



HAL
open science

La justice par les barèmes et la statistique

Frédéric Rouvière

► **To cite this version:**

Frédéric Rouvière. La justice par les barèmes et la statistique. RTDCiv. Revue trimestrielle de droit civil, 2022, 02, pp.502. halshs-03737111

HAL Id: halshs-03737111

<https://shs.hal.science/halshs-03737111>

Submitted on 6 Sep 2023

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.

L'influence de la nature des choses sur le régime des sûretés

A. Hontebeyrie, *Le nouveau droit commun du gage dans la réforme des sûretés*, JCP N 2021. 1331 ; C. Séjean-Chazal, *Le gage du Code civil retrouve ses lettres de noblesse*, JCP suppl. au n° 43-44, 2021. 40 ; A. Aynès, *Gage-espèces et cession civile à titre de garantie dans la réforme des sûretés*, JCP N 2021. 1334 ; P. Delebecque, *Le gage des stocks*, RLDA nov. 2021, suppl. 175 ; O. Deshayes, *La cession de créance de droit commun à titre de garantie. Révolution dans le monde des sûretés sur créances ?*, JCP E 2021. 1493 ; D. Legeais et E. Pichat, *Le gage-espèces et la cession de créance : quelles opportunités ?*, Defrénois, 25 nov. 2021, p. 23 ; M. Julienne, *Les sûretés sur la monnaie au lendemain de l'ordonnance du 15 septembre 2021*, RDC 2021. 101 ; D. Houtcieff, *La sûreté réelle pour autrui*, RDC 2021. 115 ; J.-J. Ansault, *Les sûretés réelles consenties en garantie de la dette d'autrui : un choix légistique discutable ?*, D. 2022. 237

Frédéric Rouvière

Professeur à l'Université d'Aix-Marseille

Laboratoire de théorie du droit

Au sein de la réforme des sûretés par l'ordonnance du 15 septembre 2021, nous proposons de mettre en lumière une idée qui existe seulement en filigrane dans les nombreux commentaires qu'elle a suscités.

En effet, au-delà des changements des solutions techniques, il apparaît que le régime des sûretés réelles est notablement influencé par la nature des choses sur lesquelles elles portent.

Désormais, la réforme prend le parti de distinguer les sûretés réelles selon que les biens sont affectés au paiement préférentiel ou exclusif du créancier (C. civ., art. 2323). Cette distinction est construite à partir de l'exemple-type de la clause de réserve de propriété qui donne un droit exclusif. Dès lors, soit c'est *un droit* qui est affecté à titre de garantie (le titre de propriété), soit c'est *un bien* ou un ensemble de biens qui répond de la dette (l'assiette de la sûreté).

Bien entendu, les deux se croisent : le titre permet de prétendre à la valeur du bien et le droit sur un bien permet d'en appréhender également la valeur. Et c'est justement pour comprendre les situations ambiguës qu'il faut aussi tenir compte de la nature des choses elles-mêmes, de leur consomptibilité et fongibilité d'une part, et du fait qu'elles ont la nature de biens d'autre part.

Commençons par la consomptibilité et la fongibilité.

Pour illustrer cette influence, nous pouvons d'abord citer l'admission du gage sur choses fongibles « qui enregistre de substantielles modifications » (A. Hontebeyrie, n° 14). Le constituant peut aliéner les choses gagées à charge de les remplacer par une quantité équivalente. C'est désormais le principe pour les gages avec ou sans dépossession, sauf clause contraire pour ces derniers. En cas d'aliénation, c'est alors le mécanisme de la subrogation réelle qui prend le relais (A. Hontebeyrie, n° 15). « La possibilité d'aliéner les biens grevés, qui est de l'essence de cette sûreté, est ainsi clairement mise en avant » (C. Séjean-Chazal, n° 19).

À cet égard, il semble que c'est la double nature consomptible et fongible de la chose qui dicte la possibilité de l'aliéner, autrement dit de modifier l'assiette du gage. Cette solution évoque celle admise en matière de prêts de choses consomptibles et fongibles (C. civ., art. 1893) mais encore dans le quasi-usufruit, où la chose consomptible et fongible peut être aliénée, à charge de la remplacer à l'extinction de l'usufruit (C. civ., art. 587). On pourrait dire que la propriété des choses objet du gage est ici transmise « par accident » (A. Aynès, n° 14) et non comme la visée principale de la sûreté.

Cette façon de raisonner permet de prendre parti sur la question de savoir à quelle date l'inclusion des nouveaux biens

est opposable aux tiers. Est-ce à la date du gage lui-même (oui selon P. Delebecque, n° 4 et C. Séjean-Chazal, n° 19) ? Ou n'est-ce pas plutôt à la date d'acquisition du nouveau bien (oui selon A. Hontebeyrie, n° 17) ? Si le créancier bénéficiaire n'est pas propriétaire, il ne saurait pourtant prétendre avoir une exclusivité sur les choses avant qu'elles n'intègrent le stock. C'est la date de l'acquisition qui doit être retenue. On voit ici l'influence de la nature des choses. Le créancier a un droit sur le stock et seulement par extension sur les choses qui le composent.

Le même raisonnement peut être repris pour expliquer le régime d'une innovation notable de la réforme : la cession de créance à titre de garantie. Elle était jusqu'alors interdite par les juges qui n'autorisaient que le nantissement des créances. Désormais, c'est la titularité même de la créance qui peut être transmise. Dès lors, la différence avec le nantissement découle du transfert du droit lui-même. Si plusieurs nantissemments de la même créance sont possibles, ce ne peut être le cas pour une cession. En outre, comme la créance cédée se trouve forcément dans l'actif du cessionnaire, elle peut être saisie par ses propres créanciers (O. Deshayes, n° 14).

Pour tout le reste, c'est la nature de la créance qui unifie le régime. Le nantissement de créance et sa cession à titre de garantie emportent alors sur tous les autres points le même régime : « les formalités de constitution des sûretés sont les mêmes ; le champ d'application *ratione personae* est le même ; l'aptitude à appréhender des créances futures est la même ; les règles d'opposabilité de la sûreté aux tiers et au débiteur de la créance sont les mêmes ; les règles de preuve de la date de l'acte le sont également, comme le sont les règles d'opposabilité des exceptions par le débiteur de la créance » (O. Deshayes, n° 13). L'influence de la nature de chose incorporelle sur le régime se vérifie.

On peut encore observer cette réalité avec la consécration légale du gage-espèces, déjà connu en jurisprudence. Cette fois, le transfert de propriété des sommes d'argent ne découle pas de la nature fongible du bien (la monnaie) mais du transfert du droit lui-même. Le créancier a alors en principe la libre disposition des sommes affectées en garantie (A. Aynès, n° 14). En outre, le créancier gagiste n'est pas affecté par l'ouverture d'une procédure collective contre son débiteur : c'est bien le créancier qui est le véritable titulaire du droit de propriété, ce qui justifie en outre qu'il puisse librement disposer de la somme cédée (D. Legeais et E. Pichat, p. 23-24).

C'est toujours l'influence de la nature de la chose qui permet de comprendre cette fois le régime du nantissement de monnaie. En effet, la fongibilité de la monnaie « brouille la distinction entre transfert de la propriété et transfert de la possession » (M. Julienne, n° 3). Si la créance peut faire l'objet de deux modalités (nantissement ou cession), il devrait, par symétrie, en aller de même pour la monnaie qui devrait pouvoir être nantie. À cet effet, elle sera alors remise au créancier et individualisée sur un compte qui n'entrera pas dans le gage de ses propres créanciers (M. Julienne, n° 21). On comprend alors que seule la nature fongible de la monnaie explique que le créancier non propriétaire puisse l'aliéner à charge de conserver en permanence une quantité suffisante (M. Julienne, n° 22).

L'importance d'une réflexion sur la nature de la chose se note encore pour conceptualiser le nantissement de monnaie par affectation d'un compte ouvert au nom du débiteur (M. Julienne, n° 26). Cette fois, il faut appréhender la monnaie comme réalité scripturale (corporelle) pour concevoir qu'elle puisse être affectée au paiement d'une créance sans être remise au créancier et sans qu'il en ait la propriété. C'est de cette réalité propre qu'un régime propre peut émerger. Une fois encore, l'influence de la nature de la chose est décisive. Elle valide le fameux principe méthodologique « différence de nature = différence de régime ».

Il en va de même avec la qualification de bien.

Prenons le fameux débat sur le cautionnement réel donné par un tiers : est-il une sûreté personnelle ou réelle ? La réforme est cohérente en réservant le qualificatif de sûreté réelle à celles qui portent sur des biens ou des ensembles de biens et donc en définitive sur des choses. *A contrario*, l'actif d'un patrimoine, qui sert d'assiette pour les obligations (C. civ., art. 2284), porte sur une universalité qui contient tous les biens en relation avec une personne. S'il peut y avoir un cumul de sûretés (réelle et personnelle), il ne saurait y avoir de mélange. Ainsi se trouve consacrée la dernière jurisprudence sur ce point (Cass., ch. mixte, 2 déc. 2005, n° 03-18.210, D. 2006. 729, concl. J. Sainte-Rose ; *ibid.* 61,

obs. V. Avena-Robardet ; *ibid.* 733, note L. Aynès ; *ibid.* 1414, obs. J.-J. Lemouland et D. Vigneau ; *ibid.* 2855, obs. P. Crocq ; AJ fam. 2006. 113, obs. P. Hilt ; RTD civ. 2006. 357, obs. B. Vareille ; *ibid.* 594, obs. P. Crocq ; RTD com. 2006. 465, obs. D. Legeais). L'action du créancier ne porte que sur le bien affecté en garantie (C. civ., art. 2325). Cette action est réelle car elle porte sur *un* bien et non pas personnelle, ce qui impliquerait qu'elle porte sur l'ensemble de l'actif.

Néanmoins, un auteur hésite sur la séparation entre les natures réelle et personnelle puisque le législateur fait le choix d'un régime mixte. Il renvoie en effet à plusieurs dispositions du droit du cautionnement : devoirs de mise en garde, obligations d'information, bénéfice de discussion, bénéfice de subrogation (J.-J. Ansault, n° 8). Pourtant, d'un autre côté, la mention manuscrite n'est pas exigée témoignant « de la nature exclusivement "réelle" de l'engagement du tiers garant » (J.-J. Ansault, n° 8).

Une nouvelle fois, la clé est dans l'objet de la sûreté. On peut alors distinguer : (1) le fait que la sûreté porte sur un bien, (2) le fait qu'elle soit constituée par un tiers. C'est bien l'objet exclusivement réel (une chose) qui justifie la qualification de sûreté réelle. Mais c'est le fait qu'un tiers constitue la sûreté (et non le débiteur lui-même) qui explique un régime commun avec le cautionnement. En effet, le cautionnement est par définition constitué par un tiers, ce qui pouvait créer une analogie fallacieuse avec les sûretés réelles créées par un tiers. En rendant à chacun le sien, tout revient en ordre. Il y a un régime de la sûreté pour autrui qui englobe les natures réelle et personnelle.

Cette analyse est d'ailleurs la position adoptée par le rapport au Président de la République ; en somme, « aucune des dispositions étendues à la sûreté réelle pour autrui n'est absolument indissociable du cautionnement et de la notion de sûreté personnelle » (D. Houtcieff, n° 21).

Ce nouveau régime crée par ailleurs une question de droit transitoire : faut-il l'appliquer aux sûretés réelles constituées antérieurement à la réforme (D. Houtcieff, n° 23) ? Vont-elles être interprétées à la lumière du droit nouveau (J.-J. Ansault, n° 13) ?

Cette question de droit transitoire ne remet pas en cause la qualification réelle. La qualification de sûreté réelle devrait être maintenue puisqu'elle est par hypothèse celle de la dernière jurisprudence sur la question, désormais confirmée par la loi. En revanche, sur l'application du régime protecteur de façon rétroactive, on peut hésiter entre la faveur faite au constituant et la prévisibilité du contrat. Cette dernière exigence paraît devoir l'emporter, le contrat étant *par nature* un acte de prévision. Cette dernière remarque confirme dans un autre registre que la nature juridique est un puissant instrument au service de la réflexion juridique comme l'illustre parfaitement la réforme des sûretés.