



Mémoire pour le Master II Droit Privé Approfondi

De l'Université de Lille

**L'INCIDENCE DE LA RÉFORME DU DROIT DES CONTRATS
SUR LE DROIT DES BIENS ET DES SÛRETÉS**

Sous la direction de Monsieur le Professeur Nicolas BALAT

Présenté par Monsieur Paul FOURNIER

Année universitaire : **2018-2019**

Remerciements :

La rédaction de ce mémoire a été rendue possible grâce au concours de plusieurs personnes à qui je souhaite témoigner toute ma gratitude.

Tout d'abord, je voudrais remercier le Directeur de ce mémoire, Monsieur le Professeur Nicolas BALAT, pour sa patience, sa disponibilité et ses précieux conseils, qui ont contribué à alimenter ma réflexion et m'ont permis de réaliser au mieux ce mémoire.

Je désire également remercier les professeurs du Master II Droit Privé Approfondi de l'Université de Lille, pour la richesse et la qualité de leurs enseignements.

Sans oublier mon entourage, mes parents et amis, qui m'ont apporté leur soutien moral et intellectuel tout au long de ma démarche.

Sommaire :

INTRODUCTION	6
Section introductive I : Une incidence directe	9
I- La notion de bien	9
II- La notion de sûreté	12
Section introductive II : Une incidence diffuse.....	13
I- Des crises disciplinaires.....	13
II- Des mutations interdisciplinaires	16
PARTIE I : L'incidence de la réforme sur les qualifications des biens et des sûretés	19
CHAPITRE I : L'incidence de la réforme sur la qualification des biens	19
Section I- Les qualifications anciennes	20
I- Une distinction approuvée	20
II- Une distinction éprouvée.....	22
Section II : Des qualifications nouvelles ?	27
I- Les droits réels principaux.....	28
II- Les droits personnels	31
Chapitre II : L'incidence de la réforme sur la qualification des sûretés.....	37
Section I : Les qualifications anciennes	38
I- Les éléments de distinction.....	39
II- Les applications de la distinction	41
Section II : Des qualifications nouvelles ?	48
I- Sûretés personnelles et liberté contractuelle.....	48
II- Sûretés réelles et liberté contractuelle	51
PARTIE II : L'incidence de la réforme sur les régimes juridiques des biens et des sûretés	54
CHAPITRE I : L'incidence de la réforme sur le régime juridique des biens	54
Section I : L'incidence de la réforme sur les règles communes aux biens.....	55
I- Le transfert voulu.....	56
II- Le transfert forcé	60
Section II : L'incidence de la réforme sur les règles spéciales des biens.....	63
I- Les règles spéciales attachées à la corporalité	63
II- Les règles spéciales attachées à l'incorporalité	65

CHAPITRE II : L'incidence de la réforme sur le régime juridique des sûretés	67
Section I : L'incidence de la réforme sur les règles communes des sûretés conventionnelles	68
I- L'incidence élargie de la réforme	68
II- L'incidence circonscrite de la réforme	72
Section II : L'incidence de la réforme sur les règles spéciales des sûretés	76
I- Une union célébrée	77
II- Une rupture consommée.....	81
Bibliographie	83
Table des matières	92

Principales abréviations :

Al.	Alinéa
Art.	Article
Ass. Plén.	Arrêt de l'Assemblée plénière de la Cour de cassation
Bull. civ.	Bulletin des arrêts de la Cour de cassation
C. civ.	Code civil
C. propr. Intell.	Code de propriété intellectuelle
Cass. Req.	Arrêt de la chambre de requêtes de la Cour de cassation
CEDH	Arrêt de la Cour européenne des Droits de l'Homme
Cons. Const.	Conseil constitutionnel
D.	Recueil Dalloz
Décr.	Décret
Dr. et patr.	Droit et patrimoine
Gaz. Pal.	Gazette du Palais
JO	Journal officiel
Journ. sociétés	Journal des sociétés
LPA	Les petites affiches
L.	Loi
N°	Numéro
Obs.	Observations
Ord.	Ordonnance
p.	Page
RD. Bancaire et fin.	Revue de Droit bancaire et financier
RTD. Civ.	Revue trimestrielle de droit civil
RTD. Com.	Revue trimestrielle de droit commercial
Th.	Thèse
t.	Tome

INTRODUCTION

« *Nous nous sommes préservés de la dangereuse ambition de vouloir tout régler et tout prévoir. [...]. D'ailleurs, comment enchaîner l'action du temps ? Comment s'opposer au cours des évènements ou à la pente insensible des mœurs ? Comment connaître et calculer d'avance ce que l'expérience seule peut nous révéler ? La prévoyance peut-elle jamais s'étendre à des objets que la pensée ne peut atteindre ?* »¹.

« *Le Code civil n'a pas tout prévu, il ne pouvait pas tout prévoir* »². Voici le constat fait par l'ancien Garde des Sceaux, Ernest VALLE, à l'occasion du centenaire du Code civil. Il ajoutait toutefois que cela « *n'avait jamais empêché les changements ni paralysé les lois. Il se prête à toutes les innovations et apparaît comme un plan bien conçu où chaque progrès vient naturellement se classer [...]* notre Code civil de 1804 peut encore encadrer ces progrès »³. Puis voilà que le bicentenaire du Code civil sonne l'heure du bilan, et malheureusement, il se veut pessimiste. La sortie de l'entre-deux-guerres marque une rupture dans l'harmonie unissant le peuple français au Code civil : « *recodification tranquille* »⁴, maintenant le Code civil dans un état presque végétatif ; essor de nombreux droits spéciaux⁵, préjudiciant à son caractère central. Mais si le XXI^e siècle est celui du bilan, il sera aussi celui des réponses. Le 11 mars 2004⁶, l'ancien Président de la République, Jacques CHIRAC, annonçait le début de grands travaux de modernisation du droit civil : le droit des successions et des libéralités ; le droit des contrats et des obligations ; le droit des sûretés. Mais toutes les disciplines ne sont pas égales face aux réformes. En effet, si le droit des contrats et des obligations a été bouleversé à l'occasion de sa réforme, celle du droit des sûretés sonne comme une « *symphonie inachevée* »⁷. Reste enfin le droit des biens comme dernier bastion du Code civil de 1804. Dans ce schéma, il convient de s'interroger : quelle incidence cette réforme, qui fait entrer le droit des contrats et

¹ PORTALIS (J.E.M), Extrait du discours préliminaire au projet de Code civil présenté le 1^{er} pluviôse an IX.

² VALLÉ (E.), Extrait du discours prononcé à l'occasion du Centenaire du Code civil, in *Le centenaire du centenaire*, Paris : impr. Nationale, 1904, p. 21, en ligne : <https://gallica.bnf.fr>, [consulté le 5 juin 2019].

³ *Ibid.*, p. 23.

⁴ ALLAND (D.), RIALS (S.), *Dictionnaire de la culture juridique*, 1^{er} éd., Paris : PUF, 2012, p. 208.

⁵ Par exemple : le Code de la propriété intellectuelle, créé par la loi n° 92-597 du 1^{er} juillet 1992 ; le Code de la consommation créé par la loi n° 93-949 du 26 juillet 1993.

⁶ Discours de M. Jacques CHIRAC, Président de la République, sur le Code civil, la modernisation du droit civil, notamment le droit des obligations, l'effort de codification et de simplification des droits français et communautaires et le rayonnement du droit français à l'étranger, Paris le 11 mars 2004.

⁷ LEGEAIS (D.), « Une symphonie inachevée », *RD bancaire et fin*, 2005, n° 3, p. 67.

des obligations dans le XXI^e siècle, a-t-elle eu sur ces vieilles matières que sont le droit des biens et le droit des sûretés ? A titre liminaire, plusieurs remarques doivent être faites.

La première est de dire que la réforme n'est pas seulement celle du droit des contrats, c'est également celle du régime général et de la preuve des obligations. Ensuite, la réforme ne se limite pas uniquement à l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016⁸. Elle est le fruit d'un long travail, qui s'est réalisé en plusieurs étapes après que l'avant-projet ait été soumis à une consultation publique. Tout d'abord, une phase de concrétisation avec la loi du 16 février 2015⁹ qui a habilité le gouvernement à réformer le droit commun des contrats par ordonnance. Puis, sa réalisation avec l'ordonnance du 10 février 2016, entrée en vigueur au 1^{er} octobre 2016 ; elle apporte plusieurs modifications que nous pouvons classer en trois catégories : la reformulation de certaines dispositions anciennes, la codification de solutions jurisprudentielles constantes, et certaines innovations dont l'entrée en droit positif de la théorie de l'imprévision. Et enfin, sa finalisation avec la loi de ratification n° 2018-287 du 20 avril 2018¹⁰, entrée en vigueur au 1^{er} octobre 2018 ; elle apporte plusieurs rectifications et modifications, au point qu'elle soit qualifiée de « *réforme de la réforme* »¹¹, ou de « *contre-réforme souterraine* »¹².

La troisième et dernière remarque est de constater que l'énoncé du sujet envisage l'incidence de la réforme, au singulier, sur le droit des biens et des sûretés comme une seule et unique matière. Le postulat de départ serait donc de dire que la réforme aurait une incidence univoque, qui serait identique pour le droit des biens et des sûretés.

Or, si à l'étranger il est courant d'étudier le droit des biens et des sûretés, principalement réelles, au sein d'un même corpus de règles, il faut songer au Code civil allemand qui consacre un livre unique au droit des biens et au droit des sûretés réelles. En France, les liens qu'entretiennent les deux disciplines sont plus ténus, notre Code civil consacre un livre deuxième propre aux biens, et un livre quatrième propre aux sûretés. A l'opposé du postulat de départ, et sous couvert que la réforme ait eu une incidence, il faudrait envisager une multitude d'incidences. Plus exactement, il y aurait une incidence propre au droit des biens, et une incidence propre au droit des sûretés. Néanmoins, il faut nuancer cette dernière affirmation, car

⁸ Ord. n° 2016-131, 10 fév. 2016 : *JO* 11 fév. 2016.

⁹ L. n° 2015-177, 16 fév. 2015 : *JO* 17 fév. 2015.

¹⁰ L. n° 2018-287, 20 avr. 2018 : *JO* 21 avr. 2018.

¹¹ MEKKI (M.), « La loi de ratification de l'ordonnance du 10 février 2016 : une réforme de la réforme ? », *D.* 2018, p. 900.

¹² CHANTEPIE (G.), LATINA (M.), *Le nouveau droit des obligations, commentaire théorique et pratique dans l'ordre du Code civil*, 2^e éd., Paris : Dalloz, 2018, p. 1.

si les deux matières sont effectivement distinctes, elles se rencontrent sur de nombreux points qui seront déclinés sous deux aspects.

D'une part, il y a une architecture commune aux deux matières. « *Les distinctions ont toujours occupé une place centrale dans le raisonnement juridique [...] et tout particulièrement en droit civil* »¹³. Le droit des biens et le droit des sûretés ne font pas exceptions car dans ces deux matières il y a une opposition fondamentale entre les personnes et les choses. En droit des biens, il s'agit de la distinction entre droits réels et personnels ; en droit des sûretés celle qui oppose sûretés réelles et personnelles. Preuve supplémentaire à cette articulation commune : s'il est aujourd'hui acquis l'idée d'un « *décloisonnement* »¹⁴ entre droits réels et personnels, il l'est tout autant pour celle du « *problème de frontière* »¹⁵ entre sûretés réelles et personnelles. Il y aurait une crise commune.

D'autre part, il y a une influence du droit des biens sur le droit des sûretés. S'agissant des sûretés réelles ce constat semble évident car il s'agit d'affecter un bien en garantie. Le professeur Charles GUIJBERS, qui a d'ailleurs consacré sa thèse¹⁶ à ce sujet, évoquait une matière « *satellite* »¹⁷ au droit des biens. Mais le droit des sûretés ne se limite pas aux sûretés réelles. Une part importante de la matière est consacrée aux sûretés personnelles, dans lesquelles c'est un tiers qui va garantir la dette d'autrui. Ainsi, et s'il est indéniable que les sûretés réelles gravitent autour du droit des biens, il l'est tout autant que les sûretés personnelles sont placées dans l'orbite du droit des obligations.

A ce stade, étudier l'incidence de la réforme du droit des contrats et des obligations sur le droit des biens et des sûretés semble donc, *a priori*, se limiter à étudier ses répercussions sur les droits et sûretés personnels. Ces derniers faisant naître un droit de créance contre un tiers, débiteur ou garant. La formulation du sujet est toutefois plus large et appelle à envisager l'incidence de la réforme sur le droit des biens et des sûretés en général. Il nous faut donc aller plus loin et constater que le droit des biens et le droits des sûretés réelles entretiennent, eux aussi, certains liens avec le droit des contrats et des obligations. Pour caractériser ces rapports, il faut revenir sur deux points. Le premier consiste à appréhender les grandes notions du sujet : celles de bien

¹³ TAURANT (T.), « Les distinctions en droit civil », *LPA* 2000, n° 70, p.5.

¹⁴ TERRÉ (F.), SIMLER (P.), *Droit civil : Les biens*, 10^e éd., Paris : DALLOZ, 2018, p. 64, n° 49.

¹⁵ BOURASSIN (M.), BREMOND (V.), JOBARD-BACHELLIER (M-N), *Droit des sûretés*, 5^e éd., Paris : DALLOZ, 2016, p. 8, n° 15.

¹⁶ GUIJBERS (C.), « Sûreté réelles et droit des biens », Th. Paris II, *economica*, 2015, préf. GRIMALDI (M.).

¹⁷ GUIJBERS (C.) « Quel avenir pour les sûretés réelles ? », in *l'avenir du droit des biens*, Paris : LGDJ, 2016, p. 131, n° 1.

et de sûreté, afin de constater une incidence directe de la réforme (Section introductive I). Le second se fonde sur les conséquences à long terme d'une réforme qui va inspirer la rédaction des futures autres réformes (Section introductive II).

SECTION INTRODUCTIVE I : UNE INCIDENCE DIRECTE

Ces remarques liminaires étant faites, il convient désormais de définir les termes du sujet et en premier lieu : « l'incidence ». Négativement tout d'abord, l'incidence a un sens différent de l'impact qui est une chose très ciblée ; mais également de l'influence qui se caractérise par une action exercée sur quelque chose. Positivement ensuite, l'incidence est définie par le dictionnaire usuel comme une « *répercussion plus ou moins directe de quelque chose* ». Étudier l'incidence de la réforme revient à déterminer ses répercussions au-delà du strict droit des contrats et des obligations.

Eu égard à cette première définition nous pourrions déjà relever plusieurs points de contact entre le droit des contrats et le droit des biens et des sûretés. En somme il s'agirait de dire que dès lors qu'un contrat porte sur un bien ou une sûreté il y aurait une incidence ; pour illustration l'entrée dans le Code civil de dispositions relatives au contrat réel, contrat qui porte directement sur un bien, et qui suppose pour sa formation la remise d'une chose. Nous excluons cette approche qui n'aurait finalement que peu d'intérêt et reviendrait à commenter la réforme sous le prisme du droit des biens et des sûretés.

Il faut ensuite revenir sur les notions de bien et de sûreté. Or, et si en droit toute définition est périlleuse¹⁸, certaines le sont plus que d'autres : les notions de bien (I) et de sûreté (II).

I- La notion de bien

Qu'est-ce qu'un bien ? S'il est vrai que depuis 1804 l'engouement du législateur et du juge de définir les grandes notions juridiques se vérifie régulièrement, pour preuve : la loi de ratification du 20 avril 2018 qui redéfinit le contrat d'adhésion, ni l'un, ni l'autre ne se sont risqués à définir la notion de bien. C'est donc la doctrine qui va s'emparer de cette thématique, sans jamais parvenir à s'accorder unanimement ; certains jugeant l'entreprise « *impossible* »¹⁹. La difficulté est que le droit positif utilise cette notion pour désigner quantité de chose. Le doyen CARBONNIER écrivait à ce sujet que « *le droit avait recouvert le monde*

¹⁸ JAVOLENUS : « Omnis definitio in iure civili periculosa »

¹⁹ GRZEGORCZYK (C.), « le concept de bien juridique : l'impossible définition », in *Les biens et les choses*, Paris : DALLOZ, 1979, p. 259.

bariolé des choses d'un uniforme capuchon gris, la notion de bien, cette abstraction »²⁰. A la question de ce qu'est un bien, il faudra procéder en deux temps.

Négativement tout d'abord. Unanimement la doctrine s'accorde à dire que la catégorie des biens s'oppose à celle des personnes car si les premiers sont des objets de droit, les seconds en sont des sujets, titulaires d'une personnalité juridique. Mais déjà sur ce point des tensions apparaissent. D'une part, avec la question de la réification de la personne, et d'autre part, avec la question de l'animal ; c'est parce que tous s'accordent à dire que le bien s'oppose à la personne que certains s'interrogent sur le statut juridique de l'animal²¹.

Positivement ensuite, il existe à minima deux grandes séries de réponses à la question de ce qu'est un bien : une première définition, basée sur une conception matérielle ; et une seconde issue d'une appréhension plus économique.

S'agissant de la première, la doctrine majoritaire classique s'accorde à dire qu'est un bien « *toute chose matérielle susceptible d'appropriation* »²². Ce premier élément de qualification amène comme conséquence l'exclusion des communs, choses qui selon l'article 714 du Code civil sont affectées à l'usage de tous et ne pouvant faire l'objet d'aucune appropriation privative.

Le professeur Pierre BERLIOZ complètera cette définition, et à l'adjectif « *d'appropriable* » il ajoutera celui de « *saisissable* »²³. Selon l'auteur la notion de bien se conçoit au travers d'un double rapport : le bien est attribué exclusivement à une personne, mais pourra être saisi par ses créanciers en cas d'inexécution contractuelle.

Ce second critère a pour conséquence l'exclusion des biens attachés à la personne car insaisissables. Toutefois, un auteur s'interrogeait : « *dira-t-on du logement de l'entrepreneur individuel, rendu insaisissable par la loi MACRON du 6 août 2015, qu'il n'est plus un bien ?* »²⁴. Il est en effet difficile de justifier que certaines choses non saisissables, mais appropriées ou appropriables, ne puissent recevoir le qualificatif. A ce stade la notion de bien vise toutes choses susceptibles d'appropriation. Or, et initialement, l'appropriation était l'apanage des seules choses corporelles.

²⁰ CARBONNIER (J.), *Droit civil : Les biens*, 9^e éd., Paris : PUF, 2004, §16, p.58.

²¹ V. MARGUENAUD (J.P.), « la personnalité juridique des animaux », *D.* 1998, n° 20, p. 205.

²² CORNU (G.), *Vocabulaire juridique*, 11^e éd., Paris : PUF, 2015, p. 127.

²³ BERLIOZ (P.), *La notion de bien*, Th. Paris I, LGDJ, 2007, préf. AYNES (L.).

²⁴ BOFFA (R.), « Quel avenir pour la notion de bien ? », in *l'avenir du droit des biens*, Paris : LGDJ, 2016, p. 54, n° 18.

Une seconde réponse est possible ; celle-ci ne s'attache pas à la matérialité de la notion, mais à sa dimension économique. Cette position est très imprégnée de l'article premier du premier protocole additionnel à la Convention Européenne des Droits de l'Homme, augmenté de son interprétation jurisprudentielle selon laquelle un bien s'analyse comme une valeur patrimoniale. La Cour Européenne des Droits de l'Homme admet ainsi « *que la notion de bien [...] a une portée autonome qui ne se limite pas à la propriété de biens corporels [...]. Certains autres droits et intérêts constituant des actifs peuvent aussi passer pour des droits patrimoniaux et donc des biens* »²⁵. Le juge européen se détache de la matérialité de la chose et qualifie de biens, au sens de l'article premier du premier protocole additionnel, les droits réels incorporels, tels que les propriétés incorporelles²⁶ ou les parts sociales de SARL²⁷, mais également les droits personnels tels que les créances²⁸.

Finalement à la question de ce qu'est un bien il y existe, *a minima*, deux grandes séries de réponses. Une première attachée à la matérialité, et sur laquelle s'est bâtie notre vieille distinction, entre biens meubles et immeubles. Et une seconde, qui analyse le bien avant tout comme une richesse et qui, contrairement à la première, révèle « *l'inadaptation de notre division classique à nos besoins* »²⁹. La notion de bien est devenue une notion protéiforme qui « *recouvre le monde bariolé des choses* »³⁰, à la fois corporelles et incorporelles, mais aussi le monde bariolé des droits, à la fois réels et personnels. Aujourd'hui, ce sont ces droits qui constituent le creuset de nouvelles richesses, et donc de nouveaux biens. Mais si la notion de bien est complexe à définir en raison de son hétérogénéité, une autre l'est tout autant : celle de sûreté.

²⁵ CEDH, 29 mars 2010, Depalle c/ France, n° 34044/02 ; confirmé : CEDH, 29 mars 2010, Brosset Triboulet et autres c/ France, n° 34078/02, *D.* 2010. 2024, note QUEZEL-AMBRUNAZ (C.) ; *JCP* 2010, n° 1162, § 6, obs. PÉRINET-MARQUET (H.) ; *AJDA* 2010. 1311, note CANEDO-PARIS (M.) ; *ibid.* 1515, note ALHAMA (F.) ; *RDI* 2010. 389, obs. FOULQUIER (N.) ; *RFDA* 2010. 543, note HOSTIOU (R.).

²⁶ CEDH gr. Ch., 11 janv. 2007, Anheuser-Busch inc c/ Portugal, n° 73049/01 *JCP E* 2007. 1409, note ZOLLINGER (A.), *CCE* 2007, n° 67, note CARON (C.).

²⁷ CEDH 25 juill. 2002, Sovtransavto Holding c/ Ukraine, n° 48553/99, *D.* 2003. Somm. 2275, obs. BIRSAN (C.) ; *JCP* 2003. I. 109, n° 24, obs. SUDRE (F.).

²⁸ CEDH, 6 oct. 2005, Draon c/ France et Maurice, n° 11810/03, *D.* 2005. IR 2546, obs. MONTECLER (M.C.) ; *JCP* 2006. II. 10061, note ZOLLINGER (A.) ; *ibid.* I. 109, n° 16, obs. SUDRE (F.) ; *Dr. fam.* 2005, n° 258, note RADE (C.) ; *RCA* 2005, n° 327, note RADE (C.) ; *RJPF* 2006-1/30, note LEBORGNE (A.) ; *RTD civ.* 2005. 743, obs. MARGUENAUD (J.P.) ; *ibid.* 798, obs. REVET (T.) ; *RDSS* 2006. 149, étude HENNION-JACQUET (P.) ; *JDI* 2006. 1165, obs. I. M.

²⁹ LIBCHABER (R.), « biens », in *Répertoire de droit civil*, Paris : DALLOZ, 2014, n° 2.

³⁰ CARBONNIER (J.), *loc. cit.*

II- La notion de sûreté

A l'instar de la notion de bien, il n'existe pas de définition univoque permettant d'englober l'ensemble des sûretés dans toutes leurs diversités ; véritable « *étiquette qui s'accommode du disparate* »³¹. Pourtant, plusieurs auteurs se sont essayés à rechercher des critères de qualification, et ce qu'il ressort de chacun de leurs travaux est de dire que toutes les sûretés « *ont en commun de conférer une situation privilégiée au créancier* »³². De ce constat un auteur tirera une définition, aujourd'hui reprise dans de nombreux ouvrages et selon laquelle « *une sûreté est l'affectation à la situation du créancier d'un bien, d'un ensemble de bien ou d'un patrimoine, par l'adjonction aux droits résultant normalement pour lui du contrat de base, d'un droit d'agir, accessoire de son droit de créance, qui améliore sa situation juridique en remédiant aux insuffisances de son droit de gage général, sans être pour autant une source de profit, et dont la mise en œuvre satisfait le créancier en éteignant la créance en tout ou partie, directement ou indirectement* »³³.

Mais il ne faut pas être dupe car si cette définition est reprise dans de nombreux ouvrages c'est parce qu'elle offre l'avantage d'être particulièrement commode. L'auteur délivre une définition extrêmement large, permettant d'englober de multiples sûretés : à la fois les sûretés traditionnelles, mais aussi des mécanismes dont la finalité serait détournée pour faire office de garantie. Nous touchons ici un point sensible, sujet à d'intenses débats doctrinaux opposants les partisans d'un *numerus clausus* des sûretés réelles, c'est-à-dire ceux défendant l'idée qu'il ne puisse exister de sûretés réelles en dehors des textes, et ceux favorables à un principe de liberté contractuelle qui permettrait la réalisation de sûretés *sui generis*. Mais à l'image de l'arbre dissimulant la forêt, le débat cache en arrière-plan « *un problème politique, susceptible de bouleverser l'architecture du droit des sûretés* »³⁴.

Nous l'avons déjà vu, l'architecture du droit des sûretés est construite sur l'opposition entre les personnes et les choses : le Livre IV du Code civil oppose les sûretés personnelles aux sûretés réelles. Mais cette distinction est aujourd'hui bouleversée par l'apparition de nouvelles sûretés qualifiées d'hybrides car empruntant aux régimes des sûretés personnelles et des sûretés réelles.

³¹ CABRILLAC (M.), CABRILLAC (S.), MOULY (S.), PÉTEL (P.), *droit des sûretés*, 10^e éd., Paris : LexisNexis, 2015, n° 2.

³² LEGAIS (D.), « Sûretés » in *Répertoire de droit civil*, Paris : DALLOZ, 2016, n° 8.

³³ CROCQ (P.), *Propriété et garantie*, Th. Paris II, LGDJ, 1995, préf. GOBERT (M.).

³⁴ DAMMANN (R.), PODEUR (G.), « Cession de créances à titre de garantie : la révolution n'a pas eu lieu », *D.* 2007, n° 5, p. 319.

Ce débat est apparu avec ce qui a pu être qualifié de « *cautionnement réel* », et désormais de « *sûretés réelles pour autrui* »³⁵, consistant pour un tiers à affecter l'un de ses biens en garantie de la dette d'autrui. Le mécanisme a un caractère réel car c'est un droit réel qui est affecté en garantie ; mais a les traits d'une sûreté personnelle puisque c'est un tiers qui engage l'un de ses biens. La jurisprudence a souhaité tarir le débat en affirmant le caractère « *exclusivement réel de l'engagement* »³⁶, mais la thématique trouve un renouveau avec la récente réforme du droit des contrats qui consacre des mécanismes qui pourraient permettre d'affecter en garantie un droit réel ayant pour objet un droit personnel.

Les qualifications de bien et de sûreté ont évolué, elles se sont adaptées à une société nouvelle. Dans ce schéma, le droit des contrats et des obligations constitue le socle de nouveaux biens et de nouvelles garanties, mais révèle également le défi à venir qui sera de repenser notre vieux droit des biens et des sûretés autour de ces qualificatifs devenues protéiformes.

SECTION INTRODUCTIVE II : UNE INCIDENCE DIFFUSE

Plusieurs remarques peuvent être tirées de ces définitions. La première est de dire que les notions de bien et de sûreté sont définies très largement, l'objectif étant d'englober le maximum de biens et de sûretés dans toutes leurs diversités. La seconde est de constater que le législateur ne tire pas toutes les conséquences de ces définitions. En effet, le droit des biens et des sûretés connaît un très fort immobilisme textuel ; de nombreuses dispositions du Code civil demeurent inchangées depuis 1804. La conséquence est celle d'un décalage entre le droit que l'on trouve cité dans le Code civil et le monde réel. Décalage qui s'apparente, selon certains à une crise (I), et qui contraste avec les grandes mutations textuelles que connaissent d'autres matières, et dont les effets vont rejaillir sur le droit des biens et des sûretés (II).

I- Des crises disciplinaires

Le droit des biens et le droit des sûretés auraient en communs d'être en crises. C'est un constat très largement partagé qui se voudrait la conséquence cumulée de l'apparition de

³⁵ BOURASSIN (M.), BREMOND (V.), JOBARD-BACHELLIER (M-N), *Droit des sûretés*, 5^e éd., Paris : DALLOZ, 2016, n° 15, p. 9.

³⁶ Cass. Civ. 3^e, 12 avril 2018, n° 17-17.542, P : D. 2018. 1540, note GOUZEL (A.) ; *ibid.* 1884, obs. CROCQ (P.) *RDI* 2018. 385, obs. HEUGAS-DARRASPEN (H.) ; *AJ contrat* 2018. 241, obs. HOUTCIEFF (D.) ; *RTD civ.* 2018. 461, obs. CROCQ (P.) ; *RTD com.* 2018. 773, obs. MARTIN-SERF (A.L.) ; *RDC* 2018. 371, obs. HOUTCIEFF (D.) ; *JCP* 2018, n° 670, note AYNES (L.) ; *Gaz. Pal.* 2018. 1465, obs. PIEDELIEVRE (S.).

nouveaux biens et mécanismes faisant office de garanties, et de l'immobilisme textuel dont souffrent les matières.

Ainsi, si le droit des biens est textuellement identique depuis 1804, il n'empêche que la matière est en effervescence. Les professeurs MALAURIE et AYNES écrivaient que « *depuis 1804, le droit des biens subit une évolution d'autant plus importante qu'elle est peu visible* »³⁷. La matière connaît de grandes mutations, on lui découvre de nouvelles fonctions : sociales ou environnementales ; mais surtout elle connaît une très forte extension du fait de sa dématérialisation. L'incorporel prend aujourd'hui une place grandissante. Il y aurait finalement un décalage entre notre vieux droit des biens, que l'on trouve dans le Code civil de 1804, et la réalité contemporaine. Le doyen CARBONNIER, en faisant écho à cette observation, écrivait que « *le droit des biens selon le Code civil ne pourrait prétendre représenter un droit positif* »³⁸.

Certes le législateur est conscient de ces nouveaux enjeux et adapte notre vieux droit des biens en conséquence : le nouveau bail réel solidaire³⁹ ou la nouvelle obligation réelle environnementale⁴⁰ sont autant d'exemples. Mais s'il en est conscient, les réponses apportées restent ponctuelles ; depuis plusieurs années la doctrine appelle de ses vœux une réforme d'ensemble. Des travaux ont été entrepris en ce sens, et c'est en 2009 que l'Association Henri-Capitant a présenté un avant-projet de réforme du droit des biens dont les objectifs sont de simplifier, innover et assurer une cohésion avec les autres réformes. Toutefois, si les objectifs sont louables, certains n'ont pas manqué de dénoncer l'insuffisante prise en compte de l'incorporel. En effet, seul l'article 520, qui définit la notion de bien comme « *les choses corporels ou incorporels faisant l'objet d'une appropriation, ainsi que les droits réels et personnels* », fait référence à ces nouveaux biens, mais uniquement pour « *appuyer ce qui ne se conçoit pas aisément : l'aptitude à l'appropriation* »⁴¹. Preuve supplémentaire, l'article 526 reprend une distinction souvent décriée : « *tous les biens sont meubles ou immeubles* ».

S'il est indéniable que cet avant-projet aura une incidence certaine sur une éventuelle future réforme du droit des biens, il ne faut pas en exagérer l'importance. D'une part, car il reste un avant-projet doctrinal, et de l'aveu même du professeur PÉRINET-MARQUET « *cet impact peut paraître limité à ceux qui pensaient que les propositions seraient directement reprises et*

³⁷ MALAURIE (P.), AYNES (L.), *Droit des biens*, 7^e éd., Paris : LGDJ, 2017, n° 36, p. 33.

³⁸ CARBONNIER (J.), *droit civil 2 : Les biens, Les obligations*, Paris : PUF, 2004, p. 1593

³⁹ Ord. n° 2016-985, 20 juill. 2016, *JO* : 21 juill. 2016.

⁴⁰ L. n° 2016-1087, 8 août 2016, *JO* : 24 sept 2016.

⁴¹ BOFFA (R.), *op. cit.*, p. 50, n° 10.

adoptées par les pouvoirs publics »⁴². Et d'autre part, car cet avant-projet est aujourd'hui âgé de dix ans, et « *seul le temps peut donner, tant aux rédacteurs des propositions qu'à ceux qui les ont critiquées, le recul nécessaire pour apprécier la pertinence de leurs propositions* »⁴³.

Le droit des sûretés n'a pas connu le même immobilisme textuel. La matière a déjà fait l'objet d'une réforme globale avec l'ordonnance du 23 mars 2006⁴⁴ et sa loi de ratification du 20 février 2007⁴⁵ ; les objectifs étaient de moderniser, faciliter le recours au crédit, et surtout rendre la matière plus lisible. En effet, dès la fin des années 1970 il a été reproché à notre ancien droit des sûretés son illisibilité. Conséquence cumulée d'un législateur multipliant tout azimut des règles spécifiques, notamment au cautionnement, et d'une jurisprudence peinant à apporter des solutions constantes. La réforme de 2006 aura ce souci de clarté et de modernité en codifiant l'essentiel du droit positif dans un nouveau livre IV consacré aux sûretés.

Plus de dix ans après, l'heure était au bilan⁴⁶. De nombreux auteurs ont dénoncé les lacunes de la réforme souvent qualifiée de « *partielle* »⁴⁷, faute d'habilitation du gouvernement à réformer l'ensemble des sûretés personnelles. Or, c'est dans ces lacunes que couvait « *la crise du droit des sûretés* »⁴⁸ dont les effets n'ont pas tardé à embraser tout le droit des sûretés personnelles. La doctrine se veut alors unanime, « *seule une réforme de l'ensemble des sûretés personnelles, et non du seul cautionnement, pourrait supprimer toutes les lacunes du droit positif* »⁴⁹.

Le droit des sûretés réelles a quant à lui été plus épargné, sorte de bienfait des nombreuses réformes postérieures comme la loi du 19 février 2007⁵⁰ qui instaure la fiducie-sureté et dont le régime a été élargi ultérieurement. Il ne faut toutefois pas exagérer l'importance de ces réformes car elles n'ont pas vocation à réformer l'ensemble de la matière. Or, le droit des sûretés réelles a connu, à l'instar du droit des biens dans lequel il prend racine, de grandes mutations : la pratique redécouvre des mécanismes qui, sans pour autant être qualifiés ainsi, ont fonction de

⁴² PÉRINET-MARQUET (H.), « l'impact des propositions Capitant », *L'avenir du droit des biens*, Paris : LGDJ, 2016, p. 17.

⁴³ *Ibid.*

⁴⁴ Ord. n° 2006-346, 23 mars 2006, *JO* : 24 mars 2006.

⁴⁵ L. n° 2007-212, 20 fév. 2007, *JO* : 21 fév. 2007.

⁴⁶ JULIENNE (M.), « 2006-2016 : Bilan de la réforme des sûretés », *JCP N* : 2016, n° 12, p. 25.

⁴⁷ GRIMALDI (M.), MAZEAUD (D.), DUPICHOT (P.), « Présentation d'un avant-projet de réforme du droit des sûretés », *D.* 2017, n° 30, p. 1717.

⁴⁸ V. DELEBECQUE (P.), « Le cautionnement et le Code civil : existe-t-il encore un droit du cautionnement », *RJ. Com.*, 2004, n° 4, p. 226.

⁴⁹ BOURASSIN (M.), BREMOND (V.), JOBARD-BACHELLIER (M-N), *op. cit.*, p. 328, n° 613.

⁵⁰ L. n° 2007-211, 19 fév. 2007, *JO* : 21 fév. 2007.

sûretés réelles⁵¹. Aujourd'hui seule une réforme d'ensemble pourrait étouffer cette crise qui consume le droit des sûretés dans son ensemble.

Les pouvoirs publics semblent s'être emparés de ce problème. Tout d'abord car l'association Henri-Capitant a été missionnée par le ministère de la justice en vue de l'élaboration d'un avant-projet de réforme du droit des sûretés, qui sera finalement présenté en septembre 2017. Les objectifs voulus par ses auteurs sont ambitieux : « *parachever* » et « *ajuster* » la précédente réforme, mais surtout « *assurer la cohérence entre la réforme de 2006 et les réformes ultérieures* »⁵² et notamment celle du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations. Puis, et surtout, parce que le parlement a définitivement adopté le plan d'action pour la croissance et la transformation des entreprises le 11 avril 2019, dont l'article 16 habilite le gouvernement à réformer le droit des sûretés par ordonnance. Pour le dire autrement : « *la réforme du droit des sûretés est en marche* »⁵³.

II- Des mutations interdisciplinaires

Le droit des biens et des sûretés que l'on connaît du Code civil serait actuellement dans une forme de léthargie, un sommeil qui se poursuit depuis 1804 et qui contraste avec les nouveaux besoins auxquels la société contemporaine attend qu'il réponde. Réformer est donc un impératif, et la question qui revient fréquemment est celle de s'interroger sur l'avenir de ces matières⁵⁴. S'agissant du droit des biens, les travaux doctrinaux sont unanimes : « *l'avenir et même la survie du droit des biens imposent la prise en compte des biens immatériels qui constituent aujourd'hui la principale source de richesse* »⁵⁵. S'agissant du droit des sûretés, l'avant-projet rédigé sous l'égide de l'association Henri-Capitant, et dont les grandes lignes ont été reprises dans la loi d'habilitation, nous renseigne sur les principaux traits de la future réforme. Outre les améliorations du régime de sûretés existantes et la suppression de certaines sûretés tombées en désuétude, il propose la création de garanties nouvelles, notamment la cession de créance à titre de garantie.

Finalement, ce qui devrait rapprocher ces futures réformes est, certes une volonté d'adapter notre droit existant, mais surtout une volonté d'innover : sortir du dogme de la corporalité pour

⁵¹ BOURASSIN (M.), BREMOND (V.), JOBARD-BACHELLIER (M-N), *op. cit.*, n° 25, p. 14.

⁵² GRIMALDI (M.), MAZEAUD (D.), DUPICHOT (P.), *op.cit.*

⁵³ PELLIER (J.D.), « La réforme du droit des sûretés est en marche ! », *Dalloz actualité*, 2017, n° 25.

⁵⁴ Voir en ce sens CROCQ (P.), « Le droit OHADA : l'avenir du droit français des sûretés ? », in *L'attractivité du droit français des sûretés réelles – 10 ans après la réforme*, LGDJ, 2016, p. 49.

⁵⁵ BLANC (N.), « quel avenir pour l'immatériel ? », in *L'avenir du droit des biens*, Paris : LGDJ, 2016, p. 130, n° 32.

assurer une meilleure prise en compte de l'incorporel ; et répondre aux besoins nouveaux de la pratique en consacrant des sûretés nouvelles.

Cependant, il ne s'agit pas de réformer pour réformer. Les professeurs Romain BOFFA et Philippe CHAUVIRÉ invitaient à prendre « *une certaine hauteur de vue* », il s'agirait de « *réformer en prenant en considération les liens que la discipline entretient avec d'autres branches du droit, tels que le droit des obligations* »⁵⁶. À ce titre, les deux avant-projets doctrinaux ont ce souci d'assurer une certaine cohérence avec les réformes passées, et notamment celle du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations.

A la question de savoir si la réforme du droit des contrats et des obligations a eu une incidence sur le droit des biens et des sûretés nous pouvons répondre par l'affirmative. Néanmoins, il ne faut pas grossir les traits. La réforme est celle du droit des contrats et des obligations, en ce sens elle aura une incidence sur les droits et sûretés personnels ; en revanche, elle n'est pas celle du droit des biens et des sûretés réelles. Dès lors, et si la frontière entre droits personnels et droits réels était véritablement imperméable, aucune réforme des premiers n'aurait d'incidence sur les seconds, et inversement. Or, il faut aujourd'hui compter sur un certain décloisonnement : la frontière entre droits personnels et droit réels n'est plus aussi franche. Il pourrait donc y avoir une incidence directe sur les droits et sûretés réels. Bien plus, il pourrait également y avoir une incidence plus diffuse, presque prospective. En effet, il ne s'agit pas simplement de dire que la réforme du droit des contrats appelle celles du droit des biens et du droit des sûretés, mais aussi de constater qu'il y a un réel souci de cohérence entre les réformes passées et celles à venir. En ce sens, la réforme de 2016 pourra nous renseigner sur les principales orientations que prendront les futures réformes du droit des biens et du droit des sûretés.

Toutefois, dire que la réforme a une incidence ne signifie pas que les répercussions sont identiques : la réforme peut avoir une incidence plurivoque. Il est donc opportun de s'interroger : eu égard à la formulation du sujet, et de l'imbrication du droit des biens et du droit des sûretés, pouvons-nous dire que la réforme du droit des contrats et des obligations a eu une incidence univoque sur les deux premières disciplines.

L'attribution d'une qualification juridique est essentielle car elle permet « *de confronter un élément à une catégorie juridique aux fins de l'y classer et de lui appliquer le régime*

⁵⁶ BOFFA (R.), CHAUVIRÉ (P.), « propos conclusifs : le changement en droit des biens », in *L'avenir du droit des biens*, Paris : LGDJ, 2016, n° 31, p. 227-228.

juridique correspondant »⁵⁷. En ce sens la qualification est liée à la catégorie juridique puisque la première permet de classer un élément dans la seconde. L'intérêt est indéniable car « *la classification permet de réaliser des économies dans l'énonciation des règles juridiques, puisque des règles établies pour des catégories plus générales n'ont pas à être réitérées au sein de chacune des catégories plus étroites qui y sont regroupé* »⁵⁸.

Naturellement, la réforme aura une incidence sur les catégories des droits et sûretés personnels ; et, de manière plus subtile, une incidence sur les droits et sûretés réelles qui ne semblent plus être le propre du droit des biens et des sûretés. Il est donc opportun d'envisager son incidence sur ces qualifications (Partie I). Et ce à plus forte raison que ce sont ces qualifications qui conditionnent l'application d'un régime juridique d'ensemble dont la réforme esquisse certains traits (Partie II).

⁵⁷ SCHMIT (L.M.), *Les définitions en droit privé*, Th. Toulouse I, LGDJ, 2017, p. 489, n° 380.

⁵⁸ CUMYN (M.), « La classification des catégories juridiques en droit comparé – métaphores taxonomiques », *Revue du notarial Montréal* : 2008, p. 12.

PARTIE 1 :

L'incidence de la réforme sur les qualifications des biens et des sûretés

« Issue de la réalité, la catégorie juridique s'en détache, par une abstraction nécessaire, et constitue, en vertu des définitions et des classifications qu'elle implique, le centre de toute la technique fondamentale du droit »⁵⁹. Qualifier, ou classer dans une catégorie juridique, est essentiel car cela permet l'application d'un régime juridique. Or, il y a aujourd'hui un chevauchement de qualifications qui, pour l'une trouve pied en droit des obligations ; pour l'autre en droit des biens. Une réforme du droit des contrats et des obligations va donc rejaillir sur les qualifications existantes, à savoir celle de bien (chapitre I), et celle de sûreté (chapitre II).

CHAPITRE I : L'incidence de la réforme sur la qualification des biens

Qu'est-ce qu'un bien ? Selon la doctrine majoritaire est un bien ce qui est susceptible d'appropriation. L'appropriation serait donc le critère déterminant, le génome commun à tous les biens. A ce stade la qualification ne pose guère de difficultés. En effet, dans son sens courant la notion de bien est le « *décalque des choses* »⁶⁰ qui ont par principe une « *aptitude naturelle à l'appropriation* »⁶¹. En revanche, nous le savons, la notion ne se limite pas uniquement aux choses. Sous l'impulsion de la Cour Européenne des Droits de l'Homme la qualification s'est vue doter d'une signification plus large, englobant tous les droits ayant une valeur patrimoniale.

Au sein de la qualification des biens, il convient alors de distinguer les choses, corporelles ou incorporelles, « *qui existent en dehors des relations juridiques* ; et les droits, réels ou personnels, qui, à l'inverse, « *n'existent que dans et par les relations juridiques* »⁶². Nous pouvons donc repartir de la célèbre formule du doyen CARBONNIER pour admettre que si « *le droit à recouvert le monde bariolé des choses* », il a également recouvert le monde bariolé des droits, d'un uniforme capuchon gris, la notion de bien cette abstraction.

Depuis plusieurs années la question de l'incorporel anime de nombreux débats car si les biens matériels sont en nombre limité, les biens incorporels sont virtuellement infinis. De nouveaux

⁵⁹ GÉNY (F.), *Science et technique en droit privé positif*, Paris : LGDJ, 1921, T. 3, n° 213.

⁶⁰ CARBONNIER (J.), *op. cit.* n° 707, p. 1595.

⁶¹ BOFFA (R.), *op. cit.*, p. 51, n° 12.

⁶² LIBCHABER (R.), *op. cit.*, n° 45.

objets de droits apparaissent sans cesse avec comme question celle de leur qualification. Hier le débat portait sur les choses incorporelles, la clientèle est une bonne illustration. Aujourd'hui il se situe sur les droits, réels et de manière plus étonnante personnels. S'il est d'usage de présenter ces droits en les opposants, la doctrine n'a pas tardé à les rapprocher. La réforme offre alors un nouveau regard sur ces qualifications anciennes (Section I). Mais la réforme ne se contente pas uniquement de ces qualifications anciennes, elle s'attache également à consacrer différents mécanismes ou principes synonymes de qualifications nouvelles (Section II).

SECTION I- LES QUALIFICATIONS ANCIENNES

La distinction entre droits personnels et droits réels est ancienne, déjà la procédure Romaine distinguait *l'actio in rem* et *l'action in personam*. Plus tard, elle sera reprise par la doctrine majoritaire classique jusqu'à être présentée comme l'une des distinctions fondamentales de notre droit civil (I). Le doyen CARBONNIER faisait écho à cette observation en évoquant « *l'arête du droit du patrimoine* »⁶³. Les deux droits formeraient donc les deux versants d'une même montagne, ou les deux faces d'une même pièce, et en ce sens tout devrait les opposer (I), pourtant une minorité doctrinale n'a pas tardé à démontrer un certains nombres de rapprochements, qui trouvent aujourd'hui un écho particulier à l'aune de la réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations (II).

I- Une distinction approuvée

L'opposition entre ces deux droits est ancienne, et bien qu'elle ait connu, dès le début du 20^e siècle, de lourdes critiques, elle constitue encore aujourd'hui notre droit positif. Il conviendra alors de revenir sur cette distinction (A) au travers ses éléments d'opposition (B).

A) Une distinction fondamentale

Cette opposition trouve sa source dans la distinction entre les personnes et les choses. La personne étant l'être qui jouit d'une personnalité juridique, qui est un sujet de droit ; la chose étant alors tout ce qui n'est pas sujet de droit, c'est-à-dire objet de droit. Cette distinction est tellement fondamentale qu'elle irrigue tout notre droit civil : elle se retrouve en droit des biens, avec l'opposition entre les droits personnels et les droit réels ; et en droit des sûretés au travers la distinction entre les sûretés personnelles et les sûretés réelles.

⁶³ CARBONNIER (J.), *op. cit.*, p. 1579, n° 700.

Or, compte tenu de l'importance de cette distinction il est paradoxal de constater que le Code civil ne définit pas précisément les notions. Il se contente tout au plus d'allusions directes : l'article 1424⁶⁴ par exemple ; et plus communément d'allusions indirectes : avant que la réforme de 2016 n'efface toutes références expresses aux obligations de faire, de ne pas faire et de donner, l'exemple le plus éloquent aurait été l'ancien article 1101⁶⁵. Aujourd'hui nous devons privilégier d'autres textes qui révèlent en filigrane la présence de ces obligations. En ce sens un auteur écrivait que « *la présence de l'obligation de donner est trahie par certains textes des contrats spéciaux dont la lecture révèle, en creux, l'existence. On songe ainsi à l'article 1604 du code civil* »⁶⁶.

En l'absence de définition légale, il nous faut regarder du côté de la doctrine. Le vocabulaire juridique définit le droit réel comme « *un droit qui porte directement sur une chose et procure à son titulaire tout ou partie de l'utilité économique de cette chose* »⁶⁷ ; plus loin, il invite à comparer la notion avec celle de droit personnel c'est-à-dire « *le droit pour le créancier d'exiger du débiteur l'exécution de son engagement* »⁶⁸.

B) Une opposition fondamentale

Les deux notions s'opposent sur de nombreux points, mais parmi les distinctions les plus évidentes nous n'évoquerons que celles utiles aux développements futurs.

Tout d'abord l'objet de ces droits. Il s'agit de l'opposition la plus évidente car si le droit réel porte sur une chose, le droit personnel s'exerce contre un tiers. Cette opposition d'objet aboutit à une opposition disciplinaire car « *le droit réel étant le droit qu'une personne a sur une chose, son étude conduit aux biens ; le droit personnel, étant le droit qu'une personne a à l'encontre d'une autre [...] c'est tout le droit des obligations* »⁶⁹.

Puis leurs contenus. Selon une doctrine ancienne la liste des droits réels serait limitative. Le législateur aurait une forme de monopole quant à la création de ces droits, il serait alors impossible de créer des droits réels en dehors de ceux prévus par la loi. A l'inverse, les droits personnels seraient virtuellement infinis ; grâce au principe de liberté contractuelle les parties

⁶⁴ C. civ. Art 1424 : « *les époux ne peuvent, l'un sans l'autre, aliéner ou grever de droits réels certains biens dépendants de la communauté* »

⁶⁵ C. civ. art 1101 anc. : « *Le contrat est une convention par laquelle une ou plusieurs personnes s'obligent, envers une ou plusieurs autres, à donner, à faire ou à ne pas faire quelque chose* »

⁶⁶ MARAIN (G.), « Le transfert de propriété après la réforme du 10 février 2016 », *AJ contrat*, 2016, n° 12, p. 526.

⁶⁷ CORNU (G.), *op. cit.*, p. 873.

⁶⁸ *Ibid.*, p. 761.

⁶⁹ CARBONNIER (J.), *op. cit.*, p. 1578, n° 700.

pourraient créer toutes formes d'obligations, sous couvert qu'elles ne soient pas contraires aux lois et aux bonnes mœurs.

Enfin, leurs portées, les droits réels sont opposables à tous, là où les droits personnels ne produisent d'effets qu'entre les parties. Cela justifie l'octroi de certaines prérogatives spécifiques aux droits réels : le droit de suite, permettant au titulaire du droit réel de suivre le bien et ce, quel qu'en soit le propriétaire ; ainsi que le droit de préférence, c'est-à-dire le droit de se faire payer en priorité sur les créanciers chirographaires.

A ce stade tout semble opposer les deux notions. Dans la rigueur des principes les droits réels, qui prennent appuis en droit des biens, ne devraient donc pas subir d'incidence de la part de la réforme du droit des obligations. Pourtant il faut compter sur un certain décroisement que la réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations a accentué.

II- Une distinction éprouvée

Présentée ainsi l'opposition entre les droits personnels et réels est frappante, mais cela ne serait toutefois pas empêcher les critiques. Les plus virulentes sont anciennes, et ont opéré un rapprochement entre les deux catégories (A). Mais comme bien souvent la critique est contraire à une opinion majoritaire, cela peut expliquer que ces auteurs n'aient pas reçu, en leurs temps, l'écho escompté. Aujourd'hui, ces rapprochements trouvent un renouveau dans la récente réforme du droit des obligations (B).

A) Des rapprochements anciens

Très tôt les auteurs ont multiplié les rapprochements entre les deux notions, tantôt des droits réels vers les droits personnels (1), tantôt, droits personnels vers les droits réels (2).

1- Des droits réels ramenés aux droits personnels

PLANIOL dans son *Traité élémentaire* est très certainement le premier à avoir formulé les plus virulentes critiques. Très hostile au sujet des droits réels, il écrivait que « *l'analyse du droit réel rend bien compte des apparences [...]. Au fond, elle est fausse. [...] un rapport d'ordre juridique ne peut pas exister entre une personne et une chose : ce serait un non-*

sens »⁷⁰. L'auteur opère ainsi un premier rapprochement au travers de ce qu'il qualifiait « *d'obligation passive universelle* ».

Selon lui parce qu'une chose ne peut être un sujet de droit, aucun droit réel ne peut créer de rapport entre une personne et une chose. En effet, tout droit met en relation deux sujets : l'un actif ; l'autre passif. Il s'agissait alors d'identifier ces sujets : si le droit est personnel, le sujet actif sera le créancier, le débiteur sera alors le sujet passif ; si le droit est réel, le sujet actif sera son titulaire, en revanche, le sujet passif est plus difficile à identifier étant donné qu'une chose ne peut recevoir cette qualité. Selon PLANIOL le sujet passif serait alors tous les tiers, tenus de respecter le droit du sujet actif, forme « *d'obligation passive universelle* ». En ce sens donc le droit réel serait ramené à un droit personnel, avec comme seule différence leurs étendues.

Les objections à cette théorie sont nombreuses. La plus commune est de dire que « *l'obligation passive universelle* » n'est pas une véritable obligation, mais simplement le devoir s'imposant à tout à chacun de respecter la loi. La seconde a été formulée par les professeurs TERRÉ et SIMLER qui écrivaient que si une chose ne pouvait, certes, être un sujet de droits, elle pouvait en être un objet. En ce sens « *il peut exister des rapports juridiques entre personnes et choses sans que pour autant les choses soient tenues d'une obligation* »⁷¹.

2- Des droits personnels ramenés aux droits réels

SALEILLES est le premier à avoir tenté de ramener les droits personnels aux droits réels. L'auteur analysait l'obligation comme une valeur économique et écrivait en ce sens « *qu'en réalité, ce que veut le créancier, c'est le résultat qu'il attend de la prestation, il lui importe peu que le résultat lui soit procuré par tel ou tel* »⁷². La personnalité du débiteur serait indifférente, et seul compte l'exécution de la prestation promise. En poussant cette analyse à son maximum il y aurait une assimilation totale des droits personnels par les droits réels. Toutefois, ce qui caractérise un droit réel est qu'il s'exerce directement sur une chose, « *sans l'entremise d'un autre individu* »⁷³. A l'inverse, le droit personnel suppose toujours l'intervention d'un créancier et d'un débiteur, et en ce sens « *la personnalité du créancier et surtout du débiteur n'y sera jamais indifférente* »⁷⁴.

⁷⁰ PLANIOL (M.), *traité élémentaire de droit civil*, t. 1, 8^e éd., Paris : LGDJ, 1920.

⁷¹ TERRÉ (F.), SIMLER (F.), *op. cit.*, n° 48, p. 64.

⁷² SALEILLE (R.), *Etude sur la théorie générale de l'obligation d'après le premier projet du Code civil allemand*, 3^e éd., Paris : LGDJ, 1925, n° 82, p. 74.

⁷³ TERRÉ (F.), SIMLER (P.), *op. cit.*, p. 61, n° 47.

⁷⁴ CARBONNIER (J.), *op. cit.*, n° 705, p. 1587.

Ces rapprochements sont anciens et seront largement dénoncés par une doctrine soucieuse de maintenir la dichotomie classique. Ils trouvent toutefois un regain d'intérêt avec la récente réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations qui va consacrer, ou simplifier, des mécanismes transcendant la distinction classique.

B) Des rapprochements nouveaux

La réforme du droit des contrats a introduit à l'article 1102 du Code civil un principe de liberté contractuelle selon lequel « *chacun est libre de contracter ou de ne pas contracter, de choisir son cocontractant et de déterminer le contenu et la forme du contrat dans les limites fixées par la loi* ». Cet apport ne va pas révolutionner le droit commun des contrats ; la doctrine du 19^e siècle déduisait déjà des articles 6 et 1134 ancien du Code civil un principe de liberté contractuelle auquel le Conseil constitutionnel avait conféré valeur constitutionnelle⁷⁵. Toutefois dire qu'il sera sans conséquences est injuste. La réforme offre un fondement légal à un principe qui, de par sa place dans le Code civil, va irriguer tout notre droit commun des contrats.

La volonté a toujours occupé une place importante dans l'opposition entre les droits personnels et réels, « *La volonté a ce pouvoir de rapprocher le régime juridique de ces deux catégories de droits* »⁷⁶. La réforme, au travers du principe de liberté contractuelle, pourrait donc aboutir à une forme d'objectivisation des droits personnels (1), et de subjectivisation des droits réels (2).

1- Des droits personnels vers les droits réels

Le principe de liberté contractuelle est affirmé dès l'article 1102 du Code civil. Sa place dans le Code n'est pas anodine, situé dans le chapitre premier, du sous-titre premier relatif aux contrats, il irrigue tout le droit des contrats et des obligations. Il faut toutefois faire preuve de mesure. Déjà avant la réforme il était admis l'existence d'un tel principe. La consécration du principe ne bouleversera donc pas le régime juridique des droits personnels, mais aura nécessairement une incidence.

La liberté contractuelle de l'article 1102 se dote de plusieurs composantes : liberté de contracter et de ne pas contracter, de choisir la forme et son contractant, mais aussi et surtout liberté dans le contenu qui se traduira par des clauses contractuelles très diverses. La liberté contractuelle

⁷⁵ Cons. Const., 19 déc. 2000, n° 2000-437 DC, Loi de financement de la sécurité sociale pour 2001.

⁷⁶ MEKKI (M.), « volonté et distinction entre droit réel et droit personnel », in STRICKLER (Y.), *volonté et biens regards croisés*, L'Harmattan, 2013, p. 153, n° 7.

pourrait ainsi permettre aux contractants d'aménager tout ce qui, dans le régime juridique des droits personnels, les rend inférieurs aux droits réels, opérant par là un rapprochement des deux catégories. La liberté contractuelle peut donner naissance à de nombreux montages juridiques ; plusieurs illustrations peuvent être envisagées.

Certaines sont déjà présentes dans le Code civil. Par exemple le droit successoral oppose les droits réels et personnels, en ce sens que si les premiers sont indivis jusqu'au partage, les seconds sont, dès le décès, divisés entre les différents héritiers. Or, le nouvel article 1320 du Code civil dispose que par convention une obligation peut être rendue indivisible. Il faut alors comprendre que par le biais de la liberté contractuelle les cocontractants pourraient stipuler dans l'acte que l'obligation serait indivisible entre les différents héritiers. Il y a un intérêt évident pour le créancier, notamment d'une somme d'argent, qui n'aura à actionner qu'un seul codébiteur.

La liberté contractuelle permettrait également la réalisation de montages inédits. A titre d'exemple, la supériorité des droits réels sur les droits personnels réside dans les prérogatives qui en découlent : le droit de suite et le droit de préférence ; au moyen de la liberté contractuelle les parties à un contrat pourraient doter un droit personnel de telles prérogatives. En ce sens, il pourrait être envisagé « *une clause contractuelle au sein d'un acte collectif produisant ses effets sur tous les acquéreurs actuels et futurs des biens concernés* »⁷⁷.

En revanche, la liberté contractuelle n'est pas absolue. Conformément à l'article 1102 elle trouve pour limite la loi et l'ordre public, auxquels s'ajoutent les bonnes mœurs et les libertés fondamentales. Tous rapprochements entre les deux régimes n'est donc pas permis.

Pour illustrer cela il faut prendre l'exemple de certains droits réels perpétuels, à l'instar du droit de propriété qui, en qualité de droit réel le plus absolu, est perpétuel ; à l'inverse, aucuns droits personnels ne l'est. Pour pallier à cela, les parties pourraient souhaiter, contractuellement, conférer un caractère perpétuel à un droit personnel. Il faut toutefois compter sur la prohibition des engagements perpétuels qui s'est vue conférer un fondement légal par la récente réforme du droit des contrats. L'article 1210 dispose dans son alinéa 1 que « *les engagements perpétuels sont prohibés* ». Dès lors, la liberté contractuelle ne permet pas de rendre perpétuel des droits personnels, tout du moins en dehors des hypothèses légales.

⁷⁷ *Ibid.*, p. 13, n° 157.

En accordant à la liberté contractuelle un fondement légal la réforme du droit des contrats et des obligations donne une base solide à un rapprochement des deux catégories juridiques par la volonté.

2- Des droits réels vers les droits personnels

Est-ce que la liberté contractuelle peut interférer sur la catégorie des droits réels ? L'emplacement de l'article 1102 préfigure une réponse négative. En effet, « *l'article 1102 du Code civil, situé au sein du titre III du livre III, relatif aux sources d'obligations, n'a pas le même rayonnement qu'un texte similaire placé au sein du titre préliminaire du Code civil* »⁷⁸.

Est-ce dire pour autant que la liberté contractuelle n'a pas sa place en droit des biens ? Cela paraît excessif, car déjà avant que la jurisprudence ne condamne le *numerus clausus* des droits réels il était admis que si l'article 543 était limitatif, c'était dans « *ce cercle – celui de l'article 543 – que la liberté des conventions et des dispositions devait se mouvoir* »⁷⁹. Il faut comprendre que la liberté contractuelle permet « *d'assouplir la rigidité apparente des modèles légaux de droits réels. Cette immixtion de la volonté des parties au sein même des institutions du droit des biens s'apparente à une forme de personnalisation des droits réels* »⁸⁰. La consécration de liberté contractuelle à l'article 1102 offre un fondement légal à ces aménagements.

Le droit positif offre de nombreux exemples et l'arrêt du 15 septembre 2016⁸¹ en est une parfaite illustration. En l'espèce, le nu-proprétaire de parts sociales avait assigné les autres nus propriétaires en nullité d'une assemblée générale à laquelle un usufruitier n'avait pas été convoqué. La cour de cassation s'attache à distinguer le droit de vote et celui de participer aux décisions collectives.

S'agissant du droit de vote. L'article 1844 alinéa 3 dispose que « *si une part est grevée d'un usufruit, le droit de vote appartient au nu-proprétaire, sauf pour les décisions concernant l'affectation des bénéfices où il est réservé à l'usufruitier* ». L'alinéa 4 ajoute que « *les statuts*

⁷⁸ CHANTEPIE (G.), LATINA (M.), *op. cit.*, p. 86, n° 86.

⁷⁹ DEMOLOMBE (C.), *Cours de Code Napoléon*, t. IX, 4^e éd., Hachette, 1870, p. 436, n° 519.

⁸⁰ MEKKI (M.), « volonté et distinction entre droit réel et droit personnel », *op. cit.*, p. 154, n° 9.

⁸¹ Cass. Civ. 3^e, 15 sept. 2016, n° 15-15.172, P: D. 2016. 2199, note DANOS (F.) ; *Rev. sociétés* 2017. 30, note RAVEL D'ESCLAPON (T.) ; *RTD com.* 2017. 120, note LECOURT (A.) ; *RTD civ.* 2017. 184, obs. DROSS (W.) ; *JCP E* 2016. 1633, note ZINTY (S.) ; *Dr. sociétés* 2016, n° 184, note HOVASSE (H.) ; *BJS* 2016. 722, note RABREAU (A.) ; *RJDA* 2016, n° 869 ; *JCP E* 2017. 1087, n° 3, obs. DEBOISSY (F.) et WICKER (G.) ; *RLDA* janv. 2017. 30, obs. BAVITOT (A.) ; *Dr. et patr.* 4/2017. 18, note NEMOZ-RAJOT (Q.) ; *ibid.* 70, obs. PORACCHIA (D.).

peuvent déroger aux précédentes dispositions ». Il faut comprendre que la liberté contractuelle permet d'aménager la rigidité des modèles légaux.

S'agissant du droit de participer aux décisions collectives. L'article 1844 dispose que « *tout associé a le droit de participer aux décisions collectives* ». La jurisprudence aura l'occasion de préciser que ce droit est d'ordre public, dès lors « *les statuts ne peuvent y déroger* »⁸². Une question s'est toutefois posée : lorsque les titres sociaux ont fait l'objet d'un démembrement qui, de l'usufruitier ou du nu-propiétaire, est le véritable associé ? Selon la cour seul le nu-propiétaire est le véritable associé. La conséquence est qu'il ne peut être privé de son droit de participer aux décisions collectives. Donc si les droits réels connaissent la liberté contractuelle, ils doivent aussi répondre de ses limites.

En donnant une base légale à la liberté contractuelle la réforme inscrit le droit des biens dans une vague supplétive de volonté qui se traduit par un rapprochement entre le régime des droits personnels et celui des droits réels, mais aussi par l'émergence de nouveaux biens.

SECTION II : DES QUALIFICATIONS NOUVELLES ?

Un bien est une chose susceptible d'appropriation. La notion est donc centrale et il convient de la définir. Négativement « *l'appropriation doit être considérée autrement que le droit de propriété dans l'acception traditionnelle du terme. [...] car cette conception de la propriété est orientée vers un contenu et son existence suppose la matérialité d'une chose* »⁸³. Positivement, l'appropriation est le fait de soustraire une chose à un usage collectif au profit d'un usage privatif. Cette conception étendue offre l'avantage d'ouvrir la qualification au-delà du caractère tangible. Il est alors « *manifeste que des droits sont des biens car les droits constituent des moyens d'approprier non toutes les utilités d'une chose, mais certaines d'entre elles seulement* »⁸⁴. En ce sens, une créance, bien qu'elle soit un droit personnel, est susceptible d'appropriation⁸⁵ car « *on peut estimer que les utilités de la chose dont le créancier a la maîtrise juridique lui sont appropriées, puisque nul autre que lui-même ne peut s'en prévaloir* »⁸⁶.

La qualification des biens recouvre l'opposition traditionnelle – droit personnel, droit réel – en ce sens que tous droits, autres que la propriété car « *elle est par hypothèse le lien entre la*

⁸² Cass. Com., 9 fév. 1999, n° 96-17.661, *Bull. civ. IV*, n° 44 ; R., p. 368 ; D. 2000. Somm. 231, obs. HALLOUIN (J.C.) ; *JCP* 1999. II. 10168, note BLANC (N.) ; *Defrenois* 1999. 625, obs. HOVASSE (H.).

⁸³ LIBCHABER (R.), *op. cit.*, n° 31.

⁸⁴ *Ibid.* n° 67.

⁸⁵ Cons. Const., 10 juin 2010, n° 2010-607 DC, Loi relative à l'entrepreneur individuel.

⁸⁶ LIBCHABER (R.), *loc. cit.*.

personne et le bien »⁸⁷, peuvent constituer des biens. Les droits subjectifs, parce qu'ils sont virtuellement infinis, constituent aujourd'hui le creuset de nouveaux biens, mais il faut aussi compter sur les limites propres à ces deux catégories que la réforme du droit des contrats semble amoindrir.

S'agissant des droits réels principaux. La limite classique à libre création de nouveaux droits réels était celle d'un *numerus clausus*. La jurisprudence a déjà renversé cette théorie doctrinale, avant que la réforme du droit des contrats et des obligations ne lui donne un fondement légal (I). *A contrario* les droits personnels ont toujours été de libre création ; en revanche, et parce qu'ils font naître un droit de créance, il était initialement acquis que les droits personnels ne pouvaient constituer que des liens (II).

I- Les droits réels principaux

Nombreux sont ceux à avoir défendu l'idée d'un *numerus clausus* des droits réels, mais nombreux sont ceux aussi à l'avoir contesté. Nous savons aujourd'hui que la liste des droits réels principaux n'est pas limitative, la liberté contractuelle permettant de nombreux montages juridiques (A), tous susceptibles d'être qualifiés de biens (B).

A) Le *numerus clausus* des droits réels principaux

Jusqu'en 2012 un intense débat a opposé deux pans de la doctrine avec comme question celle de savoir si les droits réels étaient en nombre limité.

D'un côté ceux favorables au *numerus clausus*. Ces auteurs se fondaient sur l'article 543 du Code civil selon lequel « *on peut avoir sur les biens, ou un droit de propriété, ou un simple droit de jouissance, ou seulement les services fonciers à prétendre* » ; « *au-delà, il n'y a plus que des droits personnels* »⁸⁸.

De l'autre, ces principaux détracteurs qui ont objecté que si notre Code civil admettait dès 1804 l'existence des démembrements de propriété, à aucun moment il n'était précisé que la liste des droits réels était limitative. Mais aussi et surtout que le principe de liberté contractuelle permettait de créer des droits réels *sui generis*. Nous en serions donc conduits à conclure « *que*

⁸⁷ BOFFA (R.), *op. cit.*, n° 11, p. 51.

⁸⁸ DEMOLOMBE (C.), *loc. cit.*

dès 1804, le ver était dans la fruit et qu'il suffirait de repousser les frontières de la liberté contractuelle pour faire ressurgir les propriétés simultanées »⁸⁹.

Il faut toutefois mesurer cette dernière affirmation car ce n'est que depuis la réforme du droit des contrats et des obligations que le principe de liberté contractuelle a son siège dans le Code civil. En effet, en 1804 il aurait été contre-révolutionnaire de consacrer un principe de liberté contractuelle susceptible de faire revivre les anciens droits féodaux.

Ce sera finalement la jurisprudence qui tranchera la question. D'abord, dans l'arrêt Caquelard du 13 février 1834⁹⁰, puis dans une série d'arrêts ultérieurs⁹¹ qui procéderont à des qualifications aux cas par cas, et enfin dans un célèbre arrêt Maison de Poésie du 31 octobre 2012⁹² qui condamnera formellement le *numerus clausus* des droits réels principaux en confirmant « qu'un propriétaire peut consentir, sous réserve des règles d'ordre public, un droit réel conférant le bénéfice d'une jouissance spéciale de son bien ». Cet arrêt est rendu au visa combiné de l'article 544, relatif au droit de propriété, et de l'ancien article 1134, lequel était, avant la réforme, considéré comme le siège de la liberté contractuelle. Les droits réels innommés se trouvent donc au carrefour de deux principes fondamentaux de notre droit : le droit de propriété et la liberté contractuelle. Au travers de l'article 1102 l'ordonnance de 2016 consacre un principe qui va dépasser le seul droit des obligations pour rejaillir dans d'autres disciplines, et notamment dans le droit des biens.

B) La libre création de nouveaux biens ?

En consacrant formellement un principe de liberté contractuelle, la réforme du droit des contrats et des obligations donne un fondement légal à la libre création de droit réel *sui generis*, mais est-ce la reconnaissance d'une libre création de nouveaux biens ? À notre sens

⁸⁹ ECKOUDT (M.), *La décomposition du droit de propriété sous l'effet du contrat*, Th. Lille 2, 2005

⁹⁰ Req. 13 févr. 1834, S. 1834. 1, p. 205; CAPITANT (H.), TERRÉ (F.), LEQUETTE (Y.), *Les grands arrêts de la jurisprudence civile*, tome 1, Dalloz, 12^e éd., 2007, n° 65 (arrêt Caquelard)

⁹¹ Sont des droits réels innommés : le droit de rétention (Cass. Civ. 1^{er}, 7 janvier 1992, n° 90-14.545, *JCP* 1992. II. 21971, note RAMAROLANTO-RATIARAY ; *RTD civ.* 1992. 586, obs. GAUTIER (P.Y.)) ; le droit d'affichage (Cass. Civ. 3^e, 18 janv. 1984, n° 82-16.003, *Bull. Civ. III*, n° 16 ; R., p. 76 ; *D.* 1995. 504, note ZENATI (F.) ; *JCP.* 1986. II. 20547, note BARBIER (J.F.).

⁹² Cass. Civ. 3^e, 31 oct. 2012, n° 11-16.304, P: R. 444 ; *D.* 2012. 2596, obs. TADROS (A.) ; *ibid.* 2013. 53, note D'AVOUT (L.) et MALLET-BRICOUT (B.) ; *ibid.* Pan. 2123, obs. REBOUL-MAUPIN (N.) ; *RDI* 2013. 80, obs. BERGEL (J.L.) ; *RTD civ.* 2013. 138, obs. GAUTIER (P.Y.) ; *ibid.* 169, obs. THERY (P.) ; *JCP* 2012, n° 1400, note TESTU (F.X.) ; *RLDC* 2013/101, n° 4964, note DUBARRY (J.) et JULIENNE (F.) ; *RDC* 2013. 584, obs. LIBCHABER (R.) ; *ibid.* 627, obs. SEUBE (J.B.), Adde, MORTIER (R.), *JCP N* 2014, n° 1284.

indéniablement car ces droits vont, à l'instar des droits réels nommés, « constituer des moyens d'approprier non toutes les utilités d'une chose, mais certaines d'entre elle seulement »⁹³.

Cette liberté est-elle absolue ? La liberté contractuelle de l'article 1102 connaît plusieurs limites : la loi, l'ordre public, les bonnes mœurs et les libertés fondamentales. Or, si la liberté de créer des droits réels innommés se fonde sur la liberté contractuelle, il serait correct que la première connaisse les mêmes limites que la seconde. À cet égard un parallèle doit être fait avec l'arrêt *Maison poésie*, lequel impose le respect des règles d'ordre public. *A minima* donc, la liberté de créer des droits réels innommés ne peut déroger aux règles d'ordre public.

Si l'arrêt *Maison Poésie* est l'un de ces grands arrêts du droit des biens, il amène avec lui son lot d'interrogations. Au lendemain, la question qui a cristallisé les débats était celle de savoir si le droit réel de jouissance spéciale pouvait être perpétuel. Par principe, seuls le droit de propriété et les servitudes peuvent l'être. En ce sens un arrêt de 2015⁹⁴ affirmait que le droit réel de jouissance spéciale ne pouvait être perpétuel. Pourtant un arrêt de 2016⁹⁵, et désormais un arrêt de 2018⁹⁶, laissent planer le doute. L'avenir sur ce point semble incertain, mais la réforme du droit des contrats et des obligations offre des éléments de réponse.

L'ordonnance du 10 février 2016 a consacré à l'article 1210 un principe de prohibition des engagements perpétuels. Le vocable employé laisse dire à certains auteurs que la disposition serait d'ordre public, en ce que toutes clauses contraires seraient « prohibées ». *A priori* la perpétuité des droits réels innommés serait interdite. C'est toutefois omettre la situation de l'article dans le Code civil qui laisse à penser que son domaine d'application *rationae materiae* soit limité aux seuls droits personnels. Nous en sommes donc conduit à conclure que « la

⁹³ LIBCHABER (R.), *Loc. cit.*

⁹⁴ Cass. Civ 3^e, 28 janv. 2015, n° 14-10.013, P: *D. 2015. 599*, note MALLET-BRICOUT (B.); *ibid. Chron. C. cass. 988*, note MEANO (A.L.); *AJDI 2015. 304*, note LE RUDULIER (N.); *RDI 2015. 175*, obs. BERGEL (J.L.); *Just. & cass. 2015. 270*, rapp. FEYDEAU; *ibid. 277*, avis STURLESE (B.); *RTD civ. 2015. 413*, obs. DROSS (W.); *ibid. 619*, obs. BARBIER (H.); *JCP 2015, n° 250*, note FEYDEAU; *ibid.*, n° 251, avis STURLESE (B.); *ibid.*, n° 252, note REVET (T.); *ibid.*, n° 148, note MILLEVILLE (S.); *ibid.* n° 546, obs. PÉRINET-MARQUET (H.); *JCP N 2015, n° 1083*, note JULIENNE (F.) et DUBARRY (J.); *Deffrénois 2015. 419*, note ANDREU (L.) et THOMASSIN (N.).

⁹⁵ Cass. Civ. 3^e, 8 sept. 2016, n° 14-26.953, P: *D. 2016. 2237*, note MEANO (A.L.); *ibid. 2017. 134*, note D'AVOUT (L.) et MALLET-BRICOUT (B.); *ibid. 2017. 375*, obs. MEKKI (M.); *ibid. 1789*, obs. REBOUL-MAUPIN (N.); *RDI 2016. 598*, obs. BERGEL (J.L.); *RTD civ. 2016. 894*, obs. DROSS (W.); *JCP 2016, n° 1172*, note LAURENT (N.); *JCP N 2016, n° 1294*, note DUBARRY (J.) et STREIFF (V.); *Deffrénois 2016. 1119*, note PÉRINET-MARQUET (H.); *RDC 2017. 60*, note BOFFA (R.); *ibid. 123*, note DANOS (F.).

⁹⁶ Cass. Civ. 3^e, 7 juin 2018, n° 17-17.240, P: *D. 2018. 1577*, note MASSON (C.); *ibid. 1772*, obs. NEYRET (L.) et REBOUL-MAUPIN (N.); *ibid. chron. C. cass. 2435*, obs. JARIEL (A.L.); *RDI 2018. 448*, obs. BERGEL (J.L.); *RTD civ. 2018. 712*, obs. DROSS (W.); *JCP 2018, n° 892*, rapp. JARIEL (A.L.); *ibid.*, n° 893, note PÉRINET-MARQUET (H.); *Deffrénois, 25 oct. 2018, p. 33*, note LAURENT (N.); *RDC 2018. 436*, obs. DANOS (F.) – Adde, *Deffrénois 23 août 2018. 15*, note ECHAPPE; *ibid. 28*, note DROSS (W.).

*jurisprudence de la Cour de cassation serait compatible avec l'article 1210 du Code civil car les engagements perpétuels concédés, bien que cela soit par le biais de conventions, portent précisément sur des droits réels »⁹⁷. Pour comprendre la solution de la cour de cassation des auteurs ont adopté une approche comparative⁹⁸. Les droits réels *sui generis* des arrêts Maison de Poésie 1 et 2 étaient consentis au profit d'une personne, et pouvait se rapprocher d'un usufruit ; alors que le droit réel innommé de l'arrêt de 2018 était consenti en faveur d'un fond dominant, ce qui le rapproche d'une servitude. L'intérêt est de dire que si l'usufruit est nécessairement temporaire, la servitude peut être perpétuelle. Le droit réel innommé pourra donc être perpétuel, et ce sans contrarier l'ordre public, s'il se rapproche de l'un des modèles légaux connaissant la perpétuité.*

La consécration du principe de liberté contractuelle donne un fondement légal à la libre création de nouveaux biens. Preuve que le principe a une portée plus étendue que le droit des contrats et des obligations, contrairement à la prohibition des engagements perpétuels qui doit composer avec les spécificités du droit des biens. Bien plus, la réforme développe des mécanismes qui, s'ils ont pieds dans les droits personnels, pourront recevoir la qualification de biens.

II- Les droits personnels

Nous touchons ici au cœur de ce qu'a apportée la réforme du droit des contrats et des obligations. Depuis plusieurs années la vie juridique est marquée par l'apparition de nouveaux biens. La jurisprudence de la Cour Européenne des Droits de l'Homme n'y est pas étrangère car elle donne à qualification de bien un sens beaucoup plus étendu qu'en droit interne. En se fondant sur l'article premier du premier protocole additionnel à la Convention Européenne des Droits de l'Homme, la Cour qualifie de biens l'ensemble des droits patrimoniaux.

Dans sa conception intuitive la notion de bien est synonyme de valeur. Eu égard à la définition précédemment évoquée la créance s'analyse comme un bien. Mais dans une analyse discursive la notion de bien est plus vaste, et peut englober des biens à valeur vénale négative⁹⁹, telle qu'une dette. La récente réforme du droit des contrats simplifie, ou consacre, divers mécanismes de cession. Et s'il est aujourd'hui acquis que le nouveau régime de la cession de créance « *met*

⁹⁷ DROULLER (C.), « Perpétuité et droits réels de jouissance spéciale au regard de l'ordre public », *AJ contrat*, 2009, n° 4, p. 170.

⁹⁸ Voir en ce sens KILGUS (N.), « Droit réel de jouissance spéciale et perpétuité : une nouvelle étape ? », *Dalloz actualité*, 2018, n° 19.

⁹⁹ CHILSTEIN (D.), « les biens à valeur vénale négative », *RTD civ.* 2006, n° 4, p. 663

clairement en avant le caractère patrimonial »¹⁰⁰ de cet actif incorporel, celui de la cession de dette, nouvellement consacré, interroge. Nous adopterons une approche comparative avec comme enjeu celui de savoir si l'obligation, dans ses faces active et passive, peut recevoir la qualification de bien, les cessions seraient alors des transferts de propriété (A) ; ou de lien, les cessions opéreraient alors une modification du rapport d'obligation initial (B).

A) L'obligation comme un bien

L'obligation est un rapport de droit qui unit deux personnes : le créancier à son débiteur. Dans sa face active, l'obligation est une créance (1), c'est-à-dire un droit personnel en vertu duquel un créancier peut exiger d'un débiteur l'accomplissement d'une prestation. Dans sa face passive l'obligation est une dette (2), c'est-à-dire un droit personnel par lequel le débiteur est tenu d'une prestation envers son créancier.

1- La créance

La créance est-elle un bien ? Eu égard à la récente réforme du droit des contrats une réponse affirmative semble s'imposer. En effet, le nouveau régime de la cession de créance, figurant aux articles 1321 et suivants du Code civil, met clairement en avant son caractère patrimonial en « *favorisant l'exploitation conventionnel de cet actif incorporel* »¹⁰¹. La réforme fait de la cession de créance un contrat solennel, mais surtout allège son régime d'opposabilité aux tiers. Il convient alors de distinguer le sort des tiers, de celui du débiteur cédé.

S'agissant des tiers. Hier, la cession n'était opposable aux tiers qu'après signification faite au débiteur. Cette formalité, jugée trop lourde par la pratique, sera écartée par la réforme. Désormais l'article 1323 dispose « *qu'entre les parties, le transfert de la créance s'opère à la date de l'acte* » et ajoute qu'il est « *opposable aux tiers dès ce moment* ».

S'agissant du débiteur cédé. Sous l'empire de la loi ancienne la cession n'était opposable au débiteur qu'après signification ou acceptation par acte authentique. Désormais l'article 1324 nous indique que « *la créance n'est opposable au débiteur, s'il n'y a pas consenti, que si elle lui a été notifiée ou s'il en a pris acte* ». Certes il ne faut pas minimiser l'importance de cette notification, car aussi longtemps qu'elle n'aura pas été réalisée « *le transfert n'est pas*

¹⁰⁰ JULIENNE (M.), « Cession de créance ; transfert d'un bien ou changement de créancier », *dr. et patr.*, 2015, n° 249, p.69.

¹⁰¹ *Ibid.*

complet, en ce que le cessionnaire n'aura pas la possibilité de forcer le débiteur cédé à le payer »¹⁰². Mais *a contrario* il ne faut pas en exagérer l'importance car la notification reste une « *simple mesure d'information* »¹⁰³ qui n'a pas pour objet de recueillir le consentement du débiteur cédé.

Le nouveau régime de la cession de créance en matière d'opposabilité confirme le caractère bipartite de ce nouveau contrat en ce sens que seuls les cédant et cessionnaire seront partis au contrat. *A contrario*, le débiteur cédé est relayé au rang de tiers au contrat ; cela est confirmé par l'emploi du terme « *opposabilité* » qui constitue « *l'aptitude d'un acte à faire sentir ses effets à l'égard des tiers, c'est-à-dire des personnes qui ne sont pas parties à l'acte* »¹⁰⁴. Il résulte de ce nouveau régime juridique que la cession de créance s'analyse, à priori, comme un simple transfert de propriété qui a pour effet de faire passer la créance « *dans le patrimoine du cessionnaire avant même que le changement de créancier ne s'impose au débiteur* »¹⁰⁵. *Quid* de la cession de dette nouvellement consacrée ?

2- La dette

Dans une conception intuitive la notion de bien est synonyme de valeur. Pourtant, certains défendent l'idée qu'il puisse exister des « *biens à valeur vénale négative* »¹⁰⁶, forme de véritable fardeau que tout à chacun chercherait à exclure de son patrimoine. Ces idées, si elles sont novatrices, le sont peut-être trop. Cela explique qu'elles aient rencontré une opposition assez ferme, arguant que ces suppositions ne « *demeuraient que spéculatives tant que de tels exemples n'émergeaient qu'aux marges du droit civil* »¹⁰⁷. L'introduction de la cession de dette dans le Code civil relance le débat, et immédiatement l'usage du nom « *cession* » nous saute aux yeux en ce sens que « *dans la conception que le Code civil a développé, la propriété est la clef de voute de la cession [...] on ne cède que ce que l'on a* »¹⁰⁸. Étymologiquement la cession de dette s'analyse comme un transfert de propriété, et la dette donc comme un bien ; mais comment analyser juridiquement la cession de dette ?

¹⁰² CHANTEPIE (G.), LATINA (M.), *op. cit.* p. 783, n° 863.

¹⁰³ JULIENNE (M.), « cession de créance : transfert d'un bien ou changement de créancier », *op. cit.*

¹⁰⁴ CORNU (G.), *op. cit.*, p. 713.

¹⁰⁵ JULIENNE (M.), « cession de créance : transfert d'un bien ou changement de créancier », *op. cit.*

¹⁰⁶ CHILSTEIN (D.), *op. cit.*

¹⁰⁷ LIBCHABER (R.), *op. cit.*, n° 18.

¹⁰⁸ *Ibid.* n° 23.

S'il fallait présenter la cession de dette il conviendrait de débiter en citant des professeurs TERRÉ, SIMLER et LEQUETTE qui évoquaient une « *impossible symétrie* »¹⁰⁹ entre la cession de dette et la cession de créance. L'article 1327 dispose qu'un « *débiteur peut, avec l'accord du créancier céder sa dette* ». D'ores et déjà une différence s'impose car si la cession de créance est un contrat bipartite, la cession de dette est un contrat tripartite en ce que la cession ne « *peut intervenir qu'avec l'accord du créancier cédé, compte tenu de l'importance évidente de la personne du débiteur pour le créancier* »¹¹⁰.

Les articles suivants envisagent deux situations, suivant que le créancier ait simplement consenti à la cession, ou qu'il ait expressément consenti à libérer le débiteur. Dans la première configuration, le débiteur initial sera tenu solidairement au paiement de la dette ; dans la seconde il sera libéré pour l'avenir. Si la dette est un bien, il n'y a donc bien que dans cette seconde configuration que la cession de dette est translatrice de propriété car elle transfère la dette au débiteur cessionnaire, qui devient alors titulaire de la dette initiale, et non d'une dette nouvelle. La première hypothèse pour sa part s'analyse plus comme une modification du rapport d'obligation car, à l'instar de la délégation imparfaite, elle aura pour effet d'adjoindre un second débiteur.

La réforme « *prolonge le processus d'objectivisation des droits personnels* »¹¹¹ en consacrant différents mécanismes de cession qui ont pour effet de transférer le bien dans un autre patrimoine. Mais il ne faut pas omettre certaines spécificités qui font dire que les cessions puissent s'analyser comme des « *modifications des rapports d'obligations* »¹¹².

B) L'obligation comme un lien ?

Si les cessions de créance et de dette permettent l'exploitation de ces nouveaux biens, il ne faut pas omettre que la créance et la dette restent des droits personnels, c'est-à-dire des liens de droits entre deux personnes. La cession n'est donc jamais anodine car elle porte sur un bien qui met en présence une troisième personne : le créancier, ou le débiteur initial. Mais l'implication de ces derniers sera différente selon qu'il s'agisse d'une cession de créance (1), ou de dette (2).

¹⁰⁹ TERRÉ (F.), SIMLER (P.), LEQUETTE (Y.), *Droit civil : les obligations*, 11^e éd. Paris : DALLOZ, 2013, n° 1304, p. 1352.

¹¹⁰ Rapport au Président de la République relatif à l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations.

¹¹¹ JULIENNE (M.), « cession de créance : transfert d'un bien ou changement de créancier », *op. cit.*

¹¹² *Ibid.*

1- La créance

Le créancier peut librement céder sa créance sans recueillir le consentement du débiteur cédé. Comment justifier une telle solution ? Si la créance est un bien il est normal que le créancier puisse en disposer librement ; l'article 537 du Code civil dispose que « *les particuliers ont la libre disposition des biens qui leurs appartiennent* ». Pourtant l'article 1321 alinéa 4 interroge, car si la première partie affirme que « *le consentement du débiteur n'est pas requis* », ce qui confirme que le créancier ait la libre disposition de sa créance ; il ajoute « *à moins que la créance ait été stipulée incessible* ». Or, et comme le relève très justement le professeur JULIENNE « *si la cession de créance était un banal transfert de propriété, les clauses d'incessibilité devraient être annulées comme constituant une atteinte illégitime au principe de libre disponibilité des biens* »¹¹³.

L'objectif affiché est clair, il s'agit de protéger le débiteur contre une cession qu'il n'aurait pas consentie. Preuve finalement que la cession de créance n'est pas innocente, le débiteur peut avoir un intérêt à conserver son créancier, notamment s'il est débiteur d'une obligation en nature.

Il convient de s'interroger sur la portée de ce consentement car selon qu'il soit, ou non, impératif à la réalisation du transfert la créance pourra s'analyser soit comme un lien, soit comme un bien. Si le consentement du débiteur cédé est impératif au transfert il faut admettre que le créancier n'a pas la libre disposition de la créance, la créance serait alors un lien. A l'inverse, si le consentement n'est pas impératif au transfert le créancier aura la libre disposition de sa créance, qui sera alors analysée comme un bien. La difficulté est que le Code civil n'indique pas quelle sanction accompagne la violation d'une clause d'incessibilité.

Selon l'article 11 : 109 des principes du droit européen du contrat la sanction serait l'inopposabilité au débiteur, la solution serait logique en ce sens que si « *l'exigence du consentement du cédé tend, en effet, à assurer la protection du débiteur [...]. Il suffit donc que la cession lui soit inopposable* »¹¹⁴. Le nouveau régime de la cession de créance prolonge le processus de réification de la créance, sans pour autant méconnaître la nature spécifique de ce nouveau bien. *Quid* de la dette ?

¹¹³ *Ibid.*

¹¹⁴ CHANTEPIE (G.), LATINA (M.), *op. cit.*, n° 858, p. 779.

2- La dette

L'article 1327 alinéa 1 dispose « *qu'un débiteur peut, avec l'accord du créancier, céder sa dette* ». L'usage du nom « *accord* » est ambigu, il laisse à supposer que le créancier ne devrait qu'autoriser le transfert. Le cédé ne serait alors un simple tiers au contrat. Cela a longtemps été confirmé par le projet d'ordonnance du 25 février 2015 qui dans son article 1338 prévoyait qu'à défaut d'accord, le cédant était simplement garant des dettes du cessionnaire. Le texte définitif fait le choix de supprimer cette disposition, et amène avec lui son lot d'incertitudes : comment sanctionner la cession de dette réalisée sans accord du créancier cédé ? Si une créance est cédée en violation d'une clause d'incessibilité, la sanction la plus appropriée est l'inopposabilité au débiteur victime. Faut-il appliquer la même sanction, ou convient-il de lui préférer la nullité eu égard à l'importance de la personne du débiteur pour le créancier ?

L'enjeu est important car « *si l'acceptation n'est qu'une modalité d'opposabilité, cela signifie que l'accord du cédant et du cessionnaire n'est pas en lui-même dépourvu de toute valeur* »¹¹⁵, en ce sens le défaut d'accord du créancier ne pourrait pas empêcher la cession de se réaliser. « *Si à l'inverse, l'acceptation du cédé est une condition de validité, on pourrait considérer que l'accord conclu entre le cédant et le cessionnaire est dépourvu de valeur* »¹¹⁶, car le défaut d'accord du créancier serait sanctionner par la nullité de la cession.

Il faut comprendre que si la dette est un bien alors la sanction la plus appropriée serait l'inopposabilité, car le débiteur aurait la libre disposition de son bien. A l'inverse, si la dette est un lien alors la sanction la plus appropriée serait la nullité, car il ne pourrait y avoir modification du rapport d'obligation initial sans l'accord du créancier cédé.

Sur ce dernier point les avis divergent. Certains estiment que ce consentement conditionne la validité de la cession¹¹⁷, la sanction serait la nullité de la cession. D'autres estiment que « *le consentement du créancier concerne la conclusion de la cession* »¹¹⁸, la sanction serait donc l'inopposabilité, et une cession interne pourrait être admise.

À notre sens, la sanction la plus appropriée serait l'inopposabilité, et cela pour les mêmes raisons que la cession de créance réalisée en violation d'une clause d'incessibilité. En effet, si la créance a été stipulée incessible c'est nécessairement la preuve que la personne du créancier

¹¹⁵ JULIENNE (M.), « La cession de dette : une théorie inachevée », *Dr. et patr.*, 2016, n° 260, p. 56

¹¹⁶ *Ibid.*

¹¹⁷ *Ibid.*

¹¹⁸ CHANTEPIE (G.), LATINA (M.), *op. cit.*, n° 879, p. 797.

pour le débiteur est d'une importance première ; cela sous-entend qu'il s'est engagé en considération de cette personne. Il n'y aurait sur ce point que peu de différences entre la cession de créance stipulée incessible et la cession de dette ; la plus essentielle tenant au fait que si le créancier s'est engagée eu égard à la solvabilité du débiteur, le débiteur, qui a fait stipulée une clause d'incessibilité, se serait engagé pour des raisons plus personnelles, mais sans aucun doute déterminantes dans son consentement. Il n'y aurait donc pas lieu d'appliquer une sanction différente que celle applicable à la cession de créance réalisée en violation de la clause d'incessibilité

La réforme est placée sous le signe de la liberté, et cela rejaillit sur la qualification des biens. À la fois sur les qualifications anciennes, la liberté contractuelle constitue le creuset de nouveaux rapprochements entre les droits personnels et réels ; mais également sur des qualifications nouvelles, la liberté contractuelle ouvre la voie à la libre création de nouveaux biens. Néanmoins, si la qualification des biens est complexe, celle de sûretés l'est tout autant tant elle se situe au croisement de deux droits : le droit des biens et le droit des obligations.

CHAPITRE II : L'incidence de la réforme sur la qualification des sûretés

« *La question de la qualification des sûretés est l'un des problèmes récurrents du droit civil, à la charnière du droit des obligations et du droit des biens* »¹¹⁹. La difficulté avec cette qualification est qu'aujourd'hui la pratique à un usage effréné des mécanismes de garantie. En effet, ces techniques ont pour objet de garantir l'exécution d'une obligation. Naturellement, c'est donc un schéma qui sera recherché par les créanciers qui voudront se prémunir contre le risque d'insolvabilité de leurs débiteurs.

La conséquence est double. D'une part l'apparition de nouveaux mécanismes, par exemple la garantie autonome, inspirée de la pratique bancaire étrangère et qui sera progressivement introduite en France avant d'être consacrée par la réforme du 23 mars 2006. Et d'autre part un détournement de mécanismes existants, issus du droit des biens ou du droit des obligations, qui seront utilisés à titre de garanties : par preuve le transfert de propriété ne sera plus une fin en soi mais sera utilisé à titre de garantie ; ou encore la délégation imparfaite de créance.

En réponse à de nouveaux besoins, la pratique a développé de nouvelles formes de garanties. Mais déjà à ce stade une confusion est fréquente. Laquelle consiste à assimiler ces mécanismes

¹¹⁹ GINESTET (C.), « La qualification des sûretés (première partie) », *La revue du notariat*, 1999, n° 2, p.80.

et les sûretés classiques, nommées comme telles dans le Code civil. La confusion est entretenue par les textes qui, sans véritablement définir les notions, emploient les termes de garanties, sûretés ou privilèges.

Dans le silence des textes, la doctrine a été contrainte d'approfondir ces qualifications. Il est d'usage de dire que si toute sûreté constitue une garantie, toute garantie n'est pas une sûreté. La garantie est donc une qualification plus large. Définie comme « *une technique issue de la théorie générale des obligations ou du droit des biens ayant pour effet, non exclusif, de faciliter le recouvrement de sa créance par le créancier* », la garantie n'existe pas pour elle-même mais sa « *plasticité lui permet d'assurer cette fonction, identique à celle des sûretés* »¹²⁰. L'intérêt est évident car, tout en ayant les mêmes fonctions, les garanties permettent de contourner les contraintes et rigidités propres aux régimes juridiques de certaines sûretés.

Du fait de ces avantages les créanciers vont très souvent extraire du droit des biens ou du droit des obligations des mécanismes et les utiliser aux fins de garantir leurs créances. La réforme du droit des contrats et des obligations aura alors une double incidence. La première est de dire que la réforme a une incidence sur des mécanismes existants, nous pouvons songer à la cession de créance qui peut être utilisée à titre de garantie, et dont le régime a été réformé par l'ordonnance du 10 février 2016. La seconde est de remarquer que la réforme introduit de nouveaux mécanismes qui pourront également garantir des créances, ici il faut penser à la cession de dette imparfaite. Toutefois, le doute est permis. Car si toutes les sûretés sont des garanties, et que la réforme instaure de nouvelles techniques pouvant faire office de garantie, il n'est pas improbable que certaines d'entre elles puissent être qualifiées de sûretés. La consécration légale du principe de liberté contractuelle invite à cette conclusion. Il est alors opportun de revenir sur les qualifications anciennes en confrontant la qualification des sûretés à celle des garanties (Section I), avant de s'interroger sur la reconnaissance de qualifications nouvelles (Section II).

SECTION I : LES QUALIFICATIONS ANCIENNES

Le professeur Pierre CROCQ sera le premier à donner une définition satisfaisante : « *une sûreté est l'affectation à la situation du créancier d'un bien, d'un ensemble de biens ou d'un patrimoine, par l'adjonction aux droits résultant normalement pour lui du contrat de base, d'un droit d'agir, accessoire de son droit de créance, qui améliore sa situation juridique en*

¹²⁰ BOURASSIN (M.), BREMOND (V.), JOBARD-BACHELLIER (M.N.), *op. cit.*, p. 4, n° 9.

remédiant aux insuffisance de son droit de gage général, sans être pour autant une source de profit, et dont la mise en œuvre satisfait le créancier en éteignant la créance en tout ou partie, directement ou indirectement »¹²¹. De cette définition il a tiré des critères de qualification permettant d'identifier parmi l'ensemble des garanties celles pouvant recevoir la qualification de sûreté (I), il conviendra alors de les mettre en application eu égard aux différentes techniques introduites, ou modifiées, par la réforme du droit des contrats et des obligations (II).

I- Les éléments de distinction

Si toutes les sûretés sont des garanties, mais que toutes les garanties ne sont pas des sûretés, il est indispensable d'identifier les critères de qualification des sûretés (A) car, et bien que c'eût été contesté en doctrine, il y a un intérêt certain à savoir si le mécanisme est une sûreté ou une garantie (B).

A) Exposé de la distinction

Les sûretés se distinguent des garanties sur plusieurs critères mis en lumière par le professeur Pierre CROCQ. Tout d'abord, par sa technique car la sûreté s'adjoint à un rapport d'obligation initial, elle en est l'accessoire et sera exécutée soit par l'affectation d'un bien en garantie, soit par l'affectation d'un patrimoine tiers ; la garantie à l'inverse naît de ce rapport, elle y est incluse. Elle n'est donc pas l'accessoire de l'obligation. Pour illustrer cela nous pouvons prendre l'exemple du cautionnement. Défini à l'article 2288 du Code civil « *celui qui se rend caution d'une obligation, se soumet envers le créancier à satisfaire à cette obligation, si le débiteur n'y satisfait pas lui-même* ». Ce contrat à indéniablement un caractère accessoire car il s'adjoint à une obligation principale. A l'inverse, l'obligation solidaire est une garantie car elle est incluse dans le rapport d'obligation initial, pour preuve le codébiteur solidaire est partie au contrat.

Puis par sa finalité. La sûreté améliore directement la situation du créancier, alors que la garantie « *lutte contre l'insolvabilité du débiteur de manière diffuse ; elle ne tend pas directement au recouvrement de la créance* »¹²². Le gage est selon l'article 2333 du Code civil « *une convention par laquelle le constituant accorde à un créancier le droit de se faire payer par préférence à ses autres créanciers sur un bien* », sa finalité exclusive est d'améliorer la situation du

¹²¹ CROCQ (P.), *Loc. cit.*

¹²² GINESTET (C.), *op. cit.*

créancier. *A contrario*, et « bien que la clause de réserve de propriété soit qualifiée de sûreté par la loi depuis la réforme du 23 mars 2006, ses caractères la rapprochent davantage des garanties. En effet, elle n'a pas pour finalité exclusive de prémunir le créancier contre le risque d'impayé »¹²³.

Enfin, l'effet légal de la sûreté est d'aboutir à la satisfaction du créancier par l'extinction de la créance, le créancier bénéficiaire sera donc privilégié aux créanciers chirographaires. Par exemple, le nantissement est envisagé à l'article 2355 du Code civil comme « l'affectation, en garantie d'une obligation, d'un bien meuble incorporel ou d'un ensemble de biens meubles incorporels, présents ou futurs ». Son effet légal est d'aboutir à la satisfaction du créancier car en cas d'impayé il pourra vendre, ou faire vendre, les biens et se faire payer en priorité sur le prix de vente. A l'inverse, l'action oblique est une garantie car celui qui va l'exercer, pour reconstituer le patrimoine de son débiteur, peut être concurrencé par les autres créanciers.

À partir de ces trois caractères il est, à priori, possible d'identifier une sûreté parmi toutes les garanties, et par conséquent d'appliquer le régime juridique propre à cette sûreté. C'est là le principal intérêt de la distinction.

B) Intérêt de la distinction

Quel intérêt y a-t-il à identifier une sûreté parmi l'ensemble des garanties ? Pour certains auteurs très peu. D'une part car « la distinction doit être transcendée par leur effet commun, consistant à améliorer la situation du créancier chirographaire ». Et d'autre part car « le législateur, qui emploie le plus souvent le terme « sûreté », sans pour autant viser les seuls mécanismes qui ont une fonction exclusive de garantie »¹²⁴.

Toutefois qualifier n'est jamais anodin. Il s'agit « d'une opération [...] consistant à prendre en considération l'élément qu'il s'agit de qualifier et à le faire entrer dans une catégorie juridique préexistante, d'où il résulte, par rattachement, le régime juridique qui lui est applicable »¹²⁵ ; la qualification conditionne l'application du régime juridique correspondant. Dès lors, nous pouvons isoler deux intérêts à la question de savoir si une garantie peut être qualifiée de sûreté.

Le premier est de dire que cela conditionne l'application d'un régime général, applicable à l'ensemble des sûretés. Pour illustration, la réforme du droit des contrats a généralisé à

¹²³ BOURASSIN (M.), BREMOND (V.), JOBARD-BACHELLIER (M.N.), *op. cit.*, p. 4, note 4.

¹²⁴ *Ibid.* p. 5, n° 11.

¹²⁵ CORNU (G.), *op. cit.*, p.837.

l'ensemble des sûretés une règle qui siège aujourd'hui à l'article 1352-9 et selon lequel « *les sûretés constituées pour le paiement de l'obligation sont reportées de plein droit sur l'obligation de restituer* ». Dans le sens inverse, le législateur peut souhaiter ne pas limiter une disposition aux seules sûretés et l'étendre à l'ensemble des garanties.

Le second est de remarquer que cela peut conditionner l'application d'un droit spécial, propre à une sûreté particulière. Il s'agit alors d'assimiler un mécanisme à une sûreté existante. Par exemple, la cession de créance consentie à titre de garantie a déjà été requalifiée par la jurisprudence en nantissement¹²⁶. La conséquence directe est l'application du régime juridique du nantissement. Où à l'inverse, d'échapper au régime juridique d'une sûreté, par exemple la promesse de porte-fort d'exécution qui échappe aux contraintes du cautionnement.

Circonscrire la qualification des sûretés a un intérêt car cela entraîne l'application de règles générales ou spéciales propres au droit des sûretés. Il est donc opportun de mettre en application ces critères de qualification en les confrontant à certains mécanismes introduits ou renouvelés par la réforme du droit des contrats et des obligations.

II- Les applications de la distinction

La réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations amène avec elle son lot de modifications et d'innovations. Parmi elles, la pratique pourrait puiser de nouvelles formes de garanties (A), il faut songer à l'exception d'inexécution qui, depuis la réforme, est directement régie par le Code civil ; ou encore à la cession de dette qui, lorsqu'elle est imparfaite, peut être utilisée à titre de garantie. Toutefois la qualification des sûretés est plus réduite que celle des garanties. Parmi les mécanismes figurant dans la réforme de 2016, certains répondent aux trois critères de qualification des sûretés (B).

A) Les garanties à l'aune de la réforme

Le droit des obligations recèle de mécanisme dont la finalité exclusive n'est pas de prémunir le créancier contre le risque d'insolvabilité de son débiteur, mais qui en raison « *de*

¹²⁶ Cass. com. 19 déc. 2006, n° 05-16.395 P: R., p. 370; *D.* 2007. 344, note LARROUMET (C.); *ibid.* AJ 76, obs. DELPECH (X.); *ibid.* Point de vue 319, par DAMMAN (R.) et PODEUR (G.); *JCP* 2007. II. 10067, Rapp. COHEN-BRANCHE (M.), note LEGEAIS (D.); *ibid.* I. 158, n° 26, obs. DELEBECQUE (P.), et 161, n° 16 s., obs. BARTHIEZ (A.S.); *Gaz. Pal.* 2007. 1903, note PIEDELIEVRE (S.); *Defrénois* 2007. 448, obs. SAVAUX (E.); *ibid.* 2008. 409, obs. THERY (P.); *Dr. et patr.* 11/2007. 73, obs. MATTOU (P.) et PRUM (A.); *Banque et Dr.* 3-4/2007. 61, obs. JACOB; *AJDI* 2007. 757, obs. COHET-CORDEY (F.); *RDC* 2007. 273, obs. LAITHIER (Y.M.); *RTD civ.* 2007. 160, obs. CROCQ (P.); *RTD com.* 2007. 217, obs. LEGEAIS (D.) – AYNES (L.), *D.* 2007. Chron. 961. – AUCKENTHALER (F.), *JCP E* 2007. 2187. – BEUZELIN (V.), *RLDC* 2007/43, n° 2737.

leur plasticité pourront assurer cette fonction, identique à celle des sûretés »¹²⁷. Plusieurs mécanismes issus de la théorie générale des obligations pourront remplir cette fonction de garantie. Nous nous concentrerons sur deux mécanismes particuliers : l'exception d'inexécution, dont le champ d'application a été généralisé par la réforme du droit des contrats (1) et la promesse de porte-fort d'exécution, qui a été confortée par le nouvel article 1204 (2).

1- L'exception d'inexécution

L'exception d'inexécution est le fait pour une partie de refuser d'exécuter son obligation, alors même que celle-ci est exigible, si l'autre n'exécute pas la sienne. L'intérêt d'un tel mécanisme est clair : protéger le créancier contre l'inexécution par le débiteur de son obligation. Naturellement la technique peut servir de garantie, mais peut-elle être qualifiée de sûreté ? Indéniablement une réponse négative s'impose car elle n'est pas l'accessoire de l'obligation garantie, elle en est la conséquence. Toutefois la question du champ d'application de cette garantie issue de la théorie générale des obligations est récurrente, et la réforme de 2016 relance le débat.

Sous l'empire de la loi ancienne l'exception d'inexécution n'était envisagée que par le droit des contrats spéciaux, par exemple l'article 1612 relatif au contrat de vente dispose que « *le vendeur n'est pas tenu de délivrer la chose, si l'acheteur n'en paye pas le prix* ». La jurisprudence, suivant les recommandations de la doctrine, avait généralisé l'exception à tous les contrats synallagmatiques¹²⁸.

L'ordonnance du 10 février 2016 innove. Le nouvel article 1219 donne un fondement général à l'exception d'inexécution. En effet, selon l'article « *une partie peut refuser d'exécuter son obligation, alors même que celle-ci est exigible, si l'autre n'exécute pas la sienne* » ; aucune référence au contrat synallagmatique n'est faite. Faut-il comprendre que cette garantie puisse être généralisée à tous les contrats ?

A priori la solution est douteuse car si l'article 1219 ne limite pas la garantie aux seuls contrats synallagmatiques, il subordonne l'exception au fait que l'autre partie n'est pas exécutée « *la sienne* ». *A priori*, le mécanisme suppose des obligations réciproques, ce qui rejoint la définition, reconduite par l'ordonnance à l'article 1106, du contrat synallagmatique.

¹²⁷ BOURASSIN (M.), BREMOND (V.), JOBARD-BACHELLIER (M.N.), *loc. Cit.*

¹²⁸ Cass. Com., 22 mars 1994, n° 92-10.663, Bull. civ. IV, n° 119.

Toutefois, « *la réciprocité des obligations souscrites par chacune des parties n'est pas un critère suffisant pour faire le départ entre les contrats synallagmatiques et les contrats unilatéraux* »¹²⁹, il faut en plus que les obligations soient interdépendantes. En ce sens l'exception d'inexécution pourrait jouer le rôle de garantie dans certains contrats unilatéraux, qualifiés de contrats synallagmatiques imparfaits. Le professeur DROSS prenait l'exemple du contrat de dépôt qui est un contrat unilatéral, mais qui pourra, en cours d'exécution, faire naître certaines obligations à la charge déposant. Il y a bien une réciprocité, mais pas interdépendance ; ce n'est donc pas un contrat synallagmatique, pourtant le déposant pourrait exercer, à titre de garantie, une exception d'inexécution.

En effet, l'article 1948 permet au dépositaire de refuser la restitution de la chose jusqu'au complet paiement. Toutefois, « *le droit de rétention ne peut profiter qu'au dépositaire, seul à détenir une chose appartenant à son cocontractant* »¹³⁰ ; le déposant pourrait à l'inverse exercer, à titre de garantie, une exception d'inexécution consistant à refuser de payer les sommes dues jusqu'à restitution de la chose.

La réforme généralise l'exception d'inexécution à l'ensemble des contrats, mais conforte également la promesse de porte-fort d'exécution dont la fonction de garantie n'est plus à démontrer.

2- La promesse de porte-fort d'exécution

Initialement la promesse de porte-fort est « *la convention par laquelle une personne s'engage envers une autre à obtenir l'approbation d'un tiers à un acte envisagé et s'expose personnellement à une indemnité pour le cas où ce tiers, comme il est libre de le faire, refuserait de ratifier l'acte* »¹³¹. La pratique n'a pas tardé à développer une autre forme de promesse de porte-fort, plus étendue, par laquelle le promettant ne s'engage pas simplement à ce que le tiers ratifie l'acte, mais bien à ce qu'il exécute l'acte.

Bien que la promesse de porte-fort d'exécution ait été admise en jurisprudence, un doute persistait : car si l'ancien article 1120 faisait expressément référence au fait de ratifier, ce qui correspondait à la promesse de porte-fort de ratification, il n'évoquait pas le fait d'exécuter. La réforme dissipe définitivement ce doute. Le nouvel article 1204 alinéa 1 dispose que « *l'on peut*

¹²⁹ LATINA (M.), « Contrat : généralités », in *répertoire de droit civil*, DALLOZ : 2017, n° 211

¹³⁰ DROSS (W.), « l'exception d'inexécution : essai de généralisation », *RDT. Civ.* 2014, n° 1, p. 1.

¹³¹ CORNU (G.), *op. cit.*, p. 777.

se porter fort en promettant le fait d'un tiers », ce qui est suffisamment large pour englober la promesse de porte-fort dans ses deux formes.

Lorsqu'elle est d'exécution, la promesse de porte-fort a indéniablement une fonction de garantie car si le tiers refuse d'exécuter l'engagement, le promettant devra indemniser le bénéficiaire de la promesse. En revanche, il est aujourd'hui acquis que la promesse de porte-fort d'exécution n'est pas une sûreté, d'une part car elle n'a pas de caractère accessoire¹³², et d'autre part car elle n'a pas pour fonction exclusive de garantir le créancier.

La réforme du droit des contrats et des obligations conforte certains mécanismes dans leur fonction de garantie. D'autres en revanche peuvent, à priori, recevoir le qualificatif de sûreté.

B) L'introduction de nouvelles sûretés dans le Code civil ?

La question des sûretés *sui generis* n'est pas nouvelle. Déjà avant la réforme du droit des contrats deux pans de la doctrine s'affrontaient avec comme question celle de savoir si la liberté contractuelle permettait de créer des sûretés innommées. Avant de revenir sur le *numerus clausus* des droits réels accessoires, il est opportun de déterminer si certains mécanismes, dans leur fonction de garantie, peuvent recevoir le qualificatif de sûretés. Les sûretés sont caractérisées par leur finalité, leur technique et leur effet légal. Or, certains mécanismes issus de la réforme répondent à ces trois critères, nous prendrons comme exemples les opérations de cessions (1) et la clause pénale en nature (2).

1- Les opérations de cessions

Plusieurs opérations de cessions devraient pouvoir être utilisées aux fins de garantie. La question de la cession de créance à titre de garantie a cristallisé, et cristallise, encore les débats car bien que la réforme du droit des contrats ne se soit pas prononcée sur cette question, la consécration du principe de liberté contractuelle instille le doute. Mais bien plus que de faire office de garantie, certaines cessions peuvent être assimilées à de nouvelles sûretés : la cession de créance (a), et la cession de dette nouvellement consacrée (b).

¹³² Cass. Com., 1^{er} avr. 2014, n° 13-10.629, *D.* 2014. 1185, note DONDERO (B.) ; *D.* 2014. 1610, obs. CROCQ (P.) ; *AJCA* 2014. 128, obs. PICOD (Y.) ; *RDC* 2014. 625, note KLEIN (J.).

a) La cession de créance

La cession de créance à titre de garantie cristallise les passions, et ce depuis une loi dite DAILLY du 2 janvier 1981 autorisant la cession de créance professionnelle à titre de garantie. Or, depuis 1804 le Code civil autorise la cession de créance de droit commun, est-il alors possible de céder à titre de garantie une créance en dehors des hypothèses légales ? Le principe de liberté contractuelle postule une réponse affirmative, pourtant la jurisprudence, depuis un arrêt remarqué du 19 décembre 2006, affirme le contraire : « *l'acte par lequel un débiteur cède et transporte à son créancier, à titre de garantie, tous ses droits sur des créances, constitue un nantissement de créance* ». Cet arrêt sera lourdement commenté, et critiqué ; de nombreux auteurs ont appelé de leurs vœux une réponse du législateur. Ce vœu restera cependant pieux. La loi du 19 février 2007, qui institue en droit positif le mécanisme de la fiducie-sûreté, se contentera d'évoquer la propriété cédée à titre de garantie. L'ordonnance du 10 février 2016 et sa loi de ratification du 20 avril 2018 ne seront guère plus expressives. En effet, bien qu'elles aient simplifié le régime de l'opération, principalement en ce qui concerne ses formalités d'opposabilité, les articles 1321 et suivants sont toujours muets au sujet de la cession fiduciaire de créance. Nous pouvons toutefois objecter deux constats. Le premier est de dire que la consécration légale du principe de liberté contractuelle pourrait inviter à un revirement de jurisprudence. La seconde est plus subtile et consiste à remarquer que le législateur, s'il ne valide pas le mécanisme, ne l'interdit pas non plus. Un argument supplémentaire peut être tiré des termes de l'article 1321, lequel définit la cession de créance comme « *un contrat par lequel le créancier cédant transmet, à titre onéreux ou gratuit, tout ou partie de sa créance* ». Si le texte précise que la cession peut être réalisée à titre gratuit c'est bien pour appuyer sa fonction de garantie. Une consécration formelle serait toutefois souhaitable. C'est en ce sens que l'avant-projet de réforme du droit des sûretés présenté par l'association Henri-Capitant a proposé « *la consécration de la cession de créance à titre de garantie* » en « *s'inspirant du nouveau régime de la cession de créance de droit commun* »¹³³.

Indéniablement la cession de créance de droit commun peut faire office de garantie. Elle permettrait à un débiteur de transférer à son créancier la propriété d'une créance qu'il détient à titre de garantie. Le créancier s'engageant alors à rétrocéder la créance à son débiteur lors du complet paiement de la dette. Mais bien plus qu'une simple garantie, peut-elle recevoir le

¹³³ GRIMALDI (M.), MAZEAUD (D.), DUPICHOT (P.), *op. cit.*

qualificatif de sûreté ? Il convient de reprendre les trois critères mis en exergue par le professeur Pierre CROCQ.

S'agissant de la technique, c'est bien celle de l'accessoire qui est utilisée car la cession fiduciaire de créance n'existe que dans ses rapports à la créance garantie, qu'elle est destinée à éteindre, soit totalement, ou partiellement, en transférant la propriété d'un bien, la créance, au créancier. « *L'attribution du qualificatif de sûreté ne fait donc pas de doute au regard de cette définition* »¹³⁴.

b) La cession de dette

La réforme du droit des contrats consacre aux articles 1327 et suivants une nouvelle cession : la cession de dette. L'article 1327-2 poursuit en consacrant deux formes de cession. La première est dite parfaite en ce sens que, si le créancier y consent expressément, le cédant sera libéré pour l'avenir ; la seconde est dite imparfaite car si le créancier n'y consent pas expressément le cédant sera coobligé du cessionnaire. Dans cette seconde forme, la cession est « *en apparence plus une nouvelle sûreté personnelle que l'on constitue qu'une dette que l'on transfère* »¹³⁵. S'agit-il d'une simple garantie ou s'apparente-t-elle plus à une nouvelle sûreté innommée ?

La finalité et l'effet légal de ce mécanisme ne posent guère de difficulté. La cession de dette imparfaite améliore la situation du créancier en lui accordant un second débiteur. Le caractère accessoire de ce mécanisme est quant à lui très affirmé.

Pour le comprendre il convient de comparer ce mécanisme et celui de la délégation imparfaite. L'ordonnance du 10 février 2016 définit la délégation comme « *l'opération par laquelle une personne, le délégant, obtient d'une autre, le délégué, qu'elle s'oblige envers une troisième personne, le délégataire, qui l'accepte comme débiteur* »¹³⁶. Elle sera dite imparfaite lorsque le créancier ne libèrera pas le débiteur délégué. A ce stade, il y aurait très peu de différences entre la cession de dette imparfaite et la délégation imparfaite. Il y a toutefois une distinction fondamentale tenant à l'opposabilité des exceptions. En effet, là où le « *débiteur substitué, et le débiteur originaire, s'il reste tenu, peuvent opposer au créancier les exceptions inhérentes à*

¹³⁴ VAN STEENLANDT (P.), *la généralisation de la cession fiduciaire de créance*, Th Paris II., LGDJ, 2017, préf. LECUYER (H.), n° 137, p. 117.

¹³⁵ PICOD (Y.), « Cession de dette et droit des sûretés » AJ contrat 2017, n° 6, p. 268.

¹³⁶ C. civ. art. 1336 al. 1°.

la dette »¹³⁷ ; « le délégué ne peut, sauf stipulation contraire, opposer au délégataire aucune exception tirée de ses rapports avec le délégant »¹³⁸. Il faut en déduire que si « le nouveau débiteur assume la même dette que le débiteur originel »¹³⁹, « le délégué s'engage à exécuter une dette nouvelle mais identique à celle du délégant »¹⁴⁰. Le caractère accessoire de ces deux mécanismes n'a donc pas la même intensité. S'il sera très peu marqué pour la délégation imparfaite, le délégué s'engageant à une obligation identique, mais différente de celle de l'obligation principale ; il sera, *a contrario*, très marqué pour la cession de dette imparfaite car l'obligation est identique. Cela n'est pas sans faire penser au caractère accessoire renforcé du contrat de cautionnement.

Les mécanismes de cession de créance et de dette tiennent plus de véritables sûretés innommées que de simples garanties. Un constat similaire peut être fait pour la clause pénale stipulée en nature.

2- La clause pénale en nature

La réforme du droit des contrats et des obligations fait de l'article 1231-5 le siège de la clause pénale. L'article dispose que « lorsque le contrat stipule que celui qui manquera de l'exécuter paiera une certaine somme à titre de dommages et intérêts, il ne peut être alloué à l'autre partie une somme plus forte ni moindre ». Immédiatement il faut remarquer que l'ordonnance du 10 février 2016 sonne le glas de la fonction duale de la clause, au profit d'une conception unitaire tournée vers sa fonction indemnitaire. Nature qui met en exergue la fonction de garantie de la clause pénale en ce qu'elle conforte le créancier qui pourra exiger de son débiteur défaillant le paiement des dommages et intérêts convenus.

Quid de la clause pénale stipulée en nature ? Celle-ci est totalement absente du nouvel article 1231-5 qui n'envisage plus que la clause stipulée en argent. Est-ce dire que la clause pénale ne puisse être stipulée en nature ? Le principe de liberté contractuelle invite au contraire. Toutefois, il faut également tenir compte de la singularité de ces clauses qui ont « des objets tellement différents qu'un traitement juridique qui leur est propre apparaît nécessaire »¹⁴¹. Poursuivant son analyse le professeur Pierre LEMAY propose sa requalification en sûreté. En effet, la clause pénale stipulée en nature a bien la finalité et l'effet légal d'une sûreté car elle va

¹³⁷ C. civ. art. 1328.

¹³⁸ C. civ. art. 1336.

¹³⁹ PICOD (Y.), « Cession de dette et droit des sûretés », *op. cit.*

¹⁴⁰ LACHIEZE (C.), « la délégation sûreté », *D.* 2006, n° 3, p. 234.

¹⁴¹ LEMAY (P.), « La clause pénale en nature », *RTD. Com.* 2017, n°4, p. 801.

améliorer la situation du créancier ; le débiteur défaillant devra lui transférer la propriété d'un bien. Bien plus, elle en a également la technique car elle consiste à « *adjoindre un nouveau droit au profit du créancier qui résulte de l'inexécution : un droit de propriété sur la chose qui constitue l'objet de la clause pénale* »¹⁴². Elle est bien l'accessoire d'une créance.

Les trois mécanismes sont moins des garanties qu'elles ne constituent de nouvelles sûretés, tout du moins elles en partagent les principaux traits sans pour autant être répertoriés comme telles dans le Code civil. Faut-il admettre des qualifications nouvelles ?

SECTION II : Des qualifications nouvelles ?

Le droit civil recèle de distinction, l'une des plus fondamentales est très certainement celle opposant les personnes et les choses. Déjà connue en droit des biens, elle se retrouve en droit des sûretés au travers l'opposition entre les sûretés personnelles et les sûretés réelles. Mais à l'instar du droit des biens, elle connaît également, en droit des sûretés, de vives critiques : la dichotomie classique est menacée par une forme d'hybridation, des sûretés partageants un double caractère, réel et personnel.

Certains ont proposé de repenser la nomenclature, à l'instar du professeur Pierre CROCQ qui proposait de distinguer les sûretés réelles, personnelles et autres propriétés sûretés¹⁴³, pourtant, et de l'aveu même de l'auteur « *même si elle n'est pas parfaite, la distinction traditionnelle présente une clarté et des vertus pédagogiques qui font qu'elle s'impose* »¹⁴⁴. Or, comment accorder cette nomenclature, avec ces nouvelles sûretés innommées que consacre la réforme ? La liberté contractuelle est-elle un fondement suffisant à la libre création de nouvelles sûretés personnelles (I), et réelles (II) ?

I- Sûretés personnelles et liberté contractuelle

La sûreté personnelle est une « *sûreté assise sur une obligation, celle-ci offrant en garantie au créancier qui en est investi non la valeur d'une chose mais la solvabilité de la personne qui s'engage envers lui* »¹⁴⁵. L'article 2287-1 dispose que « *les sûretés personnelles régies par le présent titre sont le cautionnement, la garantie autonome et la lettre d'intention* » ; toutefois l'article reste muet au sujet des mécanismes issus du droit des

¹⁴² *Ibid.*

¹⁴³ CROCQ (P.), *Propriété et garantie*, *op. cit.*

¹⁴⁴ AYNES (L.), CROCQ (P.), *Droit des sûretés*, 10^e éd., Paris : LGDJ, 2016, p. 31, n° 22.

¹⁴⁵ CORNU (G.), *op. cit.*, p. 1005.

obligations pouvant faire office de sûretés personnelles. Est-ce à dire qu'il existerait un *numerus clausus des sûretés personnelles*. La récente consécration du principe de liberté contractuelle invite à conclure le contraire (A). Or, il est évident que « *la liberté contractuelle conduit à la question de la qualification* » et « *lorsque la loi impose un régime juridique particulier aux sûretés ou au cautionnement ; il est impératif de mesurer le degré d'originalité de telle garantie innommée. [...] une sûreté ne peut être autonome qu'à la condition de ne pas constituer, en réalité, un engagement de substitution* »¹⁴⁶ (B).

A) Le *numerus clausus* des sûretés personnelles ?

La réforme du 23 mars 2006 consacre deux nouvelles sûretés personnelles aux côtés du cautionnement, sûreté personnelle historique. Il s'agit de la garantie autonome et de la lettre d'intention. Toutes deux issues d'un modèle étranger, elles seront d'abord introduites en France par les praticiens, avant de trouver écho dans la jurisprudence, et d'être finalement consacrées dans la loi aux articles 2321 et 2322 du Code civil.

Le principe de liberté contractuelle, consacré par la réforme du droit des contrats, irrigue tout le droit des sûretés personnelles. L'article 1102 dispose que « *chacun est libre de contracter, ou de ne pas contracter, de choisir son cocontractant et de déterminer le contenu et la forme du contrat dans les limites fixées par la loi* ». La loi n'interdisant pas la constitution de sûretés personnelles innommées, il faut comprendre que chacun est libre de garantir la créance d'un tiers, dans la forme qu'il souhaite, mais à la condition de s'éloigner des modèles légaux.

La liberté contractuelle en matière de sûretés personnelles ne s'épanouit qu'en dehors des moules du Code civil. Cela s'illustre particulièrement avec la délégation imparfaite. L'alinéa 2 de l'article 1336, issu de l'ordonnance du 10 février 2016, dispose que « *le délégué ne peut, sauf stipulation contraire, opposer au délégataire aucune exception tirée de ses rapports avec le délégant ou des rapports entre ce dernier et le délégataire* ». Deux hypothèses doivent être envisagées, selon que le délégué ne puisse pas opposer les exceptions inhérentes à la dette principale : la délégation est dite certaine car « *l'objet auquel s'engage le délégué est déterminé sans référence à celui dû par le délégant* » ; où, qu'à l'inverse, une « *stipulation contraire* » permette au délégué d'opposer les exceptions inhérentes à la dette : la délégation est alors dite certaine car « *l'objet de l'obligation du délégué à l'égard du délégataire est le même que celui*

¹⁴⁶ AYNES (L.), CROCQ (P.), *op. cit.*, n° 319, p. 181-182.

du délégant »¹⁴⁷. Or, selon l'une ou l'autre de ces hypothèses, la qualification retenue ne sera pas la même. Si la délégation est certaine, elle équivaut à une garantie autonome ; en revanche, si elle est incertaine, c'est-à-dire que le délégué peut opposer les exceptions inhérentes à la dette, elle se rapproche du cautionnement.

Il n'y a donc pas de *numerus clausus* légal des sûretés personnelles. Le principe de liberté contractuelle permet effectivement de créer des sûretés personnelles innommées, simplement la construction devra atteindre un degré d'originalité suffisant pour ne pas être assimilée à un modèle légal.

B) La qualification des garanties issues de la réforme du droit des contrats

Lorsque la cession de dette est imparfaite, c'est-à-dire lorsqu'elle ne libère pas le débiteur originaire qui devient codébiteur solidaire, l'opération s'apparente moins à un transfert de propriété, qu'à la constitution d'une sûreté nouvelle. Au sein de la classification du droit des sûretés, la cession de dette imparfaite relève du droit des sûretés personnelles car l'opération offre en garantie, non pas la valeur d'une chose, mais bien la solvabilité d'un second débiteur qui s'adjoint au rapport d'obligation initial. Toutefois, dire que l'opération est une sûreté n'est pas suffisant, encore faut-il qu'elle soit autonome, c'est-à-dire qu'elle ne puisse être assimilée aux modèles légaux.

L'article 1328 dispose que « le débiteur substitué, et le débiteur originaire, s'il reste tenu, peuvent opposer au créancier les exceptions inhérentes à la dette ». Il faut déduire de cet article que l'objet de l'engagement du débiteur substitué¹⁴⁸ est identique à celui du débiteur originaire ; dit autrement le débiteur substitué s'engage à assumer la même dette que le débiteur originaire. Cela revient donc à affirmer le caractère accessoire de l'engagement, et n'est pas sans faire penser aux principales caractéristiques du cautionnement. En effet, le caractère accessoire du cautionnement est souvent présenté comme l'essence même de cette sûreté nommée. Il résulte de la combinaison de plusieurs dispositions, dont l'article 2313 du Code civil selon lequel « la caution peut opposer au créancier toutes les exceptions qui appartiennent au débiteur principal, et qui sont inhérentes à la dette ». Dans les deux cas, caution et débiteur substitué s'engagent à payer la dette d'un tiers. Finalement, si la cession de dette imparfaite

¹⁴⁷ PELLIER (J.D.), « La nature de la délégation imparfaite », *D.* 2014, n° 2, p. 92.

¹⁴⁸ Le terme est inadéquat lorsque la cession est imparfaite car le second débiteur n'est pas substitué au premier, il s'adjoint au rapport initial.

répond aux principaux critères de qualification des sûretés, elle ne présente pas une originalité suffisante pour ne pas être assimilée à un cautionnement.

Le principe de liberté contractuelle est au cœur du droit des sûretés personnelles, pourtant la garantie innommée pêche trop souvent par son manque d'originalité et se retrouve assimilée aux sûretés nommées. Forme finalement de *numerus clausus* factuelle des sûretés personnelles et qui contraste avec le *numerus clausus* légal des sûretés réelles.

II- Sûretés réelles et liberté contractuelle

Si le droit des sûretés personnelles est dominé par un principe de liberté, le droit des sûretés réelles est, à contrario, dominé par un principe de non liberté. Le *numerus clausus* des droits réels est ancien et aujourd'hui de nombreux auteurs s'accordent encore à dire que la liste des sûretés réelles serait limitative (A). Tout autre mécanisme serait alors disqualifié ou requalifié en l'une des formes connues de notre droit positif (B).

A) Le *numerus clausus* des sûretés réelles

Les difficultés liées au *numerus clausus* des sûretés réelles sont récentes. Elles sont dues à l'apparition de nouvelles formes de garanties, inspirées des modèles étrangers ou simplement issues d'une adaptation de mécanismes connus de notre droit des biens ou de notre droit des obligations. La liberté contractuelle permet-elle de créer des sûretés réelles innommées ? Une majorité doctrinale le conteste. Le principe de liberté devrait céder devant le souci de préserver une certaine égalité entre les différents créanciers ; il est vrai que l'article 2285 indique que « *les biens du débiteur sont le gage commun de ses créanciers ; et le prix s'en distribue entre eux [...] à moins qu'il n'y ait entre les créanciers des causes légitimes de préférence* ». Il faut revenir sur la distinction entre les droits réels principaux et accessoires. S'il est acquis que les premiers, depuis les arrêts *Maison poésie*, ne sont pas en nombre limité, les seconds sont, à l'inverse, limitativement énumérés par la loi. La distinction tenant au fait que si le droit réel de jouissance spéciale se fonde sur une relation bipartite, entre le propriétaire et le titulaire du droit ; les droits réels accessoires induiraient des relations multiples, entre le débiteur et plusieurs de ces créanciers dont le droit de gage est commun à l'ensemble des biens du premier.

Le professeur Charles GUISBERS exprime parfaitement cette idée « *Celui qui invente de nouveaux démembrements sur sa chose ne fait de tort à personne, sinon à lui-même en limitant son droit de jouissance sur le bien. Le principe de libre disposition doit donc l'emporter pleinement [...]. Au contraire, dirigeant leurs effets principaux contre des tiers dont elles*

détériorer directement la situation patrimoniale, les sûretés réelles ne peuvent s'abriter sous le principe de liberté contractuelle qui s'efface nécessairement, en ce domaine, devant la nécessité d'une habilitation légale »¹⁴⁹.

Le principe d'égalité des créanciers impose de ne pas créer de sûretés réelles en dehors des moules du Code civil. La réforme du droit des contrats ne revient pas sur cela. Le principe de liberté contractuelle doit céder devant certaines exigences et le principe d'égalité des créanciers en est une. Dès lors se pose naturellement la question de la qualification des mécanismes issus de la théorie générale des obligations faisant office de garantie.

B) La qualifications des garanties issues de la réforme du droit des contrats

S'agissant de la cession de créance. Immédiatement une difficulté se pose, si la cession de créance est une sûreté, laquelle est-elle ? La difficulté est qu'il s'agit d'un « *droit réel ayant pour objet un droit personnel* »¹⁵⁰. Toutefois, il est acquis que l'engagement est purement réel car, contrairement à la cession de dette imparfaite, il n'y a pas adjonction d'un second patrimoine ; le droit donné en garantie au créancier se limite à la seule créance.

Toutefois, le *numerus clausus* s'oppose à ce que puisse être attribué le qualificatif de sûreté réelle innommée. En ce sens un arrêt très remarqué du 19 décembre 2006¹⁵¹ a disqualifié la cession de créance de droit commun réalisée à titre de garantie en nantissement de créance. Faisant perdre de son intérêt à la technique car le nantissement de créance n'opère pas de transfert de propriété dans le patrimoine du cessionnaire.

La clause pénale ne présente pas les mêmes difficultés de qualification. En se focalisant sur la clause pénale stipulée en argent, le nouvel article 1231-5 invite à repenser la qualification de la clause pénale en nature. La qualification de sûreté réelle semble la plus appropriée car si le débiteur manque à ses obligations il s'engage à transférer la propriété d'un bien. Toutefois, à l'instar de la cession de créance qui peut s'analyser comme un nantissement, la clause pénale

¹⁴⁹ GIJSBERS (C.), « Sûreté réelles et droit des biens », *op. cit.*

¹⁵⁰ PICOD (Y.), *droit des sûretés*, 3^e éd., Paris : PUF, 2016, n° 15, p. 19,

¹⁵¹ Cass. Com. 19 déc. 2006, n° 05-16.395, P: R., p. 370; D. 2007. 344, note LARROUMET (C.) ; *ibid.* AJ 76, obs. DELPECH (X.) ; *ibid.* Point de vue 319, par DAMMAN (R.) et PODEUR (G.) ; JCP 2007. II. 10067, Rapp. Cohen-Branche, note LEGEAIS (D.) ; *ibid.* I. 158, n° 26, obs. DELEBECQUE (P.), et 161, n° 16 s., obs. BARTHIEZ (A.S.) ; *Gaz. Pal.* 2007. 1903, note PIEDELIEVRE (D.) ; *Defrénois* 2007. 448, obs. SAVAUX (E.) ; *ibid.* 2008. 409, obs. THERY (P.) ; *Dr. et patr.* 11/2007. 73, obs. MATTOU (J.P.) et PRUM (A.) ; *Banque et Dr.* 3-4/2007. 61, obs. JACOB ; *AJDI* 2007. 757, obs. COHET-CORDEY (F.) ; *RDC* 2007. 273, obs. LAITHIER (Y.M.) ; *RTD civ.* 2007. 160, obs. CROCQ (P.) ; *RTD com.* 2007. 217, obs. LEGEAIS (D.) – AYNES (L.), D. 2007. Chron. 961 – AUCKENTHALER (F.), *JCP E* 2007. 2187. – BEUZELIN (C.), *RLDC* 2007/43, n° 2737.

en nature présente des caractères communs à certaines sûretés réelles nommées, et notamment le gage réalisé sans dépossession.

En effet, l'une des particularités de la clause pénale en nature réalisée à titre de garantie est qu'elle ne dépossède pas le débiteur de son bien. Un premier parallèle est fait car depuis la réforme du 23 mars 2006 la mise en possession du créancier gagiste n'est plus une condition de validité de cette sûreté nommée. Poursuivant son analyse le professeur LEMAY va révéler de nombreux points de contacts entre les deux mécanismes : le moment du transfert de propriété, ou le caractère accessoire ; mais aussi quelques rares points de dissemblances : notamment au sujet des obligations pesants sur les débiteurs car si le débiteur gagiste doit conserver la chose, le débiteur d'une clause pénale dispose librement du bien. Néanmoins, ces différences ne seront certainement pas suffisantes pour empêcher la cour de cassation de disqualifier la clause pénale en nature réalisée à titre de garantie en gage sans dépossession. Pour preuve, la jurisprudence a déjà requalifié la cession de créance réalisée à titre de garantie en nantissement de créance, et ce malgré les différences de régime.

La réforme du droit des contrats du régime général et de la preuve du droit des obligations a une incidence plurivoque sur les qualifications des biens et des sûretés. Si elle inscrit la qualification des biens dans une vague supplétive de volonté, l'affirmation est plus nuancée pour la qualification des sûretés. Le principe de liberté contractuelle doit plier devant certains impératifs qui ne se retrouvent pas en droit des biens. Qualifier n'est jamais anodin, car la qualification mène à l'application d'un régime juridique.

PARTIE II :

L'incidence de la réforme sur les régimes juridiques des biens et des sûretés

Qualifier c'est donner un nom aux choses, mais c'est surtout « *confronter un élément à une catégorie juridique aux fins de l'y classer et de lui appliquer le régime juridique correspondant* »¹⁵². La classification est essentielle, elle assure un souci de lisibilité et de cohérence. Certaines sont d'origines légales : le Code civil, dès 1804 évoquait quatre classifications de contrats, passées à sept depuis l'ordonnance du 10 février 2016. D'autres sont doctrinales : pour rester en droit des contrats un auteur avait proposé une nouvelle distinction : celle du contrat-échange et du contrat-organisation¹⁵³. Le droit des biens et des sûretés n'est pas étranger à ce phénomène de classification. Il connaît une opposition fondamentale entre les personnes et les choses, et des distinctions spécifiques à certaines matières¹⁵⁴. Ces classifications, bien que critiquées et critiquables, sont fondamentales car elles conduisent à l'application du régime juridique correspondant. C'est-à-dire « *d'un ensemble de règles gouvernant certaines matières et institutions du droit privé* »¹⁵⁵. La réforme du droit des contrats ne revient pas sur ces classifications, elles sont le propre du droit des biens et des sûretés. En revanche, elle va influencer le régime juridique correspondant, à la fois en droit des biens (Chapitre I), et en droit des sûretés (Chapitre II).

CHAPITRE I : L'incidence de la réforme sur le régime juridique des biens

Le titre premier du livre deuxième, relatif « *aux biens et aux différentes modifications de la propriété* », se compose d'un unique article 516 selon lequel « *tous les biens sont meubles ou immeubles* ». L'opposition entre les meubles et immeubles est ancienne et repose sur un double critère, physique et économique : si les meubles sont susceptibles d'être déplacés et de moindre valeur, les immeubles sont *a contrario* fixes et de plus grande valeur. Ces raisons sont anciennes, et très certainement dépassées. Nombreux sont ceux à lui avoir reproché « *de dater*

¹⁵² SCHMIT (L.M.), *loc. cit.*

¹⁵³ DIDIER (P.), « brèves notes sur le contrat-organisation », in *l'Avenir du droit : Mélanges en l'honneur de François TERRÉ*, Paris : DALLOZ, 1999, p. 635-642.

¹⁵⁴ TAURAN (T.), *op. cit.*

¹⁵⁵ CORNU (G.), *op. cit.*, p. 879.

d'une société agraire, devenue inadaptée à une société industrielle »¹⁵⁶, et ont proposé de la repenser autour d'une *summa divisio* tripartite : immeubles, meubles et biens incorporels¹⁵⁷.

Bien qu'unanimement décriée cette distinction continue de s'imposer. L'article 526 de l'avant-projet PÉRINET-MARQUET dispose que « *tous les biens sont meubles ou immeubles, selon les distinctions suivantes* ».

A priori étudier l'incidence de la réforme du droit des contrats et des obligations sur le droit des biens est un non-sens. Pourtant, certaines institutions vont faire le lien entre les deux disciplines, c'est le cas par exemple des règles relatives à l'acquisition de la propriété par convention. Sans remettre en cause la distinction entre les meubles et immeubles, qui reste le propre du droit des biens, il aurait finalement été souhaitable que le législateur profite de l'occasion pour initier le développement de régimes juridiques spécifiques à la corporalité et à l'incorporalité. L'occasion n'a pas été saisie, pour preuve l'article 1198 se limite à régler le sort des conflits entre acquéreurs successifs d'un même meuble corporel ou immeuble, sans évoquer la situation faite aux biens incorporels. A la question de savoir si la réforme a eu une incidence sur le régime juridique des biens nous pouvons répondre par l'affirmative, mais pour aller plus loin il faudrait évoquer une pluralité d'incidences : une incidence commune aux biens en général (Section I), et plusieurs spécifiques à une catégorie de biens (Section II).

SECTION I : L'INCIDENCE DE LA RÉFORME SUR LES RÈGLES COMMUNES AUX BIENS

Les règles communes sont des règles « *qui s'appliquent à toutes les espèces d'un genre* »¹⁵⁸. Appliqué au droit des biens cela consiste à rechercher les règles qui s'appliqueront à tous les biens, corporels et incorporels ; le tout sous réserve des règles spéciales. Quelle incidence la réforme peut-elle avoir sur le droit commun des biens ? Pour y répondre il faut rechercher les institutions qui vont faire le lien entre le droit commun des biens et le droit des obligations ; en soit les règles relatives à l'acquisition de la propriété par la transmission.

Le livre troisième du Code civil intitulé « *des différentes manières dont on acquiert la propriété* » énonce dans son premier article que « *la propriété des biens s'acquiert et se transmet par succession [...] ou par l'effet des obligations* ». C'est dire l'importance « *du lien*

¹⁵⁶ MALAURIE (P.), AYNES (L.), *op. cit.*, p. 43, n° 109.

¹⁵⁷ BOFFA (R.), *op. cit.*, p. 59, n° 27.

¹⁵⁸ CORNU (G.), *op. cit.*, p. 206.

qui existe entre l'acquisition de la propriété et des institutions qui n'appartiennent pas au droit des biens »¹⁵⁹. Appliqué au droit des contrats et des obligations le transfert de propriété se réalisera par convention, d'un commun accord « *lors de la conclusion du contrat* » (I). L'idée d'un transfert voulu par les deux parties au contrat a toujours été centrale en jurisprudence, pourtant l'adoption du nouvel article 1124 par l'ordonnance du 10 février 2016 laisse planer un doute quant à un possible transfert forcé de la propriété (II).

I- Le transfert voulu

La question de l'instant du transfert de propriété a toujours été délicate : si certains articles affirmaient l'instantanéité du transfert¹⁶⁰, d'autres semblaient le subordonner à l'exécution d'une obligation de donner¹⁶¹. La question est d'autant plus importante eu égard à ses enjeux : savoir qui est le propriétaire de la chose, et doit en assumer les risques, durant la phase séparant la formation du contrat et la prise de possession effective de la chose. Le nouvel article 1196 a le mérite de la clarté en faisant du transfert de propriété un effet direct du contrat, qui se réalise « *lors de la conclusion du contrat* », et qui emporte avec lui le transfert des risques (A). Reste qu'en pratique les transferts seront souvent différés (B).

A) Les transferts attachés à la formation du contrat

Le transfert de propriété par convention est le mode classique d'acquisition de la propriété. Il s'applique tant aux biens corporels, qu'incorporels ; cela est confirmé par le nouvel article 1196 qui dans son premier alinéa vise « *tous les contrats ayant pour objet l'aliénation de la propriété* », par exemple le contrat de vente, et tous ceux ayant pour objet « *la cession d'un autre droit* », telles que les cessions de créances et de dettes. L'article poursuit en faisant du transfert de propriété un effet légal du contrat, qui se réalise lors de la formation du contrat (1), et qui emporte avec lui le transfert des risques (2).

1- L'instant du transfert de la propriété

Sous l'empire de la loi ancienne un doute persistait quant au moment du transfert de propriété ; s'il était couramment admis qu'il se réalisait « *par le seul consentement des parties contractantes* »¹⁶², cela n'était jamais réellement affirmé. Le Code civil disant tout et son

¹⁵⁹ MALAURIE (P.), AYNES (L.), *op. cit.*, p. 183, n° 551.

¹⁶⁰ C. civ. art. 1583 anc.

¹⁶¹ C. civ. art. 1136 anc.

¹⁶² C. civ. art. 1138 anc.

contraire. Il n'en fallait pas plus pour qu'une minorité conteste la réalité du transfert *solo consensu*. Le nouvel article 1196 solde toute ambiguïté : « *dans les contrats ayant pour objet l'aliénation de la propriété ou la cession d'un autre droit, le transfert s'opère lors de la conclusion du contrat* ». Si l'ancien article 1138 semblait admettre que le transfert de propriété se réalisait par le seul échange des consentements, soit *solo consensu*, le nouvel article 1196 affirme qu'il se réalise lors de la formation du contrat, c'est-à-dire *solo contractu*.

Quelle incidence sur le droit des biens ? *A priori* très peu. En effet, de nombreux contrats translatifs de propriété sont consensuels, c'est-à-dire parfait par la simple rencontre des volontés ; c'est le cas de la vente qui est « *parfaite entre les parties [...] dès qu'on est convenu de la chose et du prix* »¹⁶³. En ce sens dire que le transfert se réalise *solo contractu* pour un contrat consensuel ne change rien, le transfert se réalisera lors de la formation du contrat c'est-à-dire au moment de l'échange des consentements. Néanmoins, le contrat peut ne pas être consensuel¹⁶⁴, mais solennel ou réel. Il faut songer à la cession de créance que l'ordonnance du 10 février 2016 a extirpée du contrat de vente pour en faire un contrat solennel, supposant la réalisation d'un écrit. Affirmer que le transfert de propriété « *s'opère lors de la conclusion du contrat* » a donc une incidence pour toutes les situations dans lesquelles le contrat n'est pas consensuel. L'ordonnance assure une meilleure prise en compte de ce type de contrat.

L'ordonnance du 10 février 2016 fait du transfert *solo contractu* un principe. Une difficulté se pose pour toutes les fois dans lesquelles la formation du contrat n'est pas concomitante à la prise de possession effective de la chose. « *Si l'acheteur est devenu propriétaire de la chose en vertu du contrat de vente, il devrait dès la conclusion de la vente être doté de toutes ou, du moins, de la plupart de ces prérogatives* »¹⁶⁵. Le droit de propriété sous-entend le droit d'user, de jouir et de disposer de la chose. Or, si l'objet du transfert demeure entre les mains du propriétaire initial, qui ne l'est plus depuis la formation du contrat, nous pouvons douter que le nouveau propriétaire ait le pouvoir de disposer et d'user de la chose. Ce serait finalement admettre que le véritable transfert de propriété ne se réalise pas lors de la formation du contrat, mais ce serait également négliger le fait que le propriétaire soit celui sur qui pèsent les risques de la chose. La concomitance des transferts de propriété et des risques est un argument de taille pour appuyer la réalité du transfert *solo contractu*.

¹⁶³ C. civ. art. 1583.

¹⁶⁴ BORGHETTI (J.S.), « Problématique et enjeux du transfert de propriété en Europe », *RDC* 2013, n° 4, p. 1684.

¹⁶⁵ UMBERTO GOUT (E.), « retour sur un mythe français : le transfert de propriété *solo contractu* », *LPA*, 2018, n° 255, p. 7

2- L'instant du transfert des risques

Déterminer quand s'opère le transfert des risques est capital, il s'agit de déterminer à partir de quel moment le nouveau propriétaire supportera les pertes ou dégradations de la chose. La réforme de 2016 ne bouleverse pas la matière, hier comme aujourd'hui le transfert des risques est concomitant au transfert de propriété. Les risques seront donc transmis au nouveau propriétaire « *lors de la conclusion du contrat* ».

D'emblée cette solution, qui fait figure de principe, est critiquable car, après la formation du contrat, il peut exister un laps de temps durant lequel le nouveau propriétaire n'a pas encore pris possession effective de la chose. Or, si l'objet du transfert vient à périr durant cette période, le nouveau propriétaire, qui l'est depuis la formation du contrat, devra en supporter la perte. Le nouvel article 1197, en même temps qu'il met fin à l'ancienne confusion entre les obligations de livrer et de délivrer, tempère cette conséquence en rendant le débiteur d'une « *obligation de délivrer la chose* », débiteur d'une « *obligation de la conserver jusqu'à la délivrance, en y apportant tous les soins d'une personne raisonnable* ». Ce « *qui rend acceptable le transfert des risques lors de la conclusion du contrat, indépendamment de la mise en possession de la chose objet du transfert au propriétaire* »¹⁶⁶. Reste toutefois les hypothèses dans lesquelles la perte ou dégradation de la chose n'est pas causée par la faute du débiteur de l'obligation de délivrer ; pour s'en prémunir les parties peuvent alors souhaiter différer les différents transferts.

B) Les transferts détachés de la formation du contrat

La réforme de 2016 maintient les nombreuses exceptions au transfert *solo contractu*. Deux types d'aménagements sont possibles : soit différer le transfert des risques (1), soit différer le transfert de propriété dans son entièreté (2).

1- Le transfert des risques différé de la formation du contrat

Pour se prémunir des risques liés à la perte ou dégradation de la chose, il est très fréquent que les parties stipulent dans l'acte une clause ayant pour effet de repousser le transfert des risques à la prise de possession effective de la chose. Contrairement à l'ancien article 1302 du Code civil¹⁶⁷, le nouvel article 1196 reste muet au sujet de ces aménagements. Rien n'indique toutefois qu'il les interdit. « *L'ordonnance étant supplétive de volonté sauf disposition*

¹⁶⁶ CHANTEPIE (G.), LATINA (M.), *op. cit.*, n° 537, p. 489.

¹⁶⁷ L'ancien article 1302 validait implicitement les aménagements conventionnels.

contraire »¹⁶⁸, la dissociation conventionnelle du transfert des risques, du transfert de propriété serait toujours possible. Un argument supplémentaire peut être tiré de l'article 1102, siège de la liberté contractuelle.

La dissociation du transfert de propriété et des risques est très fréquente en pratique car outre les aménagements conventionnels, la loi sépare dans certaines hypothèses les deux phases. La réforme du droit des contrats opère une reformulation bien venue des articles afférant à ces dissociations légales : l'article 1196 alinéa 3 relatif à la mise en demeure, et l'article 1304-6 relatif à la condition suspensive, qui vont réciproquement différer le transfert des risques jusqu'à « *la délivrance de la chose* », ou jusqu'à « *accomplissement de la condition suspensive* ».

En pratique il est finalement plus fréquent que le transfert des risques soit dissocié du transfert de propriété entendu comme tel par le nouvel article 1196 du Code civil. Or, si le propriétaire est titulaire des attributs du droit de propriété, il est aussi celui sur qui pèsent les risques. A ce stade, il est difficile de conclure que le véritable transfert de propriété s'opère lors de la formation du contrat alors que cet événement n'est souvent pas suffisant pour entraîner le transfert de l'*usus*, de l'*abusus*, mais aussi le transfert des risques lorsqu'il est différé. Nous pouvons donc douter que le véritable transfert de propriété se réalise lors de la formation du contrat, et ce à plus forte raison eu égard aux nombreuses exceptions du transfert *solo contractu*.

2- Le transfert de propriété différé de la formation du contrat

Le transfert de propriété, et donc le transfert des risques¹⁶⁹, « *peut-être différé par la volonté des parties, la nature des choses ou par l'effet de la loi* »¹⁷⁰. La réforme de 2016 maintient ces dérogations au transfert *solo contractu* et amène avec elle son lot d'interrogations : si le transfert de propriété est détaché de la formation du contrat, « *est-ce toujours le contrat qui la transfère ?* »¹⁷¹. Pour une minorité il faudrait y voir l'ombre de l'obligation de donner qui « *survivrait à l'échange des consentements* »¹⁷² ; pour d'autres c'est bien le contrat qui transfère la propriété et « *l'obligation de donner n'a pas lieu d'être : la*

¹⁶⁸ Rapport au Président de la République relatif à l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations.

¹⁶⁹ Cass. Civ.3^e, 13 nov. 1997, n° 95-20.411, RCA 1998, n° 103.

¹⁷⁰ C. civ. art. 1198.

¹⁷¹ UMBERTO GOUT (E.), *op. cit.*

¹⁷² PICOD (Y.), « obligations », in *Répertoire de droit civil*, Paris : DALLOZ, 2017.

fabrication n'est que l'exécution de l'obligation de fabriquer, la délivrance celle de l'obligation de délivrer. »¹⁷³.

Les exceptions au transfert *solo contractu* sont nombreuses. La réforme ne revient pas dessus, hier comme aujourd'hui, le transfert peut être différé soit en raison de la nature des choses, par exemple les choses de genre qui appellent à être individualisées, soit par effet de la loi, telles que les valeurs mobilières qui supposent une inscription sur registre. Reste l'hypothèse du transfert différé par la volonté des parties. Les techniques mises à disposition par le droit des obligations sont multiples, la plus commune est très certainement la clause de réserve de propriété qui permet au vendeur de conserver la propriété d'une chose jusqu'au complet paiement du prix. Appliqué au droit des biens, la solution semble plus satisfaisante que le transfert *solo contractu*. Nous pouvons prendre l'exemple de la vente immobilière dans lesquelles il est fréquent de retarder le transfert de propriété à la rédaction d'un acte authentique qui entraînera paiement du prix et remise des clés. Dans ce cas le transfert de propriété correspond à la prise de possession effective.

Compte tenu de l'importance de ces dérogations il est finalement regrettable que la réforme ait fait du transfert *solo contractu* un principe général qui ne s'accommode que difficilement des spécificités du droit des biens. Outre cette règle générale, la réforme innove en renversant une jurisprudence constante, et en réaffirmant par la même occasion la force obligatoire du contrat, un principe qui siège désormais dans les dispositions liminaires à l'article 1103.

II- Le transfert forcé

« *Lorsque les volontés se sont rencontrées par la signature d'une promesse, la force de l'engagement doit prévaloir* »¹⁷⁴. Voici la fin de la jurisprudence *Consorts Cruz*¹⁷⁵. Dans ce célèbre arrêt, la troisième chambre civile de la Cour de cassation affirmait avec force que « *l'obligation de la promettante ne constituait qu'une obligation de faire* », dès lors sa rétractation, durant le délai laissé au bénéficiaire pour opter, ne pouvait donner lieu qu'à l'allocation de dommages et intérêts. Le nouvel article 1124 rompt avec cette solution passée.

¹⁷³ UMBERTO GOUT (E.), *op. cit.*

¹⁷⁴ Rapport au Président de la République relatif à l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations.

¹⁷⁵ Cass. civ. 3^e, 15 déc. 1993, n° 91-10.199, *D. 1994*. Somm. 230, obs. TOURNAFOND (O.) ; *D. 1994*. 507, note F. BENAC-SCHMIDT (F.) ; *ibid.* 1995. Somm. 87, obs. AYNES (L.) ; *RTD civ.* 1994. 588, obs. MESTRE (J.) ; *Defrénois* 1994, art. 35845, n° 61, obs. DELEBECQUE (P.) ; *JCP* 1995. II. 22366, note MAZEAUD (D.).

Désormais « *la révocation de la promesse pendant le temps laissé au bénéficiaire pour opter n'empêche pas la formation du contrat promis* ». Appliqué au droit des biens cela permettrait de contraindre le transfert de propriété à titre de sanction (A). Il faut toutefois compter sur certains obstacles (B).

A) L'exécution forcée

« *La promesse unilatérale est le contrat par lequel une partie, le promettant, accorde à l'autre, le bénéficiaire, le droit d'opter pour la conclusion d'un contrat dont les éléments essentiels sont déterminés, et pour la formation duquel ne manque que le consentement du bénéficiaire* »¹⁷⁶. Le bénéficiaire est titulaire d'un droit potestatif et discrétionnaire lui accordant la possibilité, soit de lever l'option et ainsi de conclure le contrat, soit de ne pas le faire et donc de ne pas le conclure. Ce scénario peut néanmoins être considérablement compliqué en cas de rétractation du promettant pendant le délai d'option. Hier, le promettant n'était condamné, à titre de sanction, qu'à des dommages et intérêts. Aujourd'hui, l'article 1124 alinéa 2 affirme que « *la révocation de la promesse [...] n'empêche pas la formation du contrat promis* », c'est affirmer autrement l'exécution forcée du contrat à titre de sanction.

Quid des contrats translatifs de propriété ? L'hypothèse serait celle d'une promesse unilatérale de vente, qui en cas de rétractation du promettant avant expiration du délai d'option, pourrait faire l'objet d'une exécution forcée. Eu égard au nouvel article 1124 le transfert forcé serait possible, tout du moins pour les promesses unilatérales conclues après le 1^{er} octobre 2016, date d'entrée en vigueur de l'ordonnance du 10 février 2016. S'agissant des contrats passés, certains ont pu douter que la Cour de cassation ne fasse évoluer la jurisprudence *Consorts Cruz* en s'inspirant de la loi nouvelle¹⁷⁷. Pour l'heure toutefois, elle semble s'y refuser. En effet, un arrêt remarqué du 6 décembre 2018¹⁷⁸ réaffirme que : « *la levée de l'option par le bénéficiaire de la promesse unilatérale postérieurement à la rétractation du promettant excluant toute rencontre des volontés réciproques [...], la réalisation forcée de la vente ne peut être ordonnée* ». Le nouvel article 1124 serait donc strictement réservé aux promesses unilatérales de vente passées après le 1^{er} octobre 2016.

¹⁷⁶ C. civ. art. 1124.

¹⁷⁷ CHAUVIRÉ (P.), « Promesse unilatérale de vente : réitération ou rétractation de la jurisprudence *Consorts Cruz* ? », *RDC* 2017, n° 114, p. 40.

¹⁷⁸ Cass. Civ. 3^e, 6 déc. 2018, n° 17-21.170, n° 17-21.171

B) Les obstacles au transfert forcé

Au lendemain de l'avant-projet de réforme certains auteurs n'avaient pas manqué de relever la difficile articulation du texte avec le principe constitutionnel de liberté contractuelle¹⁷⁹. Au lendemain de la réforme définitive de nouvelles incertitudes apparaissent : comment concilier l'article 1124 avec les autres textes ayant trait à l'exécution forcée en nature, et notamment l'article 1221 du Code civil. Issu de l'ordonnance du 10 février 2016 ce texte affirme le droit pour « *le créancier d'une obligation, après mise en demeure, d'en poursuivre l'exécution en nature sauf si cette exécution est impossible, ou s'il existe une disproportion manifeste entre son coût pour le débiteur de bonne foi et son intérêt pour le créancier* ». Les deux articles ont en commun de porter sur l'exécution forcée d'un contrat. La différence tenant au fait que si l'article 1124 est limité aux seuls contrats de promesse unilatérale, l'article 1221 s'applique à tous contrats. Il y aurait finalement entre les deux articles un rapport de droit spécial à droit commun.

L'article 1221 ne se limite pas uniquement à énoncer un principe, il l'accompagne également d'exceptions. Le créancier pourra poursuivre l'exécution en nature, sauf « *si cette exécution est impossible* ». Il faut ici prendre comme exemple un célèbre arrêt *Whistler* dans lequel il a été jugé qu'un peintre ne pouvait pas être contraint à exécuter son engagement sans que cela ne porte atteinte à la liberté de l'art¹⁸⁰. L'ordonnance du 10 février 2016 introduit une exception nouvelle, plus économique, permettant au juge de refuser l'exécution forcée en cas de « *disproportion manifeste entre le coût pour le débiteur de bonne foi et son intérêt pour le créancier* ». Or, comment articuler ces exceptions de droit commun de l'exécution forcée, avec l'article 1124 du Code civil ? Serait-il par exemple envisageable de refuser l'exécution forcée d'une promesse unilatérale de vente en cas de coût manifestement disproportionné ? L'article 1105 alinéa 3 assure la primauté du droit spécial sur les règles générales, en ce sens les exceptions de l'article 1221 ne devraient pas s'appliquer. Une autre solution serait de revenir à la lettre de l'article 1124 : la révocation de la promesse « *n'empêche pas la formation du contrat promis* ». Le texte n'évoque qu'implicitement l'exécution forcée ; la solution serait donc de faire prévaloir les exceptions de l'article 1221.

¹⁷⁹ FABRE-MAGNAN (M.), « De l'inconstitutionnalité de l'exécution forcée des promesses unilatérales de vente », *D.* 2015, n° 14, p. 826.

¹⁸⁰ Req., 2 déc. 1897, DP 1898, 2, p. 465, note PLANIOL (M.) ; S. 1900, 2, p. 201, note WAHL (A.).

La réforme du droit des contrats et des obligations a une incidence sur les règles relatives à l'acquisition de la propriété par convention : elle met un terme aux confusions passées en affirmant que le transfert de propriété se réalise lors de la formation du contrat, et renverse une solution jurisprudentielle constante en faisant de l'exécution forcée la sanction normale à la violation d'une promesse unilatérale. Mais outre ces règles générales, la réforme s'attache également à préciser le régime spécifique de certains biens.

SECTION II : L'INCIDENCE DE LA RÉFORME SUR LES RÈGLES SPÉCIALES DES BIENS

Les règles spéciales sont des règles qui, par opposition à celles communes, seront spéciales à une espèce du genre. Appliquées au droit des biens cela revient à rechercher les règles spécifiques à une catégorie de biens. Le droit positif oppose les biens meubles aux immeubles, et accompagne les deux catégories d'un régime juridique correspondant ; en droit des sûretés par exemple, il existe des sûretés propres aux meubles, et d'autres propres aux immeubles. Or, cette dichotomie a été pensée autour d'un critère : celui de la corporalité (I). Il est vrai que le droit des biens accorde une grande importance à ce caractère, certaines institutions semblent réservées aux seuls biens corporels, pour preuve la possession. A l'inverse les biens incorporels souffrent de l'absence de règles communes, il n'existe qu'une mosaïque de règles spéciales (II).

I- Les règles spéciales attachées à la corporalité

L'ordonnance du 10 février 2016 s'attache à l'opposition classique en reprenant les règles spécifiques aux meubles (A) et aux immeubles (B) en cas de conflit entre acquéreurs successifs.

A) Les conflits entre acquéreurs successifs d'un même meuble corporel

L'ordonnance du 10 février 2016 fait du transfert de propriété un effet légal du contrat. La conséquence est que le nouveau propriétaire l'est dès la formation du contrat. Cette hypothèse simple peut être considérablement compliquée lorsque deux personnes ont acquis d'une même personne une chose mobilière. Quel intérêt doit prévaloir ? Selon l'article 1196 le transfert de propriété se réalise lors de la formation du contrat. Une application stricte de cette disposition conduirait à faire prévaloir le premier acquéreur en date. En effet, le vendeur ne pourrait céder une seconde fois un droit qu'il n'a plus depuis la formation du premier contrat. L'article 1998 privilégie une autre solution « *Lorsque deux acquéreurs successifs d'un même*

meuble corporel tiennent leur droit d'une même personne, celui qui a pris possession de ce meuble est préféré, même si son droit est postérieur, à condition qu'il soit de bonne foi ». Entre deux acquéreurs, le premier tenant son droit du contrat, le second par l'effet de la possession, le droit positif fait primer le second¹⁸¹, le tout sous réserve de sa bonne foi.

Le nouvel article 1198 succède à l'ancien article 1141, mais si la solution est identique, le domaine d'application *rationae materiae* est plus limité. En effet, si l'ancien article 1141 visait tous conflits entre acquéreurs successifs de toute chose « *purement mobilière* », le nouvel article ne résout que les conflits entre acquéreurs successifs d'un même meuble corporel. Cette nouvelle réserve fait écho à la jurisprudence rendue en application de l'article 2276 qui réservait la prescription acquisitive en matière mobilière aux seuls meubles corporels.

B) Les conflits entre acquéreurs successifs d'un même immeuble

S'agissant des conflits entre acquéreurs successifs d'un même immeuble, l'article 1198 alinéa 2 privilégie le premier à « *publier son titre d'acquisition passé en la forme authentique au fichier immobilier, même si son droit est postérieur* ». La solution n'est pas en elle-même inédite, déjà sous l'empire de la loi ancienne le décret du 4 janvier 1955¹⁸² faisait prévaloir le premier publiant au premier acquéreur. L'ordonnance apporte néanmoins une innovation majeure en exigeant du premier publiant qu'il soit de bonne foi, c'est-à-dire qu'il « *n'ait pas eu, à la date de son acquisition, connaissance de la vente consentie antérieurement* »¹⁸³.

En effet, le décret de 1955 ne contenait pas cette exigence de bonne foi, ce qui, en pratique, pouvait donner lieu à de nombreux abus consistant à privilégier le premier publiant en toutes circonstances. La jurisprudence, dans les premiers instants, a su compléter le décret par une exigence de bonne foi¹⁸⁴. Mais dans les années 2010, elle a semblé opérer un revirement de jurisprudence en revenant à la lettre du texte. Un arrêt du 19 juin 2012 est particulièrement révélateur de cette tendance.

En l'espèce, une commune avait vendu, par acte sous seing privé, une parcelle à un premier acquéreur. Puis, quelques années après, elle a vendu la même parcelle à un second. Cette seconde vente sera réitérée par acte authentique, puis publiée et enregistrée à la conservation des hypothèques. Le premier acquéreur a assigné la commune en annulation de la vente en se

¹⁸¹ CHANTEPIE (G.), LATINA (M.), *op. cit.*, n° 539, p. 491.

¹⁸² Décr. n° 55-22, 4 janv. 1955 portant réforme de la publicité foncière.

¹⁸³ Cass. Civ. 3^e, 4 janv. 1983, n° 81-14.546, *Bull. Civ. III*, n° 3 ; *Défrenois* 1983. 1219, obs. AUBERT (J.L.).

¹⁸⁴ Cass. Civ. 3^e, 28 mai 1979, *Bull. civ. III*, n° 116.

fondant sur la mauvaise foi du second acquéreur, mais premier publiant. La cour de cassation rejettera le pourvoi affirmant que « *la mauvaise foi du second acquéreur était sans influence sur la validité de l'acte publié* ». La cour semblait donc revenir à une application littérale du décret de 1955, mais très contestable moralement. La solution introduite par la réforme de 2016 s'inscrit donc à rebours de cette tendance jurisprudentielle.

La réforme du droit des contrats et des obligations aménage des solutions anciennes en réservant certaines dispositions aux seuls biens tangibles. Quand est-il des biens incorporels ? L'élaboration d'une théorie générale de l'incorporel se heurte à l'hétérogénéité de la matière, il existe une infinie variété de biens incorporels, tous différents et uniques.

II- Les règles spéciales attachées à l'incorporalité

Le droit des biens incorporels est à l'image d'une mosaïque composé de multiples fragments que forment les différentes règles, toutes spéciales et autonomes les unes par rapport aux autres. C'est dire autrement l'absence de règles communes à l'incorporels (A), mais aussi l'importance numérique des règles spéciales (B).

A) L'absence de règles communes à l'incorporels

En matière de conflits entre acquéreurs successifs la question de l'opposabilité des différents actes est capitale. En ce sens le nouvel article 1198, dans la continuité de la loi ancienne, fait prévaloir le premier possesseur du bien meuble corporel, et le premier publiant en matière immobilière. Dans le domaine de l'incorporel en revanche la règle n'est pas aussi générale, il n'existe qu'un enchevêtrement de différentes règles, toutes spécifiques à un bien en particulier. Par exemple, le Code de la propriété intellectuelle affirme que les conflits entre acquéreurs successifs spécifiques à un même dessin ou modèle se règlent en faveur du premier publiant de bonne foi¹⁸⁵.

Comment régler les hypothèses de conflits entre acquéreurs successifs d'un même bien incorporel en l'absence de dispositions spéciales ? Sous l'empire de la loi ancienne, la tentation aurait été d'appliquer l'ancien article 1141 qui faisait prévaloir le possesseur réel de toute chose purement mobilière au premier acquéreur. Très tôt la jurisprudence marquera son opposition en limitant la règle de l'article 2276, « *en fait de meubles, possession vaut titre* », aux seuls biens corporels¹⁸⁶ ; et, conséquence logique, déclarera inapplicable l'ancien article 1141 aux conflits

¹⁸⁵ C. propr. intell. art. L513-3.

¹⁸⁶ Cass. Soc. 3 juillet 1953, *Bull. civ. IV*, n° 536.

entre acquéreurs successifs d'un même meuble incorporel¹⁸⁷. Les réponses doctrinales ne se feront pas attendre ; si tous s'accordent à dire que la possession n'est pas, selon l'article 2255, limitée au seul caractère tangible¹⁸⁸, une minorité a pu défendre l'exclusion des biens incorporels de l'article 2276¹⁸⁹, et par voie de conséquence celle de l'article 1141. L'ordonnance du 10 février 2016 entérine la solution jurisprudentielle, l'article 1198, succédant à l'ancien article 1141, se limite expressément aux seuls meubles corporels.

En dehors des textes spéciaux, les conflits entre acquéreurs successifs d'un même meuble incorporel doivent être réglés selon la lettre de l'article 1196 du Code civil, c'est-à-dire en faveur du premier acquéreur en date. L'opportunité de cette solution est toutefois très contestable car elle conduit à préférer le premier acquéreur en date, et ce en toutes circonstances ; la bonne ou mauvaise foi du second sera totalement indifférente. Pour s'en convaincre il faut songer à la situation dans laquelle le second acquéreur serait, de bonne foi, entré en possession d'un fonds de commerce, et qu'après plusieurs années d'exploitation le premier acquéreur en date se manifesterait¹⁹⁰.

La réforme tout en confirmant l'absence de règles communes à l'incorporel, prolonge le phénomène de spécialisation.

B) La spécialisation de l'incorporel

Pour mesurer le degré de spécialité du régime juridique des biens incorporels il convient de prendre un exemple concret : celui de la créance. Le régime de la cession de créance a été profondément bouleversé par l'ordonnance du 10 février 2016. Elle est devenue un contrat autonome, et plus précisément un contrat solennel qui requiert à peine de nullité la rédaction d'un écrit. L'opération sera alors opposable aux tiers dès ce moment.

La précision est importante car en cas de conflits entre cessionnaires successifs la préférence sera donnée au premier en date. Charge à ce dernier, en cas de contestation, de rapporter la preuve de la date de la cession par tout moyen¹⁹¹.

¹⁸⁷ Cass. civ. 17 juill. 1930, *Gaz. Pal.* 1930. 2. 402, S. 1931. 1. 297, note HUBERT (F.), *D.* 1932. 1. 112.

¹⁸⁸ PARANCE (B.), *La possession des biens incorporels*, Th. Paris I, LGDJ, 2008, préf. AYNES (L.).

¹⁸⁹ REVET (T.), « L'article 2279 du Code civil n'est applicable qu'aux seuls meubles corporels individualisés », *RTD. Civ.* 2006, n° 2, p. 348.

¹⁹⁰ DERRUPPÉ (J.), « Conflit entre deux acquéreurs successifs d'un même fonds », *RTD. Com.* 1990, n° 2, p. 186.

¹⁹¹ C. civ. art. 1323 al. 2.

L'article 1323 poursuit en réservant le cas particulier de la cession de créance future : « *toutefois, le transfert d'une créance future n'a lieu qu'au jour de sa naissance, tant entre les parties que vis-à-vis des tiers* ». La date d'opposabilité de la cession de créance future est donc différente de celle de la cession de créance présente : pour la première il s'agira du jour de sa naissance, pour la seconde celle de l'acte. Or, comment régler les conflits entre cessionnaires successifs d'une créance future si les deux cessions sont opposables au même moment ?¹⁹² En dépit de certaines propositions doctrinales, le droit positif n'apporte pas de réponse. En effet, l'article 1198 est réservé aux hypothèses de conflits entre acquéreurs successifs d'un meuble corporel, ce qui le rend inapplicable aux meubles incorporels ; de même que l'article 1323 alinéa 2 dont le champ d'application est limité aux cessions de créances existantes.

La réforme confirme le très fort degré de spécialisation du droit de propriétés incorporelles, mais également son principal défaut : en l'absence de règles communes, les biens incorporels préjudicient de nombreux vides juridiques. Le droit des sûretés n'est pas indifférent à ces dires, le phénomène de spécialisation y est également très présent.

CHAPITRE II : L'incidence de la réforme sur le régime juridique des sûretés

L'ordonnance du 23 mars 2006 a engagé une profonde réorganisation de notre droit des sûretés : un livre IV intitulé « *des sûretés* » est né à cette occasion afin d'y regrouper les nombreuses règles disparates composant la matière. Mais si l'objectif de lisibilité était louable, il ne sera qu'effleuré. En effet, s'il faut saluer l'effort des pouvoirs publics de débiter ce nouveau livre par quelques dispositions génériques, nous pouvons déplorer que l'ordonnance n'aille pas plus loin, qu'elle n'apporte pas l'unité souhaitée en consacrant une forme de droit commun des sûretés¹⁹³. Faute semble-t-il à une loi d'habilitation trop restrictive, laissant présager la multiplication de règles spéciales¹⁹⁴.

Le livre IV, après énumération de quelques règles communes, divise la matière en deux titres consacrés, pour le premier aux sûretés personnelles, pour le second aux sûretés réelles. Ces deux types de sûretés étant en liens avec deux pans majeurs du droit civil : réciproquement le droit des obligations et le droit des biens, la réforme du droit des obligations aura

¹⁹² OPHÈLE (C.), « cession de créance », *in répertoire de droit civil*, DALLOZ, 2018.

¹⁹³ MESTRE (J.), PUTMAN (E.), BILLIAU (M.), *Droit commun des sûretés réelles*, Paris : LGDJ, 1996.

¹⁹⁴ Art. 24 L. n° 2005-842, 26 juill. 2005, *JO* : 27 juill. 2005.

nécessairement une plus grande incidence sur le régime juridique des sûretés personnelles, que réelles¹⁹⁵ (Section II). Il ne faut toutefois pas omettre que la réforme est également celle du droit commun des contrats, et si elle ne peut pas avoir d'incidence sur l'ensemble des sûretés, faute d'unité, elle aura *a minima* une incidence sur toutes les sûretés conventionnelles (Section I).

SECTION I : L'INCIDENCE DE LA RÉFORME SUR LES RÈGLES COMMUNES DES SÛRETÉS CONVENTIONNELLES

Les sûretés conventionnelles sont « *celles fournies par une personne* »¹⁹⁶, c'est-à-dire celles dont les droits et obligations des parties vont naître d'un contrat. La nature conventionnelle de ces sûretés commande l'application du droit commun des contrats, c'est-à-dire des règles, qui pour l'institution contrat, auront un champ d'application indéfini.

Parmi ce nouveau droit commun il faut distinguer deux corps de règles. D'une part, des règles, qui n'ont pas reçu à l'occasion de la réforme l'appellation de principes directeurs, mais qui, de par leur place et leur importance, vont irriguer tout le droit des contrats, et inspirer diverses applications en droit des sûretés conventionnelles (I). Et d'autre part, des règles, qui sont des règles de droit commun, mais qui seront spécifiques à une division particulière du droit des contrats, et qui auront donc une incidence plus ciblée en droit des sûretés (II).

I- L'incidence élargie de la réforme

Le sous-titre I du Titre III du Code civil, intitulé « *Le contrat* », débute par un chapitre premier consacré à des « *dispositions liminaires* » dont nous avons déjà entrevu la teneur. En effet, nous avons déjà évoqué le principe de liberté contractuelle que l'ordonnance a consacré à l'article 1102 du Code civil et dont les effets se font ressentir sur le droit des biens et des sûretés. De même que celui de la force obligatoire, qui a quitté la subdivision du Code dédiée aux effets du contrat pour intégrer « *les dispositions liminaires* », et dont l'application commande que la force de l'engagement prévale, y compris en cas de promesse de vente. Bien plus, deux autres principes seront joints aux premiers : celui de la bonne foi, qui à l'instar de la force obligatoire a été extirpé de la partie du Code dédiée aux effets du contrat pour rejoindre celle des « *dispositions liminaires* » (A) ; et le principe de l'article 1105 relatif à l'articulation entre « *règles générales* » et « *règles particulières* » (B).

¹⁹⁵ PICOD (Y.), *droit des sûretés*, *op. cit.*, n° 18 ter, p. 26.

¹⁹⁶ CORNU (G.), *op. cit.*, p. 1005.

A) La bonne foi

L'article 1104 du Code civil dispose que « *les contrats doivent être négociés, formés et exécutés de bonne foi* », l'alinéa 2 ajoute que « *cette disposition est d'ordre public* ». D'emblée il faut constater qu'aucun texte ne définit la bonne foi, il s'agit d'un standard juridique, c'est-à-dire une « *norme souple fondée sur un critère intentionnellement indéterminé qu'il convient au juge d'appliquer espèce par espèce* »¹⁹⁷. Le nouvel article emploie une formulation plus large que son prédécesseur. L'ancien article 1134 énonçait dans son alinéa 4 que les conventions devaient « *être exécutées de bonne foi* », le nouvel article 1104 ajoute qu'elles doivent être négociées et formées de bonne foi. Le principe irrigue véritablement toutes les phases du contrat.

Quelle incidence aura cette nouvelle formulation en droit des sûretés ? *A priori*, cela ne bouleversera pas la matière car déjà avant la réforme la bonne foi y était très présente. En effet, parce qu'une sûreté permet à un créancier de se prémunir contre les risques d'insolvabilité de son débiteur, il est très fréquent que ce même créancier commette certaines fautes en vue de s'assurer l'obtention de cette garantie. La bonne foi commande alors une attitude loyale de sa part, qu'il ne fasse pas preuve de mauvaise foi en acceptant par exemple une garantie disproportionnée eu égard aux patrimoines et revenus du constituant¹⁹⁸. Toutefois, même minime, il y aura une incidence car comme le faisait très justement remarquer un auteur ces nouvelles formules donneront « *au juge une abondance de fondements à son intervention* »¹⁹⁹.

L'exigence de bonne foi est désormais affirmée à tous les stades du contrat, de sa négociation jusqu'à son exécution. Le nouvel article 1112-1 affirme en ce sens que « *celle des parties qui connaît une information dont l'importance est déterminante pour le consentement de l'autre doit l'en informer dès lors que, légitimement, cette dernière ignore cette information ou fait confiance à son cocontractant* »²⁰⁰. Déjà sous l'empire de la loi ancienne, la jurisprudence retenait que le créancier qui « *détenait, au moment de la conclusion du cautionnement, des informations sur la viabilité de l'opération entreprise par la société emprunteuse dirigée par les cautions, que, par suite de circonstances exceptionnelles, ces dernières ignoraient, avait*

¹⁹⁷ CORNU (G.), *op. cit.*, p. 988.

¹⁹⁸ Cass. Com, 17 juin 1997, n° 95-14.105, P : R., p. 232 ; *JCP E* 1997. II. 1007, note LEGEAIS (D.) ; *Defrénois* 1997. 1424, obs. AYNES (L.) ; *RTD. Civ.* 1998. 100, obs. MESTRE (J.), et 157, obs. CROCQ (P.).

¹⁹⁹ PICOD (Y.), *droit des sûretés, op. cit.*, n° 18 ter, p. 26.

²⁰⁰ C. civ. art. 1112-1.

manqué à son obligation de contracter de bonne foi à l'égard de ces cautions »²⁰¹. A l'avenir nul doute que le juge pourra se fonder sur le nouvel article 1112-1 pour sanctionner le défaut d'information.

Bien plus, le nouvel article 1137 donnera une base solide à une jurisprudence déjà bien établie. Succédant à l'ancien article 1116, les rédacteurs de l'ordonnance ont souhaité adopter une formulation plus large, ne se limitant plus uniquement « *aux manœuvres* », mais entourant également « *les mensonges* », et surtout « *la dissimulation intentionnelle par l'un des contractants d'une information dont il sait le caractère déterminant pour l'autre partie* ». Outre l'élément intentionnel, l'élément matériel de la réticence dolosive est différent de celui du nouvel article 1112-1. En effet, si ce dernier vise les informations qui « *ont un lien direct et nécessaire avec le contenu du contrat ou la qualité des parties* », l'article 1137 exige simplement que l'information dissimulée ait un « *caractère déterminant pour l'autre partie* ». L'intérêt est d'offrir au juge une palette de fondements possibles à son intervention, afin qu'il puisse, selon l'espèce, agir sur l'un ou l'autre de ces deux textes. À dire vrai le débat portera sur la question de savoir si le créancier a dissimulé intentionnellement ou non ces informations. Pour illustration, se rendra coupable d'un dol, et sera sanctionné comme tel, le créancier qui s'abstient d'informer la caution de la situation irrémédiablement compromise du débiteur²⁰².

B) L'articulation entre « règles générales » et « règles particulières »

L'article 1105 succède à l'ancien article 1107 dont il reprend dans ses deux premiers alinéas la substance. L'innovation réside dans le troisième alinéa du texte selon lequel « *les règles générales s'appliquent sous réserve de ces règles particulières* ». Nul doute de l'utilité pratique de ce texte qui, au quotidien, sécurisera les rapports entre droit commun et droit spécial en assurant, d'une part, la primauté du droit spécial, et d'autre part, la subsidiarité du droit commun²⁰³.

Eu égard au degré de spécialisation de la matière, l'article aura une incidence en droit des sûretés. D'une part, il assurera la primauté des règles spéciales, par exemple « *l'article L 521-1 alinéa 1^{er} du Code de commerce [...] permettant de constater par tous moyens le gage commercial* » est une règle spéciale, qui « *rend inapplicable les dispositions de l'article 2336*

²⁰¹ Cass. com., 20 sept. 2005, n° 03-19.732 P; D. 2005. AJ 2588, obs. DELPECHE (X.); D. 2006. Pan. 2863, obs. CROCQ (P.); JCP 2006. I. 131, n° 8, obs. SIMLER (P.); RTD com. 2005. 822, obs. LEGAIS (D.).

²⁰² Cass. civ. 1^{re}, 21 janv. 1981, n° 79-14.396 P.

²⁰³ BALAT (N.), « Réforme du droit des contrats : et les conflits entre droit commun et droit spécial ? » D. 2015, n° 12, p. 699.

du Code civil qui subordonne la validité du gage – en général – à la rédaction d'un écrit »²⁰⁴. D'autre part, il confirmera le caractère subsidiaire du droit commun en l'absence de règles spéciales, il a par exemple été jugé dans un arrêt ancien « *qu'à défaut de disposition contraire, l'attribution judiciaire du gage* », prévue à l'ancien article 2078 du Code civil « *était ouverte au créancier titulaire d'un nantissement sur outillage et matériel d'équipement* »²⁰⁵. Plus récemment un auteur prenait l'exemple de la fiducie sûreté qui serait régie, à défaut de règles spéciales, par les règles générales du contrat de fiducie²⁰⁶.

La primauté du droit spécial sur le droit commun n'a désormais plus valeur d'un simple adage, mais bien force de loi. La conséquence est que toute interprétation contraire sera *contra legem*, à moins que les pouvoirs publics aient donné aux cocontractants une liberté de choix. Le nouvel article 1105, sans rendre compte de ce phénomène, ne l'interdit pas non plus. Il faut en déduire une forme de monopole du législateur sur l'édiction de ces mécanismes. En raison de sa rigidité le droit des sûretés est propice à ce genre d'aménagements. En effet, il a longtemps été le théâtre d'un certain contentieux avec comme question celle de savoir si les cocontractants pouvaient écarter l'application du droit spécial du gage de stocks au profit du droit commun du gage de meubles corporels. Le nouvel article L527-1 du Code de commerce, issu de l'ordonnance du 29 janvier 2016²⁰⁷, clos le débat : « *les parties demeurent libres de recourir au gage des stocks [...] ou au gage de meubles corporels* ». C'est donc bien une option qui est offerte aux parties. L'ordonnance, prise quelques mois avant celle réformant le droit commun des contrats, est une dérogation à l'article 1105. Mais comme toutes règles spéciales elle est d'interprétation stricte, c'est-à-dire qu'en dehors de ces hypothèses légales, le juge devra revenir à la lettre de l'article 1105 et donc faire primer le droit spécial des sûretés.

S'ils n'ont pas reçu la qualification de principes directeurs, les dispositions liminaires rayonnent dans tout le droit commun des contrats et notamment auprès de ceux constitutifs de sûretés, personnelles comme réelles. Bien plus que la consécration de règles générales dont la

²⁰⁴ Cass. com. 17 févr. 2015, n° 13-27.080 P: *D.* 2015. 787, note BORGIA (N.); *ibid.* 1810, obs. CROCQ (P.); *RTD civ.* 2015. 437, obs. CROCQ (P.); *RTD com.* 2015. 342, obs. LEGEAIS (D.); *Rev. sociétés* 2015. 663, note ANSAULT (J.J.); *AJCA* 2015. 176, note ALBIGES (C.); *RDC 2015.* 880, obs. JULIENNE (M.).

²⁰⁵ Cass. ass. plén., 26 oct. 1984, n° 83-10.055 P: *D.* 1985. 33, concl. CABANNES (X.), note DERRIDA (J.); *JCP* 1985. II. 20342, rapp. VIENNOIS (J.P.), note CORLAY (P.); *Gaz. Pal.* 1985. I. 236, note CHARTIER (Y.); *ibid.* 131, note PIEDELIEVRE (S.); *RJ com.* 1985. 213, note GALLET.

²⁰⁶ PICOD (Y.), *droit des sûretés*, *op. cit.*, n° 18 ter, p. 26.

²⁰⁷ Ord. n° 2016-56, 29 janv. 2016, *JO* : 30 janv. 2016.

rédaction inspire diverses applications, la réforme consacre également des règles dont la portée est plus ciblée.

II- L'incidence circonscrite de la réforme

Comme tous les contrats spéciaux, les sûretés conventionnelles sont soumises, en l'absence de règles spéciales, au droit commun des contrats. Outre les dispositions liminaires, qui constituent le noyau dur de la matière et dont les applications sont multiples, le nouveau droit des contrats se compose également de règles dont la portée est plus limitée. Ces règles sont toujours du droit commun des contrats car applicables à tous contrats et à tous cocontractants, simplement elles ne vont pas ordonnancer le droit commun comme pourront le faire les dispositions liminaires, mais seront circonscrites à un aspect particulier du droit des contrats, par exemple sa formation ou son interprétation. C'est dire l'importance pratique et numérique de ces règles. Il est impossible de mesurer toutes les incidences de la réforme en droit des sûretés car chaque disposition pourrait trouver application ; en revanche, certaines, plus que d'autres, méritent d'être évoquées, d'une part l'abus de dépendance qui permettrait de revitaliser le contrôle judiciaire de l'excès de sûretés (A), et d'autre part, l'aménagement de dispositions spécifiques aux sûretés en cas de modification de l'obligation garantie (B).

A) L'abus de dépendance

Au lendemain de la réforme un auteur a pu écrire que « *la réforme du droit des obligations, issue de l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016, avait implicitement ouvert la voie à un contrôle de l'excès de sûretés* »²⁰⁸. L'excès de sûretés, tel qu'envisagé en doctrine, se fonde sur un critère de proportionnalité pour justifier l'intervention du juge dans un rapport contractuel afin de réduire une sûreté disproportionnée eu égard à la créance garantie. Quant à l'opportunité de cette solution les avis sont partagés. S'il est vrai que les sûretés ont seulement pour but de garantir l'exécution d'une obligation, et non d'être source d'enrichissement pour le créancier, il reste dangereux d'accorder au juge le pouvoir de s'immiscer dans le contrat, et de « *refaire exactement l'histoire* »²⁰⁹.

Le nouvel article 1143 du Code civil ne se propose pas, expressément, d'ouvrir la voie à l'excès de sûretés. Implicitement en revanche, cela pourrait être l'une de ses conséquences collatérales. L'article dispose qu'il « *y a violence lorsqu'une partie, abusant de l'état de dépendance dans*

²⁰⁸ CROCQ (P.), « Droit des sûretés », *D.* 2016, n° 33, p. 1955.

²⁰⁹ AYNES (L.), CROCQ (P.), *op. cit.*, p. 24, n° 18.

lequel se trouve son cocontractant à son égard, obtient de lui un engagement qu'il n'aurait pas souscrit en l'absence d'une telle contrainte et en tire un avantage manifestement excessif ».

Nous retrouvons cette notion d'engagement manifestement excessif, ou disproportionné, qui permettrait au juge de s'immiscer dans le contrat afin d'annuler, ou de réduire une sûreté « *manifestement excessive* » par l'octroi de dommages et intérêts.

L'abus de dépendance suppose toutefois de caractériser plusieurs conditions. Outre le caractère manifestement excessif de l'engagement par rapport à la créance garantie, il faut, d'une part, un état de dépendance, ce qui, en droit des sûretés est monnaie courante. En effet, le constituant d'une sûreté peut difficilement se permettre de rechercher un autre créancier capable de lui procurer un crédit similaire²¹⁰. D'autre part, il faut caractériser l'abus de cet état de dépendance, c'est le cas du créancier qui, sachant que le constituant ne peut obtenir de crédit comparable auprès d'un autre créancier, abuserait de cette situation pour lui imposer des conditions lui octroyant un « *avantage manifestement excessif* ». L'application aveugle de ce dernier critère est dangereuse car il incombe au juge, seul, de rechercher si l'avantage est ou non manifestement excessif. Par manque d'objectivité du critère, l'intervention du juge risque d'être rendue imprévisible.

Au-delà du droit commun des contrats, la réforme est aussi et surtout celle du droit des obligations. Le nouveau Titre IV du Livre troisième, intitulé « *du régime général des obligations* » accueille en son sein différents chapitres consacrés aux diverses modifications dont peuvent être sujettes les obligations. Or, parce qu'une sûreté garantie l'exécution d'une obligation, il faut tenir compte du sort des sûretés en cas de modification de l'obligation garantie.

B) Le sort des sûretés en cas de modification de l'obligation garantie

L'obligation peut être sujette à différents événements. Outre l'extinction de la créance, qui par voie d'accessoire entraîne extinction de la sûreté, d'autres événements peuvent affecter l'obligation. La réforme réunit dans de nouveaux chapitres et sections l'ensemble des dispositions propres aux « *cessions de contrats* », « *opérations sur obligations* » et « *restitutions* » afin de constituer un droit commun propre à chacune. Or, parce qu'une sûreté garantie l'exécution d'une obligation, les rédacteurs de l'ordonnance ont eu à répondre du sort

²¹⁰ *Ibid.*, n° 18, p. 25.

des sûretés en cas de cession de l'obligation ou du contrat (1), mais également en cas de restitution de l'objet de l'obligation garantie (2).

1- Le sort des sûretés en cas de cessions

L'ordonnance du 10 février 2016 regroupe dans un chapitre II du titre IV, intitulé « *les opérations sur obligations* », divers mécanismes de cessions. Les articles 1321 et suivants font de la cession de créance un contrat solennel, qui emporte transfert de la créance à la date de l'acte. L'article 1321 alinéa 3 ajoute, comme le faisait l'ancien article 1692, que la cession « *s'étend aux accessoires de la créance* ». Bien que le nouvel article ne le précise pas, à l'inverse de l'ancien article 1692, il n'y a aucune raison de douter que ces « *accessoires* » comprennent les sûretés réelles comme personnelles.

Si les sûretés sont systématiquement transmises lors de la cession de créance, une solution différente a été voulue pour la cession de dette. Le nouvel article 1328-1 reprend la distinction de l'article 1327-2, selon que la cession soit parfaite ou non. Lorsque la cession est imparfaite, c'est-à-dire qu'elle ne libère pas le débiteur cédant, « *les sûretés subsistent* ». L'absence de transfert justifie le maintien des sûretés. *A priori* il n'y a donc pas d'incidence en droit des sûretés, sauf à tenir compte d'une amélioration de la situation du garant qui, du fait de l'adjonction d'un second débiteur, aura moins de risques d'être appelé en garantie. A l'inverse, lorsque la cession est parfaite, c'est-à-dire qu'elle libère le débiteur cédant, les « *sûretés consenties par le débiteur originaire ou par les tiers ne subsistent qu'avec leur accord* ». La solution peut décontenancer car si la cession de dette, lorsqu'elle est parfaite, produit un véritable effet translatif alors les sûretés garantissant l'obligation devraient, par voie d'accessoire, suivre la dette cédée. Mais parce que le garant s'est très certainement engagé eu égard à la solvabilité du débiteur initial, il est opportun que les sûretés consenties ne subsistent qu'avec son accord. En somme, la protection du garant prévaut sur l'effet translatif de la cession de dette parfaite²¹¹. Il faut ajouter que la cession n'est parfaite que si « *le créancier y consent expressément* »²¹², ce qui signifie qu'il est en mesure d'imposer le maintien des sûretés²¹³, à défaut de quoi il pourra refuser de libérer le débiteur initial, ce qui revient à constituer une cession imparfaite dans laquelle les sûretés subsistent. La protection du garant s'efface devant celle du créancier.

²¹¹ PICOD (Y.), « Cession de dette et droit des sûretés », *op. cit.*

²¹² C. civ., art. 1327-2.

²¹³ CHANTEPIE (G.), LATINA (M.), *op. cit.*, n° 891, p. 807.

Enfin, la réforme consacre en droit commun des contrats le mécanisme de la cession de contrat. Contrairement aux cessions de créances et de dettes, il ne s'agit pas pour l'une des parties de céder une créance ou une dette, mais bien la qualité de partie au contrat, le tout sous réserve de l'accord du cédé. Mais à l'instar de la cession de dette, l'article 1216-3 alinéa 1 règle le sort des sûretés selon que le cédé ait accepté ou non de libérer le cédant. Dans l'affirmative, « *les sûretés consenties par le cédant ou par des tiers ne subsistent qu'avec leur accord* », dans le cas contraire « *les sûretés qui ont pu être consenties subsistent* ». Donc, comme pour la cession de dette, le cédé a le pouvoir d'imposer le maintien des sûretés en refusant de libérer le cédant.

Après avoir réglé le sort des sûretés en cas d'opérations sur obligation et de cession de contrat, les rédacteurs de l'ordonnance ont également envisagé le sort des sûretés en cas de restitution de l'objet de l'obligation garantie.

2- Le sort des sûretés en cas de restitution de l'objet de l'obligation garantie

La réforme regroupe dans un chapitre V du titre IV l'ensemble des dispositions relatives aux restitutions. Après énumération de plusieurs règles, constituant désormais le droit commun des restitutions, l'article 1352-9 généralise à l'ensemble des sûretés constituées pour le paiement d'une obligation une solution initialement admise par la jurisprudence pour le cautionnement garantissant un contrat de restitution²¹⁴, puis étendue à l'hypothèque²¹⁵. Le nouvel article dispose que « *les sûretés constituées pour le paiement de l'obligation sont reportées de plein droit sur l'obligation de restituer sans toutefois que la caution soit privée du bénéfice du terme* ».

Naturellement, cette généralisation est très favorable au créancier, qui n'aura plus à faire stipuler dans l'acte le report de la sûreté sur l'obligation de restitution. Elle se réalisera désormais de plein droit²¹⁶. A l'inverse, « *l'ordonnance étant supplétive de volonté* »²¹⁷, il serait possible pour le garant d'inclure dans le contrat une clause mettant en échec le report, reste qu'en pratique peu de garants auront le poids suffisant pour le faire.

²¹⁴ Cass. Com., 17 nov. 1982, n° 81-10.757, D. 1983. 527, note CONSTAMINE-RAYMAUD (M.) ; JCP 1984. II. 20216, note DELEBECQUE (P.) et MOULY (C.).

²¹⁵ Cass. Civ. 3^e, 5 nov. 2008, n° 07-17.357, Bull. Civ. III, n° 167 ; D 2008. AJ. 2932 ; Defrénois 2008. 2513, obs. SAVAUX (E.) ; JCP 2009. I. 150, n° 16, obs. SIMLER (P.) et DELEBECQUE (P.) ; Defrénois 2009. 2088, obs. THERY (P.) ; RTD civ. 2009. 148, obs. CROCQ (P.) ; RDC 2009, obs. HOUTCIEFF (D.).

²¹⁶ DUPOND-LEFRAND (M.P.), « L'incidence de la réforme du droit des contrats sur le régime des garanties », AJ contrat 2017, n° 6, p. 254.

²¹⁷ Rapport au Président de la République relatif à l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations.

Par ailleurs, sous l'empire de la jurisprudence ancienne la doctrine appelait de ses vœux à ce que la caution puisse se prévaloir du bénéfice du terme. Le nouvel article 1352-9 répond à ces attentes : les sûretés sont reportées de plein droit sur l'obligation de restitution « *sans toutefois que la caution soit privée du bénéfice du terme* ». Il s'agit de ne pas contrarier ses prévisions légitimes. En effet, contrairement à l'obligation initialement garantie, l'obligation de restitution est immédiatement exigible, ce qui, à défaut du bénéfice du terme, permettrait au créancier d'actionner immédiatement la caution en garantie. Reste qu'en pratique une question ne manquera pas de se poser : celle de savoir si le bénéfice du terme est limité au seul cautionnement, ou si la solution peut être étendue aux autres sûretés, et notamment aux sûretés réelles pour autrui²¹⁸. *A priori* une réponse négative semble s'imposer, d'une part car le texte ne vise que le cautionnement, et il n'y a pas lieu de distinguer là où la loi ne distingue pas, et d'autre part parce que la jurisprudence récente continue d'affirmer le caractère exclusivement réel de ce genre d'engagement²¹⁹.

L'ordonnance du 10 février 2016, dont les lacunes ont été comblées par la loi de ratification, règle le sort des sûretés en cas de modification du rapport d'obligation garanti. Preuve au fait que les rédacteurs ont songé aux nombreuses incidences de la réforme sur le droit commun des sûretés conventionnelles, et plus spécialement sur les règles spécifiques à certaines sûretés.

SECTION II : L'INCIDENCE DE LA RÉFORME SUR LES RÈGLES SPÉCIALES DES SÛRETÉS

Le droit des sûretés est à l'image d'une mosaïque, composé de multiples fragments tous indépendants les uns par rapport aux autres, mais qui ensemble composent la matière. En effet, bien que ces règles soient réunies sous une dénomination commune, celle de « droit des sûretés », il n'existe pas de droit commun des sûretés, faute à la trop grande hétérogénéité de cette qualification. Consacré à l'occasion de la réforme de 2006, le Livre quatrième du Code civil est partagé en deux titres : le premier afférant aux sûretés personnelles, le second inhérent aux sûretés réelles. L'opposition prend racine dans une distinction plus large car si les sûretés

²¹⁸ CROCQ (P.), « Droit des sûretés », *op. cit.*

²¹⁹ Cass. Civ. 3^e, 12 avril 2018, n° 17-17.542, P : D. 2018. 1540, note GOUZEL (A.) ; *ibid.* 1884, obs. CROCQ (P.) RDI 2018. 385, obs. HEUGAS-DARRASPEN (H.) ; AJ contrat 2018. 241, obs. HOUTCIEFF (D.) ; RTD civ. 2018. 461, obs. CROCQ (P.) ; RTD com. 2018. 773, obs. MARTIN-SERF (A.L.) ; RDC 2018. 371, obs. HOUTCIEFF (D.) ; JCP 2018, n° 670, note AYNES (L.) ; Gaz. Pal. 2018. 1465, obs. PIEDELIEVE (S.).

personnelles font naître un droit personnel, alors elles se rattachent au droit des obligations ; à l'inverse, si les sûretés réelles accordent au créancier un droit réel sur le bien grevé, alors elles sont attachées au droit des biens. Ces rattachements fondent l'opposition de régime entre les deux types de sûretés.

En conséquence, l'incidence de la réforme sera beaucoup plus importante pour les sûretés personnelles, il faut y voir la confirmation du lien unissant les sûretés personnelles aux droits personnels (I). A l'inverse, et si les sûretés réelles se rattachent effectivement au droit des biens, la réforme ne devrait pas produire d'incidence sur les sûretés réelles. Pourtant, comme nous l'avons vu, la réforme a eu une incidence sur le droit des biens : les règles relatives au transfert de propriété ou aux conflits entre acquéreurs successifs en sont de bons exemples. Cela dénote une rupture entre le régime des droits réels et celui des sûretés réelles (II).

I- Une union célébrée

Le bicentenaire du Code civil a été l'occasion pour le gouvernement de l'époque d'engager une profonde rénovation de notre droit des sûretés. Le cautionnement est la sûreté personnelle historique car présente dans le Code civil depuis 1804, l'ordonnance du 23 mars 2006 consacra à ses côtés deux nouvelles figures : la garantie autonome et la lettre d'intention, dont les régimes juridiques ont été construits à cette occasion. Les dispositions relatives au cautionnement seront rapatriées dans le nouveau Livre IV du Code civil, sans toutefois être modifiées, faute à l'absence d'habilitation. Plus que jamais, réformer le droit du cautionnement est un impératif. En ce sens le gouvernement a inséré un article 16 dans le plan d'action pour la croissance et la transformation des entreprises, dite « loi PACTE » et votée définitivement le 11 avril 2019, l'autorisant à réformer par ordonnance le droit des sûretés. Mais sans attendre, les rédacteurs de l'ordonnance du 10 février 2016 ont saisi l'occasion pour ajuster le régime juridique du cautionnement (A) et celui de ses garanties alternatives (B).

A) L'incidence de la réforme sur le cautionnement

Sans pour autant bouleverser le régime juridique du cautionnement, la réforme du droit des contrats et des obligations aura une incidence. À cet égard, il est opportun de distinguer les simples reformulations (1), des véritables innovations (2).

1- Les solutions reformulées

La réforme accueille, dans une section dédiée, les différentes formes de compensation jusqu'alors admises en jurisprudence²²⁰. Après énumération de plusieurs « règles générales » l'article 1347-6 alinéa 1, dont la rédaction a été fort heureusement remaniée à l'occasion de la loi de ratification, reprend la lettre de l'ancien article 1294 du Code civil : « *La caution peut opposer la compensation de ce que le créancier doit au débiteur solidaire* ».

Le nouvel article 1349-1 alinéa 2 répond de manière beaucoup plus claire à la situation des cautions en cas de confusion, c'est-à-dire en cas d'extinction d'une créance et de ses accessoires par « *la réunion des qualités de créancier et de débiteur d'une même obligation dans la même personne* »²²¹. L'article distingue deux situations selon que la confusion concerne l'obligation cautionnée, ou l'obligation d'une des cautions. Dans la première hypothèse, reprise de l'ancien article 1301, mais dont la formulation a été revue, « *la caution, même solidaire, est libérée* ». Dans la seconde, « *Les autres cautions solidaires sont libérées à concurrence de la part de cette caution* ». Selon certains, le bénéfice de libération du texte est limité aux cautions solidaires car le bénéfice de jouissance permet déjà à la caution simple de contraindre le créancier à diviser et à réduire son action selon la part de chacune²²². D'autres objecteront l'insuffisance de ce bénéfice eu égard à la libération de la caution²²³.

Enfin, et dans la continuité de ce qui a été évoqué, la réforme conserve cette même clarté en matière de remise de dette. En effet, le nouvel article 1350-2 reproduit une solution passée : « *La remise de dette accordée au débiteur principal libère les cautions, même solidaires* », celle « *consentie à l'une des cautions solidaires [...] libère les autres à concurrence de sa part* ». La seconde partie du texte consacre un acquis jurisprudentiel selon lequel « *lorsque le créancier, moyennant le paiement d'une certaine somme, a déchargé l'une des cautions solidaires de son engagement, les autres cautions solidaires ne restent tenues que déduction faite* »²²⁴.

²²⁰ CHANTEPIE (G.), LATINA (M.), *op. cit.*, p. 905.

²²¹ C. civ. Art. 1349.

²²² HONTEBEYRIE (A.), « quelques incidences de la réforme du droit des obligations sur le contrat de cautionnement », in *Dossier La réforme du droit des obligations et le droit des affaires : regard de praticiens*, journ. sociétés, 2016, p. 41, en ligne : < www.racine.eu/wp-content/uploads/2016/11/dossier-racine-reforme-obligations.pdf >.

²²³ DUMONT-LEFRAND (M.P.), *op. cit.*

²²⁴ Cass. Civ. 1^{er}, 4 janv. 2005, n° 02-11.307, *LPA* 2005, note SEJEAN (M.).

Comme indiqué, la réforme n'a pas bouleversé le régime juridique du cautionnement. Elle comporte toutefois quelques rares innovations qui ont le mérite d'être évoquées.

1- Les solutions nouvelles

Un auteur a mis en exergue une innovation de la réforme en matière de cautionnement²²⁵. L'article 1335 alinéa 2 dispose que « *la novation convenue entre le créancier et une caution ne libère pas le débiteur principal. Elle libère les autres cautions à concurrence de la part contributive de celle dont l'obligation a fait l'objet de la novation* ». La solution n'est pas sans rappeler celles applicables à la remise de dette et à la confusion, car dans les trois cas, et lorsque le mécanisme – remise de dette, confusion ou novation – concerne l'obligation de l'une des cautions, les cofidésseurs sont libérés à concurrence de la part de la caution libérée.

L'article 1335 alinéa 2 apporte une précision bienvenue. En effet, si l'ancien article 1281 assurait que la novation opérée à l'égard du débiteur libérait les cautions, il restait muet quant au sort des cofidésseurs lorsque la novation était convenue entre le créancier et une caution. Dans le silence du texte, deux chambres de la Cour de cassation se sont affrontées. D'une part, la première chambre civile avait affirmé que la novation consentie à l'égard de l'une des cautions solidaires avait pour effet de libérer les autres cofidésseurs²²⁶. Et d'autre part, la chambre commerciale qui, à l'inverse, jugeait que « *la novation opérée à l'égard de l'une des cautions n'a pas pour effet de libérer le débiteur principal et, par suite, pas davantage les autres cautions solidaires, sauf convention contraire* »²²⁷.

Le nouvel article tranche en faveur de la première chambre civile. Désormais il est affirmé que la novation conclue en faveur de l'une des cautions libère les cofidésseurs à concurrence de la part contributive de la première.

Le régime juridique du cautionnement n'a pas été bouleversé par la réforme du droit des contrats et des obligations, mais celle-ci apporte néanmoins une clarté qu'attendait de longue date. Mais le droit du cautionnement n'est pas le seul à être influencé par la réforme, celui des garanties alternatives l'est, *a minima*, tout autant.

²²⁵ PICOD (Y.), *droit des sûretés*, *op. cit.*, n° 18 ter, p. 28.

²²⁶ Cass. Civ. 1^{er}, 11 janv. 1984, n° 82-13.328 *JCP* 1986. II. 20647, note DUMOTIER (B.H.).

²²⁷ Cass. Com., 7 déc. 1999, n° 96-15.915 P : *D.* 2001. Somm. 697 obs. AYNES (L.) ; *JCP* 2000 II. Note PEDELIEVRE (S.) ; *Ibid.* I. 257, n° 12, obs. SIMLER (P.), *JCP N* 2001. 105, note DUMORTIER (B.H.), *LPA* 2000, note KEITA (M.), *Ibid.* 2000, note BOCCARA (D.).

B) L'incidence de la réforme sur les garanties alternatives au cautionnement

Le droit positif identifie trois formes de sûretés nommées. Aux côtés, le droit des obligations fonde différents mécanismes qui, dans leurs fonctions secondaires, feront offices de garanties. Naturellement, le régime juridique de ces mécanismes a subi une incidence de la réforme. Certains diront d'ailleurs que les « *garanties alternatives au cautionnement sont confortées* »²²⁸. Nous avons déjà évoqué les apports de la réforme sur le droit de la promesse de porte-fort. En effet, le nouvel article 1204 alinéa 1 redéfinit le mécanisme en adoptant une formulation plus large, permettant d'englober la promesse dans ses deux formes – ratification et exécution –, et ainsi de la conforter dans son rôle de garantie. Aussi, il faut revenir sur les incidences de la réforme sur la solidarité passive.

Lorsque l'un des codébiteurs s'est engagé à payer la dette sans aucun intérêt pécuniaire direct, la solidarité passive a fonction de garantie²²⁹. Hier, cela était expressément confirmé par l'ancien article 1216 qui qualifiait de cautions, les codébiteurs non intéressés à la dette. La doctrine avait toutefois distingué les deux mécanismes, car si le cautionnement est bien l'accessoire de l'obligation garantie, l'engagement du codébiteur solidaire non intéressé n'est pas, pour le créancier, l'accessoire de l'obligation²³⁰.

Le nouvel article 1318 du Code civil rompt définitivement tout lien entre les deux institutions. L'article dispose que « *si la dette procède d'une affaire qui ne concerne que l'un des codébiteur solidaire, celui-ci est seul tenu de la dette à l'égard des autres. S'il l'a payée, il ne dispose d'aucun recours contre ses codébiteurs. Si ceux-ci l'ont payée, ils disposent d'un recours contre lui* ». C'est affirmer autrement l'autonomie de la solidarité passive utilisée à titre de garantie par rapport au cautionnement²³¹.

Les régimes juridiques du cautionnement et de ses garanties alternatives n'ont pas été bouleversés par la réforme, au maximum ils ont été confortés. C'est dire le lien entre le droit des obligations et le droit des sûretés personnelles. Le droit des sûretés réelles est quant à lui souvent présenté comme une matière « *satellite* »²³² au droit des biens. La réforme accentue le phénomène de rapprochement entre les droits personnels et les droits réels, c'est ce qui nous a permis d'évoquer plus haut l'incidence de la réforme sur le droit des biens. Par voie de

²²⁸ PICOD (Y.), *droit des sûretés*, *op. cit.*, n° 18 ter, p. 27.

²²⁹ BOURASSIN (M.), BREMOND (V.), JOBARD-BACHELLIER (M-N), *op. cit.*, p. 29, n° 56.

²³⁰ MARTIN (D.R.), « L'engagement du codébiteur solidaire adjoint », *RTD civ.* 1994, n° 1, p. 49.

²³¹ CHANTEPIE (G.), LATINA (M.), *op. cit.*, p. 766, n° 844.

²³² GIJSBERS (C.) « Quel avenir pour les sûretés réelles ? », *loc. cit.*

conséquence, les sûretés réelles devraient elles aussi subir l'incidence de la réforme, pourtant ça n'est pas le cas, et cela démontre une rupture entre le droit des biens et le droit des sûretés réelles.

II- Une rupture consommée

Un auteur a déjà évoqué ce phénomène de rupture entre le droit des biens et le droit des sûretés réelles²³³. Il mettait en exergue la nature singulière, et l'autonomie des régimes juridiques propres à chacun. Ce postulat de départ est accentué par la réforme du droit des contrats et des obligations. En effet, si nous avons pu constater l'incidence de la réforme sur les droits réels, il faut remarquer l'absence d'incidence sur les sûretés réelles. C'est dire autrement la rupture entre les droits réels et les sûretés réelles. Cette dernière partie, qui fera office de conclusion, mettra en exergue la pluralité d'incidences de la réforme sur les qualifications (A), et les régimes juridiques correspondants aux droits et sûretés réels (B).

A) La pluralité d'incidences sur les qualifications

La consécration de la liberté contractuelle à l'article 1102 donne un fondement légal aux arrêts fondation maison Poésie. Par contrat, il est possible de créer des droits réels de jouissance tout à fait originaux, dans les limites fixées par la loi, l'ordre public, les bonnes mœurs et les libertés fondamentales. À cet égard, le droit réel innommé pourra être perpétuel, et ce sans contrarier l'ordre public, dès lors qu'il puisse se rapprocher de l'un des modèles légaux de droits réels connaissant la perpétuité : soit le droit de propriété lui-même, soit la servitude.

Il est désormais acquis que les droits réels ne sont pas en nombre limité. A l'inverse, la liste des sûretés réelles est dominée par un *numerus clausus* interdisant aux parties de créer des sûretés réelles inédites. L'autonomie des sûretés réelles face aux droits réels tenant dans l'objectif de protéger les tiers, dont la situation patrimoniale pourrait être détériorée par l'admission d'un principe de libre création de sûretés réelles²³⁴.

Au sujet des qualifications, l'incidence de la réforme est différente, car si le principe de liberté contractuelle triomphe dans les droits réels, ou la qualification se construit uniquement sur un rapport bipartite, il doit s'effacer en matière de droits réels accessoires, ou les effets du rapport seront dirigés contre les tiers, au risque de détériorer leur situation. Bien

²³³ GIJSBERS (C.), « Quel avenir pour les sûretés réelles ? », *op. cit.* n° 12, p. 139.

²³⁴ GIJSBERS (C.), « Sûreté réelles et droit des biens », *op. cit.*

plus, l'incidence de la réforme sur le régime juridique de ces deux institutions a également été différente.

B) La pluralité d'incidences sur les régimes juridiques

Le nouvel article 1198 du Code civil règle les hypothèses de conflits entre acquéreurs successifs d'un même bien, meuble corporel ou immeuble, et selon l'article 1196 pour les meubles incorporels. Qualifiée de « *binaire et mécanique* »²³⁵, cette logique reste le propre des droits réels. Pour les sûretés réelles les règles sont beaucoup plus « *raffinée* » afin « *d'opérer la juste balance entre les intérêts antagonistes du titulaire de la sûreté et des tiers* »²³⁶. L'autonomie des droits réels accessoires est une fois de plus justifiée par l'intéressement des tiers au mécanisme.

Les sûretés réelles accordent à leurs bénéficiaires un droit de préférence, c'est-à-dire, le droit de primer sur les créanciers chirographaires. Or, lorsque plusieurs créanciers sont tous titulaires d'un même type de sûreté sur un même bien, appartenant au même constituant, il y a égalité entre les différents droits de préférence qui se solde par leur neutralisation réciproque. En pareille hypothèse les différents créanciers entrent en concours. En revanche, lorsque la sûreté n'est pas identique, le droit des sûretés réelles va opérer un classement entre les différents créanciers. C'est-à-dire que certains vont nécessairement primer sur d'autres sans que les règles relatives aux conflits entre acquéreurs de droits réels ne soient applicables.

Sans pour autant nier toutes liaisons entre les droits réels principaux et accessoires, il faut remarquer l'originalité des seconds pour admettre que « *les sûretés réelles ne sont pas réductibles à la catégorie juridique des droits réels* »²³⁷. Ainsi, à la question de départ, à savoir si la réforme du droit des contrats et des obligations a eu une incidence sur le droit des biens et des sûretés, nous pouvons répondre par l'affirmative. Mais plus justement, il conviendrait d'évoquer une pluralité d'incidences.

²³⁵ GUISBERS (C.), « Quel avenir pour les sûretés réelles ? », *op. cit.*, n°12, p. 139.

²³⁶ *Ibid.*

²³⁷ *Ibid.*, n° 13, p. 142.

Bibliographie :

Ouvrages généraux :

ALLAND (D.), RIALS (S.), *Dictionnaire de la culture juridique*, 1^{er} éd., Paris : PUF, 2012

AYNES (L.), CROCQ (P.), *droit des sûretés*, 10^e éd., Paris : LGDJ, 2016.

BOURASSIN (M.), BREMOND (V.), JOBARD-BACHELLIER (M-N), *Droit des sûretés*, 5^e éd., Paris : DALLOZ, 2016.

CABRILLAC (R.), *Droit des obligations*, 13^e éd., Paris : DALLOZ, 2018.

CABRILLAC (M.), CABRILLAC (S.), MOULY (S.), PÉTEL (P.), *droit des sûretés*, 10^e éd., Paris : LexisNexis, 2015.

CARBONNIER (J.), *droit civil 2 : Les biens, Les obligations*, Paris : PUF, 2004.

CORNU (G.), *Vocabulaire juridique*, 11^e éd., Paris : PUF, 2015.

DEMOLOMBE (C.), *Cours de Code Napoléon*, t. IX, 4^e éd., Hachette, 1870.

DROSS (W.), *Droit des biens*, 3^e éd., Paris : LGDJ, 2017.

GÉNY (F.), *Science et technique en droit privé positif*, T. 3, Paris : LGDJ, 1921.

LEQUETTE (Y.), TERRÉ (F.), SIMLER (P.), CHENEDE (F.), *Droit civil : les obligations*, 12^e éd., Paris : DALLOZ, 2018.

MALAURIE (P.), AYNES (L.), STOFFEL-MUNCK (P.), *Droit des obligation*, 5^e éd., Paris : LGDJ, 2016.

MALAURIE (P.), AYNES (L.), *Droit des biens*, 7^e éd., Paris : LGDJ, 2017.

PICOD (Y.), *droit des sûretés*, 3^e éd., Paris : PUF, 2016

PLANIOL (M.), *traité élémentaire de droit civil*, t. I, 8^e éd., Paris : LGDJ, 1920.

SALEILLES (R.), *Etude sur la théorie générale de l'obligation d'après le premier projet du Code civil allemand*, 3^e éd., Paris : LGDJ, 19125

TERRÉ (F.), SIMLER (P.), *Droit civil : Les biens*, 10^e éd., Paris : DALLOZ, 2018.

TERRÉ (F.), SIMLER (P.), LEQUETTE (Y.), *Droit civil : les obligations*, 11^e éd. Paris : DALLOZ, 2013.

Ouvrages spéciaux :

CHANTEPIE (G.), LATINA (M.), *Le nouveau droit des obligations, commentaire théorique et pratique dans l'ordre du Code civil*, 2^e éd., Paris : DALLOZ, 2018.

CHENEDE (F), *Le nouveau droit des obligations et des contrats*, 2^e éd., Paris : DALLOZ, 2018.

MESTRE (J.), PUTMAN (E.), BILLIAU (M.), *Droit commun des sûretés réelles*, Paris : LGDJ, 1996.

Contribution à un ouvrage :

GRZEGORCZYK (.), « le concept de bien juridique : l'impossible définition », in *Les biens et les choses*, Paris : DALLOZ, 1979.

Encyclopédies :

CHANTEPIE (G.), « Contrat : effets », in *répertoire de droit civil*, DALLOZ : 2018.

DESHAYES (O.), « Théorie des risques », in *répertoire de droit civil*, DALLOZ : 2017.

LATINA (M.), « Contrat : généralités », in *répertoire de droit civil*, DALLOZ : 2017.

LEGEAIS (D.), « Sûretés », in *Répertoire de droit civil*, Paris : DALLOZ, 2016.

LIBCHABER (R.), « biens », in *Répertoire de droit civil*, Paris : DALLOZ, 2016.

OPHÈLE (C.), « cession de créance », in *Répertoire de droit civil*, Paris : DALLOZ, 2018.

PICOD (Y.), « obligations », in *Répertoire de droit civil*, Paris : DALLOZ, 2017.

Mélanges :

DIDIER (P.), « brèves notes sur le contrat-organisation », in *l'Avenir du droit : Mélanges en l'honneur de François TERRÉ*, Paris : DALLOZ, 1999, p. 635-642.

Colloques :

BLANC (N.), « quel avenir pour l'immatériel ? », in *L'avenir du droit des biens*, Paris : LGDJ, 2016, p. 121-130.

BOFFA (R.), « Quel avenir pour la notion de bien ? », in *l'avenir du droit des biens*, Paris : LGDJ, 2016, p. 45-62.

BOFFA (R.), CHAVIRE (P.), « propos conclusifs : le changement en droit des biens », in *L'avenir du droit des biens*, Paris : LGDJ, 2016, p.207-230.

CROCQ (P.), « Le droit OHADA : l'avenir du droit français des sûretés ? », in *L'attractivité du droit français des sûretés réelles – 10 ans après la réforme*, LGDJ, 2016, p. 49-59.

GIJSBERS (C.) « Quel avenir pour les sûretés réelles ? », in *l'avenir du droit des biens*, Paris : LGDJ, 2016, p. 131-150.

MEKKI (M.), « volonté et distinction entre droit réel et droit personnel », in *volonté et biens regards croisés*, L'Harmattan, 2013, p. 149-169.

PÉRINET-MARQUET (H.), « l'impact des propositions Capitant », in *L'avenir du droit des biens*, Paris : LGDJ, 2016, p.13-21.

Thèses :

BERLIOZ (P.), *La notion de bien*, Th. Paris I, LGDJ, 2007, préf. AYNES (L.).

CROCQ (P.), *Propriété et garantie*, Th. Paris II, LGDJ, 1995, préf. GOBERT (M.).

EECKMOUDT (M.), *La décomposition du droit de propriété sous l'effet du contrat*, Th. Lille II, 2005.

GIJSBERS (C.), *Sûreté réelles et droit des biens*, Th. Paris II, economica, 2015, préf. GRIMALDI (M.).

LAKSSIMI (T.), *La summa divisio des droits réels et des droits personnels*, étude critique, DALLOZ, 2016, préf. JACQUES (P.).

PARANCE (B.), *La possession des biens incorporels*, Th. Paris I, LGDJ, 2008, préf. AYNES (L.).

SCHMIT (L.M.), *Les définitions en droit privé*, Th. Toulouse I, LGDJ, 2017.

VAN STEENLANDT (P.), *la généralisation de la cession fiduciaire de créance*, Th. Paris II, LGDJ, 2017, préf. LECUYER (H.).

Articles :

BALAT (N.), « Réforme du droit des contrats : et les conflits entre droit commun et droit spécial ? » *D.* 2015, n° 12, p. 699.

BORGHETTI (J.S.), « Problématique et enjeux du transfert de propriété en Europe », *RDC* 2013, n° 4, p. 1684.

CHAUVIRÉ (P.),

- « Article 1197 : le transfert conventionnel de propriété », *RDC* 2015, n° 112, p. 773.
- « Les effets du contrat dans le projet d'ordonnance portant réforme du droit des obligations », *gaz. Pal.* n° 120, 2015, p. 29.
- « Promesse unilatérale de vente : réitération ou rétractation de la jurisprudence Consorts Cruz ? », *RDC* 2017, n° 114, p. 40.

CHILSTEIN (D.), « les biens à valeur vénale négative », *RTD civ.* 2006, n° 4, p. 663.

CROCQ (P.), « Droit des sûretés », *D.* 2016, n° 33, p. 1955.

CUMYN (M.), « La classification des catégories juridiques en droit comparé – métaphores taxonomiques », *Revue du notarial Montréal* : 2008, p. 12.

DAMMANN (R.), PODEUR (G.), « Cession de créances à titre de garantie : la révolution n'a pas eu lieu », *D.* 2007, n° 5, p. 319.

DANIS-FATOME (A.), MELOT-CARBONNIER (A.), « La transmission des obligations », *AJ. Contrat*, 2018, n° 7, p. 304.

D'AVOUT (L.), MALLET-BRICOUT (B.), « La liberté de création des droits réels aujourd'hui », *D.* 2013, n°1, p. 53.

DELEBECQUE (P.), « Le cautionnement et le Code civil : existe-t-il encore un droit du cautionnement », *RJ. Com.*, 2004, n°4, p. 226.

DERRUPPÉ (J.), « Conflit entre deux acquéreurs successifs d'un même fonds », *RTD. Com.* 1990, n° 2, p. 186.

DROSS (W.),

- « Le transfert de propriété en droit français », *RDC*, 2013, n° 4, p. 1694.
- « L'exception d'inexécution : essai de généralisation », *RTD civ.*, 2014, n° 1, p. 1.

DROUILLER (C.), « Perpétuité et droits réels de jouissance spéciale au regard de l'ordre public », *AJ contrat*, 2009, n° 4, p. 170.

DUMOND-LEFRAND (M.P.), « L'incidence de la réforme du droit des contrats sur le régime des garanties », *AJ contrat* 2017, n° 6, p. 254.

FABRE-MAGNAN (M.),

- « Le mythe de l'obligation de donner », *RTD civ.*, 1996, n° 1, p. 85.
- « De l'inconstitutionnalité de l'exécution forcée des promesses unilatérales de vente », *D.* 2015, n° 14, p. 826.

GINESTET (C.), « La qualification des sûretés (première partie) », *La revue du notariat*, 1999, n° 2, p. 80.

GRIMALDI (M.), MAZEAUD (D.), DUPICHOT (P.), « Présentation d'un avant-projet de réforme du droit des sûretés », *D.* 2017, n° 30, p. 1717.

HOUTCHIEFF (D.), « Cession de dette ou délégation : transport de dette ou nouveau débiteur ? », *Dr. et patr.* n° 249, 2015, p. 75.

JULIENNE (M.),

- « Cession de créance ; transfert d'un bien ou changement de créancier », *dr. et patr.*, 2015, n° 249, p. 69.
- « 2006-2016 : Bilan de la réforme des sûretés », *JCP N*, 2016, n°12, p. 25.
- « La cession de dette : une théorie inachevée », *Dr. et patr.*, 2016, n° 260, p. 56.
- « Quelle place pour le droit commun du gage ? » *RDC*, 2016, n° 3, p. 470.

KILGUS (N.), « Droit réel de jouissance spéciale et perpétuité : une nouvelle étape ? », *Dalloz actualité*, 2018, n°19.

LACHIEZE (C.), « La délégation sûreté », *D.* 2006, n° 3, p. 234.

LEGEAIS (D.), « Une symphonie inachevée », *RD bancaire et fin*, 2005, n° 3, p. 67.

LEMAY (P.), « La clause pénale en nature », *RTD. Com.* 2017, n° 4, p. 801.

MARAIN (G.), « Le transfert de propriété après la réforme du 10 février 2016 », *AJ contrat*, 2016, n° 12, p. 526.

MARGUENAUD (J.P.), « La personnalité juridique des animaux », *D.* 1998, n° 20, p. 205.

MALEVILLE (M.H.), « Le droit des obligations contractuelles et le bicentenaire du Code civil », *RTD. Civ.*, 2005, n° 1, p. 203.

MARTIN (D.R.), « L'engagement du codébiteur solidaire adjoint », *RTD civ.* 1994, n° 1, p. 49

MEKKI (M.), « Fiche pratique sur le clair-obscur de l'obligation précontractuelle d'information », *Gaz. Pal.*, 2016, n° 14, p. 15.

PELLIER (J.D.),

- « La nature de la délégation imparfaite », *D.* 2014, n° 2, p. 92.
- « La réforme du droit des sûretés est en marche ! », *Dalloz actualité*, 2017, n° 25.

PICOD (Y.), « Cession de dette et droit des sûretés », *AJ contrat*, 2017, n° 6, p. 268.

QUEZEL-AMBRUNAZ (C.), « L'acception européenne du bien en mal de définition », *D.* 2010, n° 11, p. 2024.

RENET (T.), « L'article 2279 du Code civil n'est applicable qu'aux seuls meubles corporels individualisés », *RTD. Civ.* 2006, n° 2, p. 348.

TAURAN (T.), « Les distinctions en droit civil », *LPA*, 2000, n° 70, p. 5.

UMBERTO GOUT (E.), « Retour sur un mythe français : le transfert de propriété solo contractu », *LPA*, 2018, n° 255, p. 7.

Rapport :

Rapport au Président de la République relatif à l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations.

Documents en ligne :

HONTEBEYRIE (A.), « quelques incidences de la réforme du droit des obligations sur le contrat de cautionnement », in *Dossier La réforme du droit des obligations et le droit des affaires : regard de praticiens*, journ. sociétés, 2016, p. 40-44, en ligne : < www.racine.eu/wp-content/uploads/2016/11/dossier-racine-reforme-obligations.pdf >, [consulté le 29 mai 2019]

VALLÉ (E.), Extrait du discours prononcé à l'occasion du Centenaire du Code civil, in *Le centenaire du centenaire*, Paris : impr. Nationale, 1904, p. 21, en ligne : < <https://gallica.bnf.fr> >, [consulté le 5 juin 2019].

Jurisprudence :

Req. 13 févr. 1834, *S. 1834*. 1, p. 205; CAPITANT (H.), TERRÉ (F.), LEQUETTE (Y.), *Les grands arrêts de la jurisprudence civile*, tome 1, Dalloz, 12^e éd., 2007, n° 65.

Cass. Civ., 6 mars 1876, **Canal de Craponne**, *D.* 1876. 1. 193.

Req., 2 déc. 1897, *DP* 1898, 2, p. 465, note PLANIOL (M.) ; *S.* 1900, 2, p. 201, note WAHL (A.).

Cass. civ. 17 juill. 1930, *Gaz. Pal.* 1930. 2. 402, *S.* 1931. 1. 297, note HUBERT (F.), *D.* 1932. 1. 112.

Cass. Soc. 3 juillet 1953, *Bull. civ. IV*, n° 536

Cass. Civ. 3^e, 28 mai 1979, *Bull. civ. III*, n° 116.

Cass. civ. 1^{re}, 21 janv. 1981, n° 79-14.396 P.

Cass. Com., 17 nov. 1982, n° 81-10.757, *D.* 1983. 527, note CONSTAMINE-RAYMAUD (M.) ; *JCP* 1984. II. 20216, note DELEBECQUE (P.) et MOULY (C.).

Cass. Civ. 3^e, 4 janv. 1983, n° 81-14.546, *Bull. Civ. III*, n° 3 ; *Défrenois* 1983. 1219, obs. AUBERT (J.L.).

Cass. Civ. 1^{er}, 11 janv. 1984, n° 82-13.328, *JCP* 1986. II. 20647, note DUMORTIER (B.H.).

Cass. Civ. 3^e, 18 janv. 1984, n° 82-16.003, *Bull. Civ. III*, n° 16 ; *R.*, p. 76 ; *D.* 1995. 504, note ZENATI (F.) ; *JCP*. 1986. II. 20547, note BARBIER (J.F.).

Cass. ass. plén., 26 oct. 1984, n° 83-10.055, *P. D.* 1985. 33, concl. CABANNES (X.), note DERRIDA (J.) ; *JCP* 1985. II. 20342, rapp. VIENNOIS (J.P.), note CORLAY (P.) ; *Gaz. Pal.* 1985. 1. 236, note CHARTIER (Y.) ; *ibid.* 131, note PIEDELIEVRE (S.) ; *RJ com.* 1985. 213, note GALLET.

Cass. Civ. 1^{er}, 7 janvier 1992, n° 90-14.545, *JCP* 1992. II. 21971, note RAMAROLANTO-RATIARAY ; *RTD civ.* 1992. 586, obs GAUTIER (P.Y.).

Cass. civ. 3^e, 15 déc. 1993, n° 91-10.199, *D.* 1994. Somm. 230, obs. TOURNAFOND (O.) ; *D.* 1994. 507, note F. BENAC-SCHMIDT (F.) ; *ibid.* 1995. Somm. 87, obs. AYNES (L.) ; *RTD civ.* 1994. 588, obs. MESTRE (J.) ; *Defrénois* 1994, art. 35845, n° 61, obs. DELEBECQUE (P.) ; *JCP* 1995. II. 22366, note MAZEAUD (D.).

Cass. Com., 22 mars 1994, n° 92-10.663, *Bull. civ. IV*, n° 119.

Cass. Com, 17 juin 1997, n° 95-14.105, *P : R.*, p. 232 ; *JCP E* 1997. II. 1007, note LEGEAIS (D.) ; *Defrénois* 1997. 1424, obs. AYNES (L.) ; *RTD. Civ.* 1998. 100, obs. MESTRE (J.), et 157, obs. CROCQ (P.).

Cass. Civ.3^e, 13 nov. 1997, n° 95-20.411, *RCA* 1998, n° 103.

Cass. Com., 9 fév. 1999, n° 96-17.661, *Bull. civ. IV*, n° 44 ; R., p. 368 ; *D.* 2000. Somm. 231, obs. HALLOUIN (J.C.) ; *JCP* 1999. II. 10168, note BLANC (N.) ; *Defrénois* 1999. 625, obs. HOVASSE (H.).

Cass. Com., 7 déc. 1999, n° 96-15.915, P : *D.* 2001. Somm. 697 obs. AYNES (L.) ; *JCP* 2000 II. Note PEDELIEVRE (S.) ; *Ibid.* I. 257, n° 12, obs. SIMLER (P.), *JCP N* 2001. 105, note DUMORTIER (B.H.), *LPA* 2000, note KEITA (M.), *Ibid.* 2000, note BOCCARA (D.).

Cons. Const., 19 déc. 2000, n° 2000-437 DC, Loi de financement de la sécurité sociale pour 2001

CEDH 25 juill. 2002, Sovtransavto Holding c/ Ukraine, n° 48553/99, *D.* 2003. Somm. 2275, obs. BIRSAN (C.) ; *JCP* 2003. I. 109, n° 24, obs. SUDRE (F.).

Cass. Civ. 1^{er}, 4 janv. 2005, n° 02-11.307, *LPA* 2005, note SEJEAN (M.).

Cass. com., 20 sept. 2005, n° 03-19.732, P: *D.* 2005. AJ 2588, obs. DELPECHE (X.) ; *D.* 2006. Pan. 2863, obs. CROCQ (P.) ; *JCP* 2006. I. 131, n° 8, obs. SIMLER (P.) ; *RTD com.* 2005. 822, obs. LEGEAIS (D.).

CEDH, 6 oct. 2005, Draon c/ France et Maurice, n° 11810/03, *D.* 2005. IR 2546, obs. MONTECLER (M.C.) ; *JCP* 2006. II. 10061, note ZOLLINGER (A.) ; *ibid.* I. 109, n° 16, obs. SUDRE (F.) ; *Dr. fam.* 2005, n° 258, note RADE (C.) ; *RCA* 2005, n° 327, note RADE (C.) ; *RJPF* 2006-1/30, note LEBORGNE (A.) ; *RTD civ.* 2005. 743, obs. MARGUENAUD (J.P.) ; *ibid.* 798, obs. REVET (T.) ; *RDSS* 2006. 149, étude HENNION-JACQUET (P.) ; *JDI* 2006. 1165, obs. I. M.

Cass. Com. 19 déc. 2006, n° 05-16.395, P: R., p. 370 ; *D.* 2007. 344, note LARROUMET (C.) ; *ibid.* AJ 76, obs. DELPECH (X.) ; *ibid.* Point de vue 319, par DAMMAN (R.) et PODEUR (G.) ; *JCP* 2007. II. 10067, Rapp. Cohen-Branche, note LEGEAIS (D.) ; *ibid.* I. 158, n° 26, obs. DELEBECQUE (P.), et 161, n° 16 s., obs. BARTHIEZ (A.S.) ; *Gaz. Pal.* 2007. 1903, note PIEDELIEVRE (D.) ; *Deffrénois* 2007. 448, obs. SAVAUX (E.) ; *ibid.* 2008. 409, obs. THERY (P.) ; *Dr. et patr.* 11/2007. 73, obs. MATTOUT (J.P.) et PRUM (A.) ; *Banque et Dr.* 3-4/2007. 61, obs. JACOB ; *AJDI* 2007. 757, obs. COHET-CORDEY (F.) ; *RDC* 2007. 273, obs. LAITHIER (Y.M.) ; *RTD civ.* 2007. 160, obs. CROCQ (P.) ; *RTD com.* 2007. 217, obs. LEGEAIS (D.) – AYNES (L.), *D.* 2007. Chron. 961 – AUCKENTHALER (F.), *JCP E* 2007. 2187. – BEUZELIN (C.), *RLDC* 2007/43, n° 2737.

CEDH gr. Ch., 11 janv. 2007, Anheuser-Busch inc c/ Portugal, n° 73049/01, *JCP E* 2007. 1409, note ZOLLINGER (A.), *CCE* 2007, n° 67, note CARON (C.).

Cass. Civ. 3^e, 5 nov. 2008, n° 07-17.357, *Bull. Civ. III*, n° 167 ; *D* 2008. AJ. 2932 ; *Deffrénois* 2008. 2513, obs. SAVAUX (E.) ; *JCP* 2009. I. 150, n° 16, obs. SIMLER (P.) et DELEBECQUE (P.) ; *Deffrénois* 2009. 2088, obs. THERY (P.) ; *RTD civ.* 2009. 148, obs. CROCQ (P.) ; *RDC* 2009, obs. HOUTCIEFF (D.).

CEDH, 29 mars 2010, Depalle c/ France, n° 34044/02 ; confirmé : **CEDH, 29 mars 2010, Brosset Triboulet et autres c/ France, n° 34078/02**, *D.* 2010. 2024, note QUEZEL-AMBRUNAZ (C.) ; *JCP* 2010, n° 1162, § 6, obs. PÉRINET-MARQUET (H.) ; *AJDA* 2010. 1311,

note CANEDO-PARIS (M.) ; *ibid.* 1515, note ALHAMA (F.) ; *RDI* 2010. 389, obs. FOULQUIER (N.) ; *RFDA* 2010. 543, note HOSTIOU (R.).

Cons. Const., 10 juin 2010, n° 2010-607 DC, Loi relative à l'entrepreneur individuel.

Cass. Civ. 3^e, 31 oct. 2012, n° 11-16.304, P: R. 444; *D.* 2012. 2596, obs. TADROS (A.); *ibid.* 2013. 53, note D'AVOUT (L.) et MALLET-BRICOUT (B.); *ibid.* Pan. 2123, obs. REBOUL-MAUPIN (N.) ; *RDI* 2013. 80, obs. BERGEL (J.L.); *RTD civ.* 2013. 138, obs. GAUTIER (P.Y.) ; *ibid.* 169, obs. THERY (P.); *JCP* 2012, n° 1400, note TESTU (F.X.) ; *RLDC* 2013/101, n° 4964, note DUBARRY (J.) et JULIENNE (F.) ; *RDC* 2013. 584, obs. LIBCHABER (R.) ; *ibid.* 627, obs. SEUBE (J.B.), Adde, MORTIER (R.), *JCP N* 2014, n° 1284.

Cass. Com., 1^{er} avr. 2014, n° 13-10.629, *D.* 2014. 1185, note DONDERO (B.) ; *D.* 2014. 1610, obs. CROCQ (P.) ; *AJCA* 2014. 128, obs. PICOD (Y.) ; *RDC* 2014. 625, note KLEIN (J.).

Cass. Civ 3^e., 28 janv. 2015, n° 14-10.013, P: *D.* 2015. 599, note MALLET-BRICOUT (B.); *ibid.* *Chron. C. cass.* 988, note MÉANO (A.L.); *AJDI* 2015. 304, note LE RUDULIER (N.) ; *RDI* 2015. 175, obs. BERGEL (J.L.) ; *Just. & cass.* 2015. 270, rapp. FEYDEAU ; *ibid.* 277, avis STURLESE (B.) ; *RTD civ.* 2015. 413, obs. DROSS (W.) ; *ibid.* 619, obs. BARBIER (H.) ; *JCP* 2015, n° 250, note FEYDEAU ; *ibid.*, n° 251, avis STURLESE (B.) ; *ibid.*, n° 252, note REVET (T.) ; *ibid.*, n° 148, note MILLEVILLE (S.) ; *ibid.* n° 546, obs. PÉRINET-MARQUET (H.) ; *JCP N* 2015, n° 1083, note JULIENNE (F.) et DUBARRY (J.) ; *Defrénois* 2015. 419, note ANDREU (L.) et THOMASSIN (N.).

Cass. com. 17 févr. 2015, n° 13-27.080, P: *D.* 2015. 787, note BORGIA (N.); *ibid.* 1810, obs. CROCQ (P.) ; *RTD civ.* 2015. 437, obs. CROCQ (P.) ; *RTD com.* 2015. 342, obs. LEGEAIS (D.) ; *Rev. sociétés* 2015. 663, note ANSAULT (J.J.) ; *AJCA* 2015. 176, note ALBIGES (C.) ; *RDC* 2015. 880, obs. JULIENNE (M.).

Cass. Civ. 3^e, 8 sept. 2016, n° 14-26.953, P: *D.* 2016. 2237, note MEANO (A.L.) ; *ibid.* 2017. 134, note D'AVOUT (L.) et MALLET-BRICOUT (B.) ; *ibid.* 2017. 375, obs. MEKKI (M.) ; *ibid.* 1789, obs. REBOUL-MAUPIN (N.) ; *RDI* 2016. 598, obs. BERGEL (J.L.) ; *RTD civ.* 2016. 894, obs. DROSS (W.) ; *JCP* 2016, n° 1172, note LAURENT (N.); *JCP N* 2016, n° 1294, note DUBARRY (J.) et STREIFF (V.); *Defrénois* 2016. 1119, note PÉRINET-MARQUET (H.); *RDC* 2017. 60, note BOFFA (R.) ; *ibid.* 123, note DANOS (F.).

Cass. Civ. 3^e, 15 sept. 2016, n° 15-15.172, P: *D.* 2016. 2199, note DANOS (F.) ; *Rev. sociétés* 2017. 30, note RAVEL D'ESCLAPON (T.) ; *RTD com.* 2017. 120, note LECOURT (A.); *RTD civ.* 2017. 184, obs. DROSS (W.) ; *JCP E* 2016. 1633, note ZINTY (S.) ; *Dr. sociétés* 2016, n° 184, note HOVASSE (H.) ; *BJS* 2016. 722, note RABREAU (A.) ; *RJDA* 2016, n° 869 ; *JCP E* 2017. 1087, n° 3, obs. DEBOISSY (F.) et WICKER (G.) ; *RLDA* janv. 2017. 30, obs. BAVITOT (A.) ; *Dr. et patr.* 4/2017. 18, note NEMOZ-RAJOT (Q.) ; *ibid.* 70, obs. PORACCHIA (D.).

Cass. Civ. 3^e, 12 avril 2018, n° 17-17.542, P : *D.* 2018. 1540, note GOUZEL (A.) ; *ibid.* 1884, obs. CROCQ (P.) *RDI* 2018. 385, obs. HEUGAS-DARRASPEN (H.); *AJ contrat* 2018. 241, obs. HOUTCIEFF (D.) ; *RTD civ.* 2018. 461, obs. CROCQ (P.) ; *RTD com.* 2018. 773, obs. MARTIN-SERF (A.L.); *RDC* 2018. 371, obs. HOUTCIEFF (D.); *JCP* 2018, n° 670, note AYNES (L.) ; *Gaz. Pal.* 2018. 1465, obs. PIEDELIEVE (S.).

Cass. Civ. 3^e, 7 juin 2018, n° 17-17.240, P: *D.* 2018. 1577, note MASSON (C.) ; *ibid.* 1772, obs. NEYRET (L.) et REBOUL-MAUPIN (N.) ; *ibid. chron. C. cass.* 2435, obs. JARIEL (A.L.) ; *RDI* 2018. 448, obs. BERGEL (J.L.) ; *RTD civ.* 2018. 712, obs. DROSS (W.) ; *JCP* 2018, n° 892, rapp. JARIEL (A.L.) ; *ibid.*, n° 893, note PÉRINET-MARQUET (H.) ; *Deffrénois*, 25 oct. 2018, p. 33, note LAURENT (N.) ; *RDC* 2018. 436, obs. DANOS (F.) – Adde, *Deffrénois* 23 août 2018. 15, note ECHAPPE ; *ibid.* 28, note DROSS (W.).

Cass. Civ. 3^e, 6 déc. 2018, n° 17-21.170, n° 17-21.171.

Législation :

Décr. n° 55-22, 4 janv. 1955 *portant réforme de la publicité foncière.*

L. n° 2005-842, 26 juill. 2005 *pour la confiance et la modernisation de l'économie : JO* 27 juill. 2005,

Ord. n° 2006-346, 23 mars 2006 *relative aux sûretés : JO* 24 mars 2006.

L. n° 2007-211, 19 fév. 2007 *instituant la fiducie : JO* 21 fév. 2007.

L. n° 2007-212, 20 fév. 2007 *portant diverses dispositions intéressant la Banque de France : JO* 21 fév. 2007.

L. n° 2015-177, 16 fév. 2015 *relative à la modernisation et à la simplification du droit et des procédures dans les domaines de la justice et des affaires intérieures : JO* 17 fév. 2015.

Ord. n° 2016-56, 29 janv. 2016 *relative au gage des stocks : JO* 30 janv. 2016.

Ord. n° 2016-131, 10 fév. 2016 *portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations : JO* 11 fév. 2016.

Ord. n° 2016-985, 20 juill. 2016 *relative au bail réel solidaire : JO* 21 juill. 2016.

L. n° 2016-1087, 8 août 2016 *pour la reconquête de la biodiversité, de la nature et des paysages JO : 24 sept 2016.*

L. n° 2018-287, 20 avr. 2018 *ratifiant l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations : JO* 21 avr. 2018.

Table des matières :

Remerciements	4
Sommaire	3
Principales abréviations	5
INTRODUCTION	6
Section introductive I : Une incidence directe	9
I- La notion de bien	9
II- La notion de sûreté	12
Section introductive II : Une incidence diffuse.....	13
I- Des crises disciplinaires.....	13
II- Des mutations interdisciplinaires	16
PARTIE I : L'incidence de la réforme sur les qualifications des biens et des sûretés	19
CHAPITRE I : L'incidence de la réforme sur la qualification des biens	19
Section I- Les qualifications anciennes	20
I- Une distinction approuvée	20
A) Une distinction fondamentale	20
B) Une opposition fondamentale.....	21
II- Une distinction éprouvée.....	22
A) Des rapprochements anciens	22
1- Des droits réels ramenés aux droits personnels	22
2- Des droits personnels ramenés aux droits réels	23
B) Des rapprochements nouveaux.....	24
1- Des droits personnels vers les droits réels	24
2- Des droits réels vers les droits personnels	26
Section II : Des qualifications nouvelles ?	27
I- Les droits réels principaux.....	28
A) Le <i>numerus clausus</i> des droits réels principaux.....	28
B) La libre création de nouveaux biens ?	29
II- Les droits personnels	31
A) L'obligation comme un bien	32
1- La créance	32
2- La dette.....	33

B) L'obligation comme un lien ?	34
1- La créance	35
2- La dette.....	36
CHAPITRE II : L'incidence de la réforme sur la qualification des sûretés	37
Section I : Les qualifications anciennes	38
I- Les éléments de distinction.....	39
A) Exposé de la distinction	39
B) Intérêt de la distinction	40
II- Les applications de la distinction	41
A) Les garanties à l'aune de la réforme	41
1- L'exception d'inexécution	42
2- La promesse de porte-fort d'exécution	43
B) L'introduction de nouvelles sûretés dans le Code civil ?.....	44
1- Les opérations de cessions	44
a) La cession de créance	45
b) La cession de dette	46
2- La clause pénale en nature	47
Section II : Des qualifications nouvelles ?	48
I- Sûretés personnelles et liberté contractuelle.....	48
A) Le <i>numerus clausus</i> des sûretés personnelles ?.....	49
B) La qualification des garanties issues de la réforme du droit des contrats	50
II- Sûretés réelles et liberté contractuelle	51
A) Le <i>numerus clausus</i> des sûretés réelles	51
B) La qualifications des garanties issues de la réforme du droit des contrats.....	52
PARTIE II : L'incidence de la réforme sur les régimes juridiques des biens et des sûretés.....	54
CHAPITRE I : L'incidence de la réforme sur le régime juridique des biens	54
Section I : L'incidence de la réforme sur les règles communes aux biens.....	55
I- Le transfert voulu.....	56
A) Les transferts attachés à la formation du contrat.....	56
1- L'instant du transfert de la propriété.....	56
2- L'instant du transfert des risques	58
B) Les transferts détachés de la formation du contrat	58
1- Le transfert des risques différé de la formation du contrat	58
2- Le transfert de propriété différé de la formation du contrat.....	59
II- Le transfert forcé	60

A) L'exécution forcée	61
B) Les obstacles au transfert forcé	62
Section II : L'incidence de la réforme sur les règles spéciales des biens.....	63
I- Les règles spéciales attachées à la corporalité.....	63
A) Les conflits entre acquéreurs successifs d'un même meuble corporel	63
B) Les conflits entre acquéreurs successifs d'un même immeuble.....	64
II- Les règles spéciales attachées à l'incorporalité.....	65
A) L'absence de règles communes à l'incorporels	65
B) La spécialisation de l'incorporel	66
CHAPITRE II : L'incidence de la réforme sur le régime juridique des sûretés.....	67
Section I : L'incidence de la réforme sur les règles communes des sûretés conventionnelles	68
I- L'incidence élargie de la réforme	68
A) La bonne foi	69
B) L'articulation entre « règles générales » et « règles particulières »	70
II- L'incidence circonscrite de la réforme.....	72
A) L'abus de dépendance	72
B) Le sort des sûretés en cas de modification de l'obligation garantie.....	73
1- Le sort des sûretés en cas de cessions	74
2- Le sort des sûretés en cas de restitution de l'objet de l'obligation garantie.....	75
Section II : L'incidence de la réforme sur les règles spéciales des sûretés	76
I- Une union célébrée	77
A) L'incidence de la réforme sur le cautionnement	77
1- Les solutions reformulées	78
1- Les solutions nouvelles	79
B) L'incidence de la réforme sur les garanties alternatives au cautionnement.....	80
II- Une rupture consommée.....	81
A) La pluralité d'incidences sur les qualifications	81
B) La pluralité d'incidences sur les régimes juridiques	82
Bibliographie	83
Table des matières	92