



HAL
open science

Pour une théorie générale des sûretés

Corine Namont Dauchez

► **To cite this version:**

Corine Namont Dauchez. Pour une théorie générale des sûretés. Revue de la Recherche Juridique - Droit prospectif, 2016, vol. 3, p. 1121. hal-01459327

HAL Id: hal-01459327

<https://hal.parisnanterre.fr/hal-01459327>

Submitted on 11 Mar 2018

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

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

Depuis le milieu du XX^e siècle, il existe un corpus de règles juridiques en droit des sûretés, exposé au sein de manuels spécifiques, mais la théorie générale des sûretés peine à se construire, car la notion de sûreté est « introuvable » à partir des notions fondamentales de droit privé : le patrimoine et le contrat. La pièce manquante à la théorie générale des sûretés pourrait alors bien se trouver en droit public, invitant ainsi à reconsidérer le rôle de l'Etat dans l'économie moderne, et plus particulièrement en droit du crédit. Au delà de sa fonction politique, l'Etat est effectivement un acteur juridique majeur du droit des sûretés : il est le maître du crédit public dont les sûretés sont l'accessoire. Ainsi, lieu d'une fusion des volontés individuelles et de la volonté collective, le droit des sûretés est un droit « mutant » destiné à rejoindre la cohorte des droits mixtes.

Since the middle of the 20th century, a corpus of legal rules has been settled in law on secured transactions, contained in specific handbooks. However, a general theory of secured transactions is difficult to find, as the concept of security interests cannot be defined from private basic concepts of contract and asset. The missing piece of this general theory might be found in public law in order to re-think the role of the state in modern economy, more particularly in credit law. Indeed, beyond its political function, the state is a cornerstone of law on secured transactions. The state controls public credit and security interests are its tools. Thus, law on secured transactions is intended to evolve to mixed law, where individual and collective wills meet.

Pour une théorie générale des sûretés

Corine Dauchez

Maître de conférences à l'université Paris Ouest Nanterre La Défense

Membre du CEDCACE (EA 3457)

1. L'absence d'unité des sûretés. La doctrine civiliste, dépassant l'Exégèse, a couronné le contrat et le patrimoine des lauriers d'une théorie générale¹. Aussi, depuis longtemps, un appareil juridique d'envergure permet d'appréhender l'échange, la richesse et l'appauvrissement. En revanche, le droit des sûretés, dont le rôle n'est pas moins primordial, puisqu'il consiste à diffuser la confiance entre les acteurs économiques en sécurisant la circulation des richesses, n'a pas fait l'objet d'une théorie d'ensemble. S'il existe bien une matière intitulée « droit des sûretés » et des manuels de « droit des sûretés », la théorie générale des sûretés n'existe pas. En effet, l'enseignement du droit des sûretés emprunte toujours la distinction binaire, si pédagogique, des sûretés personnelles et des sûretés réelles. Les premières sont rattachées au droit des obligations, tandis que les secondes sont rattachées au droit des biens. Une notion unique de sûreté ne parvient alors pas à émerger car, à s'en tenir à la distinction classique, le droit réel n'est pas réductible au droit personnel. Aussi, une théorie générale des sûretés personnelles peut être esquissée, tout autant qu'une théorie générale des sûretés réelles², mais la théorie générale des sûretés ne peut être érigée.

2. L'attitude de la doctrine contemporaine. Face à cette difficulté, la doctrine contemporaine réagit en ordre dispersé. Pour les plus pessimistes, la recherche de la notion de sûreté est vaine. Sa définition serait « soit impossible, (...) soit inutile »³. « Introuvable »⁴, la sûreté ne serait même pas une notion, tout juste « une étiquette qui s'accommode du disparate »⁵. Aussi, tout récemment,

¹ Pour la définition de la théorie générale, Ph. Jestaz et Ch. Jamin, in *La doctrine*, Dalloz, 2004, p. 230 : « un ensemble de définitions et de principes ordonnés autour d'un certain objet dans le dessein d'expliquer de manière cohérente les solutions positives et de guider les solutions futures ».

² J. Mestre, E. Putman et M. Billiau, *Traité de droit civil. Droit commun des sûretés réelles*, LGDJ, 1996.

³ Ph. Terry, *Sûretés et publicité foncière*, PUF, 2^{ème} éd., 1998, n°6, *in fine*.

⁴ M. Cabrillac, Ch. Mouly, S. Cabrillac et Ph. Petel, *Droit des sûretés*, LexisNexis, 10^{ème} éd., 2015, n°2.

⁵ *Ibid.*

certain auteurs sont revenus à une présentation du droit des sûretés telle qu'elle existait avant la première moitié du XX^e siècle. Ils détachent les sûretés personnelles des sûretés réelles pour les rattacher au droit des obligations dans un ouvrage dont l'intitulé est évocateur : « Cours de droit civil, sûretés personnelles, supplément aux obligations »⁶. Cette présentation ôte tout espoir de voir naître un jour une théorie générale des sûretés. Toutefois, une autre partie de la doctrine, plus optimiste, persévère. Une définition spécifique de la notion de sûreté a ainsi été proposée tentant d'unir les sûretés réelles et personnelles⁷. Cependant, la définition est fondée sur le droit d'agir conféré par la sûreté ; or il est vrai que le droit de saisir et vendre n'est pas un élément spécifique de la sûreté réelle, car il « relève du « régime patrimonial primaire » applicable à tout créancier »⁸. L'impossible définition de la sûreté conduit ainsi certains auteurs, sans renier la spécificité de la matière, à adopter une conception fonctionnelle⁹. Par ailleurs, un « régime primaire » des sûretés¹⁰ fait son apparition dans les manuels qui n'en continuent pas moins de se dresser sur l'opposition traditionnelle des sûretés personnelles et réelles, arc-boutés contre la distinction binaire indépassable des droits patrimoniaux. La théorie générale des sûretés est donc en cours d'élaboration, mais elle est encore morcelée, tel un puzzle, dont on ne parvient pas à assembler les pièces. L'ouvrage ne doit pas pour autant être abandonné, car il se situe dans la continuité d'un travail doctrinal de près de deux siècles qui mérite d'être parachévé.

3. Le rassemblement doctrinal. En effet, les premiers traités de droit civil consacraient un tome spécifique aux hypothèques et privilèges et exposaient le droit du cautionnement avec le droit des obligations. Le droit des sûretés se résumait, pour ainsi dire, aux sûretés réelles, et principalement à l'hypothèque et aux privilèges. Toutefois, l'unité de la matière a toujours été perceptible. Pothier ne voyait pas les choses autrement. Il exposait le cautionnement dans son traité des obligations, mais il le comprenait également dans la catégorie des contrats accessoires, qu'il formait avec le nantissement. Il indiquait d'ailleurs que le cautionnement aurait pu être abordé à cette occasion, mais qu'il y avait consacré suffisamment de développements lors de l'étude des obligations¹¹. Par la suite, au cours du XIX^e siècle, les auteurs s'en sont tenus à l'ordre du Code civil, mais ils n'en avaient pas moins conscience que la « vraie place »¹² du cautionnement se trouvait juste avant le nantissement. Puis, au cours du XX^e siècle, la doctrine a lentement détaché le cautionnement du droit des obligations pour le joindre aux sûretés réelles, d'ores et déjà regroupées autour de l'hypothèque. L'hypothèque, que l'on dénomme encore la « reine des sûretés », mais qui en est bien plutôt la « mère », a ainsi rallié à elle le cautionnement et, à sa suite, toutes les autres sûretés personnelles dont il est le modèle. Des manuels de droit des sûretés se sont alors substitués aux traités des hypothèques et privilèges. L'évolution doctrinale

⁶ Fr. Zénati-Castaing et Th. Revet, *Cours de droit civil. Sûretés personnelles. Supplément aux obligations*, PUF, 2013.

⁷ Voir la définition proposée par P. Crocq, *Propriété et garantie*, thèse Paris II, LGDJ, 1995, n°282 ; L. Aynès et P. Crocq, *Droit des sûretés*, 10^{ème} éd., LGDJ, Lextenso éditions, 2016, n°2.

⁸ Voir, la critique de Ph. Théry, *op. cit.*, n°6.

⁹ Ph. Simler et Ph. Delebecque, *Droit civil. Les sûretés. La publicité foncière*, Dalloz, 7^{ème} éd., 2016, n°37.

¹⁰ M. Bourassin, V. Brémond et M-N. Jobard-Bachellier, *Droit des sûretés*, Sirey, 5^{ème} éd., 2016, n°39 et s. ; J. Mestre, E. Putman et M. Billiau, *op. cit.*, n°8 et s. ; D. Legeais, *Droit des sûretés et garanties du crédit*, LGDJ, 11^{ème} éd., 2016, n°24 et s. ; Ph. Simler et Ph. Delebecque, *op. cit.* qui intitulent leur introduction « Théorie générale et classification des sûretés », n°2 et s. ; M. Cabrillac, Ch. Mouly, S. Cabrillac et Ph. Petel, *op.cit.*, n°2, qui donnent, tout de même, une définition « descriptive » de la sûreté ; *adde*, M. Bourassin, *Vers un droit commun des sûretés ?*, D. 2006, p. 1386.

¹¹ Pothier, *Traité sur les différentes matières de droit civil, appliquées à l'usage du barreau et de jurisprudence française*, t. 2, in *Traité du contrat de nantissement*, Paris, chez J. Debure, MDCCLXXXIII, p. 945.

¹² L. Guillouard, *Traité du cautionnement et des transactions*, A. Pedone, 2^{ème} éd., 1895, n°2. *Adde*, Troplong, *Le droit civil expliqué suivant l'ordre des articles du Code, depuis et y compris le titre de la vente, Du cautionnement et des transactions, commentaires des titres XIV et XV du livre III du Code civil*, t. XVII, Charles Hingrau, Libraire-éditeur, 1846, n°13, n°38.

s'est ainsi achevée au milieu du XX^e siècle¹³. Un *corpus* spécifique nommé "Droit des sûretés" était né.

4. Le rassemblement législatif. Ce rassemblement doctrinal des sûretés n'était pas un outrage au Code civil originel ; il en suivait l'esprit. En effet, si le Code traitait du cautionnement entre le mandat et la transaction, les juristes qui avaient participé à son élaboration entendaient bien le regrouper avec le nantissement, les hypothèques et les privilèges¹⁴. En outre, la place du cautionnement, siégeant à la suite du prêt, du dépôt et du mandat, n'était pas si incongrue, la confiance personnelle était au cœur de ces « petits contrats »¹⁵, or la confiance est certainement de l'essence de la sûreté. De surcroît, ce regroupement doctrinal des sûretés a été récemment consacré par l'ordonnance n°2006-346 du 23 mars 2006, qui a réformé le droit des sûretés sous l'impulsion de l'Association Henri Capitant. Désormais, un livre IV intitulé « Des sûretés » siège au sein du Code civil. Son premier titre est consacré aux sûretés personnelles et le second aux sûretés réelles. Cette innovation symbolique a mis ainsi en forme législative le regroupement des sûretés maladroitement initié au début du XIX^e siècle par le législateur. Le droit des sûretés existe donc bien, sa reconnaissance légale et doctrinale en témoigne, mais si le *corpus* est bien là, la théorie générale peine à prendre son envol.

5. L'élément catalyseur. Il ne s'agira nullement ici de proposer une théorie générale des sûretés, ce qui nécessiterait un travail de bien plus longue haleine, au demeurant démesuré, mais d'essayer de défricher une voie qui permettrait d'ouvrir de nouvelles perspectives, propices à faire progresser la théorie générale des sûretés. Dans cet état d'esprit, on peut se demander s'il ne manquerait pas une pièce majeure au puzzle de la théorie générale des sûretés, ce qui expliquerait que sa construction soit aujourd'hui dans l'impasse. L'objet n'est donc pas d'élaborer une théorie générale des sûretés, dont l'exposé serait prématuré, mais de trouver un élément qui pourrait lui faire défaut. Cependant, s'il ne fallait qu'une seule pièce, même essentielle, pour parachever le puzzle, il serait aisé de la découvrir, car l'assemblage des autres pièces laisserait un vide qu'il suffirait de combler. Il y a donc certainement des pièces, dans la boîte du puzzle de la théorie générale des sûretés, qui y ont été placées dès l'origine et ne lui appartiennent pas. Jeu de patience que le puzzle... Il faut donc le défaire entièrement et faire à nouveau le tri en écartant soigneusement les pièces, même essentielles, qui présentent de fortes accointances avec le droit des sûretés, mais lui sont pourtant étrangères. Cette étape est décisive, car l'assemblage des pièces laissera alors un espace qui révélera le contour de celle dont on cherche la trace. Ainsi, pour avoir quelque chance de construire la théorie générale des sûretés, il faut refaire le tri de ses pièces existantes (I), pour tenter d'en identifier la pièce manquante (II).

I – Les pièces existantes

6. Les pièces du droit privé. L'objectif n'étant pas de construire une théorie générale, mais de trouver des pièces discordantes majeures, le champ d'observation doit être limité aux institutions structurelles du droit des sûretés, celles sur lesquelles le droit des sûretés s'est construit depuis le XIX^e siècle. Aussi, à n'en point douter, la figure majeure des sûretés réelles est l'hypothèque, à laquelle le législateur a consacré 110 articles dans le 18^{ème} titre du Code civil, qui débutait par l'emblématique ancien article 2092¹⁶. L'influence de la technique hypothécaire sur les autres

¹³ J. Mestre, E. Putman et M. Billiau, *Traité de droit civil. Droit commun des sûretés réelles*, op. cit., n°1, note de bas de page n°2, les auteurs notent que « le dernier grand traité de droit civil à procéder ainsi est celui de M. Planiol et G. Ripert ».

¹⁴ *Code civil avec les notes explicatives rédigées par des juristes qui ont concouru à la confection du Code*, t. VIII, Paris, De l'imprimerie de J. Gratiot, 1807, p. 4.

¹⁵ J. Carbonnier, *Flexible droit. Pour une sociologie du droit sans rigueur*, LGDJ, 6^{ème} éd., 1988, p. 293.

¹⁶ Aujourd'hui, art. 2284 c. civ.

sûretés réelles ne s'est jamais démentie ; elle vient encore d'être confirmée par la réforme de 2006¹⁷. Du côté des sûretés personnelles, le cautionnement est la sûreté modèle ; on peut même également, sans trop forcer le trait, dire qu'il est sous « influence hypothécaire » dès lors qu'il a rejoint l'hypothèque dans les manuels de droit des sûretés, délaissant les contrats spéciaux, depuis le milieu du XX^e siècle. Il convient donc de laisser glisser le regard sur l'hypothèque et le cautionnement pour y trouver quelques anomalies substantielles, ce qui n'empêchera pas toutefois de regarder parfois en coin quelques autres sûretés. Il apparaît alors que les sûretés traditionnelles s'emboîtent fort mal avec les éléments fondamentaux du droit privé : le patrimoine et le contrat. En effet, si l'on peut dire, d'une manière générale, que les sûretés sont des droits patrimoniaux, car elles se rapportent au patrimoine, c'est là le premier sens de la définition de l'adjectif « patrimonial », il est plus délicat d'affirmer qu'elles sont « dans le patrimoine », car elles devraient alors avoir une valeur pécuniaire propre, c'est là le second sens accordé à l'adjectif¹⁸. Or, à ce titre, la patrimonialité de la sûreté est suspecte. De ce qu'elle se rapporte au patrimoine, la sûreté ne serait peut-être pas pour autant un droit patrimonial. Par ailleurs, la théorie de l'autonomie de la volonté, dont on a souligné l'avènement dans le Code civil et l'épanouissement doctrinal au XIX^e siècle¹⁹, est étonnement faible en droit des sûretés. Les volontés individuelles ne font pas, à elles seules, la loi dans le contrat de sûreté. La volonté générale, exprimée par la loi, prend place aux côtés des volontés individuelles pour conférer au contrat une étrange mixité. Ainsi, ce ne sont pas moins que le patrimoine (A) et le contrat (B), autrement dit notre vision exclusivement patrimoniale et contractuelle du droit des sûretés, qui empêcheraient l'élaboration d'une théorie générale, mais indiqueraient son chemin...

A) Le patrimoine

7. Confiance et richesse. L'hypothèque est rattachée au droit des biens, tandis que le cautionnement est rattaché au droit des obligations. Le bien et l'obligation sont des utilités matérielles susceptibles d'une évaluation pécuniaire. Ces utilités enrichissent leur titulaire. En revanche, les sûretés ne sont pas des utilités matérielles ; un créancier n'est jamais riche de sa sûreté²⁰. Le créancier garanti, titulaire d'une hypothèque (1^o) ou d'un cautionnement (2^o) est plus confiant, mais la *confiance* n'est pas la *richesse*.

1^o) L'hypothèque

8. Ni usus, ni fructus, ni abusus. La sûreté réelle est traditionnellement présentée comme un droit réel accessoire « vidé de sa substance matérielle ; il n'en reste que les attributs juridiques - droits de préférence et parfois de suite -, offerts au créancier afin de garantir son droit »²¹. Le créancier, titulaire d'une hypothèque, n'a donc ni l'*usus*, ni le *fructus*, ni l'*abusus*. Il n'est titulaire d'aucune prérogative matérielle. En effet, l'hypothèque n'est pas un démembrement de propriété, ce qui ne s'entendait guère au début du XIX^e siècle²², mais s'est ensuite progressivement imposé à

¹⁷ Voir, l'extension au gage de la formalité de l'écrit qui s'est substituée à la dépossession, du respect du principe de spécialité et de la formalité de l'inscription, voir encore l'influence sur le gage immobilier (art. 2388 c. civ.). Également les interrogations doctrinales récentes sur l'introduction d'une sûreté hypothécaire unique, colloque CEDAG, Quelle réforme pour le droit des sûretés ?, RDBF, 2016, dossiers 12 à 16.

¹⁸ Vocabulaire juridique, sous la direction de G. Cornu, *op. cit.*, Association Henri Capitant, PUF, 11^{ème} éd. mise à jour Quadriga, 2016, V^o Patrimonial.

¹⁹ Fr. Terré, Ph. Simler et Y. Lequette, *Droit civil. Les obligations*, Dalloz, 11^{ème} éd., 2013, n^o18.

²⁰ *Rappr.* de la définition proposée de la sûreté par le groupe de travail Grimaldi, non retenue par le législateur, art. 2287 du Code civil du projet : « La sûreté garantit l'exécution d'une obligation. Elle ne peut procurer au créancier aucun enrichissement ».

²¹ L. Aynès et P. Crocq, *op. cit.*, n^o400.

²² V. not. V. Marcadé, *Explication théorique et pratique du Code Napoléon contenant l'analyse critique des auteurs et de la jurisprudence et un traité résumé après le commentaire de chaque titre*, t. 2, 5^{ème} éd., 1859, p. 349 : « Non ; l'hypothèque n'est pas un démembrement de la propriété de l'immeuble (...). Nous sommes, nous l'avouons, le premier écrivain qui

mesure que la matière des sûretés se formait et se détachait de sa conception retenue sous l'ancien droit. La doctrine classique a alors progressivement substitué²³ à cette conception de la sûreté réelle, démembrement de propriété, la théorie du droit réel au second degré. L'hypothèque porterait sur le bien, plus précisément sur la valeur du bien hypothéqué. Pour autant, la valeur n'existe pas en tant que bien et seules les utilités matérielles du bien valent quelque chose. La valeur ne vaut rien. Elle est l'outil de l'échange ; elle n'est pas celui de l'enrichissement. Seule la propriété et ses démembrements sont susceptibles d'une évaluation pécuniaire et sont *stricto sensu* des droits patrimoniaux. Dès lors qu'il est admis que l'hypothèque n'est pas un démembrement de propriété, qu'elle porte sur la valeur du bien, il faut admettre qu'elle n'est pas, en elle-même, susceptible d'une évaluation pécuniaire. La théorie du droit sur la valeur marque le passage à une conception « dématérialisée » de l'hypothèque. Elle a une simple utilité figurative, elle permet à l'esprit de retrouver le confort d'une pensée patrimonialiste habituée au « droit sur ». L'hypothèque est assimilée à un droit réel, or le droit réel porte nécessairement « sur » quelque chose, on y a commodément placé la valeur, qui ne vaut rien par elle-même. La théorie du droit réel sur la valeur, considérée comme un « bien », n'est que transitoire ; elle est destinée à évoluer pour saisir la réalité de la sûreté réelle et « gommer » sa rigidité, conséquence de sa patrimonialité.

9. Le droit réel de couverture. Cette théorie manifeste d'ailleurs ses limites, lorsque l'hypothèque est générale et qu'elle « porte » sur tous les biens présents et à venir, ou sur un bien futur. Une telle sûreté implique que le droit réel qu'elle confère n'ait pas nécessairement d'objet existant ou déterminé lors de sa constitution²⁴. A l'instar de la proposition formulée par Mouly pour le cautionnement, il faudrait ici recourir à l'existence d'un « droit réel de couverture », puis à la naissance de « droits réels de règlement » au fur et à mesure de l'entrée des biens dans le patrimoine du constituant. Cependant, ce « droit réel de couverture » ne déterminerait, comme dans le cautionnement²⁵, qu'une période de garantie. Dans cette situation, l'hypothèque existe bien dès la conclusion de la convention par les parties, mais on ne peut pas dire que le créancier soit titulaire d'un droit patrimonial, susceptible d'une évaluation pécuniaire, car il n'y a absolument rien à évaluer. A suivre la conception classique, l'hypothèque est alors un droit réel sur « rien ». L'hypothèque doit donc être détachée des droits patrimoniaux²⁶ qui sont seuls susceptibles d'évaluation pécuniaire, car ils incarnent la richesse. Le créancier n'est pas « deux fois riche », une fois de sa créance, une autre fois de son hypothèque. Il y a là deux utilités distinctes : la *richesse* et la *confiance*. Ce n'est pas, pour autant, dire que la sûreté n'est pas une utilité économique, car la confiance diffusée par la sûreté est essentielle à l'économie, mais elle est une utilité économique non-patrimoniale. La sûreté échappe à la patrimonialité. Cette phase de « dématérialisation » de l'hypothèque marquée par l'abandon de la conception du démembrement de propriété, l'hypothèque a attiré à elle le cautionnement qu'elle a fini de détacher du droit des obligations au milieu du XX^e siècle. Pour autant, la « dématérialisation » du cautionnement n'a pas encore eu lieu.

2°) Le cautionnement

10. *Obligatio/debitum*. La doctrine considère, en effet toujours, que le cautionnement rend la caution débitrice à l'égard du créancier, qui dispose alors de « deux débiteurs au lieu d'un »²⁷ : le

osions dire que l'hypothèque n'est qu'un *jus ad rem*. Dumoulin, Pothier, Delvincourt, M. Tarrille, M. Battur, M. Persil, M. Troplong, etc (...) ».

²³ Sur le passage de la conception « démembrement de propriété » à celle de la théorie du droit réel sur la valeur, Ch. Gijbers, *Sûretés réelles et droit des biens*, préf. M. Grimaldi, Economica, 2016, n°40.

²⁴ Voir l'admission de l'hypothèque générale (art. 2401 et 2420 c. civ.).

²⁵ Voir *infra* n°10.

²⁶ On a par ailleurs montré la spécificité des attributs juridiques des sûretés réelles, voir la thèse remarquée consacrée aux relations entre le droit des biens et le droit des sûretés réelles, Ch. Gijbers, *op. cit.*, n°131 et s.

²⁷ L. Aynès et P. Crocq, *op.cit.*, n°5.

débiteur principal et la caution, à chacun son obligation. La caution doit donc la dette du débiteur, mais l'obligation de la caution présente une particularité : le *debitum*²⁸ de son obligation est emprunté à l'obligation principale. En revanche, l'*obligatio* est autonome et propre à la caution. Le cautionnement est alors accessoire à l'obligation principale, à laquelle il est lié par un lien de dépendance structurelle. En effet, si l'on peut discuter de l'existence de l'obligation, lorsque seul le *debitum* existe, à l'exclusion de l'*obligatio*, il n'existe pas d'obligation sans *debitum*. Le débiteur doit toujours quelque chose : dans le cautionnement, la dette du débiteur principal. L'obligation de la caution est donc un accessoire par production de l'obligation principale, qui lui fournit la dette sans laquelle elle ne saurait exister²⁹. Ainsi, il est impossible d'affirmer que la caution doit la dette du débiteur lorsque celle-ci n'existe pas, notamment lorsque le cautionnement est *omnibus* ou qu'il garantit une dette future. Dans ces cas, la caution ne peut pas devoir la dette que le débiteur ne doit pas lui-même, la dette principale n'existe pas, et par conséquent l'obligation de la caution qui est dans sa dépendance structurelle ne peut pas exister non plus. Le cautionnement existe bien, mais la caution ne doit rien³⁰, pas plus que le débiteur principal. L'obligation de couverture dégagee par Mouly, pour expliquer que la caution soit tenue alors même que le débiteur ne doit rien, couvre plutôt l'absence d'obligation. L'obligation de la caution est dépourvue de *debitum* ; il ne reste que l'*obligatio*, inapte à obliger la caution. Aucune prestation n'existe qui puisse faire l'objet d'une évaluation pécuniaire.

11. L'absence d'utilité matérielle. D'ailleurs, si le créancier avait bien deux débiteurs, il devrait être « deux fois riche ». Or, ce n'est pas le cas : le créancier titulaire d'une créance de 100.000 euros et d'un cautionnement indéfini, n'est pas à la tête d'un capital de 200.000 euros. Il y a donc nécessairement une obligation qui ne vaut rien... celle qui, soi-disant, emprunte son *debitum* à l'obligation du débiteur. L'« obligation » de la caution est, à l'instar du droit réel d'hypothèque, « vide » de toute utilité matérielle : elle n'a pas de *debitum*. Le contrat de cautionnement n'est pas la source d'un enrichissement du créancier. Dès lors, si le propre de la patrimonialité est d'être susceptible d'une évaluation pécuniaire, le cautionnement n'est pas patrimonial, car seule la prestation due par le débiteur principal peut être évaluée et la caution ne la doit pas. Elle ne fait que prêter « au débiteur son crédit, c'est-à-dire, au sens premier du terme crédit – *credere* – la confiance qu'elle inspire »³¹, mais là encore la *confiance* n'est pas la *richesse*. D'ailleurs, si la caution devait la prestation principale, le créancier devrait pouvoir en exiger l'accomplissement, or le créancier ne peut pas faire condamner la caution à l'exécution en nature de la prestation. La caution est seulement tenue de se laisser saisir pour payer le créancier d'un équivalent monétaire sur le prix de vente de ses biens. Le droit de poursuite sur les biens de la caution forme l'essentiel du cautionnement³². Or, le simple droit de poursuite sur ses biens ne suffit pas, à défaut de

²⁸ G. Cornil, *Debitum et obligatio. Recherches sur la formation de la notion de l'obligation romaine*, extrait des mélanges P.F. Girard, Librairie A. Rousseau éditeur, 1912. Pour une reprise en droit des sûretés de la distinction, L. Aynès et P. Crocq, *op. cit.* n°121 ; Ph. Simler et Ph. Delebecque, *op.cit.*, n°47 ; Ph. Simler, *Cautionnement. Garanties autonomes. Garanties indemnitaires*, LexisNexis, 5^{ème} éd., 2015, n°47 ; Y. Picod, *Droit des sûretés*, PUF, 3^{ème} éd., 2016, n°30 ; sur l'appréciation critique de l'analyse dualiste, M. Bourassin, V. Brémond et M-N. Jobard-Bachelier, *op. cit.* n°141 et s. ; J. François, *Droit civil*, t. VII, *Les sûretés personnelles*, Economica, 2004, n°40 et s.

²⁹ G. Goubeaux, *La règle de l'accessoire en droit privé*, LGDJ, Bibl. de droit privé, t. 93, 1969, n°22 et 23 ; Pothier, *Traité sur les différentes matières du droit civil appliquées à l'usage du barreau ; et de jurisprudence française*, t. 1^{er}, Traité des obligations, traité du contrat de vente, traité des retraits, Paris, chez J. Debure, MDCCLXXIII, p. 176, n°366 et p. 180, n°377.

³⁰ Voir P. Ancel, *Droit des sûretés*, LexisNexis, 7^{ème} éd., 2014, p. 71, qui conteste l'existence technique de l'obligation de couverture. L'obligation de règlement est, quant à elle, une véritable obligation ; P. Ancel, *Force obligatoire et contenu obligationnel*, RTDCiv. 1999, p. 771 ; A-S. Barthez et D. Houtcieff, *Traité de droit civil. Les sûretés personnelles*, LGDJ, Lextenso 2010, n°416 : « L'obligation de couverture n'est pas une obligation. Obligations de couverture et de règlement sont des paraboles : elles livrent à l'intelligence autre chose que ce qu'elles signifient » ; *rappr.* M. Bourassin, V. Brémond et M-N. Jobard-Bachelier, *op. cit.* n°143, pour ces auteurs, l'obligation de couverture est « à la fois plus et autre chose que l'obligation du débiteur principal ».

³¹ Ph. Simler, *op. cit.*, n°13.

³² Ce qui s'évince du régime du cautionnement, la caution peut ainsi échapper aux poursuites du créancier en lui opposant le bénéfice de discussion, ce qui implique qu'elle lui indique des biens suffisants appartenant au

prestation, à former une obligation. Le rapport noué entre le créancier et la caution est un rapport de crédit qui se soutient tout seul, indépendamment de toute considération matérielle. La réforme de 2006 a d'ailleurs enclenché un mouvement officiel de dématérialisation des sûretés en détachant le cautionnement et les sûretés réelles du livre III du Code civil consacré aux différentes manières dont on acquiert la propriété. Les sûretés ne sont donc pas des droits patrimoniaux. En outre, les contrats qui les constituent présentent bien des particularités qui les éloignent du droit commun des contrats.

B) Le contrat

12. L'autonomie de la volonté. En 1938, Josserand³³, soulignant la pénétration du droit civil par l'esprit du droit public³⁴, observait déjà que le contrat avait « cessé d'être véritablement et en tout état de cause un *negotium*, au sens traditionnel du mot, une affaire purement privée, pour devenir en quelque mesure et sur bien des points, une affaire publique et presque une « affaire d'Etat »³⁵ : les volontés privées avaient à compter avec la volonté publique qui les faisait reculer³⁶. Josserand décrivait ainsi la tension permanente existant entre la loi, expression de la volonté générale, et le contrat, expression des volontés individuelles. Le droit des sûretés semble non seulement perméable à cette « publicisation », dont Josserand s'était fait l'éclaireur à l'échelle générale du contrat, mais on pourrait même être tenté d'y voir là un de ses caractères substantiels, tant les contrats de sûreté dérogent au principe de l'autonomie de la volonté³⁷, qui forme la base du droit contractuel, que l'on considère la formation du contrat de sûreté (1°), son effet à l'égard des tiers (2°), son contenu et sa force obligatoire (3°).

1°) La formation du contrat de sûreté

13. L'hypothèque. En droit commun des contrats, les volontés sont libres. La loi n'intervient pas pour enserrer leur expression dans l'étau d'une forme. Le principe est le consensualisme. Si, par exception, les parties devaient se soumettre à un quelconque formalisme, celui-ci serait encore inféodé aux volontés individuelles, car il n'aurait d'autre but que de protéger le consentement d'une des parties au contrat. En droit commun des contrats, la forme sert les volontés individuelles. En revanche, en droit hypothécaire, le formalisme semble s'émanciper des volontés individuelles : le législateur impose la rédaction d'un acte notarié à peine de nullité absolue de l'hypothèque. Ici, la forme ne peut être justifiée par la protection du constituant que l'on devrait protéger contre un acte dangereux. Si tel était le fondement, le défaut d'acte notarié serait plus opportunément sanctionné par la nullité relative, protectrice de l'intérêt privé du constituant, et les promesses d'hypothèque par acte sous seing privé devraient être interdites³⁸. De même, depuis 1804, l'hypothèque est soumise au principe de spécialité. L'acte qui la constitue doit mentionner le bien hypothéqué ainsi que les créances garanties à peine, là encore, de nullité absolue. La

débiteur (art. 2298 et s. c. civ.). Par ailleurs, si la caution devient insolvable, le débiteur est tenu d'en fournir une nouvelle au créancier (art. 2297 c. civ.).

³³ L. Josserand, « *La publicisation* » du contrat, in Introduction à l'étude du droit comparé, Recueil d'étude en l'honneur d'Edouard Lambert, t. 3, LGDJ, 1938, § 145, p. 143, n°7. Voir la pensée de l'auteur récemment mise à l'honneur, in *Un ordre juridique nouveau ? Dialogues avec Louis Josserand*, dir. W. Dross et Th. Favorio, Mare & Martin, 2014, not. P. Ancel, *Dirigisme contractuel et publicisation du contrat*, p. 245, Ph. Delebecque, *Journées Josserand – Aperçu général des tendances actuelles de la théorie des contrats*, p. 259.

³⁴ L. Josserand, *op. cit.*, n°2.

³⁵ L. Josserand, *op. cit.*, n°2.

³⁶ L. Josserand, *op. cit.*, n°2.

³⁷ Voir sur ce thème, Ph. Dupichot, *Le pouvoir des volontés individuelles en droit des sûretés*, préf. M. Grimaldi, Editions Panthéon-Assas, 2005, l'auteur démontre un double mouvement stigmatisant une contractualisation des sûretés réelles corrélative à une institutionnalisation des sûretés personnelles qui tend à rapprocher les deux catégories de sûreté. Le mouvement décrit par l'auteur illustre à merveille la progression vers l'unité des sûretés.

³⁸ C. Dauchez, *op. cit.*, n°26.

protection du crédit du constituant est alors invoquée, mais le caractère absolu de la nullité conduit, là aussi, à douter du fondement³⁹. L'intervention du notaire ne peut donc être justifiée par la protection des volontés individuelles. Le notaire, dont le statut d'officier public ministériel délégué de puissance publique n'a jamais fait l'objet de bien d'attention, est donc peut-être ici autant la « bouche de la loi » que celle des parties.

14. Le gage. La sanction du défaut d'écrit, qui est d'ailleurs une condition de forme commune à toutes les sûretés réelles⁴⁰, laisse d'ailleurs la doctrine perplexe en matière de gage, depuis qu'il s'est substitué à la dépossession en 2006. Certains auteurs optent pour la nullité, mais n'en précisent pas la nature⁴¹. Pour d'autres, le défaut d'écrit rend la sûreté inexistante, car elle n'est pas formée⁴². La sanction de l'inexistence ou de la nullité absolue est logique dès lors que l'écrit a remplacé le formalisme de la dépossession : la dépossession était de l'essence du gage, l'écrit ne l'est pas moins⁴³.

15. Le cautionnement. En droit des sûretés personnelles, cette reconnaissance d'un formalisme autonome est actuellement à l'œuvre. En effet, le cautionnement s'éloigne progressivement de la catégorie des contrats consensuels⁴⁴. Ainsi, dans un premier temps, au cours des années 1980, la Cour de cassation a décidé de faire jouer un rôle substantiel à l'article 1376 du Code civil (anc. 1326 c. civ.). La mention manuscrite, requise à titre probatoire, a mué en condition de forme *ad validitatem*, destinée à protéger le consentement de la caution. Cette jurisprudence abandonnée au début des années 1990⁴⁵, le législateur a pris le relais. Depuis la loi Neiertz du 31 décembre 1989, le cautionnement consenti par une personne physique par acte sous seing privé en faveur d'un consommateur de crédit, mobilier ou immobilier, doit, à peine de nullité, être écrit et comporter une mention écrite de sa main dont les termes sont impérativement fixés par l'article L 314-15 du Code de la consommation (anc. L 313-7 c. cons.). Puis, l'exigence a été étendue à tous les cautionnements consentis par des personnes physiques par acte sous seing privé à des créanciers professionnels par la loi Dutreil du 1^{er} août 2003 (L 331-1 à 3 c. cons., anc. L 341-2 et L 341-3 c. cons.)⁴⁶. La jurisprudence applique le texte non seulement à la personne physique profane, mais également au dirigeant de société rompu aux affaires, le gérant de la société débitrice ou encore un associé⁴⁷. Bien que la nullité ne soit que relative, l'extension de ce formalisme à des personnes

³⁹ C. Dauchez, *op. cit.*, n°118 et s.

⁴⁰ Pour l'hypothèque conventionnelle, art. 2416 C. civ., 2423 C. civ., 2418 C. civ., le gage immobilier, art. 2388 C. civ., la fiducie-sûreté immobilière, art. 2019 C. civ., 2018 C. civ. et 2488-2 C. civ. Pour les sûretés mobilières : gage, 2336 C. civ. ; nantissement de meubles incorporels, 2355 C. civ. ; nantissement de créances, 2356 C. civ. ; réserve de propriété, 2368 C. civ. ; fiducie-sûreté, 2018, 2372-2 ; nantissement de fonds de commerce, L 142-3 C. com., de films cinématographiques, art. 33 C. ind. Cin., nantissement des droits d'exploitation des logiciels, L 132-34 CPI, nantissement de l'outillage et du matériel, L 525-3 C. com., le gage de stocks, L 527-1 C. com. ...

⁴¹ Ph. Simler et Ph. Delebecque, *op. cit.*, n°624 et 629 ; D. Legeais, *op. cit.*, n°459 ; voir, M. Bourassin, V. Brémond et M-N. Jobard-Bachelier, *op. cit.*, n°820, pour qui le gage est un contrat *formel* où l'écrit « paraît » s'imposer à peine de nullité ; M. Cabrillac, Ch. Mouly, S. Cabrillac et Ph. Pétel, *op. cit.*, n°764, également prudents sur la sanction de la nullité.

⁴² L. Aynès et P. Crocq, *op. cit.*, n°506 : l'écrit est « une règle de « perfection » du gage (art. 2336) c'est-à-dire de formation ; le gage cesse d'être réel, mais il devient solennel ; en l'absence de cet écrit, il est informel, non formé, ce qui paraît désigner une inexistence, plus encore qu'une nullité ».

⁴³ Voir cependant, la solution adoptée pour le gage commercial par Com. 17 février 2015, amplement commentée, not. D. 2015, p. 787, N. Borga ; RTDCiv. 2015, p. 437, P. Crocq ; JCP éd. G, 2015, 604, n°16, Ph. Delebecque ; Droit et patrimoine, octobre 2015, p. 99, Ph. Dupichot ; AJCA 2015, p. 176, C. Albiges ; Gaz. Pal. 19 mars 2015, p. 18, M.-P. Dumont-Lefrand ; Petites Affiches, 16 déc. 2015, p. 10, C. Dauchez.

⁴⁴ M. Bourassin, V. Brémond et M-N. Jobard-Bachelier, *op. cit.*, p. 114 ; D. Legeais, *op. cit.*, n°47.

⁴⁵ Not. Civ. 1^{ère}, 20 octobre 1992, *BC I*, n°259.

⁴⁶ Pour une analyse détaillée de ce mouvement, voir M. Bourassin, V. Brémond et M-N. Jobard-Bachelier, *op. cit.*, p. 115 et s.

⁴⁷ L. Aynès et P. Crocq, *Droit des sûretés*, *op. cit.*, n°210, Com. 10 janvier 2012, *BC IV*, n°2 ; Civ. 1^{ère}, 8 mars 2012, *BC I*, n°53.

dont le consentement n'a nullement besoin d'être protégé permet de constater, en droit du cautionnement, l'émergence d'un formalisme qui s'émancipe de la volonté des parties.

16. La garantie à première demande. Le mouvement touche également la garantie à première demande, qui est un contrat consensuel, bien qu'en pratique, elle soit toujours constatée dans un écrit⁴⁸. Ainsi, le législateur vient d'introduire dans le Code de l'environnement un régime impératif de constitution par écrit, même dans le cas où elle est fournie par un établissement de crédit, une société de financement, une entreprise d'assurance ou une société de caution mutuelle⁴⁹, ce qui est, par ailleurs, conforme à l'évolution des règles uniformes internationales qui optent également pour le formalisme⁵⁰. A l'étranger, le droit de l'OHADA, récemment réformé, requiert aussi l'écrit à peine de nullité de la garantie autonome alors même qu'elle ne peut être souscrite par des personnes physiques⁵¹. L'exigence d'un *instrumentum* commence donc à gagner du terrain non seulement lorsque la sûreté est conférée par une personne physique, mais également lorsqu'elle est concédée, dans des relations d'affaires d'envergure, par des personnes morales ou des établissements financiers, si bien que la protection du consentement du garant ne peut pas lui servir de fondement. D'une manière générale, la volonté en droit des sûretés a toujours été empreinte d'une certaine raideur, devant bien souvent être exprimée expressément⁵². Mais aujourd'hui, le formalisme s'émancipe de l'emprise de la volonté individuelle, qu'il concurrence au titre de la formation de la sûreté, même en droit des sûretés personnelles. La condition de forme imposée par la loi paraît bien muter en une véritable condition de fond autonome : la forme légale se substantialise et s'impose aux côtés de la volonté des parties pour former la sûreté, lui conférant une étrange mixité légale et conventionnelle.

2°) L'effet du contrat de sûreté à l'égard des tiers

17. L'hypothèque. L'émancipation du contrat de sûreté des volontés individuelles apparaît davantage encore au regard de ses effets à l'égard des tiers. Le contrat, fruit des volontés individuelles ne devrait pas pouvoir rayonner au delà des parties et, corrélativement, les tiers ne devraient pas pouvoir s'immiscer dans la relation contractuelle qui leur est étrangère (art. 1165 c. civ.). Ils doivent respecter la situation juridique née du contrat et s'abstenir de tout comportement visant à faire obstacle à son exécution⁵³. En droit des sûretés, c'est tout l'inverse. Il semblerait même que la convention n'ait été contractée que pour permettre à un tiers de s'immiscer dans une relation contractuelle à laquelle il n'est pas partie. Ainsi, suivant l'analyse traditionnelle, l'hypothèque est un droit réel et elle bénéficie de l'opposabilité absolue de tous les droits réels. Il faudrait en déduire que le transfert de propriété conclu entre le constituant et le tiers acquéreur est inopposable au créancier, dès lors que celui-ci aura préalablement inscrit son hypothèque. La publicité foncière permettrait ici de régler le conflit entre les ayants cause tenant leur droit du même auteur : l'acquéreur et le créancier hypothécaire. La vente serait donc

⁴⁸ Ph. Simler, *op. cit.*, n°974.

⁴⁹ Art. R 512-80, I, 1° et 3° du Code de l'environnement, issu du décret n°2015-1004 du 18 août 2015, art. 1^{er}, en application de l'article L 521-21, issu de la loi n°2014-366 du 24 mars 2014 pour l'accès au logement et un urbanisme rénové.

⁵⁰ La convention de la CNUDCI sur les garanties indépendantes et les lettres de crédit *stand by* prévoit « une forme préservant un enregistrement complet » du texte de l'engagement. De même, bien qu'il ne s'agisse que d'une règle à valeur contractuelle, les règles uniformes sur les garanties sur demande adoptées par la Chambre de Commerce Internationale, le 3 décembre 2009, prévoient la rédaction d'un écrit irrévocable du garant, Ph. Simler, *op. cit.*, n°904 et s. et n° 974.

⁵¹ OHADA, Acte uniforme du 15 déc. 2010 portant organisation des sûretés, art. 40 et 41 (AUS), in *Le nouvel acte uniforme portant organisation des sûretés. La réforme du droit des sûretés de l'OHADA*, dir. P. Crocq, Editions Lamy, 2012, n°153.

⁵² Pour les deux sûretés majeures : le cautionnement (art. 2292 c. civ.) ; l'hypothèque, voir C. Dauchez, *op. cit.*, n°51; v. égal. la fiducie (art. 2012). Il y a, peut-être là, matière à établir un principe de droit commun des sûretés.

⁵³ Fr. Terré, Ph. Simler et Y. Lequette, *op.cit.*, n°490.

inopposable au créancier qui pourrait saisir le bien hypothéqué entre les mains du tiers acquéreur en vertu de son droit de suite. Cette présentation est cependant « inexacte »⁵⁴, car la vente est opposable au créancier hypothécaire : « Le créancier hypothécaire ne saisit pas l'immeuble comme si la vente n'avait pas eu lieu. Le tiers acquéreur n'est poursuivi qu'en sa qualité de tiers acquéreur »⁵⁵. La convention d'hypothèque rayonne donc au delà des parties et permet l'immixtion du créancier dans le rapport du constituant et du tiers acquéreur, alors même que le contrat de vente lui est opposable. Ainsi, la procédure de purge ne purge pas le bien de l'hypothèque, car l'hypothèque n'est pas un *jus in re*, mais elle purge le contrat translatif de propriété de l'hypothèque, ainsi que l'indique l'article 2475 du Code civil (art. 2181 c. civ. originel).

18. L'inscription. Sous l'ancien droit, ce dynamisme du contrat⁵⁶ d'hypothèque était une source d'insécurité majeure dans les transactions immobilières, car l'hypothèque était occulte. Ainsi, en 1804, le législateur a soumis son opposabilité à l'accomplissement d'une formalité administrative⁵⁷ : une inscription à la conservation des hypothèques. Depuis, la convention notariée ne suffit plus à former complètement l'hypothèque ; elle donne naissance à un véritable droit d'inscription⁵⁸ soumis à un régime de nullité qui lui est propre⁵⁹, qui permet d'y voir un véritable acte juridique⁶⁰. L'opposabilité de l'hypothèque est subordonnée à l'exercice de ce droit par la formalité administrative de l'inscription⁶¹. Le formalisme *ad opposabilitatem* dans l'hypothèque participe à la formation de l'hypothèque, tout autant que l'acte notarié. La distinction traditionnelle entre le régime des inscriptions hypothécaires et celui de la publication des transactions immobilières est donc parfaitement justifiée⁶². En effet, la publicité hypothécaire légale imposée en 1804 vise à assurer la sécurité générale des transactions, car l'hypothèque permet la remise en cause des transactions immobilières par un tiers à qui elles sont opposables, tandis que la publication des transactions immobilières vise seulement à régler des conflits privés entre les ayants cause d'un même auteur.

19. Le cautionnement. *Prima facie*, le cautionnement ne porte pas atteinte au principe de l'effet relatif. En effet, la caution et le débiteur ont chacun une relation avec le créancier qui leur est propre. Cependant, s'il est tenu pour acquis que le créancier cautionné a bien deux débiteurs, l'un principal et l'autre accessoire, il faut aussi admettre que le débiteur principal a lui-même deux créanciers, l'un principal et l'autre accessoire, la caution, qui a son recours personnel contre le débiteur et peut, d'ailleurs, l'exercer à titre préventif, avant même d'avoir payé le créancier (art. 2309 et 2316 c. civ.). Le contrat de cautionnement déroge alors au principe de l'effet relatif, puisqu'il met à la charge du débiteur principal une obligation, alors qu'il n'est pas partie au

⁵⁴ L. Aynès et P. Crocq, *op. cit.*, n°689.

⁵⁵ L. Aynès et P. Crocq, *op. cit.*, n°689.

⁵⁶ Pour l'expression, L. Josserand, *op. cit.*, n°12.

⁵⁷ D'une manière générale, l'opposabilité des sûretés réelles est actuellement subordonnée à une publicité organisée par des services administratifs : le greffe des tribunaux de commerce pour le gage de droit commun, le gage de stocks, le nantissement de l'outillage et du matériel d'équipement, l'hypothèque fluviale, le nantissement de fonds de commerce ; la préfecture, pour le gage automobile ; le bureau des douanes, pour l'hypothèque maritime ; le ministère de l'aviation civile, pour l'hypothèque aérienne...

⁵⁸ Voir les observations du Tribunal de cassation, C. Dauchez, *op. cit.*, n°140.

⁵⁹ C. Dauchez, *op. cit.*, n°120 et s.

⁶⁰ M-A. Guerriero, *L'acte juridique solennel*, LGDJ, Bibl. de droit privé, t. 137, 1975, p. 214.

⁶¹ C. Dauchez, *op. cit.*, n°80.

⁶² L'inscription a toujours été considérée comme le seul mode légal de publicité de l'hypothèque (L. Aynès et P. Crocq, *op. cit.*, n°670). La connaissance par les tiers de l'existence de la sûreté n'a jamais permis de suppléer au défaut d'inscription. En jurisprudence, la solution inverse était retenue jusqu'à récemment pour la publication des transactions, voir l'évolution récente de la portée de la formalité (Civ. 3^{ème}, 12 janvier 2011, L. Aynès, *D.* 2011, p. 851 ; Civ. 3^{ème}, 15 oct. 2015, A. Posez, *D.* 2015, p. 2613, *RLDC*, mars 2016, obs. B. Parance, p. 61). La réforme du droit des obligations a mis un terme à l'alignement du régime de l'inscription et de la publication (art. 1198, al. 2 C. civ. issu de l'ordonnance n°2016-131 du 10 février 2016).

contrat de sûreté et que celui-ci peut même avoir été conclu à son insu (art. 2291 c. civ.). Par ailleurs, dès lors que l'obligation de la caution est accessoire et qu'elle emprunte son *debitum* à l'obligation principale⁶³, la portée de l'effet relatif s'en trouve considérablement atténué⁶⁴. Ainsi, la caution est admise à demander la résolution du contrat principal en cas d'inexécution par le créancier⁶⁵, la défaillance d'une condition suspensive affectant l'obligation principale au moment de son engagement⁶⁶ ou la compensation des dettes réciproques du créancier et du débiteur principal⁶⁷. Récemment, la caution solidaire, qui n'avait pas été partie à l'instance arbitrale, a été autorisée à former tierce opposition à la sentence arbitrale déterminant le montant de la dette du débiteur principal à l'égard du créancier⁶⁸. Le cautionnement paraît bien alors avoir pour unique objet d'introduire un tiers dans la relation contractuelle du créancier et du débiteur principal. Les sûretés traditionnelles ont alors pour trait commun de déroger au principe de l'effet relatif du contrat. Ainsi, le contrat de sûreté semble bien cesser « d'être un *negotium* relatif et privé, pour s'imprégner de l'acte public, susceptible de développer ses effets au-delà des parties contractantes »⁶⁹.

3°) Le contenu et la force obligatoire de la sûreté

20. Le fondement légal des droits des créanciers. Enfin, la loi établit un « règlement collectif » qui constitue le socle des droits de tous les créanciers (art. 2285 et 2286 c. civ.). Le désintéressement des créanciers s'opère par contribution sur le prix de vente des biens saisis, à moins qu'il n'y ait entre eux des causes légitimes de préférence. Ainsi, les sûretés dérogent au « règlement collectif » établi par la loi, sur lequel elles viennent se greffer. Elles sont le lieu d'une rencontre entre la volonté générale et les volontés individuelles, ce que l'on conçoit fort bien pour l'hypothèque qui confère un droit de préférence et permet au créancier qui en est titulaire d'être désintéressé avant les autres créanciers. Mais la même solution doit être admise pour le cautionnement. En effet, dès lors que la caution n'est pas personnellement débitrice du créancier⁷⁰, le créancier n'a aucune raison de saisir les biens de la caution : seuls « les biens du débiteur sont le gage commun de ses créanciers ». Le cautionnement doit donc être, lui-même, considéré comme une cause légitime de préférence. Le concours du créancier du débiteur principal avec les créanciers de la caution est une cause de préférence ; les autres créanciers doivent se contenter « des biens du débiteur ».

21. L'intervention des pouvoirs publics dans les sûretés. Par ailleurs, le législateur intervient naturellement dans le droit des sûretés qui se situe dans le prolongement de la procédure de saisie que les sûretés aménagent. C'est un lieu commun de constater que le législateur a sacrifié sur l'autel de la procédure collective les droits des créanciers titulaires de sûretés. Ainsi, à partir de 1967, le « droit des faillites » s'est transformé en un véritable « droit des entreprises en

⁶³ Voir *supra* n°10.

⁶⁴ *Rappr.* M. Bourassin, V. Brémond et M-N. Jobard-Bachellier, *op. cit.*, n°148, la possibilité pour la caution de s'immiscer dans la convention unissant le débiteur et le créancier constitue une « dérogation avérée au principe de l'effet relatif des contrats ». D'ailleurs, la Cour de cassation a surpris en refusant à la caution la possibilité d'invoquer la nullité pour dol du débiteur principal, invoquant justement que la caution n'était pas partie au contrat principal et considérant que la nullité relative fondée sur le dol était une exception purement personnelle au débiteur, qu'elle était destinée à protéger, Ch. Mixte, 8 juin 2007, *BC ch. Mixte*, n°5, L. Aynès et P. Crocq, *op. cit.*, n°129.

⁶⁵ Civ. 1^{ère}, 20 décembre 1988, *BC I*, n°368, D. 1989, p. 166, note L. Aynès ; Civ. 1^{ère}, 29 avril 1997, *BC I*, n°133, *Déf.* 1997, art. 36703, n°160, obs. L. Aynès.

⁶⁶ Civ. 1^{ère}, 29 avril 1997, *BC I*, n°133, *Déf.*, 1997, art. 36703, n°160, obs. L. Aynès.

⁶⁷ Civ. 1^{ère}, 1^{er} juin 1983, *BC I*, n°165, *RTDCiv.* 1984, p. 330, obs. Ph Rémy ; Com. 26 oct. 1999, *BC I*, n°181.

⁶⁸ Com. 5 mai 2015, *BC IV*, n°424, *RTDCiv.* 2015, p. 933, obs. Ph. Théry.

⁶⁹ Josserand, n°15 *in fine*.

⁷⁰ Voir *supra* n°10.

difficulté »⁷¹. La procédure ne vise plus à désintéresser les créanciers, mais à préserver le débiteur des mesures d'exécution dont il est l'objet, lorsqu'il exploite une entreprise « dont la survie est d'intérêt général et dont la protection relève, aux yeux du législateur, de l'ordre public économique et social »⁷². Les droits du créancier, titulaire d'une sûreté réelle constituée antérieurement à l'ouverture d'une procédure collective, ont perdu de leur efficacité contractuelle et sont soumis à une réglementation impérative à laquelle ils ne peuvent échapper⁷³, raison pour laquelle la propriété-sûreté a ressurgi⁷⁴. Les créanciers titulaires de sûretés personnelles ne sont pas eux-mêmes à l'abri de voir leurs poursuites suspendues à l'encontre de la caution du débiteur soumis à la procédure⁷⁵. Le traitement du surendettement des particuliers a également consacré des atteintes aux sûretés réelles consenties par le débiteur⁷⁶. En outre, en respect d'un impératif d'éthique contractuelle⁷⁷, en dehors de toute procédure, depuis les années 1980, le créancier se voit imposer des obligations légales qui peuvent conduire à l'extinction partielle ou totale de ses droits : obligation d'information de la caution (L 313-22 CMF, L 1^{er} mars 1984), obligation de mise en garde à l'égard de la caution non avertie⁷⁸ ou encore obligation de souscrire un cautionnement proportionné aux facultés contributives de la caution (L 332-1 c. cons.). Ces devoirs légaux ne remettent pas en cause le caractère unilatéral de la sûreté⁷⁹ ; ils invitent alors à penser que le créancier est soumis à un véritable statut qui s'impose à lui, sans qu'il puisse en négocier les termes. Ainsi, les volontés individuelles sont loin d'être maîtresses en droit des sûretés ; elles n'y font pas la loi. Cette emprise de la volonté générale, conjuguée au défaut de patrimonialité de la sûreté, conduit alors à se détourner du droit privé pour trouver la pièce manquante à la théorie générale des sûretés.

II – La pièce manquante

22. L'éclairage public du droit des sûretés. La théorie générale des sûretés ne peut émerger car elle tente de s'élever sur le patrimoine et le contrat, qui sont au demeurant des notions fondamentales de droit privé. Il faut alors chercher du côté du droit public la pièce qui lui fait défaut. En effet, si la sûreté est un droit « vide » de toute utilité matérielle privée et que les volontés privées y apparaissent étrangement mêlées à la volonté générale, il faut peut-être en déduire qu'une utilité immatérielle publique pourrait s'être glissée à l'intérieur et colorerait la

⁷¹ J. Paillusseau, *Du droit des faillites au droit des entreprises en difficulté...*, Etudes offertes à Roger Houin, problèmes d'actualité posés par les entreprises, 1985, p. 109.

⁷² Fr. Pérochon, *Entreprises en difficulté*, LGDJ, 10^{ème} éd., 2014, n°1.

⁷³ Pour un début de liste des déboires rencontrés par le créancier : il ne pourra mettre en œuvre aucune procédure d'exécution à l'encontre de son débiteur (L 622-21 c. com). Une formalité de déclaration de créance lui est imposée à peine d'inopposabilité (L 622-25 c. com.). S'il n'a pas inscrit sa sûreté, il ne peut plus le faire (L 622-30 c. com. (S), L 631-14, al. 1^{er}, c. com. (RJ), L 641-3, al. 1^{er}, c. com. (RJ) et l'interdiction de l'inscription « permet, dans le même temps, d'affecter les biens (sur lesquels aurait dû normalement porter la sûreté) en garanties de dettes nées après le jugement d'ouverture pour renforcer le crédit de l'entreprise » (M-L. Coquelet, *Entreprises en difficulté. Instruments de paiement et de crédit*, Dalloz, 5^{ème} éd., 2015, n°272). Sa sûreté réelle peut être annulée de plein droit dès lors qu'elle aura été consentie en période suspecte pour garantir une dette antérieurement contractée (L 632-1, I, 6^o c. com). Si elle y échappe, elle peut encore être annulée à titre facultatif (L 632-2 c. com.). Lors de la distribution, le créancier est primé par le super-privilège des salariés, les frais de justice, les créanciers titulaires d'un privilège de conciliation (art. 611-11 c. com.)...

⁷⁴ M. Bourassin, V. Brémond et M-N. Jobard-Bachellier, *op. cit.*, p. 763 et s.

⁷⁵ Voir not., la suspension des poursuites à l'encontre du débiteur qui profite aux personnes physiques coobligés ou ayant consenti une sûreté personnelle ou ayant affecté ou cédé un bien en garantie (L 622-28, al. 2 c. com).

⁷⁶ Not. l'inopposabilité de la sûreté à défaut de déclaration, art. L 331-3 c. cons., l'interdiction de l'inscription des sûretés au cours de la procédure de surendettement (renvoi de l'article 2427, al. 3, c. civ. au livre VI du Code de commerce)..., sur l'ensemble des implications en droit des sûretés de la procédure de surendettement, voir M. Bourassin, V. Brémond et M-N. Jobard-Bachellier, p. 275 et s. et 697 et s.

⁷⁷ M. Bourassin, V. Brémond et M-N. Jobard-Bachellier, *op. cit.*, n°265.

⁷⁸ Com. 13 février 2007, *BC IV*, n°31 ; Com. 13 nov. 2007, *BC IV*, n°236.

⁷⁹ Com. 8 avril 2015, *BC IV*, n°377, *Droit et patrimoine*, obs. Ph. Dupichot, oct. 2015, p. 82.

convention de sûreté d'une teinte publique. La sûreté privée serait ainsi l'accessoire d'une utilité publique. Cette utilité publique n'aurait jamais été perçue, tant le droit des sûretés, dont l'utilité est fondamentale à l'économie moderne, apparaît rive au droit privé. En effet, l'économie relève en principe de la sphère privée⁸⁰. Depuis la fin du XVIII^e siècle, le libéralisme a supplanté « l'étatisme économique ». La « main invisible » d'Adam Smith a recouvert le marché dont l'ordre spontané repose, depuis lors, sur le contrat et la propriété privée⁸¹. L'Etat prend en charge les activités régaliennes qui touchent aux prérogatives de « souveraineté », qui « constituent le noyau irréductible et la finalité ultime de son institution : pour le reste, il est censé n'avoir qu'un domaine d'action résiduel, lié aux défaillances ou aux insuffisances de l'initiative privée »⁸². Ses fonctions sont essentiellement politiques (armée, police, justice). Suivant cette répartition des rôles, l'Etat ne peut être titulaire d'aucune utilité économique. Cependant, il n'est pas moins vrai que les sûretés ne sont pas à leur aise en droit privé et que si la sûreté est introuvable à partir des notions fondamentales de droit privé, les recherches pourraient bien avancées si elles se tournaient vers le droit public. Il est donc possible que l'Etat joue un rôle économique en droit du crédit, mais qu'il ait été occulté sous l'influence des idées libérales. L'Etat serait un acteur majeur du crédit, si bien que les sûretés qui sont la garantie du crédit se mâtineraient d'un vernis public, qui expliquerait le caractère exorbitant du droit commun des conventions qui les constituent. Le crédit public serait donc la pièce manquante à l'élaboration de la théorie générale des sûretés. Il faut à présent le mettre à jour, ce qui suppose que l'on puisse retracer la genèse (A) d'une prérogative dont personne n'aurait, jusqu'à présent, conçu qu'elle puisse être une utilité économique étatique, pour en ébaucher la notion (B).

A – La genèse du crédit public

23. L'histoire de l'hypothèque. Pour retrouver la trace du crédit public et élaborer sa genèse, il faut partir de l'histoire de l'hypothèque qui a fondé le droit moderne du crédit au début du XIX^e siècle. En effet, l'hypothèque n'a pas toujours été cet instrument que l'on connaît. Fruit de la « mutation capétienne », elle est née au XIII^e siècle dans les forges de l'Etat. Elle s'est imposée comme un instrument de crédit fondamental à mesure de l'affermissement de l'autorité de l'Etat. A l'époque, son attribut essentiel est le droit de gage général, accompagné de deux prérogatives accessoires, le droit de préférence et le droit de suite. Puis, le Code civil a fait son œuvre, l'hypothèque a été dépossédée du droit de gage général ; privée de son attribut principal, elle s'est repliée sur ses deux attributs accessoires. L'histoire privée de l'hypothèque (1^o) a cependant occulté son histoire publique (2^o), or seule la combinaison des deux facettes de son histoire permet de retracer l'institution d'une véritable utilité économique publique : le droit de gage général.

1^o) L'histoire privée de l'hypothèque

24. L'absence d'hypothèque au Moyen Âge. Au Moyen Âge, les immeubles ne peuvent pas être saisis par les créanciers (« *Qui n'a que des immeubles est insolvable* »)⁸³. En revanche, les meubles sont saisissables, car ils sont le prolongement de la personne (« *Seuls les meubles sont sièges de dettes* »)⁸⁴. En principe, le créancier doit demander l'autorisation de la justice, bien qu'il s'en dispense souvent en pratique. La saisie a donc tendance à être privée et le créancier se fait ainsi

⁸⁰ M. Hauriou, *Précis de droit constitutionnel*, 2^{ème} éd., Dalloz 2015, reproduction du précis de droit constitutionnel de 1929, p. 105, pour la présentation de la distinction des pouvoirs économiques, qui relèvent de la sphère privée, des pouvoirs politiques, qui relèvent de la sphère publique ; J. Chevallier, *L'Etat*, Dalloz, 2^{ème} éd., 2011, p. 67, 69.

⁸¹ J. Chevallier, *op. cit.*, p. 69.

⁸² J. Chevallier, *op. cit.*, p. 67.

⁸³ J.-P. Lévy et A. Castaldo, *Histoire du droit civil*, Dalloz, 2^{ème} éd., 2010, n°697.

⁸⁴ J. Bart, *Histoire du droit privé de la chute de l'Empire romain au XIX^e siècle*, Montchrestien, 2^{ème} éd., 2009, p. 88.

justice à lui-même⁸⁵. Pour se prémunir contre l'inexécution de l'obligation, le créancier peut se faire consentir une sûreté. Dans le Haut Moyen Âge, le cautionnement est davantage pratiqué que les sûretés réelles⁸⁶. L'hypothèque est en grande partie ignorée du Moyen Âge⁸⁷. Le gage est la sûreté réelle par excellence. Il se pratique dans un premier temps sur les meubles, car la terre n'était pas susceptible d'appropriation privée, puis à partir du VI^e siècle sur les immeubles⁸⁸. Le vocabulaire emprunté par les juristes médiévaux désigne alors sous l'unique vocable *pignus* à la fois le gage et l'hypothèque⁸⁹ selon que le gage porte sur un meuble ou immeuble.

25. La naissance de l'hypothèque au XIII^e siècle. Ce n'est qu'à partir du XIII^e siècle que les créanciers demandent à leurs débiteurs « des garanties immobilières »⁹⁰ par convention spéciale insérées dans les actes notariés. Ainsi, naît l'obligation générale dont Beaumanoir cite la formule : le débiteur oblige « moi et mes hoirs et tout le mien présent et à venir, meubles et héritages »⁹¹. Cette stipulation a pour « but essentiel de conférer au créancier l'autorisation de faire vendre l'immeuble à une époque où la saisie des immeubles n'est pas admise »⁹². Jusqu'alors, le créancier était seulement autorisé à entrer en possession des biens et à se placer ainsi dans la situation d'un gagiste. L'*obligatio* se distingue alors bien « du gage, pour lequel l'idée de « placement » apparaît essentielle »⁹³. Elle « asseyait le gage des créanciers sur tout le patrimoine du débiteur ». Elle est le fruit de la combinaison d'un contrat de prêt et d'une autorisation de saisir et vendre insérée dans un acte notarié⁹⁴. A la fin du XIII^e siècle et au début du XIV^e, la doctrine prend conscience de l'identité propre du gage et de l'hypothèque⁹⁵. C'est alors, au même moment, à partir du XIV^e siècle, que l'*obligatio* change de dénomination et devient l'hypothèque⁹⁶. L'hypothèque est générale ou spéciale. Elle produit le droit de préférence et le droit de suite à partir du XIV^e-XV^e siècle⁹⁷, solution définitivement acquise au XVII^e siècle et formulée par Dumoulin dans un adage dont la formule ne sera plus remise en cause : « *Regulariter tantum operantur generalis hypotheca quantum specialis* ».

26. Les attributs de l'hypothèque sous l'ancien droit. Le droit de gage général et l'hypothèque ne font donc qu'un, ce dont il faut avoir bien conscience, et le droit de gage produit tous les effets de l'hypothèque. L'hypothèque, au sens de droit de gage général, est entendue comme un droit réel démembré qui s'ajoute à l'obligation. Ainsi, pour Pothier, « le *jus ad rem* est le droit que nous avons, non dans la chose, mais seulement par rapport à la chose, contre la personne qui a contracté envers nous l'obligation de nous la donner. C'est celui qui naît des obligations, & qui ne consiste que dans l'action personnelle que nous avons contre la personne qui a contracté l'obligation ... »⁹⁸. L'obligation se distingue ainsi de l'hypothèque, qu'il définit ainsi : « L'hypothèque, ou droit de gage, est le droit qu'un créancier a dans la chose d'autrui, qui consiste

⁸⁵ *Ibid.*

⁸⁶ *Ibid.*

⁸⁷ J. Bart, *op. cit.*, p. 89.

⁸⁸ J. Bart, *op. cit.*, p. 90 ; N. Kermabon, *La contribution romano-canonique à la distinction entre le gage et l'hypothèque (XII-XIV^e siècle)*, p. 161.

⁸⁹ N. Kermabon, *op. cit.*, p. 151.

⁹⁰ P. Ourliac et J de Malafosse, *Histoire du droit privé*, 1/Les obligations, PUF, 2^{ème} éd. 1969, n°337.

⁹¹ *Ibid.*

⁹² P. Ourliac et J de Malafosse, *op. cit.*, n°340.

⁹³ P. Ourliac et J de Malafosse, *op. cit.*, n°337.

⁹⁴ Voir, C. Dauchez, *op. cit.*, n°63 et s.

⁹⁵ N. Kermabon, *op. cit.*, p. 170.

⁹⁶ J-P. Lévy et A. Castaldo, *op. cit.*, n°761.

⁹⁷ J-P. Lévy et A. Castaldo, *op. cit.*, n°761.

⁹⁸ Pothier, *Traité sur les différentes matières de droit civil, appliquées à l'usage du barreau ; et de jurisprudence française*, t. 4, Traité du droit de domaine de propriété, Paris, chez J. Debure, MDCCLXXIV, p. 343, n°1.

à pouvoir la faire vendre, pour, sur le prix être payé de sa créance »⁹⁹. L'hypothèque est un *jus in re*, un démembrement du droit de propriété¹⁰⁰. L'obligation est soit hypothécaire, soit chirographaire, elle est, en ce dernier cas, démunie de droit de gage général¹⁰¹. Domat indique également, au livre III « Des suites qui ajoutent aux engagements, ou les affermissent » de ses Loix civiles dans leur ordre naturel, que « la première et la plus fréquente de toutes les suites des engagements, qu'ils naissent des conventions, ou qu'ils se forment sans convention, est le Gage ou Hypothèque, c'est à dire, l'affectation des biens d'une personne pour un engagement où elle se rencontre »¹⁰². L'hypothèque ou droit de gage est donc une utilité matérielle prise sur le droit de propriété qui confère au créancier le droit de vendre les biens de son débiteur. A s'en tenir là, l'hypothèque n'est qu'une utilité économique privée. Cependant, son histoire publique montre qu'elle est apparue au XIII^e siècle corrélativement à la montée en puissance de l'Etat dont elle est une véritable émanation.

2°) L'histoire publique de l'hypothèque

27. La naissance de l'Etat au XIII^e siècle et la captation du notariat. L'Etat s'est développé en opposition à l'ordre médiéval, qui avait lui-même perdu le monopole de la violence légitime¹⁰³. La royauté capétienne a reconstitué l'autorité publique. Au milieu du XIII^e siècle, la primauté de la monnaie royale¹⁰⁴ est affirmée par deux ordonnances ; les juridictions royales connaissent un véritable succès et « chapeautent toutes les autres »¹⁰⁵ : « le roi est source de toute justice ». Ainsi, à la fin du XIII^e siècle, Beaumanoir peut affirmer que chaque baron est souverain dans sa baronnie, mais que « le roi est souverain par-dessus tous »¹⁰⁶. Pour asseoir la diffusion de son autorité, la royauté capétienne s'est appuyée sur le notariat jusqu'alors sous la coupe des autorités ecclésiastiques et féodales. En effet, dans la France médiévale, les particuliers cherchent à conférer une valeur authentique à leur convention et imaginent des moyens pour qu'ils soient exécutés¹⁰⁷. L'acte authentique apparaît à partir du XII^e siècle. Celui-ci se distingue de l'acte établi par de simples particuliers, en tant qu'il émane d'une autorité détentrice du pouvoir d'imposer la *fides publica* (de délivrer des actes faisant « pleine preuve »)¹⁰⁸. Deux systèmes existent. Dans le midi de la France, sous l'influence du notariat public italien, se développe un notariat public à partir du XIII^e siècle ; les notaires instrumentaient en forme publique et ont progressivement authentifiés leurs actes, parce qu'ils les signèrent en tant que délégués de la puissance publique¹⁰⁹. Le Nord de la France connaît différentes modes d'authentification, mais peu à peu la juridiction gracieuse, sous le sceau des autorités ecclésiastiques ou féodales, les a supplantés, avant que

⁹⁹ Pothier, *Traité sur différentes matières de droit civil, appliquées à l'usage du barreau ; et de jurisprudence française*, t. 1^{er}, *op. cit.*, p. 82, n°188.

¹⁰⁰ Pothier, *Traité sur différentes matières de droit civil, appliquées à l'usage du barreau ; et de jurisprudence française*, t. 4, *op. cit.*, p. 343, n°1.

¹⁰¹ Pothier, *Traité sur différentes matières de droit civil, appliquées à l'usage du barreau ; et de jurisprudence française*, t. 1^{er}, *op. cit.*, p. 82, n°188.

¹⁰² J. Domat, *Les loix civiles dans leur ordre naturel*, 2^e éd., MDCXCVII, t. 2, chez P. Aubouin, P. Emery et Ch. Clouzier, p. 168.

¹⁰³ Ph. Sueur, *Histoire du droit public français*, t. 1, *La constitution monarchique*, Thémis, 4^e éd., 2008, p. 26.

¹⁰⁴ J.-L. Harouel, J. Barbey, E. Bournazel et J. Thibault-Payen, *Histoire des institutions de l'époque franque à la Révolution*, PUF, 11^e éd., 2006, n°279.

¹⁰⁵ R. Beauthier, *Droit et genèse de l'Etat*, 4^e éd., Editions de l'université de Bruxelles, 2011, p. 232.

¹⁰⁶ J.-L. Harouel, J. Barbey, E. Bournazel et J. Thibault-Payen, *op. cit.*, n°279.

¹⁰⁷ R.-H. Bautier, *L'authentification des actes privés dans la France médiévale. Notariat public et juridiction gracieuse*, in *Chartes, Sceaux et chancelleries. Etudes de diplomatique et de sigillographie médiévales*, t. 1, Paris, Ecole des Chartes, 1990, (Mémoires et documents de l'Ecole des Chartes, 34), p. 269.

¹⁰⁸ Fr. Roumy, *Les origines canoniques de la notion moderne d'acte authentique ou public*, in *Der einfluss der kanonistik auf die europäische rechtskultur*, t. 2 : *Öffentliches Recht*, éd. F. Roumy, M. Schmoeckel, O. Condorelli, Köln-Weimar-Wien, 2011, p. 337.

¹⁰⁹ Fr. Roumy, *Histoire du notariat et droit notarial en France*, in *Handbuch zur geschichte des notariats der europäischen traditionen*, M. Schmoeckel et W. Schubert (éd.), Baden-Baden, Nomos, 2009, p. 127.

d'être, elle-même, « captée par l'autorité royale dans sa marche vers la centralisation monarchique »¹¹⁰. Après bien des évolutions, dues « à l'évolution de la pratique et aux efforts déployés par les Capétiens pour tenter d'unifier les règles gouvernant les terres progressivement rattachées à la Couronne »¹¹¹, les deux systèmes confluent. Puis, le notariat méridional fut absorbé par le développement du notariat royal et un tabellionage fut mis en place au nord. Au XV^e siècle, le renforcement de l'autorité royale conduit à une fusion des fonctions de tabellion et de notaire¹¹². Le notariat est alors définitivement lié à l'autorité du Roi.

28. L'hypothèque, attribut de l'authenticité¹¹³. Parallèlement, la force des actes notariés ne cesse de se renforcer. Au début du XIV^e siècle, les actes de justice volontaire des notaires ont la même force que ceux établis par le juge. Les notaires sont investis du droit de dessaisir le vendeur et d'investir l'acquéreur, leurs actes produisent de plein droit le transfert de propriété et ils en viennent à produire de plein droit l'hypothèque générale sur tous les biens présents et à venir du débiteur¹¹⁴. Les juridictions volontaire et contentieuse sont séparées au milieu du XVI^e siècle, ce qui interdit au juge de recevoir les actes de juridiction gracieuse. A partir du XVI^e siècle¹¹⁵, les actes notariés sont seuls suffisants pour produire l'hypothèque. L'hypothèque, dit-on, est tacite, il n'y a plus besoin d'insérer de clause expresse dans les actes notariés pour la faire produire. Ainsi, l'hypothèque est instituée par l'autorité du roi, solution résumée par L'Hommeau dans une maxime célèbre : « *L'hypothèque ne vient pas de la convention des parties, mais de l'autorité du roi* »¹¹⁶. Pothier le confirme : « L'autorité publique du sceau dont ils sont munis est ce qui leur fait produire hypothèque »¹¹⁷. Ainsi, l'obligation constatée par acte notarié, dénommée l'« obligation notariée », accorde au créancier le droit de gage général, et ses attributs ; le titulaire d'une obligation par acte sous seing privé n'est que chirographaire. Il doit aller en justice pour obtenir l'hypothèque. Sous l'ancien droit, c'est donc le titre authentique, jugement ou acte notarié, qui institue le créancier hypothécaire. Le droit de gage général est intimement lié à l'autorité de l'Etat qui s'est progressivement affirmée à partir du XIII^e siècle.

29. La « mutation napoléonienne ». Le Code civil a réformé en profondeur l'hypothèque. Il en a changé la conception. L'hypothèque de l'ancien droit a été divisée en deux. D'un côté, son attribut essentiel, le droit de gage général a trouvé place dans l'article 2092 du Code civil originel en tête de son 18^{ème} titre « Des privilèges et hypothèques » au sein du 1^{er} chapitre sur les dispositions générales. D'un autre côté, le droit de suite et le droit de préférence, privés de leur attribut essentiel, ont formé l'hypothèque moderne. « L'extraction » du droit de gage général de l'hypothèque, conçue comme un démembrement de propriété, a consacré sa dématérialisation. Le droit de gage général n'est plus un droit patrimonial. Il était parvenu à maturité avec l'Etat dont il est l'émanation ; il s'est déclaré en 1804 comme une utilité économique dégagée de toute emprise matérielle privée. La « mutation napoléonienne » de l'hypothèque a bien eu lieu, mais elle n'a pas reçu de consécration conceptuelle. L'autonomie du droit de gage général n'a jamais été reconnue, car il a tout de suite été « capturé » par l'obligation dont il est devenu la sanction, passant du *jus in re* au *jus ad rem*, tandis que ses anciens attributs secondaires sont demeurés, dans un premier temps, dans la propriété. Ainsi, le droit de gage général n'est pas considéré comme une utilité économique en droit moderne ; il est tenu au secret de l'obligation, ce qui empêche toute

¹¹⁰ R-H. Bautier, *L'authentification des actes privés dans la France médiévale. Notariat public et juridiction gracieuse*, op. cit., p. 271.

¹¹¹ Fr. Roumy, *Histoire du notariat et droit notarial en France*, op. cit., p. 129.

¹¹² Fr. Roumy, *Histoire du notariat et droit notarial en France*, op. cit., p. 130.

¹¹³ Pour cette évolution, voir C. Dauchez, op. cit., n°66 et.

¹¹⁴ P. Ourliac et J. de Malafosse, op.cit., n°339 : « A Rome, l'hypothèque naissait de la simple volonté des parties. En France, l'apparition des premières obligations générales ou spéciales est liée à la pratique des lettres de juridictions : lettres d'officialités ou lettres scellées du sceau royal ; à Paris, lettres du Châtelet ».

¹¹⁵ J-P. Levy et A. Castaldo, op. cit., p. 1118.

¹¹⁶ J-P. Levy et A. Castaldo, op. cit., p. 1118.

¹¹⁷ Cité par A. Colin et H. Capitant, *Cours élémentaire de droit civil français*, t. 2, Dalloz, 6^{ème} éd., 1931, p. 876.

construction de la théorie générale des sûretés dont il est pourtant le catalyseur, car il forme le principal de la sûreté. La position qu'il occupe actuellement dans le Code civil, en tête du livre IV sur les sûretés, indique qu'il est aujourd'hui l'heure de lui donner sa place en droit moderne, sous la forme du *crédit public*.

B) La notion de crédit public

30. La conception libérale de l'Etat. Selon la fameuse définition héritée des Institutes de Justinien, l'obligation est « un lien de droit (*vinculum juris*) par la rigueur duquel nous sommes astreints à exécuter une prestation conformément au droit de notre cité »¹¹⁸. La formule a prospéré sous la plume des plus grands auteurs : « On appelle obligation civile celle qui est un lien de droit, *vinculum juris*, et qui donne à celui, envers qui elle est contractée, le droit d'exiger en justice ce qui y est contenu »¹¹⁹. Elle est reprise par les manuels contemporains sans autre discussion¹²⁰. L'Etat intervient en vue de sanctionner l'obligation : il est le justicier de l'obligation dont il assure l'exécution forcée, en exerçant un pouvoir de contrainte sur les biens de son débiteur. L'Etat libéral n'assume ainsi qu'une fonction politique, « vide » de toute utilité économique. En réalité, suivant sa genèse, le droit de gage général n'est pas inhérent à l'obligation dont il se distingue. Il est une utilité économique immatérielle qui lui est adjointe. Certes, le droit de gage général ne rend pas riche le créancier, mais l'économie ne se réduit pas à la richesse. Le droit de gage rend le créancier confiant, ce qui est certainement une utilité économique moderne spécifique. *Richesse* et *confiance* ne se confondent pas, mais notre conception juridique de l'économie est uniquement tournée vers les utilités matérielles qui enrichissent les individus. Ainsi, notre conception libérale de l'Etat, tout autant que notre vision matérialiste de l'économie, empêche l'émergence du crédit public. Pourtant, le droit de gage général ne permet pas l'exécution de l'obligation (1°), il n'en est pas la sanction ; il en assure la liquidation (2°) et lui confère ainsi du crédit monétaire.

1°) L'exécution de l'obligation

31. In obligatione/ in solutione. Il n'y a d'obligation qu'autant que le créancier peut demander le secours de la justice étatique pour obtenir l'exécution forcée de la prestation qui lui est due par le débiteur. Le *vinculum juris* est un lien de justice d'Etat ; il est un lien public dès lors qu'il subordonne les individus au pouvoir de contrainte de l'Etat. La justice d'Etat n'assume alors qu'un rôle politique. Ce que le débiteur doit, la justice le lui impose par la force dont l'Etat a le monopole. Le créancier est titulaire d'une action personnelle, exercée *in personam* et ne peut donc l'être qu'à l'encontre du débiteur (ou de ses ayants cause)¹²¹ pour obtenir l'exécution de la prestation due¹²². La sanction étatique est donc l'exécution forcée de la prestation. Aussi, que l'exécution de l'obligation soit volontaire ou forcée, ce qui est dû *in obligatione* doit se retrouver *in solutione*. L'*obligatio* n'ajoute rien au substrat économique du *debitum*. Elle l'enveloppe de la force de la justice étatique dont elle ne peut s'émanciper.

32. L'exécution indirecte de l'obligation. Pourtant, il est aujourd'hui unanimement admis que « la force contraignante dont l'obligation est [...] assortie se manifeste normalement dans des

¹¹⁸ J. Gaudemet, *Naissance d'une notion juridique, les débuts de l'obligation dans la Rome antique*, in *L'obligation*, APD, 2000, p. 29.

¹¹⁹ Pothier, *Traité sur les différentes matières de droit civil, appliquées à l'usage du barreau ; et de jurisprudence française*, t. 1, *op. cit.*, n°173.

¹²⁰ Ph. Jestaz, *La sanction ou l'inconnue du droit*, D. 1986, p. 197 ; E. Jeuland, *L'énigme du lien de droit*, RTDCiv. 2003, p. 455 et s.

¹²¹ L. Cadiet et E. Jeuland, *Droit judiciaire privé*, LexisNexis, 9^{ème} éd., 2016, n°338.

¹²² Pothier, *Traité sur les différentes matières de droit civil, appliquées à l'usage du barreau et de jurisprudence française*, t. 4, *op. cit.*, p. 343.

pouvoirs reconnus au créancier sur le patrimoine du débiteur »¹²³. Ainsi, le droit de gage général est la sanction de l'obligation. Cette présentation introduit une distorsion entre l'*obligatio* et le *debitum*. En effet, l'*obligatio* ajoute alors un supplément économique au *debitum*. Elle autorise le créancier à demander en justice la liquidation des biens du débiteur corrélative à une liquidation de la créance pour obtenir un règlement en monnaie étatique. Ainsi, le créancier poursuit autre chose que ce qui lui est dû, et ce quelle que soit la nature de la créance inexécutée¹²⁴. Le droit de l'exécution n'est donc « pas totalement soluble dans le droit des obligations »¹²⁵. On pourrait objecter, lorsque l'obligation est monétaire, que la saisie permet d'obtenir l'exécution par équivalent de l'obligation, car à l'issue de la procédure le créancier obtient ce qui lui est dû : une somme d'argent. Cependant, si le créancier reçoit bien *in solutione*, ce qui lui a été promis *in obligatione*, l'utilité économique du droit de gage général ne réside pas dans la richesse qu'il apporte au créancier, mais dans la fonction liquidative exercée par l'Etat¹²⁶ qui traduit l'existence d'un pouvoir de contrainte monétaire. Il y a là une utilité économique immatérielle mise à disposition des particuliers par l'Etat par la voie de la saisie. Le droit de gage général n'est donc pas la simple sanction de l'obligation. Il est une utilité économique sanctionnée par des actions qui lui sont propres et qui préexistent, d'ailleurs, à l'inexécution de l'obligation : l'action paulienne et l'action oblique. La sanction ne saurait précéder l'inexécution. Si elle la précède, c'est qu'elle sanctionne autre chose que l'obligation. Le droit de gage général est donc structurellement autonome de l'*obligatio*.

33. La dimension indemnitrice de l'obligation. Pour expliquer cette distorsion entre le *debitum* et l'*obligatio*, on préfère ajouter une dimension indemnitrice au *debitum* : « Outre le devoir qui oblige le débiteur à effectuer sa prestation, l'obligation comporte une dimension indemnitrice qui permet au créancier impayé d'obtenir réparation de l'inexécution de ce devoir grâce à l'argent qu'il peut obtenir de la vente forcée des biens de son débiteur »¹²⁷. Le droit de gage général sanctionnerait ainsi l'obligation dont la nature serait substantiellement indemnitaire¹²⁸. La spécificité de la sanction conduit alors à remodeler le *debitum* à l'aune de l'*obligatio*. Cependant, plutôt que de métamorphoser l'économie de l'obligation, remontant le chemin de l'histoire du droit de gage général, qui n'a jamais été considéré sous l'ancien droit comme la sanction de l'obligation, on doit présenter le droit de gage général comme un attribut fonctionnel doté d'une utilité économique distincte de l'obligation : le crédit de l'obligation qui permet aux particuliers de demander à l'Etat d'en obtenir la liquidation en justice.

2°) La liquidation de l'obligation

34. Confusion de l'obligation et du crédit. Actuellement, la créance est confondue avec le crédit, qui désigne l'opération par laquelle une personne met une somme d'argent à la disposition d'une autre personne. Or, le crédit désigne également la *confiance*. La conception actuelle de l'obligation regroupe et confond la *richesse* (la créance) et la *confiance* (le droit de gage général). Les deux notions sont, on l'a déjà dit, des utilités économiques distinctes, mais l'obligation a couronné la première asseyant ainsi son règne sur les mérites de la seconde. Le crédit est l'élan économique de l'obligation avec laquelle il ne se confond pas. On pourrait même dire qu'il la précède toujours ; il est le levier économique de l'obligation. Par ailleurs, la confiance qu'il génère

¹²³ J. Carbonnier, *Droit civil*, vol. II, *Les biens. Les obligations*, Quadrige, 1^{ère} éd., 2004, n°1281; Fr. Terré, Ph. Simler et Y. Lequette, *op. cit.*, n°1096 ; J. Mestre, E. Putman et M. Billiau, *op. cit.*, n°115.

¹²⁴ N. Cayrol, *Droit de l'exécution*, LGDJ, 2^{ème} éd., 2016, n°378.

¹²⁵ *Ibid*, n°24.

¹²⁶ *Rappr.* N. Cayrol, *op. cit.*, n°378 : « En effet, avant de recevoir ce qui lui est dû, c'est-à-dire de l'argent, le créancier doit s'emparer d'une chose qui ne l'intéresse pas (ou qui ne le désintéresse pas), puis la fait vendre et, enfin seulement, se payer sur le prix. Voilà bien une exécution indirecte »

¹²⁷ Fr. Zenati-Castaing et Th. Revet, *op. cit.*, n°1 ; F. Rouvière, *L'obligation comme garantie*, RTDCiv., 2011, p. 2.

¹²⁸ Fr. Zenati-Castaing et Th. Revet, *op. cit.*, n°1 ; F. Rouvière, *op. cit.*, p. 2.

ne sert pas seulement l'intérêt du créancier, mais également l'intérêt général. En effet, l'économie de marché repose sur la confiance des acteurs économiques, qui sont autant d'acteurs juridiques. Le crédit sécurise ainsi non seulement le créancier, agent économique individuel, mais participe également à sécuriser l'économie nationale en suscitant la confiance collective. L'Etat est alors un acteur majeur du crédit, dont il assure la protection et la promotion en mettant sa force au service de l'économie. Ce rôle de l'Etat au service de l'économie a été étouffé par l'approche individualiste et matérialiste du droit privé qui a permis à l'obligation privée de tenir le crédit public sous son emprise.

35. Une prérogative de puissance publique. Pour dégager le crédit de l'obligation, il faut partir de la présentation traditionnelle du droit de gage général. Il est considéré comme la sanction de l'obligation. En dépit de la dénomination de « droit » de gage général, il est alors seulement l'action qui sanctionne le droit subjectif, prérogative individuelle qui existe sur la tête d'une personne, titulaire du droit¹²⁹. En réalité, le législateur, en 1804, en ouvrant l'action de saisie à tout créancier a mis à disposition de chacun le crédit de l'Etat. Tout créancier peut exercer par l'intermédiaire de la justice étatique le crédit, qui est une prérogative de puissance publique. En effet, le crédit suppose la contrainte et la monnaie étatique. Ces attributs ont été monopolisés par l'Etat à compter du XIII^e siècle, époque à laquelle est né le droit de gage général au Moyen âge. L'Etat est, depuis lors, en mesure d'exercer un pouvoir de contrainte monétaire sur les particuliers ; il peut se passer du consentement du débiteur pour le dessaisir de ses biens, l'obligé à les vendre et lui imposer un règlement dans sa monnaie qui est l'équivalent général¹³⁰, sur leur prix de vente. La monnaie et la contrainte sont alors à la source d'un pouvoir économique de contrainte non patrimonial, celui de liquider. L'Etat qui les monopolise peut faire crédit¹³¹.

36. Une utilité économique publique. Le droit de gage général n'exécute donc pas l'obligation, mais il la liquide. Une somme d'argent est remise au créancier, peu importe ce qui était promis, que l'objet de l'obligation soit monétaire ou en nature. Cet équivalent monétaire de la créance est pris sur le prix de vente des biens du débiteur. Ainsi, la saisie peut porter de manière indifférenciée sur n'importe quel bien appartenant au débiteur, pour liquider n'importe quelle obligation. Le crédit est marqué par l'indifférence à l'identité des biens et des créances. Le pouvoir de liquider suppose la patrimonialité des biens saisis et des obligations... mais il n'est pas « pris » sur le droit de propriété, il n'en est pas un démembrement. L'Etat crédite ainsi toute obligation d'un pouvoir de contrainte monétaire qui rassure le créancier, bien qu'il ne l'enrichisse pas, tout comme le débiteur ne s'en appauvrit pas. Le créancier, titulaire du droit de gage général, n'est donc « pas plus riche », mais il est « plus sûr ». A l'inverse, le débiteur qui subit la saisie ne s'appauvrit pas du crédit, mais de sa créance. Le pouvoir de contrainte monétaire n'est pas un droit patrimonial¹³² ; il est une utilité économique publique. En revanche, lorsque l'exécution forcée est directe, que le créancier reçoit l'exécution de la prestation, même monétaire, l'Etat ne fait qu'assurer l'exécution de l'obligation. Il ne la liquide pas. Il n'exerce pas de rôle économique spécifique. Il assure simplement la justice de l'obligation.

37. Une atteinte à la liberté individuelle. Le crédit ne doit donc pas être envisagée sous la question de la patrimonialité, bien qu'il la suppose, mais plutôt sous l'angle de la liberté. Il consacre une atteinte à la liberté individuelle du débiteur dans l'intérêt général. On peut même

¹²⁹ Vocabulaire juridique, sous la direction de G. Cornu, *op. cit.*, V^o Subjectif.

¹³⁰ Th. Revet, *L'argent et la personne*, ADP 42 (1997), p. 43.

¹³¹ L'Etat n'est lui-même pas soumis à la procédure de saisie, v. l'insaisissabilité du domaine privé, art. L. 2311-1 du CGPPP.

¹³² L'absence de patrimonialité est une des caractéristiques du pouvoir d'Etat, M. Hauriou, *Précis de droit constitutionnel*, 2^{ème} éd., Dalloz, 2015, p. 105 : « Historiquement, au moyen âge, lorsque le pouvoir d'Etat se reconstitue sous le nom de pouvoir royal, c'est bien comme un pouvoir purement politique qu'il se dégage progressivement des éléments de patrimonialité de l'organisation féodale et, par conséquent, de la propriété des terres ».

aller jusqu'à dire qu'il est un service public. Sous l'ancien droit, le notariat assumait la diffusion du crédit de l'Etat dans l'économie privée. En effet, la plupart des obligations étaient consenties sous forme notariée pour conférer au créancier le droit de gage général : le débiteur venait volontairement requérir le crédit de l'Etat auprès du notaire, délégataire de la puissance publique. « L'obligation hypothécaire » n'était qu'un acte de soumission volontaire du débiteur au pouvoir de contrainte monétaire de l'Etat. Le créancier hypothécaire, quant à lui, ressortait de l'office notarial « fort » du crédit de l'Etat, mais pas plus riche. Depuis le Code civil, la requête officielle auprès d'un représentant de l'Etat n'est plus nécessaire. La loi crédite *de plano* tout débiteur, car si le crédit public chirographaire emporte une atteinte à la liberté individuelle du débiteur, elle n'entraîne plus de conséquences pour les tiers, qui n'ont plus à subir les risques du crédit public, dès lors que le droit de suite et le droit préférence en ont été détachés. Toutefois, si le crédit n'est plus judiciairement concédé, il est en revanche exercé sous contrôle de l'autorité judiciaire, gardienne des libertés individuelles, tant la puissance monétaire étatique porte atteinte à la liberté du débiteur.

38. Vers un droit des sûretés mixte. La théorie générale des sûretés ne peut donc prendre son envol, car il lui manque un personnage majeur : l'Etat. Cantonné à une fonction politique, il n'est pas un acteur de l'économie moderne monopolisée par la sphère privée. Pourtant, il joue un rôle économique majeur. Il est le maître du *crédit*, véritable utilité économique publique, dont les sûretés sont autant d'instruments accessoires mis à disposition des particuliers pour en renforcer les effets. Cette approche publique de la sûreté pourrait permettre de trouver la cohérence de la matière. On craindra peut-être une « outre-publicisation » des sûretés, car c'est vrai qu'il y a là plus¹³³ qu'une « pénétration du droit civil par les disciplines et par l'esprit du droit public »¹³⁴ déjà décrite par Josserand. Plus qu'un contrat « dirigé »¹³⁵, la sûreté est un contrat « digéré » par l'Etat dont la monnaie diffuse la confiance et la contrainte dans les relations privées. L'évolution n'est pas blâmable en soi ; elle ne doit tout simplement pas, pour reprendre une dernière fois les mots de Josserand, « conduire au désordre et à l'arbitraire, mais à l'organisation et la sécurité »¹³⁶. Par ailleurs, ce serait une vision bien simpliste de considérer que la sûreté s'arrête aux intérêts privés. La sûreté a un versant collectif qui lui échappe ; les volontés privées s'unissent à la volonté collective tendue vers la protection de l'intérêt général. Cette dimension collective de la sûreté, dont l'Etat est le pivot, a été occultée par l'approche individualiste et matérialiste du droit des sûretés adoptée en droit privé. Pourtant le droit privé et le droit public ne doivent pas s'ancrer dans un rapport de force stérile, mais se sustenter l'un de l'autre pour tenter de résoudre la « contradiction fondamentale de la condition humaine d'être à la fois individuelle et collective »¹³⁷. Le droit des sûretés serait alors un droit « mutant »¹³⁸ destiné à rejoindre la cohorte des droits mixtes.

¹³³ Les propos ici tenus ne sont nullement à attribuer à Josserand dont une partie de l'œuvre est consacrée à la critique de la « publicisation » du contrat. Cependant, son souci de l'équilibre et de la mesure a également été souligné, J.-P. Chazal, « *Relire Josserand* », *oui mais... sans le trahir !*, D. 2003, p. 1777, not. n°2 : ainsi, « loin de s'insurger contre l'évolution du droit qui tend à assurer le primat du collectif sur l'individuel, de l'intérêt général sur l'égoïsme, de la dimension sociale des droits subjectifs sur leur conception absolutiste, Josserand l'a, durant sa carrière, encouragée et approuvée ».

¹³⁴ L. Josserand, *La « publicisation » du contrat*, *op. cit.*, p. 143.

¹³⁵ L. Josserand, *Le contrat dirigé*, D.H., 1933, p. 89 et.

¹³⁶ L. Josserand, *op. cit.*, n°24.

¹³⁷ J. Gicquel et J.-E. Gicquel, *Droit constitutionnel et institutions politiques*, LGDJ, Lextenso éditions, 30^{ème} éd., 2016, n°33 et s., sur cette contradiction, conception du doyen M. Hauriou reprise par les auteurs.

¹³⁸ Pour l'emploi de l'expression à propos des contrat dirigés, Ph. Delebecque, *op. cit.*, p. 265.