, cette information se nomme « **acte unilatéral réceptice** » c'est-à-dire qu'il doit être porté par notification à la connaissance de la personne envers laquelle il est dirigé sous peine de ne produire aucun effet juridique. En présence d'autres cofidélus, ils devront être également informés pour que la résiliation leur soit opposable
- **le décès de la caution** : l'engagement de caution se transmet à ses héritiers (**article 2294 du CC**). Cependant, l'obligation de la couverture des dettes nées postérieurement au décès prend fin. Si aucune dette n'existait au moment du décès, l'obligation de couverture est inexistante
- **le changement de débiteur ou de créancier** : en cas de changement de créancier, il n'y a aucune règle de principe sur la validité de l'obligation de couverture. La JP examinera au cas par cas et cherchera si la qualité du créancier a été une condition déterminante de la caution. En cas de changement de débiteur :
  - **changement de forme ou de statut** : ce changement ne met pas un terme au cautionnement sauf si le changement s'accompagne d'un accroissement du passif
  - **changement d'activité du débiteur** : si ce changement est de nature à modifier la nature ou le volume du passif l'obligation de couverture s'éteindra
  - **décès du débiteur** : la caution continue à garantir le paiement des dettes nées de la continuation du contrat par les héritiers
  - **changement de débiteur à la suite de la cession du contrat ou d'une fusion – absorption** : dans ce cas, extinction de l'obligation de couverture des dettes nées après cet événement

En revanche, la perte par la caution de la position ou de la qualité qui l'avait conduit à s'engager n'est pas une cause d'extinction du cautionnement. Cependant, en cas d'engagement indéfini une résiliation unilatérale pourra être envisageable.

### 2) Effets de l'extinction

Le principe est qu'en cas de survenance d'un évènement extinctif, l'obligation de couverture disparaît pour l'avenir peu importe la date d'exigibilité des dettes ou des poursuites. Seule subsistera une obligation de règlement.

Au jour de l'extinction de l'obligation de couverture → établissement d'un solde provisoire. Ce solde n'est pas exigible tant que le compte n'est pas clôturé. Tout ce qui vient par la suite augmenter la dette est sans incidence et est indifférent à la caution.

### C) La déchéance pour cautionnement excessif

Un établissement de crédit ne peut pas se prévaloir d'un cautionnement consenti par une personne physique dont l'engagement était manifestement disproportionné à ses biens et revenus lors de sa conclusion, à moins qu'à la mise en œuvre du cautionnement le patrimoine de la caution lui permette de faire face à son obligation. C'est une **loi du 1<sup>er</sup> Août 2003** qui a prévu ce dispositif (**articles L 313 – 10 et L 341 – 4 du Code de la consommation**). Ceci implique, dans la pratique, que le prêteur professionnel vérifie les moyens de la caution.

### §2) L'extinction par voie accessoire

Le cautionnement ne peut survivre à l'extinction de l'obligation principale. Dans cette hypothèse, la caution pourra opposer au créancier l'exception d'extinction de la dette principale (**article 2313 du CC**).

### A) Le paiement

Le paiement éteint l'obligation principale à deux conditions :

- **le paiement doit être total.** Si le paiement est partiel, le débiteur laisse subsister le cautionnement et ce, d'autant plus, que le paiement partiel s'impute sur la part non cautionnée
- **le paiement doit être fait par le débiteur.** Si un tiers règle le créancier, la dette n'est pas éteinte mais elle est transmise par l'effet de la subrogation (**articles 1250 et 1251 du CC**). Le cautionnement va ainsi subsister au profit de celui qui a payé

### B) La novation

La novation ne peut éteindre l'obligation principale qu'à deux conditions cumulatives :

- **un élément objectif** : il faut quelque chose ou quelqu'un de nouveau
- **un élément subjectif** : les parties doivent avoir la volonté d'éteindre l'ancienne obligation par la création d'une nouvelle obligation

Si un de ces éléments fait défaut, la caution ne sera pas libérée.

### C) La remise volontaire

Le principe est posé à l'**article 1287 al.1<sup>er</sup> du CC** : la remise ou la décharge conventionnelle accordée au débiteur principal libère les cautions sauf en cas de redressement personnel.

## D) La compensation

Le débiteur principal devient créancier de son créancier. **Par exemple**, un locataire doit des loyers à son propriétaire. Néanmoins il a effectué des travaux dans le logement qui n'étaient pas dus. Dans ce cas le propriétaire lui doit le remboursement de la toiture et a donc une dette envers le débiteur. Ainsi, la caution peut opposer l'exception de compensation y compris dans l'hypothèse où le débiteur principal aurait renoncé à l'invoquer.

## E) La confusion

Il s'agit de l'hypothèse dans laquelle le créancier et le débiteur se fusionnent (**article 1301 al. 1<sup>er</sup> du CC**). La disparition de l'engagement principal entraîne par accession la disparition de la caution.

## F) La rescision ou le nullité

Entraîne par accessoire la disparition de la caution.

## G) Prescription

La caution peut invoquer la prescription même si le débiteur principal avait négligé de le faire et a été condamné.

## H) La dation en paiement

**Article 2315 du CC** : « l'acceptation volontaire que le créancier a faite d'un immeuble ou d'un effet quelconque en paiement de la dette principale décharge la caution encore que le créancier vienne à en être évincé ».

## Section V – Les recours de la caution

### §1) Recours contre le débiteur

#### A) Les recours après paiement

La caution doit avoir payé totalement le créancier sinon il y aura un recours partiel sur ce qui n'a pas été payé. La caution ne doit pas avoir perdu son droit et ne pas avoir renoncé à son recours. L'article 2308 du CC explique que la caution peut perdre son droit dans deux hypothèses:

- la caution a payé le créancier, elle ne l'a pas dit au débiteur qui a payé également le créancier
- la caution a payé spontanément avant toute poursuite alors même qu'il y avait des exceptions permettant de faire déclarer la dette éteinte

#### 1) Le recours personnel

**L'article 2305 du CC** explique le recours personnel. L'objet de ce recours est d'obtenir du débiteur ce qui a été payé en ces lieux et places ainsi que les frais engagés et l'indemnisation du préjudice causé. On va pouvoir y rajouter les intérêts au taux légal à compter du paiement (**art 2001 du CC**).

Les frais qui ont été engagés par la caution doivent être remboursés uniquement à compter du jour où elle a informé le débiteur des poursuites dont elle fait l'objet (honoraires d'avocat...). La caution peut demander des dommages et intérêts si le préjudice lui a apporté autre que le simple apport en trésorerie.

## 2) Le recours subrogatoire

L'article 2306 du CC explique que la caution qui a payé la dette est subrogée à tous les droits qu'avait le créancier contre le débiteur. Ceci implique deux choses:

- On ne peut pas réclamer plus que ce qui a été payé
- La caution va bénéficier de tous les accessoires du droit du créancier (sûreté réelle, personnelle...)

Quand le créancier est le Trésor Public, les prérogatives de puissance publique ne peuvent être transmises à la caution.

## B) Le recours avant paiement

Tant que la caution n'a pas payé, elle ne subit pas de préjudices mais à tout moment elle risque de devoir payer. Ce risque va s'aggraver dans le temps car plus le débiteur sera insolvable et moins la caution a de chances de se faire rembourser après recours. Il est donc possible de faire des actions contre ce risque (**art 2309 du CC et art 2313 du CC**).

### 1) Les cas d'ouverture

Plusieurs recours :

- Lorsque la caution est poursuivie en justice pour paiement elle peut appeler en cause le débiteur pour la garantir de toute condamnation
- Lorsque le débiteur est en faillite ou en déconfiture, on peut réclamer le paiement du montant garanti
- Lorsque le débiteur s'est obligé de lui ramener sa décharge dans un certain temps
- La dette est devenue exigible par l'échéance du terme prévu
- L'obligation principale n'a pas de terme fixe lorsqu'il s'est passé 10 ans, la caution peut faire un recours

### 2) L'objet du recours

Sur le principe, la caution n'a pas de créance certaine et n'est pas exigible. Pendant longtemps, l'objet du recours permettait uniquement d'exiger la fourniture de sûreté complémentaire.

Un **arrêt de la 1<sup>ère</sup> chambre civile du 25 mai 2005** qualifie la créance de créance personnelle d'indemnité. La doctrine se demande si l'indemnisation du risque ne pourrait pas être du montant du préjudice éventuel. Ce qui signifie que le recours anticipé serait une indemnisation contre le risque que fait courir le débiteur à la caution et qui aurait comme objet le paiement.

## §2) Recours contre les cofidésusseurs

Le recours contre le débiteur est total mais le recours contre les cofidélusseurs est partiel puisque la dette se divise entre eux (**article 1214 du CC**).

## A) Les types de recours

### 1) Le recours personnel

L'**article 2310 du CC** dispose du recours personnel qui repose sur tout ce qui a été réglé ainsi que les frais et les préjudices.

### 2) Le recours subrogatoire

Le recours subrogatoire est inséré à l'**article 1251 du CC**. Il permet de bénéficier des sûretés qui garantissaient le paiement de la dette par des cautions. Cela signifie que le créancier a pris une sûreté sur le patrimoine de l'une des cautions. Mais le recours subrogatoire est limité à ce qu'à payer la caution, rien de plus comme le recours personnel.

## B) L'objet du recours

Le principe est la division du recours comme quand les engagements de caution sont égaux. Si les engagements sont inégaux, les règlements se feront en proportion de l'engagement initial.

## C) Conditions du recours

Le recours ne peut avoir lieu qu'après paiement. La caution doit avoir payé totalement ou partiellement la dette. Aucun recours anticipé entre cofidélusseurs ne peut avoir lieu. Peu importe que les engagements de caution aient été simultanés ou non. On peut, cependant, appelé en garantie les cofidélusseurs avant même d'avoir payé.

## §3) Recours contre le créancier

### A) Le bénéficiaire de subrogation

La caution lorsqu'elle paye le créancier peut se subroger dans tous les droits et actions dont disposent celui-ci à l'encontre du débiteur principal. Elle va pouvoir bénéficier de toutes les sûretés dont dispose le créancier en plus du cautionnement. Mais, si le créancier laisse dépérir ces droits et actions il y aura des difficultés (*il néglige de renouveler l'hypothèque ou de l'inscrire **par exemple***). Si le créancier fait disparaître les autres sûretés, il trompe la confiance de la caution et celle-ci doit être libérée.

### 1) Conditions de mise en œuvre

2 conditions cumulatives:

- **Perte d'un droit préférentiel:** la perte du droit s'entend comme l'impossibilité pour la caution d'être subrogé dans ce droit du fait de la disparition du droit lui-même ou de sa seule valeur. Le bénéfice de subrogation suppose que le droit soit certain c'est à dire que la caution ait pu compter sur lui au moment où elle s'est engagée. Il est nécessaire que le fait du créancier ait porté atteinte aux prévisions légitimes de la caution. À l'inverse, la caution ne peut pas invoquer la perte de droit constituer après son

engagement lorsqu'il n'était pas promis ni légitimement prévisible

- **Fait du créancier:** l'impossibilité pour le créancier d'être subrogé dans un droit préférentiel doit être imputable au créancier. La jurisprudence considère qu'on ne peut pas invoquer le bénéfice de subrogation lorsque le créancier a omis de déclarer sa créance. Elle considère aussi que la caution pouvait également déclarer la créance.

On ne peut pas invoquer le bénéfice de subrogation dans 3 cas:

- Perte due à la force majeure
- Perte due au fait du tiers
- Perte due au fait de la faute de la caution

On ne peut pas renoncer au bénéfice de subrogation (**article 2314 du CC**).

## 2) Effets du bénéfice de subrogation

La caution est déchargée à concurrence de la valeur des droits préférentiels perdus. Cela est très difficile à mettre en œuvre car cela suppose que le créancier ait eu des sûretés en plus de la caution et que ces sûretés aient disparu par son fait.

## B) La faute du créancier

### 1) Dans les rapports avec la caution

Il y a deux cas d'ouverture de la mise en cause du créancier:

- **Le manquement à l'obligation de renseignement:** la banque n'a pas, par principe, de devoir de conseil sur l'intérêt et l'opportunité du cautionnement selon la jurisprudence (**arrêt de la Cour de Cassation du 13 février 1996**). La banque n'a pas de devoir général d'information sur la solvabilité du débiteur et de son évolution. En revanche, la jurisprudence reconnaît un devoir de mise en garde c'est à dire que la banque commet une faute s'il n'attire pas l'attention de la caution non avertie sur l'absence de viabilité de l'opération financée (**arrêt de la chambre commerciale du 23 juin 1998**). De plus, la banque commet une faute si elle se fait garantir par une caution non avertie et dont les ressources ne sont pas en rapport avec le risque de l'opération principale (**2 arrêts de la chambre commerciale du 3 mai 2006 ; arrêt de la chambre commerciale du 22 mars 2005**)

- **Le cautionnement disproportionné:** le créancier doit-il refuser un engagement dont le montant serait disproportionné aux ressources et à la fortune de la caution ? Il était considéré que le créancier commettait une faute et ne contractait pas de bonne foi en raison de l'énormité de la somme garantie par une PP si le montant de la créance était disproportionné aux ressources et à la fortune de la caution (**arrêt du 17 juin 1997**). Mais cette jurisprudence n'a pas été suivie car l'objectif est d'associer personnellement la caution au risque de l'entreprise. La **loi du 1er août 2003** a instauré la déchéance pour cautionnement excessif. La jurisprudence considère que le caractère excessif d'un cautionnement ne suffit pas à engager la responsabilité du créancier, il faut également un manquement au devoir de mise en garde.

### 2) Dans les rapports avec le créancier

La caution pourrait rechercher la responsabilité du créancier dispensateur du crédit dans deux circonstances :

- Avoir brutalement cessé d'accorder son concours au débiteur précipitant sa faillite
- Avoir maintenu par l'octroi de crédit abusif le débiteur en survie artificielle: augmentation du passif

### C) Le préjudice

Le préjudice de la caution ne peut pas être de devoir payer car c'est la conséquence de l'engagement. Le préjudice réside dans la perte d'une chance de ne pas être inquiété, la perte d'une chance d'avoir à payer moins ou d'exercer avec succès un recours contre le débiteur.

Suivant la probabilité de la réalisation de la chance, le préjudice sera plus ou moins étendu. Mais rien n'empêche au juge d'accorder des dommages et intérêts équivalents au montant de la dette.

La caution dispose toujours à l'encontre **du créancier d'une action en répétition lorsque la créance a été réglée deux fois (article 2308 du CC).**

## Chapitre II – Les garanties autonomes

<sup>2</sup>Le caractère accessoire du cautionnement est une particularité fondamentale de ce type de contrat mais c'est également sa principale faiblesse car le sort du cautionnement est lié à celui du contrat principal. Il a donc été créé, par la jurisprudence, de garantie personnelle dépourvue d'un tel défaut c'est à dire des garanties qui ne sont pas l'accessoire d'une obligation principale et qui sont donc autonomes (**arrêt de la chambre commerciale du 20 décembre 1982**). Ce n'est qu'en 2006 qu'il y a eu une définition législative.

### Section 1 – La notion de garantie autonome

#### §1) Définition

La définition se trouve à **l'article 2321 al. 1 du CC** qui dispose que *la garantie autonome est l'engagement par lequel le garant s'oblige en considération d'une obligation souscrite par un tiers soit à première demande soit par des modalités convenues.*

Le garant s'engage à la demande du donneur d'ordre à payer une certaine somme au bénéficiaire en garantie de l'exécution d'un contrat de base conclu entre le donneur d'ordre et le bénéficiaire.

En matière de garantie autonome, le garant assume sa propre dette entraînant deux conséquences:

- Le garant ne doit pas se substituer au débiteur défaillant
- L'engagement du garant ne doit pas avoir pour objet la dette du débiteur principal

L'engagement nouveau est totalement indépendant des rapports entre le donneur d'ordre et le créancier. Le montant de la garantie peut être inférieur, supérieur ou égale à celui entre le donneur d'ordre et le créancier.

Le caractère autonome de l'engagement permet de distinguer le cautionnement de la garantie autonome. Si les stipulations du contrat sont obscures, la jurisprudence considère que c'est un cautionnement.

#### §2) Typologie

## A) En fonction des modalités de l'obligation du garant

### 1) La garantie à première demande

La garantie à première demande peut être appelée à n'importe quel moment de manière discrétionnaire par le bénéficiaire et le garant est obligé de payer. Les garanties à première demande justifient c'est à dire que le bénéficiaire doit justifier de l'appel en garantie.

### 2) La garantie documentaire

Le paiement par le garant est subordonné par la production de certains documents par le bénéficiaire désigné par le contrat.

## B) En fonction de l'obligation garantie

### 1) La garantie de soumission

La garantie de soumission couvre le risque de rupture abusive des pourparlers et garantit la conclusion définitive par le débiteur d'un contrat conforme aux propositions faites dans la soumission.

### 2) La garantie de remboursement d'acompte

La garantie de remboursement d'acompte garantit la restitution au bénéficiaire des sommes versées par lui à titre d'avance si le marché est finalement résolu ou en cas d'inexécution totale ou partielle du contrat.

### 3) La garantie de bonne fin

La garantie de bonne fin garantit les risques de défaillance du donneur d'ordre qui s'agit d'inexécution, de mauvaise exécution ou un non respect des délais.

## §3) La contre – garantie

Les garanties autonomes peuvent faire l'objet d'une contre garantie dans laquelle le garant est lui-même bénéficiaire d'une garantie autonome. La contre garantie vise à faciliter les recours du garant à l'égard du contre garant et elle permet d'éviter les conflits de juridiction.

## Section 2 – La conclusion de la garantie autonome

On applique le droit commun des obligations.

### §1) Les conditions de formation

L'article 1108 du CC dispose que 4 conditions sont requises pour la validité d'un contrat :

- **Consentement des parties**
- **Capacité à contracter**
- **Objet** : l'objet ne doit pas être la dette du débiteur sinon ce serait un système de cautionnement. Cela peut être une somme d'argent que le garant s'oblige à payer ou un objet déterminable.
- **Cause** : il y a deux causes antagonistes:

- S'il y a autonomie, il n'y pas de liens entre la garantie et le contrat de base
- Le garant s'engage quand même pour renforcer le crédit du donneur d'ordre pour lui permettre d'obtenir ce qu'il sollicite du créancier

Dans un **arrêt de la chambre commerciale du 19 avril 2005**, la Cour de Cassation dispose que l'engagement d'un garant à première demande est causé dès lors que le donneur d'ordre a un intérêt économique à la conclusion du contrat de base peu important qu'il n'y soit pas parti.

La Cour de Cassation a fermé la porte à toutes possibilités d'invoquer l'absence de cause dans les contrats de garantie autonome.

Il y a deux restrictions législatives interdisant l'emploi de garantie autonome:

- On ne peut pas souscrire de garantie autonome en garantie d'un crédit à la consommation ou d'un crédit immobilier soumis au Code de la Consommation: **article L 313-10-1 du Code Consommation**
- On ne peut pas faire de garantie autonome pour garantir les loyers dans les baux d'habitation: en revanche le dépôt de garantie peut faire l'objet d'une garantie autonome

## §2) La preuve de la garantie autonome

La garantie autonome doit être prouvée par un écrit dès lorsque le montant de la garantie dépasse les 1500€ (**article 1341 du CC**).

L'acte doit être signé par le garant et comporter la mention écrite par ce dernier de la somme en toute lettre et en chiffre (**article 1326 du CC**).