

La réforme en préparation du droit des sûretés

Manuella Bourassin

▶ **To cite this version:**

Manuella Bourassin. La réforme en préparation du droit des sûretés. 2019. hal-03009775

HAL Id: hal-03009775
https://hal.parisnanterre.fr/hal-03009775

Preprint submitted on 17 Nov 2020

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

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

LA REFORME EN PREPARATION DU DROIT DES SÛRETES

M. Bourassin, Professeur agrégé à l'Université Paris Nanterre

Type de publication : Pré-publication -Document de travail

Conférence organisée par le CEJED à l'Université de Bourgogne le 27 septembre 2019

De quelle réforme s'agit-il ? Non pas de celle réalisée par l'ordonnance du 23 mars 2006, mais de celle annoncée par la loi relative à la croissance et la transformation des entreprises, dite loi PACTE, du 22 mai 2019. Il sera donc question d'une réforme en préparation, dont le contenu précis ne saurait être d'ores et déjà présenté. Nous nous en tiendrons aux certitudes, telles qu'elles ressortent de la loi PACTE et des travaux - parlementaires et académiques – l'ayant précédée. Les unes concernent les sources de la réforme (I) et les autres ses finalités (II).

I. LES SOURCES DE LA REFORME

Selon l'article 60 de la loi PACTE, « dans les conditions prévues à l'article 38 de la Constitution, le Gouvernement est autorisé à prendre par voie d'ordonnance, dans un délai de deux ans à compter de la publication de la présente loi, les mesures relevant du domaine de la loi » pour réformer le droit des sûretés. Des explications seront apportées sur l'instrument normatif choisi, l'ordonnance (A), avant que ne soient présentées les sources d'inspiration de la réforme (B).

A. La source normative

La prochaine réforme du droit des sûretés empruntera la voie de l'article 38 de la Constitution et devra être réalisée d'ici le 23 mai 2021, à peine de caducité de l'habilitation législative. Pourquoi ce recours à l'ordonnance (1) et pourquoi ce délai de deux ans (2) ?

1. Une ordonnance

La principale critique adressée à cet instrument est bien connue : il est reproché à l'ordonnance de marginaliser le Parlement et de remplacer le débat public par le conciliabule des chefs de bureau[1].

[1] B. Teyssié, « L'impératif de sécurité juridique », *in Mélanges J. Foyer*, Economica, 2008, p. 985 s.

Ce grief a conduit les parlementaires, en 2005, à limiter le périmètre de la première réforme par ordonnance du droit des sûretés, celle datant du 23 mars 2006. C'est ainsi que le cautionnement a été exclu au motif qu'il joue un rôle trop important dans la vie quotidienne de nombreux citoyens pour ne pas être discuté par la représentation nationale[2].

Le domaine de l'ordonnance autorisée par la loi PACTE sera bien plus étendu, puisque l'habilitation couvre, non seulement les sûretés déjà réformées en 2006, en l'occurrence les sûretés réelles conventionnelles (gages, nantissements, hypothèque, réserve de propriété), mais aussi des sûretés dont le régime inscrit dans le Code civil depuis 1804 n'a pas été modifié en 2006, à savoir le cautionnement et les privilèges mobiliers et immobiliers. L'article 60 de la loi PACTE vise en outre des sûretés dont la consécration n'avait pas été jugée souhaitable lors de la précédente réforme. Il s'agit de la fiducie, qui a été introduite dans notre législation postérieurement à l'ordonnance de 2006, ainsi que des mécanismes dont la fonction de garantie n'est pas encore reconnue par notre droit, à l'inverse d'autres systèmes juridiques, que sont la cession de créance et le transfert de somme d'argent à titre de garantie.

Alors même que le champ de la future réforme est donc bien plus vaste que celui de la dernière en date, le principe même du recours à une ordonnance a été fort peu contesté par les parlementaires lors de l'examen du projet de loi PACTE, alors qu'il avait donné lieu à des débats houleux en 2005. Plusieurs raisons peuvent être avancées pour expliquer qu'une réforme de cette ampleur soit prochainement réalisée, non par une loi, mais par une ordonnance. J'en relèverai trois.

D'abord, plusieurs lois récentes ayant réformé ponctuellement le droit des sûretés ont montré à quel point les débats parlementaires peuvent compromettre, en cette matière très technique, la qualité des règles adoptées. Des considérations humanitaires envers les époux cautions et les héritiers d'une caution l'ont ainsi emporté sur la rigueur des raisonnements juridiques pour créer des causes de « décharge » manquant singulièrement de clarté et de cohérence[3]. L'absence de maîtrise par les parlementaires des rouages, certes complexes, de la fiducie s'est quant à elle soldée par une loi de très mauvaise facture, qui a dû être retouchée à plusieurs reprises, notamment par une ordonnance. De tels défauts risqueraient d'être multipliés si une réforme du droit des sûretés aussi étendue que celle envisagée ces derniers mois était opérée par voie législative.

[2] Cf. les travaux préparatoires de la loi n° 2005-842 du 26 juillet 2005, spéc. l'avis n° 2333 de M. Ph. Houillon, au nom de la commission des lois de l'Assemblée nationale, et l'avis n° 437 (2004-2005) de M. F.-N. Buffet, au nom de la commission des lois du Sénat.

[3] « Décharge » de l'époux garant, divorcé d'un entrepreneur, édictée par la loi n° 2005-882 du 2 août 2005 (C. civ., art. 1387-1), ainsi qu'à la « décharge » de l'héritier ayant accepté purement et simplement la succession d'un garant, permise par la loi n° 2006-728 du 23 juin 2006 (C. civ., art. 786).

Ensuite, la critique fondée sur la carence démocratique de l'ordonnance a perdu son caractère dirimant. Effectivement, cette technique normative a été privilégiée pour réformer deux matières dont les implications économiques et sociales sont au moins aussi importantes que celles du droit des sûretés, et avec lequel des liens très étroits existent, à savoir le droit des entreprises en difficulté, qui a été révisé en 2008 et 2014 par ordonnances et le droit des obligations, profondément réformé par l'ordonnance du 10 février 2016.

Enfin, si la voie de l'ordonnance a été facilement acceptée par les parlementaires, c'est parce que la réforme à venir du droit des sûretés sera sans doute plus importante par son champ, que par son contenu. Elle a en effet été présentée comme une réforme d'ajustement qui emportera certes des évolutions, mais se situera pour l'essentiel dans la continuité du droit positif. Cette absence de révolution, qui a sans doute contribué à ce qu'une très grande majorité des députés et sénateurs entérinent le recours à l'ordonnance, est attestée par l'avant-projet de réforme présenté en 2017 sous l'égide de l'association Henri Capitant[4]. Avant d'envisager cette principale source d'inspiration de la prochaine ordonnance, il convient d'apporter des explications sur le délai de deux ans que la loi PACTE a prévu pour son adoption.

2. <u>Un délai de deux ans</u>

Ce délai de deux ans, qui expirera le 23 mai 2021, a de quoi surprendre lorsque l'on sait que la réforme du droit des sûretés de 2006 a dû être préparée dans un délai de 9 mois et qu'une année a été accordée au Gouvernement pour réformer tout le droit commun des contrats, le régime général des obligations et la preuve des obligations.

Lors de l'examen du projet de loi PACTE devant le Parlement, des amendements ont été déposés pour que le délai soit réduit, au motif que…

Ils ont été rejetés au profit du délai de deux ans.

L'étendue de la réforme autorisée n'explique pas une si longue durée, puisque, pour l'essentiel, l'ordonnance devrait se situer dans le prolongement du droit en vigueur et procéder à des ajustements et non à une réécriture intégrale de la matière.

En réalité, le délai de deux ans s'explique par la coordination entre la réforme des sûretés et celle du droit des entreprises en difficulté, également autorisée par la loi PACTE. Il a été beaucoup reproché aux précédentes refontes de ces deux matières d'avoir été menées en parallèle, sans réflexion conjointe, alors que les procédures d'insolvabilité, notamment professionnelles, constituent la principale cause de mise en œuvre des sûretés et que le droit

[4] M. Grimaldi, D. Mazeaud, Ph. Dupichot, « Présentation d'un avant-projet de réforme des sûretés », *D.* 2017, p. 1717.

régissant de telles procédures a précisément pour objet d'organiser les remèdes aux difficultés financières du débiteur, ainsi que le paiement du passif, ce qui peut contredire ou conforter l'efficacité des sûretés.

B. Les sources d'inspiration

Certaines sources d'inspiration de la prochaine réforme du droit des sûretés sont tout à fait officielles (1). D'autres le sont moins, puisque le Ministère de la Justice a mené « une consultation non publique » (2).

1. Les sources officielles

La future ordonnance ne sera pas l'œuvre exclusive d'une poignée de magistrats de la Chancellerie. Comme toute réforme, elle se nourrira de propositions émanant du monde universitaire, ainsi que des milieux socio-économiques concernés. L'originalité tient au fait que deux sources d'inspiration ont été officialisées, certainement pour respecter l'exigence d'évaluation préalable de l'opportunité des réformes par ordonnance[5]. On peut ainsi lire dans l'exposé des motifs accompagnant la loi PACTE que, « face à la nécessité d'une nouvelle réforme du droit des sûretés, la direction des affaires civiles et du sceau du ministère de la justice a confié au professeur Michel Grimaldi, sous l'égide de l'association Henri Capitant, le soin de réunir un groupe de travail, qui a rendu publiques ses propositions en septembre 2017. Les réformes envisagées dans cette habilitation prennent appui sur ces travaux doctrinaux, mais également sur les premiers retours de la place, en particulier ceux de Paris Europlace ».

Nous ne saurions ici détailler toutes les propositions de réforme formulées par la commission Droit des sûretés de Paris Europlace en septembre 2015, ni celles figurant dans l'avant-projet de l'association Capitant rendu public en septembre 2017, ni les contre-propositions de la commission Paris Europlace datant de septembre 2018. L'ensemble est accessible sur leur site Internet respectif.

Sous l'angle que nous avons retenu des sources de la réforme du droit des sûretés, il importe en revanche d'apporter quelques précisions sur la composition des commissions dont il s'agit et sur la philosophie qui sous-tend leurs préconisations, puisque leur influence, si ce n'est leur reprise *in extenso*, par la future ordonnance est officielle.

S'agissant de la commission Droit des sûretés de Paris Europlace, qui a conçu entre octobre 2013 et juin 2015 des « propositions de modernisation et de simplification du droit des sûretés

[5] Sur cette exigence, cf. l'étude annuelle du Conseil d'Etat « Simplification et qualité du droit » (*Doc. fr.*, 2016).

français », elle était principalement composée d'avocats de cabinets parisiens et anglosaxons (17/27), ainsi que d'universitaires spécialistes du droit des sûretés (4/27) et de représentants de groupes bancaires (3/27). La commission Paris Europlace ayant travaillé entre 2017 et 2018 en réaction à l'avant-projet Capitant comptait presque autant d'avocats, mais moins d'universitaires et d'avantage de professionnels de la banque et de la finance. Ces configurations expliquent vraisemblablement l'importance qu'occupent dans les propositions faites en 2015 et 2018 les objectifs d'ordre économique, en l'occurrence améliorer l'attractivité du droit français, aux yeux notamment des acteurs économiques étrangers, et faciliter l'accès au crédit des entreprises pour améliorer leur compétitivité. La philosophie d'ensemble est assurément libérale. En attestent les développements mettant l'accent sur les sûretés essentiellement destinées aux rapports entre entreprises, commerçants et financiers, à propos desquelles la commission Paris Europlace considère que « ces acteurs économiques ne devraient pas voir leurs décisions et opportunités restreintes par des règles issues d'un ordre public de protection, dont la justification se conçoit plus pour les particuliers et consommateurs que pour des acteurs sophistiqués de l'économie qu'ils sont ». Il s'en suit de nombreuses propositions de réforme, des sûretés réelles surtout, qui permettraient d'éviter que les acteurs économiques ne délocalisent hors de France les opérations internationales, ce qui pénalise les entreprises françaises, ainsi que la place financière de Paris.

Concernant l'avant-projet dit Capitant diffusé en septembre 2017, il a été élaboré, à la demande du Ministère de la Justice, par une commission composée de neuf universitaires, dont Michel Grimaldi en qualité de président. Il convient de rappeler que l'ordonnance du 23 mars 2006 a été elle aussi préparée sur la base des travaux menés entre 2003 et 2005 par une commission présidée par Michel Grimaldi. La composition de cette première commission était toutefois plus diversifiée, puisqu'elle comptait quasiment autant d'universitaires que d'avocat, magistrat, notaire et représentants du milieu bancaire. L'absence de praticiens dans la seconde commission Grimaldi n'est évidemment pas corrélée par l'absence de considérations pratiques au sein des propositions de réforme – les universitaires étant bien sûr soucieux, et au fait, des enjeux socio-économiques afférents aux sûretés. La présence exclusive d'universitaires peut peut-être expliquer, toutefois, deux objectifs majeurs de l'avant-projet Capitant. D'une part, la place primordiale qu'y occupe l'exigence de sécurité juridique, toutes les propositions étant animées par le souci d'améliorer la qualité formelle du droit des sûretés[6]. D'autre part, le dessein de rendre ce droit plus attractif en améliorant

[6] Dans la présentation de l'avant-projet (M. Grimaldi, D. Mazeaud, Ph. Dupichot, art. préc.), il est d'abord affirmé que « toutes les raisons d'une réforme se rattachent à l'exigence de sécurité juridique », avant que ne

l'efficacité des sûretés pour les créanciers, mais en préservant les intérêts des cautions et des débiteurs qui constituent des sûretés réelles[7].

Dès lors que l'avant-projet Capitant se montre plus soucieux de la sécurité juridique et moins libéral que la commission de Paris Europlace, mais que la future ordonnance prendra appui sur les propositions formulées par l'un et par l'autre, la réforme du droit des sûretés pourrait être, comme beaucoup d'autres, une œuvre de compromis laissant de côté les propositions les plus novatrices de chacune des commissions précitées[8].

Le conditionnel est de mise, non seulement parce nous ignorons quels arbitrages seront réalisés entre les deux sources d'inspiration officielles de la réforme, d'abord par le Gouvernement (Ministères de la Justice et de l'Economie en tête) puis par le Conseil d'Etat avant l'adoption de l'ordonnance, mais aussi parce que d'autres propositions pourraient être prises en compte, en particulier celles recueillies par la Chancellerie dans le cadre d'une « consultation non publique ».

2. Une « consultation non publique »

Le 13 juin dernier, un article consacré au projet de réforme du droit des sûretés a été publié sur le site Internet du Ministère de la Justice, plus précisément sur la page intitulée « Textes soumis à concertation »[9]. Cette page s'ouvre par deux phrases : « Le ministère de la Justice vous propose de contribuer aux projets législatifs en cours. Donnez un avis sur les projets suivants ». Cela rappelle le « grand débat national » et évoque incontestablement la démocratie dite « participative » ou « délibérative », fondée sur le renforcement de la participation des citoyens à la prise de décisions politiques. Avant de cliquer sur l'article

---

soient mises en exergue les principales mesures à prendre dans cette perspective : des clarifications pour éviter le contentieux (tout particulièrement en matière de cautionnement) ; la suppression de régimes spéciaux devenus inutiles au profit de l'application du droit commun (surtout du gage) ; la mise en cohérence entre la réforme des sûretés de 2006 et des réformes ultérieures (au sujet de la fiducie, du gage des stocks, du droit des obligations, des procédures d'insolvabilité).

[7] Cf. not. les propositions relatives au formalisme du cautionnement, protectrices de l'ensemble des cautions personnes physiques (art. 2298), et celles portant sur le nantissement de créance et le nantissement de monnaie scripturale, qui assurent un équilibre entre les intérêts en présence (art. 2363-1 et 2366-7).

[8] Du côté de l'avant-projet Capitant : la réintégration des sûretés réelles pour autrui au sein du cautionnement (art. 2291) ; les précisions apportées au régime du nantissement de créance (spéc., art. 2357 et 2364) ; la création du nantissement de monnaie scripturale (art. 2366-1 s.).

Du côté des propositions de la commission Droit des sûretés de Paris Europlace : l'éviction du formalisme *ad validitatem* du cautionnement au profit d'un formalisme *ad probationem*, qui ne devrait protéger que les cautions personnes physiques agissant pour des besoins non professionnels ; la restriction du formalisme, de l'exigence de proportionnalité du cautionnement et encore des obligations légales d'information aux cautions personnes physiques agissant pour des besoins non professionnels ; la suppression du nantissement de matériel et outillage ; l'allégement des formalités et des obligations entourant le nantissement de compte-titres ; l'assouplissement du formalisme de la fiducie-sûreté.

[9] http://www.textes.justice.gouv.fr/textes-soumis-a-concertation-10179/

dédié au droit des sûretés, on s'attend donc à ce que le projet de réforme le concernant soit l'objet d'une consultation ouverte à l'ensemble des particuliers, des associations, des professionnels et encore des universitaires désireux de prendre part à l'élaboration de la future ordonnance. L'attente est d'autant plus légitime que les exemples de consultations publiques sont aujourd'hui nombreux. Elles ont notamment porté sur la compétitivité de la place de Paris en 2011, sur la transparence sociale et environnementale des entreprises en 2012, sur la simplification du droit des sociétés en 2014, sur le droit des obligations et des contrats en 2011 et 2015, sur la responsabilité civile en 2012, 2013, 2014 et 2016, sur les procédures d'insolvabilité en 2010, 2011, 2012, 2013 et 2019. Autant de sujets qui entretiennent des liens de parenté plus ou moins étroits avec les sûretés et qui laissent donc envisager à leur égard une consultation pareillement ouverte à tout intéressé.

Tel n'est pourtant pas le cas. En effet, l'article posté le 13 juin 2019 n'a pas ouvert une consultation publique, mais révélé que « la Direction des affaires civiles et du Sceau a lancé une consultation auprès des professionnels du droit, des acteurs économiques et des universitaires (et que cela) a permis de recueillir leurs observations sur les propositions du groupe de travail de l'association Henri Capitant relatives aux sûretés prévues dans le code civil, ainsi que les réponses à un questionnaire portant principalement sur la réception du droit des sûretés par le code de commerce ». Si le questionnaire en question peut être téléchargé sur le site du Ministère, tout citoyen ne peut en revanche le retourner complété via une adresse mail dédiée.

En réalité, seuls les professionnels du droit, les acteurs économiques et les universitaires personnellement contactés par la Chancellerie ont pu participer à cette consultation « non publique », et ce entre le 25 février et le 20 avril 2019, c'est-à-dire avant même que la loi PACTE n'ait habilité le Gouvernement à réformer le droit des sûretés par voie d'ordonnance.

Du point de vue des sources du droit, ce type de consultation est riche d'enseignements. Par manque de temps, je ne les développerai pas. Mais j'espère que les chercheurs en droit privé, en droit public ou en science politique que vous êtes trouverez dans les sources de la prochaine réforme du droit des sûretés d'intéressantes pistes de réflexion.

Le même souhait peut être exprimé à l'égard des finalités de cette réforme, qu'il convient désormais de présenter.

II. LES FINALITES DE LA REFORME

Conformément à l'exigence constitutionnelle de précision des lois d'habilitation[10], l'article 60 de la loi PACTE du 22 mai 2019 énonce les objectifs présidant à la réforme dans son ensemble et les décline vis-à-vis de chacune des sûretés concernées. Après avoir présenté ces finalités générales (A), nous montrerons que les illustrations particulières qui en sont fournies laissent entrevoir, et quelque peu redouter, le contenu de la future ordonnance (B).

A. Les finalités générales

L'habilitation a été donnée au Gouvernement de « simplifier le droit des sûretés et renforcer son efficacité, tout en assurant un équilibre entre les intérêts des créanciers, titulaires ou non de sûretés, et ceux des débiteurs et des garants ». Trois finalités sont ainsi assignées à la future ordonnance, que l'on peut résumer en reprenant une devise employée pour caractériser une autre réforme récente et d'envergure, celle du droit des obligations[11], à savoir : sécurité (1), efficacité (2) et équité (3).

1. Sécurité

La qualité de la loi constitue une exigence de l'Etat de droit (élément de cohésion sociale, condition *sine qua non* d'une société démocratique), qui suppose que les normes soient accessibles, intelligibles et prévisibles[12].

A l'aune de ces composantes essentielles du principe de sécurité juridique[13], le droit des sûretés en vigueur ne donne pas satisfaction. Les causes d'insécurité sont multiples et diverses.

---

[10] Le Conseil Constitutionnel impose au Gouvernement « *d'indiquer avec précision au Parlement* (dans le projet de loi d'habilitation) *quelle est la finalité des mesures qu'il se propose de prendre et leurs domaines d'intervention* » (Cons. constit., 12 janv. 1977, n° 76-72, *Territoire français des Afars et des Issas* ; 25 et 26 juin 1986, n° 86-207, *Diverses mesures d'ordre économique*).

[11] M. Mekki, « L'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations. Le volet droit des contrats : l'art de refaire sans défaire », *D.* 2016, p. 494.

[12] Cf. P. Deumier, « Les qualités de la loi », *RTD civ.* 2005, p. 93.

[13] Dans l'ordre européen, la sécurité juridique constitue un principe reconnu par la CJCE (depuis l'arrêt *Bosch* du 6 avril 1962) et par la CEDH (depuis l'arrêt du 13 juin 1979 *Marckx c/ Belgique*).
Depuis la décision du Conseil constitutionnel du 16 déc. 1999, l'accessibilité et l'intelligibilité de la loi sont des objectifs à valeur constitutionnelle (toute personne doit connaître et comprendre la loi afin de faire valoir utilement ses droits ; condition de l'effectivité de l'égalité devant la loi de l'article 6 DDH, de la garantie des droits des articles 4 et 16 DDH). Toutefois, ces objectifs ne peuvent être invoqués à l'appui d'une QPC (not. Cons. constit. 22 juill. 2010). Cf. P. Rrapi, *L'accessibilité et l'intelligibilité de la loi en droit constitutionnel*, Dalloz, coll. Nouvelle bibliothèque des thèses, 2014.
Il s'agit aussi d'un principe général du droit selon le Conseil d'Etat (CE, 24 mars 2006, *Sté KPMG*), qui lui a consacré trois études annuelles, en 1991 (« Sécurité juridique »), 2006 (« Sécurité juridique et complexité du droit ») et 2016 (« Simplification et qualité du droit »), au sein desquelles sont développées les mesures à déployer au nom de la sécurité juridique.

Certaines existaient avant l'ordonnance du 23 mars 2006 et n'ont pas été supprimées par cette réforme qui ambitionnait pourtant de rendre le droit des sûretés plus simple, lisible et cohérent[14].

Ainsi, le droit du cautionnement ayant été exclu du champ de cette première réforme par ordonnance, tous ses défauts formels subsistent. Son accessibilité matérielle est entravée par la sédimentation et la dispersion des textes en dehors du Code civil, qui n'est plus le cadre exhaustif du droit commun depuis qu'une loi de 2003 a inscrit des dispositions générales dans le Code de la consommation (règles gouvernant les cautionnements conclus entre une caution personne physique et un créancier professionnel). L'intelligibilité du droit du cautionnement pâtit des incohérentes entre les textes[15], ainsi que de multiples obscurités[16], imprécisions voire lacunes législatives[17]. La prévisibilité du droit positif est quant à elle menacée par une jurisprudence pléthorique et bien souvent fluctuante. Toutes ces imperfections se cumulent à l'égard de quelques règles phares du cautionnement, que les textes ayant accompagné le projet de loi PACTE ont particulièrement soulignées : formalisme, proportionnalité, information.

En matière de sûretés réelles, les facteurs d'insécurité juridique non supprimés par l'ordonnance de 2006 résultent surtout de la multitude des sûretés mobilières, corporelles ou incorporelles, et du manque d'articulation entre les règles spéciales les concernant et les règles générales figurant dans le Code civil.

D'autres incertitudes proviennent de l'ordonnance de 2006 elle-même, qui a introduit des mécanismes ou des règles sources d'incertitudes. Ainsi, le gage spécial des stocks créé dans le

---

[14] Cf. les discussions parlementaires ayant précédé l'adoption de la loi d'habilitation du 26 juillet 2005.
Si la réforme n'a pas parfaitement satisfait l'objectif de sécurité juridique, des réalisations en ce sens doivent néanmoins être portées à son crédit. Cf M. Grimaldi, D. Mazeaud, Ph. Dupichot, art. préc., qui reconnaissent que la réforme formelle accomplie en 2006 a grandement amélioré l'accessibilité et la lisibilité du droit des sûretés : par la création d'un nouveau livre du code civil entièrement dédié aux sûretés réelles et personnelles (autrefois dispersées aux quatre coins du code) ; par un nouveau plan d'exposition des sûretés réelles fondé sur la nature de l'assiette (et non plus sur l'existence ou non d'une dépossession du débiteur) ; par la consécration légale de garanties couramment pratiquées dans les milieux d'affaires (mais jusqu'alors absentes de la loi civile), telles la garantie autonome, la lettre d'intention, la réserve de propriété et le droit de rétention.

[15] Spécialement ceux ayant un objet identique, mais un contenu plus ou moins différent. L'incohérence résulte alors du défaut d'harmonisation entre ces règles. Ainsi, les obligations instituées par la loi Dutreil du 1er août 2003 n'ont pas été articulées avec les contraintes préexistantes de sorte que nombre de dispositions se chevauchent désormais, en particulier s'agissant des mentions que doivent apposer les cautions, de leur information annuelle et de la sanction des cautionnements disproportionnés.

[16] Par exemple, celles relatives à la distinction des « exceptions inhérentes à la dette » et des « exceptions personnelles au débiteur », à l'interprétation des « droits » dont la perte déclenche le bénéfice de subrogation, aux notions de « caution personne physique » et de « créancier professionnel ».

[17] Au sujet notamment des sanctions du non-respect du formalisme ou des obligations d'information de la caution ; des modalités d'exécution de ces obligations ; du sort du cautionnement dans le cadre des procédures de surendettement des particuliers.

Code de commerce n'a-t-il pas été articulé avec le gage de droit commun du Code civil portant sur des choses fongibles

L'insécurité juridique est par ailleurs imputable aux réformes postérieures à l'ordonnance du 23 mars 2006. On songe en particulier aux trois textes adoptés entre 2007 et 2009 qui ont construit par à-coups le régime de la fiducie-sûreté. Nombre d'incertitudes ont en outre été causées par des réformes récentes extérieures au droit des sûretés, mais exerçant une influence considérable sur celui-ci, à savoir les ordonnances de 2008 et 2014 relatives aux entreprises en difficulté, ainsi que l'ordonnance de 2016 portant réforme du droit des obligations. Des discordances en sont résulté avec le droit des sûretés en vigueur.

Pour remédier à ces diverses causes d'insécurité juridique, une nouvelle réforme du droit des sûretés est apparue nécessaire.

Bien qu'une refonte quinze ans après celle opérée en 2006 révèle une instabilité contredisant l'impératif de sécurité juridique, il est manifeste que cette finalité se trouve au cœur de la prochaine réforme.

Dans les textes et discussions préparatoires de la loi PACTE, l'objectif de renforcement de la sécurité juridique a été martelé. Au sein de l'exposé des motifs du projet de loi PACTE, il a ainsi été précisé que l'un des objectifs phares de l'habilitation à réformer le droit des sûretés par ordonnance est de « clarifier et améliorer la lisibilité du droit des sûretés, dans un souci de sécurité juridique et d'attractivité du droit français ».

Cette finalité est mise en exergue dans l'habilitation elle-même. En témoignent les termes de l'article 60 de la loi PACTE, que nous avons soulignés en jaune. Ils se rapportent d'abord au droit des sûretés dans son ensemble, que l'ordonnance devra « simplifier ». Le renforcement de la sécurité juridique est ensuite décliné au sujet des différentes sûretés concernées. Des mesures devront être prises pour : rendre le droit du cautionnement « plus lisible » ; « clarifier » le régime des privilèges mobiliers » ; « préciser » les règles du Code civil relatives au gage de meubles corporels qui soulèvent des difficultés d'application, autrement dit les « clarifier » ; préciser « l'articulation des règles relatives au gage avec les règles prévues dans le code des procédures civiles d'exécution » ; « améliorer la lisibilité » des sûretés mobilières spéciales par l'abrogation de celles devenues obsolètes ou inutiles au profit de l'application du droit commun du gage et par la simplification du régime des autres sûretés mobilières spéciales ; « harmoniser et simplifier » les règles de publicité des sûretés mobilières ; « préciser » le régime du nantissement de créance ; « compléter » les règles du Code civil relatives à la réserve de propriété. Enfin, l'impératif de sécurité juridique explique

l'autorisation donnée au Gouvernement de « simplifier » et « clarifier » le régime des sûretés personnelles et réelles en droit des entreprises en difficulté.

Dans la mesure où les imperfections formelles du droit des sûretés rendent aléatoire la satisfaction des attentes des créanciers bénéficiaires, le renforcement de la sécurité juridique devrait rendre plus sûr leur paiement, autrement devrait conforter l'efficacité des sûretés.

Si la sécurité juridique joue incontestablement un rôle économique auprès des décideurs nationaux comme des opérateurs étrangers[18], la deuxième finalité de la réforme présente une dimension plus directement économique. Il s'agit de l'objectif de renforcement de l'efficacité des sûretés.

2. Efficacité

L'efficacité est habituellement définie comme la qualité d'une chose ou d'une action qui produit le résultat attendu. Elle se caractérise donc par l'adéquation entre des attentes (effets recherchés) et un résultat (effets réalisés). En matière de sûretés, quel est l'effet attendu ? A l'évidence, il s'agit d'un surcroît de sécurité pour le créancier bénéficiaire, puisque, quels que soient leur nature, leur contenu ou la qualité des contractants, les sûretés ont pour fonction d'éviter au créancier un impayé.

Depuis une trentaine d'années, cette fonction a souvent été occultée par le législateur et par les juges au profit de la protection des intérêts des débiteurs, surtout ceux faisant l'objet d'une procédure d'insolvabilité, ainsi que la protection des garants personnels, particulièrement des cautions personnes physiques engagées envers des créanciers professionnels. Or, parce que les sûretés sont la rançon du crédit, qui est lui-même un rouage essentiel de l'économie moderne, les atteintes législatives et jurisprudentielles portées à leur efficacité minent la confiance des créanciers, freinent l'octroi de crédit aux particuliers et aux entreprises et affectent *in fine* la croissance économique de notre pays.

A l'heure où des leviers de croissance sont recherchés au plus haut niveau de l'Etat en réponse à la crise économique, il n'est donc pas surprenant qu'une réforme soit apparue nécessaire pour renforcer l'efficacité du droit des sûretés.

Cette finalité a été mise en exergue dans les textes et discussions préparatoires de la loi relative à la croissance et la transformation des entreprises.

[18] Dans les rapports annuels *Doing Business* de la Banque mondiale, il s'agit d'un critère d'attractivité économique. Sur cette imbrication, cf. not. *Sécurité juridique et droit économique*, dir. L. Boy, J.-B. Racine, F. Siiriainen, Larcier, 2008 ; *Sécurité juridique et initiative économique*, rapport publié par le groupe de travail du Club des juristes présidé par H. de Castries et N. Molfessis, Mare et Martin, 2015 ; Conseil d'Etat, Étude annuelle « Simplification et qualité du droit », Doc. fr., 2016.

Le renforcement de l'efficacité des sûretés est la seconde finalité inscrite en tête de l'article 60 de la loi PACTE. La suite du texte confirme cette préoccupation, que nous avons soulignée en vert. Elle est d'abord rappelée de manière générale vis-à-vis du cautionnement, puis ses principales expressions sont déclinées au sujet des différentes sûretés réelles : l'ordonnance devra améliorer la protection des créanciers « en assouplissant les règles de réalisation du gage constitué à des fins professionnelles », en simplifiant et modernisant le régime des sûretés mobilières spéciales, en simplifiant les règles de publicité des sûretés mobilières, en assouplissant les règles relatives à la constitution et à la réalisation de la fiducie-sûreté, en améliorant les règles relatives aux sûretés immobilières et encore en consacrant dans le Code civil deux mécanismes sollicités par la pratique, à savoir la cession de créance à titre de garantie et le transfert de somme d'argent à titre de garantie. Pour mieux répondre aux besoins actuels des créanciers, la loi PACTE a aussi habilité le Gouvernement à « moderniser les règles du code civil relatives à la conclusion par voie électronique des actes sous signature privée relatifs à des sûretés réelles ou personnelles ».

La prochaine réforme du droit des sûretés renforcera donc certainement la protection recherchée par les créanciers et, par là même, l'attractivité du droit français aux yeux des opérateurs économiques étrangers[19]. L'ordonnance ne devra pas sacrifier pour autant les intérêts des autres protagonistes de l'opération de garantie, puisqu'une troisième finalité lui est assignée, que l'on peut traduire par la notion d'équité.

3. Equité

La loi d'habilitation impose de trouver « un équilibre entre les intérêts des créanciers, titulaires ou non de sûretés, et ceux des débiteurs et des garants ». Cet objectif, tout en mesure, semble particulièrement impérieux en présence d'une sûreté constituée pour autrui par une personne physique, puisque cette hypothèse est évoquée à deux reprises par l'article 60 de la loi PACTE : l'ordonnance devra « améliorer l'efficacité (du cautionnement), tout en assurant la protection de la caution personne physique » ; elle devra aussi « améliorer la cohérence des règles applicables aux garants personnes physiques en cas de procédure collective » (ce qui, selon les travaux préparatoires, pourrait conduire à ouvrir aux garants personnes physiques le droit d'invoquer les délais, les remises et la suspension des poursuites dans le cadre d'un plan de redressement, ce qui est aujourd'hui réservé à la procédure de sauvegarde). En outre, lors des discussions portant sur « la conclusion par voie électronique

[19] Attractivité du droit français présentée par les auteurs de l'avant-projet Capitant comme l'autre objectif majeur de la réforme, aux côtés de l'exigence de sécurité juridique (M. Grimaldi, D. Mazeaud, Ph. Dupichot, art. préc.).

des actes sous signature privée relatifs à des sûretés réelles ou personnelles », visée par l'article 60, I, 13° de la loi PACTE, les parlementaires ont insisté sur l'équilibre à trouver entre les intérêts du créancier, du débiteur et du garant personne physique : la modernisation digitale est certes autorisée afin d'accroître la rapidité et la fluidité des relations entre les banques et leurs clients, partant pour favoriser l'octroi de crédit ; mais des « garde-fous » devront préserver les intérêts des garants profanes, c'est-à-dire les personnes physiques s'engageant à des fins non professionnelles[20]. La nature de ces « garde-fous » n'a nullement été précisée devant l'Assemblée nationale ni, *a fortiori*, au sein de la loi d'habilitation. Du reste, à l'égard du cautionnement, aucune des trois finalités générales de la réforme n'a été détaillée au sein de la loi PACTE elle-même. Ce silence contraste avec les mesures spécifiques intéressant les sûretés réelles. Je terminerai par ces illustrations particulières.

B. Les illustrations particulières

L'article 60 de la loi PACTE fournit au Gouvernement quatre directives très précises pour renforcer la sécurité juridique et l'efficacité des sûretés, tout en assurant un équilibre entre les droits des créanciers, titulaires ou non de sûretés, et ceux des débiteurs et des garants. Il s'agit de la reconnaissance du gage portant sur des immeubles par destination, du remplacement des privilèges immobiliers spéciaux par des hypothèques légales, de l'élargissement des dérogations à la prohibition des hypothèques de biens à venir et de l'extension du maintien de la couverture hypothécaire en cas de subrogation à l'ensemble des accessoires.

A l'aune de ce ces différentes mesures particulières et très techniques, des conclusions générales peuvent être avancées relativement aux finalités, aux sources et au contenu de la prochaine réforme des sûretés.

Concernant les objectifs poursuivis, une prédiction pessimiste peut d'ores et déjà être faite : en raison de leur ambivalence, ils n'ont guère de chance d'être parfaitement atteints. De toute évidence, l'efficacité des sûretés ne sera qu'en partie renforcée, puisque la protection des créanciers garantis devra être tempérée par la sauvegarde des intérêts des autres créanciers, ainsi que des débiteurs et des garants. L'exemple, visé par l'habilitation, du remplacement des privilèges immobiliers par des hypothèques légales est révélateur à cet égard. En effet, ce remplacement aura pour conséquence l'abandon de la rétroactivité de la publicité desdits privilèges au profit de la prise de rang de l'hypothèque légale au jour de son inscription. Cela diminuera la protection du créancier ainsi garanti, mais augmentera la sécurité des autres

[20] Ass. natio., séance du 28 sept. 2018.

créanciers titulaires d'un droit réel soumis à publicité sur le même immeuble. L'exemple confirme ainsi que la recherche conjointe de l'efficacité des sûretés et de l'équilibre entre des intérêts antagonistes est particulièrement aventureuse. La réalisation de l'objectif de renforcement de la sécurité juridique est elle aussi délicate, tant certaines de ses composantes ne sont pas compatibles. Tel est le cas de la simplification de règles de droit complexes et de la stabilité de la loi, qui sont des facteurs de sécurité juridique contradictoires. L'exemple du remplacement des privilèges immobiliers par des hypothèques légales est, là encore, tout à fait symptomatique, puisque les textes régissant les sûretés réelles immobilières gagneront certes en simplicité et en lisibilité, mais la pratique notariale redoute déjà les bouleversements, partant les incertitudes, qu'emportera ce remplacement. Compte tenu de l'ambivalence des finalités retenues par la loi PACTE, il est donc hautement probable que la prochaine ordonnance ne donnera pas entière satisfaction. Il est incontestable, néanmoins, que l'appréciation dépendra du contenu définitif global de la réforme.

Au sujet de ce contenu, qui variera en fonction des sources d'inspiration privilégiées par le Gouvernement, des prévisions peuvent également être faites à partir des mesures particulières figurant dans la loi d'habilitation. En effet, dès lors que les quatre règles en question sont inscrites dans l'avant-projet Capitant et que celle relative à la substitution des privilèges immobiliers spéciaux par des hypothèques légales est reprise par la loi PACTE, en dépit des fortes critiques qu'elle a suscitées chez certains auteurs et praticiens, il y a fort à parier que l'ordonnance prendra surtout appui sur les propositions de la commission Grimaldi. La teneur de la réforme ne serait donc pas si incertaine que j'ai pu l'affirmer dès l'abord de cette intervention. A dire vrai, il m'a paru nécessaire de laisser planer le mystère concernant le contenu de la réforme, car même s'il sera vraisemblablement puisé en grande partie de l'avant-projet Capitant, l'espoir demeure que des contrepropositions sauront convaincre les rédacteurs de l'ordonnance.