



AVERTISSEMENT

Ce document est le fruit d'un long travail approuvé par le jury de soutenance et mis à disposition de l'ensemble de la communauté universitaire élargie.

Il est soumis à la propriété intellectuelle de l'auteur. Ceci implique une obligation de citation et de référencement lors de l'utilisation de ce document.

D'autre part, toute contrefaçon, plagiat, reproduction illicite encourt une poursuite pénale.

Contact : ddoc-theses-contact@univ-lorraine.fr

LIENS

Code de la Propriété Intellectuelle. articles L 122. 4

Code de la Propriété Intellectuelle. articles L 335.2- L 335.10

http://www.cfcopies.com/V2/leg/leg_droi.php

<http://www.culture.gouv.fr/culture/infos-pratiques/droits/protection.htm>

LA NOTION DE GAGE GÉNÉRAL

Thèse en vue de l'obtention du grade de docteur en droit,
Présentée et soutenue publiquement par

Julien RISSER

Le 25 novembre 2020, à Nancy

Sous la direction de

Monsieur Philippe CHAUVIRÉ

Professeur à l'Université Sorbonne Paris-Nord (Paris XIII)

Composition du jury :

Monsieur Romain BOFFA (Rapporteur)
Professeur à l'Université Paris-Est Créteil (Paris XII)

Monsieur Thierry REVET (Rapporteur)
Professeur à l'Université Panthéon-Sorbonne (Paris I)

Madame Caroline CHAMARD-HEIM
Professeur à l'Université Jean Moulin (Lyon III)

Monsieur Philippe CHAUVIRÉ
Professeur à l'Université Sorbonne Paris-Nord (Paris XIII)

Madame Caroline HOUIN-BRESSAND
Professeur à l'Université de Lorraine

Madame Caroline KLEINER
Professeur à l'Université de Paris

LA NOTION DE GAGE GÉNÉRAL

Thèse en vue de l'obtention du grade de docteur en droit,
Présentée et soutenue publiquement par

Julien RISSER

Le 25 novembre 2020, à Nancy

Sous la direction de

Monsieur Philippe CHAUVIRÉ

Professeur à l'Université Sorbonne Paris-Nord (Paris XIII)

Composition du jury :

Monsieur Romain BOFFA (Rapporteur)
Professeur à l'Université Paris-Est Créteil (Paris XII)

Monsieur Thierry REVET (Rapporteur)
Professeur à l'Université Panthéon-Sorbonne (Paris I)

Madame Caroline CHAMARD-HEIM
Professeur à l'Université Jean Moulin (Lyon III)

Monsieur Philippe CHAUVIRÉ
Professeur à l'Université Sorbonne Paris-Nord (Paris XIII)

Madame Caroline HOUIN-BRESSAND
Professeur à l'Université de Lorraine

Madame Caroline KLEINER
Professeur à l'Université de Paris

L'université n'entend donner ni approbation ni improbation aux opinions contenues dans cette thèse. Celles-ci doivent être considérées comme propres à leur auteur.

REMERCIEMENTS

Mes plus vifs remerciements vont :

Au professeur Philippe Chauviré, pour m'avoir proposé ce sujet qui m'aura tenu en haleine jusqu'au bout, pour sa présence bienveillante et ses précieux conseils apportés tout au long de cette aventure.

Aux professeurs Romain Boffa, Caroline Chamard-Heim, Caroline Houin-Bressand, Caroline Kleiner et Thierry Revet, pour avoir accepté de siéger dans le jury de cette thèse.

À tous les membres de l'Institut François Génys, personnels, docteurs et doctorants. Si j'ai élu domicile dans ce laboratoire durant toutes ces années, c'est parce que j'y ai rencontré des personnalités attachantes. Ce sont devenus mes amis, liés par cette expérience si marquante qu'est la thèse. Que soient particulièrement remerciés ceux qui m'ont assisté dans la dernière ligne droite : Justine, Pierre, et enfin Valérie, pour bien d'autres choses encore.

À mes compagnons de route, rencontrés du lycée de la Salle jusqu'aux bancs de la faculté. Nul besoin de les nommer, ils savent ce que je leur dois. « *Je marche avec les miens. Combien te diront la même chose ?* »

À ma famille, pour laquelle les mots me manquent tant elle m'a donné. Cette thèse est dédiée à ceux qui m'ont fait grandir : mes parents, Catherine et Didier, ma grand-mère, Denise, et mon frère, Bertrand.

PRINCIPALES ABRÉVIATIONS

<i>Act. proc. coll.</i>	<i>Actualités des procédures collectives</i>
<i>Adde</i>	Ajouter
<i>AJ contrat</i>	<i>L'actualité juridique : Droit des contrats</i>
<i>AJDA</i>	<i>L'actualité juridique : Droit administratif</i>
<i>AJ fam.</i>	<i>L'actualité juridique : Droit de la famille</i>
al.	alinéa
<i>APD</i>	<i>Archives de philosophie du droit</i>
art.	article
Ass. plén.	Assemblée plénière de la Cour de cassation
<i>BJE</i>	<i>Bulletin Joly Droit des entreprises en difficulté</i>
<i>BJS</i>	Bulletin Joly Sociétés
<i>Bull. AP</i>	Bulletin des arrêts de la Cour de cassation, assemblée plénière
<i>Bull. mixte</i>	Bulletin des arrêts de la Cour de cassation, chambre mixte
<i>Bull. civ.</i>	Bulletin des arrêts de la Cour de cassation, chambres civiles
<i>Bull. crim.</i>	Bulletin des arrêts de la Cour de cassation, chambre criminelle
c.	contre
C. civ.	Code civil
C. civ. q.	Code civil québécois
C. com.	Code de commerce
C. consom.	Code de la consommation
CAA	Cour administrative d'appel
CASF	Code de l'action sociale et des familles
Cass.	Cour de cassation
<i>CCC</i>	<i>Contrats, concurrence, consommation</i>
CCH	Code de la construction de l'habitation
CE	Conseil d'État
CE Ass.	Conseil d'État statuant en assemblée du contentieux
CE Sect.	Conseil d'État section
CEDH	Cour européenne des droits de l'homme
CGPPP	Code général de la propriété des personnes publiques
Ch. mixte	Chambre mixte de la Cour de cassation
chron.	chronique
Civ. (1 ^{re} , 2 ^e , 3 ^e)	Chambre civile de la Cour de cassation (première, deuxième, troisième)
CJCE	Cour de justice des communautés européennes
CJUE	Cour de justice de l'Union européenne
CMF	Code monétaire et financier
coll.	collection
Com.	Chambre commerciale de la Cour de cassation
comm.	commentaire
comp.	comparer
Cons. const.	Conseil constitutionnel
<i>contra</i>	en sens contraire
ConvEDH	Convention européenne des droits de l'homme
CP	Code pénal
CPC	Code de procédure civile
CPCE	Code des procédures civiles d'exécution
Crim.	Chambre criminelle de la Cour de cassation
CSS	Code de la sécurité sociale

CT	Code du travail
D.	Décret
<i>D.</i>	<i>Recueil Dalloz</i>
DC	Contrôle de constitutionnalité des normes
dir.	Sous la direction de
<i>DH</i>	<i>Dalloz hebdomadaire</i>
<i>DMF</i>	<i>Le droit maritime français</i>
<i>DP</i>	<i>Dalloz périodique</i>
<i>Dr. & patr.</i>	<i>Droit et patrimoine</i>
<i>Dr. adm.</i>	<i>Droit administratif (Revue)</i>
<i>Dr. et proc.</i>	<i>Droit et procédures</i>
<i>Dr. fam.</i>	<i>Droit de la famille (Revue)</i>
éd.	édition
ex.	exemple
fasc.	fascicule
<i>GACEDH</i>	<i>Les grands arrêts de la Cour européenne des droits de l'Homme</i>
<i>GAJA</i>	<i>Les grands arrêts de la jurisprudence administrative</i>
<i>GAJC</i>	<i>Les grands arrêts de la jurisprudence civile</i>
<i>GAJDIP</i>	<i>Les grands arrêts de la jurisprudence de droit international privé</i>
<i>Gaz. pal.</i>	<i>Gazette du palais</i>
<i>Ibid.</i>	<i>Ibidem</i> (au même endroit)
<i>in</i>	dans (référence d'un article au sein d'un ouvrage collectif)
<i>infra</i>	ci-dessous
<i>JCl.</i>	Encyclopédies JurisClasseur
<i>JCP</i>	<i>JurisClasseur périodique (Semaine juridique)</i>
<i>JDI</i>	<i>Journal du droit international (Clunet)</i>
<i>JOCE</i>	Journal officiel des Communautés européennes
<i>JORF</i>	Journal officiel de la République française
<i>JOUE</i>	Journal officiel de l'Union européenne
L.	Loi
Lebon	Recueil des décisions du Conseil d'État, statuant au contentieux
<i>LEDB</i>	<i>L'essentiel Droit bancaire</i>
<i>LEDC</i>	<i>L'essentiel Droit des contrats</i>
<i>LEDEN</i>	<i>L'essentiel Droit des entreprises en difficulté</i>
<i>LPA</i>	<i>Les petites affiches</i>
not.	notamment
obs.	observations
<i>op. cit.</i>	<i>opere citato</i>
p.	page(s)
pan.	panorama
préc.	précité
QPC	question prioritaire de constitutionnalité
<i>RCA</i>	<i>Responsabilité civile et assurances (Revue)</i>
<i>RCADI</i>	<i>Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye</i>
<i>RDA</i>	<i>Revue de droit d'Assas</i>
<i>RDBF</i>	<i>Revue de droit bancaire et financier</i>
<i>RDC</i>	<i>Revue des contrats</i>
<i>RDI</i>	<i>Revue de droit immobilier</i>
<i>RDP</i>	<i>Revue du droit public et de la science politique en France et à l'étranger</i>
<i>Rép. civ.</i>	Encyclopédie Dalloz, Répertoire de droit civil
<i>Rép. com.</i>	Encyclopédie Dalloz, Répertoire de droit commercial
<i>Rép. int.</i>	Encyclopédie Dalloz, Répertoire de droit international
Req.	Chambre des requêtes de la Cour de cassation
<i>Rev. crit. DIP</i>	<i>Revue critique de droit international privé</i>
<i>Rev. crit. lég. jur.</i>	<i>Revue critique de législation et de jurisprudence</i>

<i>Rev. sociétés</i>	<i>Revue des sociétés</i>
<i>Rev. proc. coll.</i>	<i>Revue des procédures collectives</i>
<i>RFDA</i>	<i>Revue française de droit administratif</i>
<i>RGDIP</i>	<i>Revue générale de droit international public</i>
<i>RHD</i>	<i>Revue historique de droit français et étranger</i>
<i>RIDC</i>	<i>Revue internationale de droit comparé</i>
<i>RIDE</i>	<i>Revue internationale de droit économique</i>
<i>RIEJ</i>	<i>Revue interdisciplinaire d'études juridiques</i>
<i>RJ com.</i>	<i>Revue de jurisprudence commerciale</i>
<i>RLDC</i>	<i>Revue Lamy droit civil</i>
<i>RLDA</i>	<i>Revue Lamy droit des affaires</i>
<i>RRJ</i>	<i>Revue de la recherche juridique – Droit prospectif</i>
<i>RSC</i>	<i>Revue de science criminelle et de droit pénal comparé</i>
<i>RTD civ.</i>	<i>Revue trimestrielle de droit civil</i>
<i>RTD com.</i>	<i>Revue trimestrielle de droit commercial</i>
<i>RTD eur.</i>	<i>Revue trimestrielle de droit européen</i>
<i>RTDH</i>	<i>Revue trimestrielle des droits de l'homme</i>
s.	et suivant(e)s
S.	<i>Sirey</i> (Recueil)
Soc.	Chambre sociale de la Cour de cassation
spéc.	spécialement
<i>supra</i>	ci-dessus
t.	tome
TC	Tribunal des conflits
<i>TCFDIP</i>	Travaux du comité français de droit international privé
TGI	Tribunal de grande instance
th.	thèse
trad.	traduction
TUE	Traité sur l'Union européenne
v.	voir
v°	<i>verbo</i> (mot)
vol.	volume

SOMMAIRE

PARTIE I : L'identification de la notion

Titre I : Les difficultés d'identification de la notion

Chapitre 1 : La difficulté d'isoler la notion de gage général

Chapitre 2 : La difficulté de qualifier le statut du créancier

Chapitre 3 : La difficulté de situer le gage général entre l'être et l'avoir

Titre II : Les critères d'identification de la notion

Chapitre 1 : Une garantie commune aux créanciers

Chapitre 2 : Une garantie affectant un ensemble de biens

PARTIE II : Les mutations de la notion

Titre I : La mise à l'épreuve de la notion en droit privé

Chapitre 1 : L'assiette divisée

Chapitre 2 : La mise en œuvre perturbée

Titre II : L'émergence de la notion en droit public

Chapitre 1 : L'engagement croissant du patrimoine de la personne publique de droit interne

Chapitre 2 : L'engagement croissant du patrimoine de la personne publique étrangère

INTRODUCTION GÉNÉRALE

1. Le gage général dans la conscience populaire. – Répondre de ses dettes par l’engagement de ses biens est une règle dont la dénomination et le fondement ne sont pas toujours connus mais dont la connaissance est instinctive chez tout individu¹. Il n’est pas besoin d’avoir fait des études de droit, d’avoir lu les articles 2284 et 2285 du Code civil et de savoir ce que désigne le gage général des créanciers pour être conscient que ne pas payer ce que l’on doit revient à s’exposer à la saisie de ses biens². Cette expropriation à laquelle peut aboutir la mise en œuvre de la règle est d’ailleurs peu appréciée. Elle a, de toute évidence, causé la mauvaise réputation de la profession d’huissier de justice. C’est en effet le monopole conféré à cette profession pour procéder à l’exécution forcée des obligations qui lui vaut d’être vilipendée depuis plus de deux siècles³. Nombreuses sont, dans la littérature, les scènes de saisie, présentées « *comme une intrusion, voire même un viol* »⁴, dans lesquelles l’huissier est représenté sous les traits d’un rapace dépossédant le débiteur récalcitrant du moindre de ses biens⁵. Un traitement comparable est accordé aujourd’hui, dans la presse, aux fonds d’investissement spécialisés dans le rachat de dettes souveraines sur le marché secondaire, qualifiés de « *fonds vautours* » pour leurs stratégies de recouvrement agressives et les saisies

¹ À propos de la saisie privée, un auteur a remarqué qu’il s’agissait d’une « *idée instinctive et naturelle, si bien que, condamnée par le principe des lois civilisées qui défendent de se faire justice à soi-même, elle survit dans l’esprit des enfants et des peuples jeunes : rien de plus fréquent, en effet, chez eux, que la prise d’un objet à celui qui leur en a emprunté ou enlevé un autre, et rien de plus répandu que l’idée qu’on a le droit de saisir chez quelqu’un de sa propre autorité, quand on vous doit.* » (P. COLLINET, *La saisie privée*, L. Larose, 1893, p. 7-8)

² C’est d’ailleurs par la seule référence à la « saisie » que cette règle est présentée dans des ouvrages à destination d’un public non juriste : v. par ex. A. DU CREST, *Le droit expliqué aux étudiants en écoles de commerce – Droit général – Droit des contrats*, 2^e éd., Gualino, 2017, p. 92.

³ Les enquêtes réalisées ces dernières décennies pour déterminer la représentation sociale de l’huissier de justice sont sans équivoque sur ce point : v. A. MATHIEU-FRITZ, « Les représentations sociales de la profession d’huissier de justice », *Droit et Société* 2003, p. 491 s., spéc. p. 498.

⁴ J. LAROCHE, « L’huissier de justice dans la littérature française » in CURAPP, *Les usages sociaux du droit*, PUF, 1989, p. 194 s., spéc. p. 197. V. en particulier ce poème méconnu de Baudelaire, *La chambre double* (1869) : « *Mais un coup terrible, lourd, a retenti à la porte, et, comme dans les rêves infernaux, il m’a semblé que je recevais un coup de pioche dans l’estomac. Et puis un Spectre est entré. C’est un huissier qui vient me torturer au nom de la loi [...]* »

⁵ V. les nombreux exemples cités par J. LAROCHE, art. préc. Mentionnons entre autres : « *chacals et vautours qui désireraient faire un bon repas* » (O. MIRBEAU, cité p. 201) ; « *l’huissier, le seul être qui s’engraisse des plaies de la société comme le corbeau des corps d’un champ de bataille* » (A. DE MUSSET, cité p. 201) ; « *ces mêmes huissiers qui comme une meute dévorante se déchaînent contre les particuliers pour peu que la bride leur soit lâchée* » (S. MERCIER, cité p. 202).

spectaculaires qu'ils pratiquent sur les biens des États débiteurs⁶. Telle que l'opinion populaire se la représente, la règle d'engagement des biens en garantie de ses dettes suscite donc la méfiance, voire la défiance. Au débiteur le rôle d'insouciant, de candide⁷, au créancier le rôle de cupide⁸, d'« *empêcheur de danser en rond* »⁹.

2. L'engagement des biens, une modalité de responsabilité parmi d'autres. – Il est pourtant difficile de nier la nécessité sociale de prévoir une règle procurant aux créanciers une protection juridique. Aucun système juridique n'a, en effet, livré ces derniers au bon vouloir de leur débiteur¹⁰. Ce qui a fluctué dans le temps et selon les civilisations, c'est la modalité par laquelle le débiteur répond de son obligation. La plus basique et la plus radicale est l'engagement du corps du débiteur. L'inexécution peut alors provoquer son emprisonnement, son asservissement pour se payer sur sa force de travail, et, en dernier recours, sa mise à mort. Cette modalité est la marque des droits primitifs, dans lesquels l'État a une mainmise limitée : on l'a rencontrée aux premiers temps de Rome¹¹, dans la société barbare suivant la chute de

⁶ En France, l'État russe a ainsi subi la saisie de l'une de ses frégates historiques, le *Sedov*, alors que ce navire était exposé lors d'une manifestation nautique à Brest. La mainlevée de cette saisie a toutefois été ordonnée : TGI Brest, JEX, 24 juill. 2000, DMF 2000, p. 1026. Ces dernières années, c'est l'Argentine qui a fait les frais de saisies surprenantes, portant sur l'un de ses navires amarrés au Ghana, sur les comptes bancaires de ses représentations diplomatiques en France, et même sur l'un de ses satellites dans l'État de Californie. Sur ce contentieux, v. C. KLEINER, « L'affaire du siècle : NML c/ République d'Argentine ou la « contribution » des fonds voutours au droit international » in *Mélanges en l'honneur du Professeur Pierre Mayer*, LGDJ, 2014, p. 391.

⁷ V. par ex. H. DE BALZAC, *La peau de chagrin*, 1831, chap. II : « *Devoir, est-ce donc s'appartenir ? D'autres hommes ne pouvaient-ils pas me demander compte de ma vie ? [...] Au milieu d'une poésie, au sein d'une idée, ou à déjeuner, entouré d'amis, de joie, de douces railleries, je pouvoir voir entre un monsieur en habit marron, tenant à la main un chapeau râpé. Ce monsieur sera ma dette, ce sera ma lettre de change, un spectre qui flétrira ma joie, me forcera de quitter la table pour lui parler ; il m'enlèvera ma gaieté, ma maîtresse, tout jusqu'à mon lit. [...] Une dette est une œuvre d'imagination qu'ils ne comprennent pas. Des élans de l'âme entraînent, subjuguent souvent un emprunteur, tandis que rien de grand ne subjugué, rien de généreux ne guide ceux qui vivent dans l'argent et ne connaissent que l'argent.* »

⁸ À l'exception notable de Pantagruel, le personnage de RABELAIS délivrant Panurge de sa dette : « *Lors seulement devroit on (selon mon iugement) prester, quand la personne travaillant n'a peu par son labeur faire gain : ou quand elle est soudainement tombée en perte inopinée de ses biens. Pourtant laissons ce propos, & dorenavant ne vous atachez à créditeurs : du passé ie vous delivre.* » (F. RABELAIS, *Le Tiers livre des faits et dits héroïques du noble Pantagruel*, 1546, chap. V)

⁹ R. DEMOGUE, *Les notions fondamentales du droit privé – Essai critique*, A. Rousseau, 1911, p. 389.

¹⁰ « *Reconnaître que les hommes sont obligés de tenir leurs engagements, de réparer leur faute a bien des allures de vérité éternelle. Tout le reste paraît détail technique.* » (J.-L. GAZZANIGA, *Introduction historique au droit des obligations*, coll. Droit fondamental, PUF, 1992, p. 80, n° 69)

¹¹ E. CUQ, *Manuel des institutions juridiques des Romains*, 2^e éd., Plon-LGDJ, 1928, p. 840- 841 : « *La manus injectio est un acte de justice privée [...]. C'est un vestige d'une époque où l'État n'intervient pas encore dans l'administration de la justice. Le créancier d'une somme d'argent met la main sur son débiteur après avoir affirmé publiquement la cause et le montant de sa créance, et constaté que le débiteur ne paye pas, ni personne pour lui.* » Cet acte est prévu par la loi des XII Tables, datant du V^e siècle avant JC.

l'Empire romain¹², et elle se retrouve encore aujourd'hui dans l'ordre juridique mafieux¹³. Mais l'on ne conçoit plus, dans une société civilisée, un système dans lequel les créanciers auraient pour garantie la personne de leur débiteur¹⁴. À ce propos, TROPLONG professait que « *la liberté individuelle a encore plus de droits que l'obligation juridique n'impose de devoirs* »¹⁵. Il a bien subsisté en droit français un vestige de cette modalité d'exécution – la contrainte par corps – qui ne constituait, cependant, qu'un moyen de pression et a été aboli en matière civile en 1867¹⁶. Garantir l'exécution des obligations par l'engagement des biens du débiteur constitue donc la règle la plus équilibrée : l'obligé *répond* – au sens proprement juridique du terme¹⁷ – de sa dette sans qu'il soit porté atteinte à sa liberté¹⁸ ; le créancier, quant à lui, voit son titre protégé contre l'absence d'exécution de son débiteur. La sécurité des transactions

¹² Au début de l'époque franque, pour les dettes délictuelles, le non paiement permettait au créancier de retrouver son droit à la vengeance, tandis que pour les dettes contractuelles, le créancier n'avait pas droit de vie ou de mort sur son débiteur mais pouvait l'asservir (J.-P. LÉVY, A. CASTALDO, *Histoire du droit civil*, 2^e éd., coll. Précis, Dalloz, 2010, p. 1013-1014, n° 676).

¹³ D. VILLEGAS, *L'ordre juridique mafieux – Étude à partir du cas de l'organisation criminelle colombienne des années 1980 et 1990*, préf. N. Molfessis, Nouvelle bibliothèque de thèses, vol. 180, Dalloz, 2018, p. 101, n° 178 : À propos du système de prêts mis en place par l'organisation mafieuse, l'auteur précise que « *les sanctions du non-paiement de l'obligation peuvent aller jusqu'à la peine de mort* ».

¹⁴ « *La conscience moderne, si fluide sur d'autres terrains, rejette l'image romaine du débiteur enchaîné.* » (P. CATALA, F. TERRÉ, *Procédure civile et voies d'exécution*, coll. Thémis, PUF, 1965, p. 304)

¹⁵ R.-T. TROPLONG, *Le droit civil expliqué suivant l'ordre des articles du Code – De la contrainte par corps en matière civile et commerciale*, t. XVIII, C. Hingray, 1847, p. VI.

¹⁶ Loi du 22 juillet 1867. Il faut tout de même préciser que, pour le recouvrement des amendes fiscales, douanières ou pénales, le juge d'application des peines peut ordonner, notamment sur demande du comptable public auprès du Procureur de la République, la « *contrainte judiciaire* » (CPP, art. 749 s.). Cette mesure constitue un moyen de pression sur le débiteur pour l'inciter à payer, ce qui en fait une procédure d'exécution et non une peine (M.-H. RENAULT, « La contrainte par corps – Une voie d'exécution civile à coloris pénal », *RSC* 2002, p. 791).

¹⁷ Avant que le mot *Responsabilité* ne soit récupéré par la morale et change de sens, le terme, créé par les Romains, avait un sens exclusivement juridique : il renvoyait à l'institution de la *sponsio*, sorte de cautionnement. « *Le mot répondre implique dès lors l'idée de se tenir garant du cours d'événements à venir.* » (M. VILLEY, « Esquisse historique sur le mot responsable », *APD*, t. 22, *La responsabilité*, 1977, p. 44 s., spéc. p. 46)

¹⁸ Rappr. F. LAURENT, *Le droit civil international*, t. VII, Bruylant-Christophe – Marescq, 1881, p. 443, n° 377 : « *Des droits pécuniaires ne peuvent s'exercer que sur les biens qui ont une valeur pécuniaire. En établissant ce principe, nos lois proscrirent la fausse doctrine qui sacrifie la liberté et la vie du débiteur à l'intérêt du créancier. En ce sens le principe, qui s'oblige oblige le sien, est de droit public, puisqu'il sauvegarde les droits de la personnalité humaine.* »

civiles et commerciales est ainsi assurée, ce qui permet au crédit de prospérer, et par là même, protège les intérêts privés *et* l'intérêt public¹⁹.

3. Plan de l'introduction. – Une brève présentation de l'engagement des biens du débiteur en garantie de ses dettes ainsi que de la notion de gage général qui a été construite autour permettra de cerner l'objet d'étude (I). Il conviendra ensuite d'exposer les raisons conduisant à consacrer une étude à la notion de gage général (II), et d'énoncer la démarche adoptée pour mener cette étude (III).

I.- *L'engagement des biens, cœur de la notion de gage général*

4. Le principe énoncé par l'article 2284 et résumé par l'adage *Qui s'oblige oblige le sien* doit être présenté préalablement (A) à la notion de gage général qu'a construite la dogmatique juridique à partir de celui-ci (B).

A. *Qui s'oblige oblige le sien*, un principe général du droit privé

5. Une règle incarnée par un adage. – La règle de l'engagement des biens du débiteur en garantie de l'obligation fait partie de ces règles si élémentaires qu'elles ont fait l'objet d'un adage, dont le « *parler frappé* »²⁰ rend la compréhension de la règle et son adhésion d'autant plus immédiates : *Qui s'oblige oblige le sien*²¹. Le sens commun dont semble procéder cette

¹⁹ J. A. PERREAU, *Principes généraux du droit civil privé*, Hacquart, 1805, p. 287-288 : « *La confiance, appuyée sur cette base, doit sans doute produire de grands avantages pour l'un et pour l'autre : car, l'un tire alors un bon parti des biens ou des fonds qui languiroient dans ses mains, et l'autre trouve facilement des moyens pour exécuter ses entreprises : alors le crédit reprend sa vigueur, les affaires se multiplient, l'industrie trouve sous sa main les alimens de son activité, la société emploie toutes ses ressources, et sa prospérité s'accroît en proportion de l'accroissement de ses moyens.* » ; C. DEMOLOMBE, *Cours de Code Napoléon*, t. XVIII, *Traité des donations entre vifs et des testaments*, 2^e éd., t. I, A. Durand et L. Hachette, 1863, p. 338, n° 310 : « [...] *l'article 2092 renferme, à notre avis, un principe essentiel de droit public autant que de droit privé. Car il est fondé sur trois motifs essentiels, [...] à savoir : Sur la nécessité publique, dans l'intérêt du crédit, de la bonne foi, de la sécurité des transactions civiles et commerciales, de garantir l'exécution loyale des obligations [...].* »

²⁰ G. CORNU, « Adages et brocards » in D. ALLAND, S. RIALS (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, coll. Quadrige, Lamy-PUF, 2003, p. 21 s., spéc. p. 24.

²¹ L'adage aurait pour auteur Bertrand d'Argentré, juriste rennais (1519-1590) auteur d'un *Commentaire de l'Ancienne Coutume de Bretagne* : H. ROLAND, L. BOYER, *Adages du droit français*, 3^e éd., Litec, 1992, v° *Qui s'oblige oblige le sien*.

règle, l'apaisement que procure sa formule et son ancienneté²², en somme son apparence de vérité éternelle²³, ne doivent toutefois pas faire oublier que son adoption est le fruit d'une lente évolution du droit français.

6. Une adoption progressive en droit français. – Pendant plusieurs siècles, il n'a pas existé, en droit français, une garantie attachée de plein droit à l'obligation et portant sur l'intégralité des biens du débiteur. Cette absence était principalement due à la réticence de la société féodale à admettre l'aliénabilité des immeubles. Autant le meuble était considéré comme attaché à la personne du propriétaire²⁴ et constituait ainsi le *siège de dettes* selon l'adage, autant l'immeuble était, à cette époque, approprié collectivement, et affecté à la famille, ce qui excluait notamment sa saisissabilité²⁵, d'où l'adage *Qui n'a que des immeubles est insolvable*. La personne n'était donc, à l'époque, responsable que sur ses meubles. La condition juridique de l'immeuble a cependant évolué, au fur et à mesure que naissait le besoin de crédit. La saisie a, d'abord, été admise pour permettre au créancier de percevoir les fruits de l'immeuble sans qu'il puisse procéder à sa vente²⁶. Puis la pratique contractuelle a fait émerger, au XIII^e siècle, dans toutes les coutumes de France une clause, l'*obligatio omnium bonorum*, par laquelle la personne, en s'obligeant, engageait non seulement ses biens meubles mais aussi

²² À propos des adages, deux auteurs remarquent qu'au « *plan psychologique, le profane, comme l'homo juridicus, y trouve d'instinct les ancrages nécessaires : les ténèbres de l'inconnaissable se dissipent et le postulat redevient raisonnable qui veut que nul ne soit censé ignorer la loi : nourrit-on quelque angoisse à l'égard des choses familières qui ont reçu la patine du temps ?* » (H. ROLAND, L. BOYER, *op. cit.*, p. XIII, n° 3). Ce legs du passé a été perçu par RIPERT comme une « *manifestation du statisme du droit* » (G. RIPERT, *Les forces créatrices du droit*, LGDJ, 1955, p. 329).

²³ « *Ces formules qui viennent de l'ancien droit ont eu pour origine les praticiens qui aimaient à formuler des règles en des termes brefs, faciles à retenir, et d'une importance particulière à l'époque où il n'y avait pas de formules légales [...]. Les adages représentaient une sorte de droit commun juridique.* » (A. ROUAST, *Les grands adages coutumiers*, Les cours de droit 1953-1954, p. 12)

²⁴ A.-M. PATAULT, *Introduction historique au droit des biens*, coll. Droit fondamental, PUF, 1989, spéc. p. 280, n° 232 : « *Le meuble est « personnel » à tel point qu'au Moyen Age les juristes eux-mêmes ont tendance à réserver l'expression « droit réel » au seul droit qui porte sur un immeuble.* »

²⁵ A. ESMEIN, *Études sur les contrats dans le très ancien droit français*, Larose et Forcel, 1883, p. 161 : « [...] *les tenures nobles ou roturières [...] sont les formes normales du droit sur la terre, la propriété libre, l'alleu, n'est qu'une exception. Tant qu'il fut défendu à l'homme de fief ou au censitaire d'aliéner leur tenure sans le consentement formel du seigneur, forcément l'action de leurs créanciers ne pouvait atteindre ces biens. Mais quand, le côté patrimonial l'emportant, on admit l'aliénation volontaire des tenures, elles n'en restèrent pas moins insaisissables.* »

²⁶ A. DUMAS, *Histoire des obligations dans l'Ancien droit français*, Publications du centre d'histoire institutionnelle et économique de l'Antiquité romaine, 1972, p. 202.

ses biens immeubles, présents et à venir²⁷. Outre l'élargissement de l'assiette du gage aux immeubles, cette clause permet de rendre corrélativement responsable des dettes du défunt l'héritier des immeubles, d'où l'habitude de stipuler que le débiteur oblige « *soi et ses hoirs* »²⁸, le principe romain de transmission des dettes *ultra vires successionis* n'ayant pas encore été introduit. De proche en proche, l'*obligatio bonorum* se normalise et devient un effet attaché de plein droit aux actes notariés, puis aux actes sous seing privé vérifiés en justice, puis, enfin, aux jugements de condamnation²⁹. Par cette généralisation, la saisissabilité des immeubles finit par être admise³⁰ et est entérinée, pour tout le royaume, à l'occasion de l'ordonnance de Villers-Cotterêts en 1539³¹. Ainsi naît la règle selon laquelle le débiteur répond de ses dettes sur l'ensemble de ses biens, indistinctement³².

7. Une règle gravée dans le marbre du Code civil. – La règle sera entérinée par le Code civil aux articles 2092 et 2093, qui ne semblent pas avoir suscité de véritable discussion lors des travaux préparatoires³³. Lorsqu'il présente l'article 2092, BIGOT DE PRÉAMENEU évoque un « *principe fondamental sur lequel il ne peut y avoir diversité d'opinions* »³⁴,

²⁷ L'apparition de la clause d'*obligatio omnium bonorum* diffère quelque peu selon les territoires. Ainsi le territoire toulousain, doté d'une technique juridique avancée, connaît l'*obligatio bonorum* dès la seconde moitié du XII^e siècle (M. CASTAING-SICARD, *Les contrats dans le très ancien droit toulousain (X-XIII^e siècle)*, M. Espic, 1959, p. 360). En Normandie, l'*obligatio bonorum* est apparue à la moitié du XIII^e siècle (J. YVER, *Les contrats dans le très ancien droit normand (XI^e-XIII^e siècles)*, Domfront, 1926, p. 177 s.).

²⁸ Comme le montre un modèle de rédaction de la clause donné par BEAUMANOIR : « *Et à ce tenir fermement j'ai obligé moi et mes oirs, et tout le mien présent et à venir, muebles et eritages, a estre justicié par quelconque justice il plerait [au créancier] [...].* » (Ph. DE BEAUMANOIR, *Les Coutumes de Beauvoisis*, éd. publiée par le Comte Beugnot, t. II, J. Renouard et cie, 1842, p. 49)

²⁹ A. ESMEIN, *op. cit.*, p. 224-225.

³⁰ Dès le XIV^e siècle, dans la coutume de Paris, « *l'exécution sur les immeubles est admise sans difficulté* » : F. OLIVIER-MARTIN, *Histoire de la coutume de la prévôté et vicomté de Paris*, t. II, fasc. II, E. Leroux, 1930, p. 565.

³¹ V. les art. 65 et suivants de l'ordonnance, relatifs aux voies d'exécution, qui ne distinguent pas entre les meubles et les immeubles. V. spéc. l'art. 74 qui supprime le principe de discussion préalable des meubles.

³² Rappr. A.-M. PATAULT, *op. cit.*, p. 283, n° 235 : « *On en arrive ainsi à l'idée moderne que le patrimoine du débiteur est, dans sa globalité, le gage du créancier chirographaire.* »

³³ P. A. FENET, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, t. XV, Videcoq, 1836, p. 351.

³⁴ P. A. FENET, *op. cit.*, p. 224. V. aussi les observations du Tribunal de Cassation, affirmant qu'« *il est dans la nature des choses, que tous les biens d'un débiteur répondent de ses dettes* » (P. A. FENET, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, t. II, Videcoq, 1836, p. 628).

prétendant que son origine est romaine³⁵. C'est plutôt la formulation adoptée par les rédacteurs qui a prêté à débat. Des travaux préparatoires jusqu'à aujourd'hui, deux critiques ont constamment été formulées à l'égard de ces articles. D'une part, le recours au verbe pronominal *s'obliger*, dans l'article 2092 – sans doute inspiré de la formulation de l'adage *Qui s'oblige oblige le sien* –, induit le lecteur en erreur. Il donne l'impression que la règle ne s'applique que lorsque le débiteur est *volontairement* obligé, alors qu'elle s'applique également en l'absence de toute manifestation de volonté, lorsque la dette est d'origine quasi-contractuelle ou délictuelle³⁶, imperfection qui a été rectifiée dans la plupart des législations étrangères héritières du Code Napoléon³⁷. D'autre part, il a été reproché aux rédacteurs la référence, dans l'article 2093, au « *gage commun* » des créanciers, qui serait susceptible de créer une confusion avec la sûreté réelle du même nom, à la nature et au régime pourtant bien différents³⁸. Si le législateur a eu deux occasions pour donner une nouvelle mouture à ces articles – l'ordonnance du 23 mars 2006 réformant le droit des sûretés ainsi que l'ordonnance du 10 février 2016 réformant le droit

³⁵ « *Les Romains, nos maîtres en législation, n'ont jamais fait la moindre dérogation à un principe aussi fécond dans ses heureux effets.* » (*Ibid.*) Il n'a pas véritablement existé, en droit romain, une affectation de plein droit des biens d'une personne en garantie de ses dettes. De manière générale, le droit romain classique ne contient pas de règles générales, « *la science juridique romaine paraît sans doute s'approcher de règles générales comme d'une « asymptote », mais sans jamais y parvenir* » (M. VILLEY, *Seize essais de philosophie du droit dont un sur la crise universitaire*, coll. Philosophie du droit, Dalloz, 1969, p. 110). On trouve donc simplement des prémices de la règle d'engagement des biens du débiteur : ainsi en est-il de la *venditio bonorum*, ancêtre de la procédure collective, puis de l'instauration du *pignus in causa judicati*, gage judiciaire accordé par le prêteur au créancier à l'occasion d'un jugement de condamnation, et portant sur un ou plusieurs biens du débiteur, dès lors que ce dernier n'est pas en situation d'insolvabilité (J. TAMBOUR, *Des voies d'exécution sur les biens des débiteurs dans le droit romain et dans l'Ancien droit français*, t. I, A. Lacour, 1856, p. 374 s.). Ces institutions ne font que préparer l'admission, plusieurs siècles plus tard, d'une garantie légale accordée au créancier dès la naissance de son droit (V. en ce sens H. MASSOL, « De la cessibilité des créances », *Recueil de l'Académie de législation de Toulouse*, t. XXXI, 1882-1883, p. 75 s., spéc. p. 99 ; J. MACQUERON, *Histoire des obligations – Le droit romain*, Centre d'histoire institutionnelle et économique de l'Antiquité romaine, Aix-en-Provence, 1971, p. 26-27).

³⁶ C.-E. DELVINCOURT, *Cours de Code Napoléon*, t. II, P. Gueffier, 1813, p. 618 ; E. MARTOU, *Des privilèges et hypothèques ou Commentaire de la loi du 16 décembre 1851 sur la révision du régime hypothécaire*, t. I, A. Decq & A. Durand, 1855, p. 222, n° 241 ; F. LAURENT, *Principes de droit civil français*, t. XXIX, Bruylant-Christophe, 1878, p. 298-299, n° 267.

³⁷ V. par ex., en droit belge, loi hypothécaire, art. 7, et en droit québécois, C. civ., art. 2645 : « *Quiconque est obligé personnellement [...].* » (Nous soulignons)

³⁸ V. déjà, lors des travaux préparatoires du Code civil, les observations du Tribunal de Bruxelles : « [...] *le mot gage n'est ici qu'une métaphore ; c'est une locution indirecte et vulgaire, qui ne peut pas servir de fondement à un bon système de législation. [...] Le mot gage veut ici dire sensiblement signe ou certitude et sécurité. C'est une véritable métaphore, et non pas une idée d'un gage judiciaire, d'une hypothèque que cet usage du mot a voulu introduire.* » (P. A. FENET, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, t. III, Videcoq, 1836, p. 372-373)

des obligations³⁹ –, il a pourtant décidé de n'apporter aucun changement à la rédaction de ces deux articles⁴⁰, désormais situés aux articles 2284 et 2285 du Code civil⁴¹.

8. Un principe général du droit privé. – La naissance progressive de la règle de l'affectation générale des biens du débiteur en garantie de l'exécution de ses obligations contraste avec la présentation qu'en fait la doctrine, spécialement celle du XIX^e siècle. TROPLONG y voit « *une de ces lois que la puissance législative ne fait pas, mais qu'elle trouve créées par un pouvoir antérieur, et qui ont leurs racines dans les entrailles de l'humanité* »⁴², tandis que PONT évoque un « *principe de haute moralité, une de ces règles qui ont pour base l'intérêt même de la société, la paix et la sécurité publique, une de ces règles dès lors qui sont de tous les temps et de tous les lieux, qui émanent de la loi naturelle, et que la loi positive constate bien plus qu'elle ne les crée* »⁴³. L'invocation du droit naturel⁴⁴ n'est, certes, plus

³⁹ L'avant-projet de réforme du droit des obligations dirigé par Monsieur TERRÉ prévoyait justement de rapatrier cette règle dans un article consacrant le droit à l'exécution de l'obligation, dont le second alinéa disposait : « *Le débiteur répond de ses obligations sur tous ses biens, sauf disposition légale ou convention contraire.* » (J.-S. BORGHETTI, « Des droits du créancier » in F. TERRÉ (dir.), *Pour une réforme du régime général des obligations*, coll. Thèmes & commentaires, Dalloz, 2013, p. 57 s., spéc. p. 58)

⁴⁰ Un auteur justifie le maintien de l'expression « gage » : « *On peut regretter l'ambivalence du terme « gage ». Mais la formule est si familière et la réalité qu'elle exprime si limpide qu'il eût été inopportun de l'abandonner au profit d'une autre, qui n'aurait pu être qu'une périphrase longue et sans doute moins claire.* » (Ph. SIMLER, « Dispositions générales du Livre IV nouveau du Code civil », *JCP G* 17 mai 2006, docr. 2, spéc. n° 2)

⁴¹ Cet emplacement est également discuté. PLANIOL remarquait ainsi : « *Comme ils ne se sont nulle part occupés des obligations en faisant abstraction de leurs sources, les auteurs de la loi ne lui ont pas trouvé d'autre place. Il est cependant visible qu'il appartient à la théorie générale des obligations.* » (M. PLANIOL, *Traité élémentaire de droit civil*, t. II, 2^e éd., F. Pichon, 1902, p. 60, n° 180) Monsieur REVET, quant à lui, considère que ces textes auraient tout à fait pu être intégrés au titre I du livre I du Code civil « *puisque le droit du gage général participe de la capacité à l'engagement, elle-même constitutive de la personnalité juridique* » (T. REVET, obs. sur com., 3 mai 2006, *RTD civ.* 2006, p. 584). Citons enfin Monsieur CAYROL, qui estime que la suite logique des ces articles se trouvant dans le droit des voies d'exécution, « *leure meilleure place serait en tête des dispositions relatives aux modalités d'appréhension par les créanciers des biens appartenant à leurs débiteurs, c'est-à-dire en introduction des dispositions relatives aux saisies dans le Code des procédures civiles d'exécution* » (N. CAYROL, *Droit de l'exécution*, 2^e éd., coll. Précis Domat droit privé, LGDJ, 2016, p. 211, n° 379).

⁴² R.-T. TROPLONG, *Droit civil expliqué – Des privilèges et hypothèques*, t. I, 5^e éd., C. Hingray, 1854, p. 2.

⁴³ P. PONT, *Explication théorique et pratique du Code civil*, t. X, *Des privilèges et hypothèques*, t. I, 3^e éd., Delamotte, 1876, p. 3, n° 2. Adde D. DALLOZ, A. DALLOZ, *Répertoire méthodique et alphabétique de législation, de doctrine et de jurisprudence*, t. XXXVII, 1858, p. 49, n° 112 : « [...] la loi, en rappelant par cet article l'ancien adage « *qui s'oblige oblige le sien* », constate bien plutôt qu'elle ne crée un principe qui tient au droit naturel. »

⁴⁴ Il faut tout de même mentionner une voix dissonante, celle de TOULLIER, qui apporte une explication historique singulière à la règle. Selon lui, avant l'établissement de l'état civil, il était impossible de mettre en œuvre cette règle, car on ne pouvait pas connaître avec certitude l'identité du propriétaire d'un bien, et les ordres de succession n'étaient pas soumis à une loi commune. Aussi, à cette époque, la personne qui s'obligeait ne pouvait engager ses biens qu'en les donnant en gage, et les obligations contractées mais non exécutées du vivant de la personne s'éteignaient avec elle. Ainsi « *l'état civil fut établi pour obvier à ces désordres. Il rendit la propriété stable et permanente, l'ordre des successions fixe et déterminé ; les biens qu'un citoyen possède furent affectés de plein droit à l'accomplissement de ses engagements ; ils devinrent le gage commun de tous ses créanciers (2093)* » (C. B. M. TOULLIER, *Le droit civil suivant l'ordre du Code*, 4^e éd., t. VI, Warée, 1824, p. 437, n° 402).

reprise dans la doctrine contemporaine⁴⁵, mais le discours consiste toujours à souligner le caractère élémentaire de cette règle⁴⁶. Une analyse des droits étrangers ne dément pas cette impression d'universalité, puisque la règle selon laquelle le débiteur répond de ses dettes sur l'intégralité de ses biens est reprise dans une multitude de législations à travers le monde⁴⁷. Son statut d'« *axiome juridique* »⁴⁸ est ainsi confirmé, et dispense de s'interroger sur la loi qui lui est applicable lorsque le rapport d'obligation présente un élément d'extranéité⁴⁹. En somme, cette règle fait partie des fondamentaux du droit civil dans la mesure où elle n'est qu'une modalité de l'office du juste partage⁵⁰ au fondement de cette discipline⁵¹ et que l'on résume par la formule d'ULPIEN : *Suum cuique tribuere*⁵², rendre à chacun le sien⁵³. À ce titre, elle est à

⁴⁵ Si le jusnaturalisme – classique ou moderne – n'est guère plus invoqué par les juristes contemporains, il ne faut pas en conclure qu'il est absent de leurs réflexions, bien au contraire. Cette conception du droit, « *quoiqu'on en pense, reste aujourd'hui très vivant, sinon sous une forme théorique élaborée, du moins sous forme "d'alluvions" dans la "philosophie spontanée des juristes"* » (M. VAN DE KERCHOVE, F. OST, « Possibilité et limites d'une science du droit », *RIEJ* 1978/1, p. 1 s., spéc. p. 14). Adde H. BATIFFOL, *La philosophie du droit*, 7^e éd., coll. Que sais-je ?, PUF, 1987, p. 67, évoquant, à propos du droit naturel, une « *position moyenne obscurément conservée par les civilistes* ».

⁴⁶ F. TERRÉ, Ph. SIMLER, Y. LEQUETTE, F. CHÉNEDÉ, *Droit civil – Les obligations*, 12^e éd., coll. Précis, Dalloz, 2018, p. 1586, n° 1509 : « *La formule exprime le principe élémentaire que tout débiteur répond de ses dettes sur son patrimoine.* » ; J. ROCHFELD, *Les grandes notions du droit privé*, 2^e éd., Thémis droit, PUF, 2013, p. 349, 6.7, parlant d'« *institution capitale* » ; Ph. THÉRY, « Saisissabilité et limites », in *Le 10^{ème} anniversaire de la loi du 9 juillet 1991*, La Passerelle, 2002, p. 61 s., spéc. p. 61 : « *La saisissabilité des biens du débiteur fait partie de ces principes fondamentaux incontestés et constitue la pierre angulaire de la théorie générale des obligations.* »

⁴⁷ C. civ. italien, art. 2740 ; Loi hypothécaire belge, art. 7 ; C. civ. luxembourgeois, art. 2092 ; C. civ., espagnol, art. 1911 ; C. civ. portugais, art. 817 ; C. civ. roumain, art. 2324 ; Code des obligations libanais, art. 268 ; Code des obligations et des contrats marocain, art. 1241 ; Code des droits réels tunisien, art. 192 ; C. civ. algérien, art. 188 ; C. civ. ivoirien, art. 2092 ; Code des obligations civiles et commerciales sénégalais, art. 200 ; C. civ. et com. argentin, art. 743 ; Code de procédure civile brésilien, art. 591 ; C. civ. québécois, art. 2645 ; C. civ. louisianais, art. 3133 ; C. civ. chinois, art. 386.

⁴⁸ Comme a pu le qualifier une juridiction canadienne : Cour du Banc du Roi, 28 avr. 1903, *Baird v. Ferrier*, 1909 CarswellQue, 79, 13 Que. K. B. 317, § 20 et 23 : « [...] *the legal axiom that the property found in the possession of a debtor is the common pledge of his creditors* [...] »

⁴⁹ P. MAYER, V. HEUZÉ, B. REMY, *Droit international privé*, 12^e éd., coll. Domat droit privé, LGDJ, 2019, p. 485, n° 698 : « *Le principe selon lequel le patrimoine constitue le gage général des créanciers semble être universellement connu, ce qui dispense de s'interroger sur la loi qui lui est applicable.* »

⁵⁰ F. ROUVIÈRE, *Le droit civil*, coll. Que sais-je ?, PUF, 2019, p. 108 : « *L'aspect le plus profond qu'illustre le droit civil est la philosophie du juste partage.* »

⁵¹ Bien qu'elle puisse être considérée, dans le sillage d'Aristote et du courant du jusnaturalisme classique, comme la fin du droit lui-même. V. not. M. VILLEY, *Philosophie du droit – Définition et fins du droit – Les moyens du droit*, Dalloz, 1979 et 1984, rééd. 2001, spéc. p. 51, n° 35.

⁵² Digeste, 1, 1, 10. La formule complète est celle-ci : *Justitia est voluntas jus suum cuique tribuere*.

⁵³ Ph. RÉMY, « Les civilistes français vont-ils disparaître ? », *McGill Law Journal* 1986, vol. 32, p. 152 s., spéc. p. 153 : « *Sa justice à lui [au civiliste], c'est celle du juge : reconnaître à chacun sa part de biens et de charges, en cas de conflit – suum cuique tribuere. Le civiliste ordinaire n'éprouve aucune gêne à citer Ulpian (Digeste, I, 1, 10).* » ; C. ATIAS, *Le droit civil*, coll. Que sais-je ?, PUF, 2004, p. 19 : « *Rendre à chacun le sien dans une situation donnée et s'efforcer d'éviter le retour de cette même situation dommageable, tels sont les deux objectifs inlassablement poursuivis par le droit civil français classique* [...] »

rapprocher de la règle selon laquelle nul ne peut s'enrichir injustement aux dépens d'autrui⁵⁴ ou encore de l'adage *Ubi emolumentum ibi onus*⁵⁵. Tous ces éléments concourent à considérer la règle d'engagement des biens du débiteur en garantie de ses dettes comme un principe général du droit privé⁵⁶. Ce principe général n'est cependant pas présenté isolément par la doctrine, il est au centre d'une construction intellectuelle qu'il faut à présent évoquer.

B. Le gage général, une notion construite par la doctrine

9. Les notions, des outils intellectuels forgés par la doctrine. – C'est une mission qu'a la doctrine de mettre en ordre le droit positif, « *d'élaborer des schémas conceptuels permettant de composer, à partir d'éléments de ce désordre, des unités significatives et relativement maniables* »⁵⁷. Ces artefacts sont communément appelés des « notions »⁵⁸. Celles-ci, en droit comme dans toute autre science, ne s'imposent nullement à l'observateur⁵⁹. La notion n'appartient pas à l'ordre du donné, elle n'est pas « révélée ». En ce qu'elle résulte d'un acte de connaissance, il s'agit d'une construction⁶⁰. Par conséquent, la notion est le produit « *de choix et d'arbitrages entre les nécessités des faits, les valeurs dominantes, la présentation doctrinale*

⁵⁴ Règle formulée en droit romain par la maxime *Jure naturae aequum est neminem cum alterius detrimento et injuria fieri locupletiores* (H. ROLAND, L. BOYER, *Adages du droit français*, 3^e éd., Litec, 1992, n° 182). En droit français, il s'agit d'un quasi-contrat désormais introduit dans le Code civil depuis l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations aux articles 1303 et suivants. Rapprochant cette règle de l'article 2284, qu'il conçoit comme son « corollaire » : H. FOUGERAT, *Du droit de gage général des créanciers sur les biens de leur débiteur*, Oudin et c^{ie}, 1897, p. 2.

⁵⁵ *Où est le profit, là est la charge*. On retrouve de multiples applications à cet adage, particulièrement en droit des successions. Sur cet adage, v. H. ROLAND, L. BOYER, *op. cit.*, n° 433. Pour un rapprochement de cette règle avec l'engagement des biens du débiteur en garantie de ses dettes, v. B. FROMION-HÉBRARD, *Essai sur le patrimoine en droit privé*, th. Paris II, dactyl., 1998, *passim*. L'auteur a synthétisé sa démonstration dans un article : B. FROMION-HÉBRARD, « Plaidoyer pour une nouvelle approche juridique du patrimoine », *LPA* 19 mai 2000, p. 30.

⁵⁶ Tel que la catégorie est entendue par F. ZENATI-CASTAING, « Les principes généraux en droit privé » in S. CAUDAL (dir.), *Les principes en droit*, coll. Études juridiques, Economica, 2008, p. 257.

⁵⁷ G. TUSSEAU, « Critique d'une métanotion fonctionnelle – La notion (trop) fonctionnelle de « notion fonctionnelle » », *RFDA* 2009, p. 641 s., spéc. p. 642, n° 4

⁵⁸ Il convient de préciser que, si certains ont entrepris de distinguer le concept, la notion, la théorie ou encore la catégorie, nous tenons ces termes pour équivalents. Comme l'a remarqué un auteur, « *la notion, le concept, la catégorie désignent une représentation de l'esprit, un objet de pensée, expression qu'il est indispensable d'utiliser mais hasardeux de vouloir nécessairement distinguer* » (B. PLESSIX, *L'utilisation du droit civil dans l'élaboration du droit administratif*, préf. J.-J. Bienvenu, éd. Panthéon-Assas, 2003, p. 417, note 87).

⁵⁹ V. not. C. EISENMANN, « Quelques problèmes de méthodologie des définitions et des classifications en science juridique », *APD* 1966, t. 11, p. 25 s., spéc. p. 33 s.

⁶⁰ Michel FOUCAULT fait remonter cette évolution importante dans l'histoire des sciences humaines au début du XVII^e siècle. « *La constitution du signe est donc inséparable de l'analyse. Il en est le résultat puisque, sans elle, il ne saurait apparaître. Il en est aussi l'instrument puisqu'une fois défini et isolé, il peut être reporté sur de nouvelles impressions ; et là, il joue par rapport à elles comme le rôle d'une grille. Parce que l'esprit analyse, le signe apparaît.* » (M. FOUCAULT, *Les mots et les choses – Une archéologie des sciences humaines*, coll. Tel, Gallimard, 1966, p. 72 s., spéc. p. 75)

qui a présidé à sa mise en perspective, les fluctuations sociales et historiques diverses »⁶¹. Elle n'est en aucun cas immuable⁶².

10. L'élaboration de la notion de gage général. – À partir des articles 2284 et 2285 du Code civil, la doctrine a forgé une notion communément appelée « droit de gage général » à la suite de l'expression « gage commun » employée par le Code⁶³. Il nous faut d'emblée préciser que cette expression⁶⁴ ne sera pas utilisée pour une raison simple : ajouter la qualification de « droit » oriente la notion du seul côté du créancier⁶⁵, alors qu'elle concerne toute autant le débiteur. Il lui a donc été préféré l'expression « gage général », qui englobe autant le créancier que le débiteur, de la même manière que les expressions « obligation » ou « sûreté ». La notion de gage général est une entité composée d'éléments disparates : des éléments d'ordres historique et philosophique, que nous avons évoqués, mais aussi différentes règles juridiques disséminées dans le droit positif et qui sont considérées comme des manifestations de ce principe, et font ainsi du gage général une « grille de lecture traditionnelle des prérogatives des créanciers sur les biens de leur débiteur »⁶⁶. En tant que construction intellectuelle, la notion de gage général n'est pas présentée de manière uniforme par la doctrine. L'on retrouve, bien sûr, des points communs permettant l'existence d'une communauté de compréhension de la

⁶¹ J. ROCHFELD, *Les grandes notions du droit privé*, 2^e éd., coll. Thémis, PUF, 2013, p. 4.

⁶² Une illustration extrême de cette variabilité des concepts et notions est à trouver dans le processus d'élaboration du droit privé nazi. Celui-ci n'a pas tant été construit par une refonte des textes que par une réinterprétation, par l'autorité judiciaire, des notions fondamentales du droit privé – contrat, obligation, propriété, personne – à l'aune de l'idée de communauté, exact opposé de la théorie du droit subjectif. Le résultat a été une véritable « subversion » du droit privé : O. JOUANJAN, *Justifier l'injustifiable – l'ordre du discours juridique nazi*, coll. Léviathan, PUF, 2017, p. 190 s.

⁶³ Il est notable que l'expression de « gage général » attachée à cette notion n'est pas forcément partagée dans la doctrine étrangère. Si la doctrine anglophone l'utilise aussi en évoquant le *common pledge*, il n'en est pas ainsi en Italie ainsi que dans les États hispanophones et lusophones, où il est plutôt fait référence à la « responsabilité patrimoniale » (*responsabilità patrimoniale* en italien, *responsabilidad patrimonial* en espagnol, *responsabilidade patrimonial* en portugais).

⁶⁴ Dont l'usage ne se retrouve pas chez les premiers commentateurs du Code Napoléon, lesquels se réfèrent au terme « gage » présent à l'article 2093 du Code, mais sans le qualifier de droit (v. par ex. C.-E. DELVINCOURT, *Cours de Code Napoléon*, t. II, P. Gueffier, 1813, p. 220 ; J. D. L. TARRIBLE, *Traité des privilèges et hypothèques suivant les principes du Code civil*, t. I, C. A. Bassompierre, Liège, 1819, p. IX, n° 1 ; C. B. M. TOULLIER, *Le droit civil français suivant l'ordre du code*, t. VI, 4^e éd., Warée, 1824, p. 436-437, n° 401 ; R. T. TROPLONG, *Le droit civil expliqué suivant l'ordre du Code – Des privilèges et hypothèques*, t. I, C. Hingray, 1835, p. 1 s., spéc. p. 6). À notre connaissance, l'occurrence la plus ancienne de l'expression « droit de gage général » se trouve chez DEMANTE (A. M. DEMANTE, *Programme du cours de droit civil français fait à l'École de Paris*, 2^e éd., t. III, 1835, p. 494).

⁶⁵ Cette expression présuppose, en outre, qu'il s'agit d'un droit supplémentaire accordé au créancier, autonome du droit de créance, ce qui sera ultérieurement discuté.

⁶⁶ C. WITZ, *JCl. Civil code*, art. 2284 et 2285 : *Droit de gage général*, mars 2016, n° 33.

notion⁶⁷, comme l'est le rattachement au gage général des actions oblique et paulienne. Mais de nombreuses différences se retrouvent aussi dans l'acception de la notion, lorsque sont comparés les paragraphes des différents manuels de droit privé consacrés au gage général. La notion est, ainsi, parfois inscrite dans le cadre plus vaste de la théorie du patrimoine⁶⁸, ou de la personnalité juridique⁶⁹, sa nature juridique est diversement appréciée – élément du droit personnel⁷⁰, droit réel⁷¹ –, et lui sont attachées des manifestations qui diffèrent selon les auteurs – égalité entre créanciers lors de la distribution du prix⁷², action directe⁷³, action en déclaration de simulation⁷⁴, ... Autant de désaccords infirmant l'impression de limpidité que pourrait donner la notion dans le discours des juristes, ce qui nous amène à évoquer les enjeux que comporte son étude.

II.- Les enjeux d'une étude de la notion de gage général

11. La notion de gage général présente, dans la doctrine, deux aspects qui justifient l'intérêt de son étude. Elle est, malgré son omniprésence, peu connue des juristes français qui n'en ont pas approfondi l'étude pour diverses raisons (A), et sa pertinence est remise en cause par une partie de la doctrine depuis plusieurs années (B).

A. Une notion méconnue

12. Une absence d'études modernes sur le gage général. – Lorsque la notion de gage général est analysée dans des thèses de doctorat ces dernières décennies, c'est à titre secondaire,

⁶⁷ Communauté de compréhension permettant à l'auteur d'un énoncé juridique de faire le « *pari communicationnel* » de la réussite de son acte de langage : V. CHAMPEIL-DESPLATS, *Méthodologie du droit et des sciences du droit*, 2^e éd., coll. Méthodes du droit, Dalloz, 2016, p. 313, n° 503.

⁶⁸ V. par ex. J. FLOUR, J.-L. AUBERT, E. SAVAUX, *Droit civil – Les obligations*, 3. *Le rapport d'obligation*, 9^e éd., coll. Université, Sirey, 2015, p. 79, n° 81 ; P. ANCEL, *Droit des obligations*, coll. Séquences, Dalloz, 2018, p. 273.

⁶⁹ F. ZENATI-CASTAING, T. REVET, *Cours de droit civil – Obligations – Régime*, coll. Droit fondamental, PUF, 2013, p. 137 s., n° 65 s.

⁷⁰ F. TERRÉ, Ph. SIMLER, Y. LEQUETTE, F. CHÉNEDÉ, *Droit civil – Les obligations*, 12^e éd., coll. Précis, Dalloz, 2018, p. 1587, n° 1511.

⁷¹ W. DROSS, *Droit civil – Les choses*, LGDJ, 2012, p. 295, n° 152-3 ; M. MIGNOT, *Droit des sûretés et de la publicité foncière*, 3^e éd., coll. Cours, LGDJ, 2017, p. 20-21, n° 5

⁷² V. par ex. Ph. MALAURIE, L. AYNÈS, Ph. STOFFEL-MUNCK, *Droit des obligations*, 10^e éd., coll. Droit civil, LGDJ, 2018, p. 665-666, n° 1140.

⁷³ Ph. DELEBECQUE, F.-J. PANSIER, *Droit des obligations – Régime général*, 8^e éd., coll. Objectif droit – Cours, LexisNexis, 2016, p. 79-80, n° 81.

⁷⁴ V. par ex. H., L. et J. MAZEAUD, F. CHABAS, *Leçons de droit civil*, t. II, vol. 1, *Obligations – Théorie générale*, 9^e éd., Montchrestien, 1998, p. 1071, n° 1011

à l'occasion de l'étude d'une notion connexe⁷⁵. À l'exception d'une étude de droit international privé sur la protection du gage général⁷⁶, il n'existe qu'une thèse de doctorat consacrée au droit de gage général des créanciers, soutenue en 1897⁷⁷. Comment expliquer ce manque d'intérêt de la doctrine pour la notion de gage général⁷⁸ ? Plusieurs raisons peuvent être avancées.

13. Une utilité pratique limitée. – Il faut tout d'abord mentionner le peu d'utilité pratique de cette garantie pour le créancier. Le gage général procure au créancier chirographaire une garantie qui le contraint à subir les fluctuations du patrimoine de son débiteur dans la mesure où il n'est pas retiré à ce dernier la libre disposition de ses biens. Aussi est-il fréquent, en doctrine, de présenter le gage général comme une « *sécurité très relative* »⁷⁹, un « *risque* »⁸⁰ pour le créancier, dont il se contente dans un nombre d'hypothèses limité⁸¹. Cette donnée constitue la raison d'être d'une branche du droit privé : le droit des sûretés. Parce que l'objectif

⁷⁵ Ainsi les thèses ayant sollicité la notion de gage général sont consacrées à la *summa divisio* entre droits réels et droits personnels (J. DERRUPPÉ, *La nature juridique du droit du preneur à bail et la distinction des droits réels et des droits de créance*, préf. J. Maury, Dalloz, 1952), à la notion d'obligation (F. K. COMPARATO, *Essai d'analyse dualiste de l'obligation en droit privé*, préf. A. Tunc, Dalloz, 1964 ; G. FOREST, *Essai sur la notion d'obligation en droit privé*, préf. F. Leduc, Nouvelle bibliothèque de thèses, vol. 116, Dalloz, 2012), à la notion de patrimoine (J.-P. VERSHAVE, *Essai sur le principe de l'unité du patrimoine*, th. Lille II, dactyl., 1984 ; B. FROMION-HÉBRARD, *Essai sur le patrimoine en droit privé*, th. Paris II, dactyl., 1998 ; D. HIEZ, *Étude critique de la notion de patrimoine en droit privé actuel*, préf. Ph. Jestaz, Bibliothèque de droit privé, t. 399, LGDJ, 2003 ; A.-L. THOMAT-RAYNAUD, *L'unité du patrimoine – Essai critique*, préf. D. Tomasin, coll. Doctorat & Notariat, t. 25, Defrénois, 2007), à la notion de bien (P. BERLIOZ, *La notion de bien*, préf. L. Aynès, Bibliothèque de droit privé, t. 489, LGDJ, 2007), à la notion d'indisponibilité (F. PLANCKEEL, *Indisponibilités et théorie du droit – Contribution à la redéfinition du système juridique*, th. Lille II, dactyl., 2004), à la notion d'insaisissabilité (B. ROMAN, *Essai sur l'insaisissabilité*, th. Paris I, dactyl., 2008), à la notion d'action paulienne (R. BLASSELLE, *Essai sur la notion d'action paulienne – L'opposabilité du droit de gage général*, th. Paris II, dactyl., 1994) et à la notion de sûreté (C. DAUCHEZ, *Le principe de spécialité en droit des sûretés réelles*, th. Paris II, dactyl., 2013 ; C. GIJSBERS, *Sûretés réelles et droit des biens*, préf. M. Grimaldi, coll. Recherches juridiques, Economica, 2016).

⁷⁶ I. PRETELLI, *La protection du droit de gage général en droit international privé (l'action oblique, l'action paulienne et l'action en déclaration de simulation)*, th. Paris II, dactyl., 2005.

⁷⁷ H. FOUGERAT, *Du droit de gage général des créanciers sur les biens de leur débiteur*, Oudin et c^{ie}, 1897.

⁷⁸ Désintérêt qu'avait relevé J. DERRUPPÉ, *op. cit.*, p. 364, n° 318 : « *La nature juridique du droit de gage général, que l'article 2092 du Code civil confère à tout créancier sur le patrimoine de son débiteur, a été peu étudiée en France.* » L'auteur précise en note que la « *doctrine moderne française s'est surtout préoccupée de préciser la situation du créancier chirographaire au regard des actes passés par le débiteur* ».

⁷⁹ Ph. SIMLER, Ph. DELEBECQUE, *Droit civil – Les sûretés – La publicité foncière*, 7^e éd., coll. Précis, Dalloz, 2016, p. 5, n° 2.

⁸⁰ R. BOFFA, *Droit civil*, 2^e éd., coll. CRFPA, LGDJ, 2018, p. 475, n° 942.

⁸¹ A. JOURDAN, *Cours analytique d'économie politique professé à la Faculté de droit*, 2^e éd., 1890, p. 383 : « *C'est que les situations commerciales les plus brillantes peuvent changer rapidement, quelquefois subitement. Crédit personnel et crédit à court terme vont donc de pair. Le crédit purement personnel suppose en outre, qu'il s'agit de transactions courantes de l'industrie et du commerce [...] qui n'ont pas un caractère aléatoire marqué, et dans lesquelles les gains sont limités et les chances de perte relativement insignifiantes.* » ; R. SAVATIER, *La théorie des obligations – Vision juridique et économique*, 3^e éd., coll. Précis, Dalloz, 1974, p. 196, n° 145 : « [...] si la créance n'est payable qu'à long terme, les incertitudes de l'avenir poussent, d'ordinaire, le créancier, et, en particulier, le banquier, à ne faire crédit que contre des sûretés. »

du créancier est toujours de minimiser le risque d'impayé⁸², celui-ci va chercher à se faire consentir des garanties supplémentaires – des sûretés – portant sur l'engagement personnel d'un tiers garant ou l'affectation spéciale d'un bien en garantie de la dette. Cette utilité des sûretés pour le crédit et l'inflation législative qu'elles ont connue ont suscité, ces dernières décennies, un engouement doctrinal pour cette branche du droit, au contraire de la garantie minimale que constitue le gage général ; à quoi bon s'y intéresser si, en pratique, le créancier s'en contente rarement ? Ce préjugé a toutefois tendance à être démenti par de récents travaux : plusieurs auteurs ayant consacré leur thèse de doctorat aux sûretés réelles ont mis en avant le rapport étroit entre les sûretés réelles et le gage général, lequel en constituerait le socle⁸³. Il ne faudrait donc pas penser les sûretés réelles en opposition avec le gage général mais comme un prolongement de ce dernier.

14. Un intérêt théorique discuté. – Une autre raison ayant pu mener la doctrine à se désintéresser de la notion de gage général est son association avec la théorie du patrimoine d'AUBRY et RAU. Les articles 2284 et 2285 sont, en effet, couramment considérés comme l'ancrage textuel de cette théorie⁸⁴ qui conçoit le patrimoine comme une émanation de la personnalité, et de laquelle a été déduite la règle de l'unicité du patrimoine. L'exceptionnelle popularité de cette théorie, forgée à la moitié du XIX^e siècle et toujours enseignée aujourd'hui, a raréfié les analyses du gage général dissociées de la théorie du patrimoine⁸⁵ et a ainsi contribué à assécher les réflexions portant sur cette notion⁸⁶. Il ne faut pourtant pas oublier, comme le souligne un auteur, que « *le droit de gage général n'a jamais eu besoin de la théorie du patrimoine pour exister* »⁸⁷. Chronologiquement, la notion de gage général a été construite

⁸² « *Chaque opération de crédit est déterminée, dans l'esprit du créancier, par le souci de connaître son sort au cas de faillite.* » (C. MOULY, « Procédures collectives : assainir le régime des sûretés » in *Aspects actuels du droit commercial français – Études dédiées à René Roblot*, LGDJ, 1984, p. 529 s., spéc. p. 529)

⁸³ V. not. C. DAUCHEZ, *Le principe de spécialité des sûretés réelles*, th. Paris II, dactyl., 2013, p. 113 s., n° 91 s. ; C. GIJSBERS, *Sûretés réelles et droit des biens*, préf. M. Grimaldi, coll. Recherches juridiques, Economica, 2016, p. 55 s., n° 58 s. ; C. SÉJEAN-CHAZAL, *La réalisation de la sûreté*, préf. M. Grimaldi, Nouvelle bibliothèque de thèses, vol. 190, Dalloz, 2019, p. 29 s., n° 18 s.

⁸⁴ V. *supra*, note 68.

⁸⁵ À tel point que beaucoup confondent ainsi le gage général avec la théorie du patrimoine et donnent par là même, à cette dernière, une valeur normative : v. en ce sens S. PIMONT, « À propos de l'activité doctrinale civiliste », *RTD civ.* 2006, p. 707, spéc. n° 7.

⁸⁶ Comme le souligne justement un auteur, « [I]orsque les auteurs étudient les termes de l'article 2092 du Code civil, leurs études demeurent plus didactiques que techniques. » (B. FROMION-HÉBRARD, *Essai sur le patrimoine en droit privé*, th. Paris II, dactyl., 1998, p. 332, n° 383)

⁸⁷ W. DROSS, *Droit civil – Les choses*, LGDJ, 2012, p. 293, n° 151-3.

avant la théorie du patrimoine. Celle-ci ne constitue qu'un cadre intellectuel – certes très influent – parmi d'autres à même de rendre compte de la notion de gage général.

15. Un manque d'intérêt en contraste avec l'omniprésence de la notion. – Une science étant, selon ROUBIER, « *une langue bien faite* »⁸⁸, les juristes doivent être incités à donner à chaque expression de leur vocabulaire la plus grande précision possible. Ce besoin se fait particulièrement sentir s'agissant de la notion de gage général. Alors que, comme nous l'avons vu, son étude est délaissée, son invocation est constante dans le discours juridique et méta-juridique : il y est souvent fait référence en jurisprudence⁸⁹, également – depuis peu – dans la loi⁹⁰, et la doctrine y reste, sans conteste, « *massivement attachée* »⁹¹. Une notion autant invoquée mérite donc que l'on y consacre une étude approfondie. L'amélioration de la connaissance des notions peuplant la théorie juridique est un enjeu à ne pas négliger, tant celles-ci jouent un rôle important : elles ont non seulement une fonction explicative du droit positif, mais sont aussi un « *élément de la sécurité juridique* »⁹² lorsqu'elles sont invoquées par la jurisprudence et la loi, comme c'est le cas du gage général⁹³. L'étude de cette notion s'impose d'autant plus que plusieurs grandes tendances du droit contemporain semblent remettre en cause son existence.

B. L'existence de la notion menacée

16. Une notion annoncée en péril. – Le gage général fait partie de ces notions aux prises avec les dynamiques les plus contemporaines du droit. Le discours de la doctrine en témoigne. Alors qu'il est d'usage, comme nous l'avons vu, de louer le caractère élémentaire, fondamental

⁸⁸ P. ROUBIER, *Droits subjectifs et situations juridiques*, Sirey, 1963, p. II.

⁸⁹ V. par ex., civ. 1^{re}, 4 juill. 2007, n° 06-13770, *Bull. civ. I*, n° 254 (relatif au gage du créancier de l'indivision) et civ. 1^{re}, 9 avr. 2014, n° 12-23022, *Bull. civ. I*, n° 64 (relatif à l'effet d'inopposabilité de l'action paulienne), évoquant le « *droit de gage général* ». La notion est également invoquée par la Cour de justice de l'Union européenne : v. par ex. CJCE, 10 janv. 1990, *Reichert*, aff. C-115/88, § 12.

⁹⁰ C. civ., art. 2025 (créé par la loi du 19 février 2007), qui reprend l'expression de « *gage commun* » de l'article 2285 ; C. com., art. L. 526-12 et 15 (créés par la loi du 15 juin 2010) et CPCE, art. L. 161-2 (créé par l'ordonnance du 19 décembre 2011) qui évoquent le « *droit de gage général* ».

⁹¹ C. WITZ, *JCl. Civil code*, art. 2284 et 2285 : *Droit de gage général*, mars 2016, n° 33.

⁹² J.-L. HALPÉRIN, *Introduction au droit*, 2^e éd., coll. Séquences, Dalloz, 2019, Séquence 7, p. 203.

⁹³ Dans un ouvrage intitulé *Théorie contre arbitraire*, Christian ATIAS soutenait précisément que l'activité conceptuelle des juristes, leur production de théories juridiques constituait un rempart contre l'arbitraire. « *Il n'est pas de meilleur instrument de résistance à l'arbitraire que cette puissante machine à frotter les idées les unes contre les autres, à les fondre et à les associer, pour en extraire leur contenu de justice et de vérité.* » (C. ATIAS, *Théorie contre arbitraire – Pour une théorie des théories juridiques*, coll. Les voies du droit, PUF, 1987, p. 206, n° 50)

du principe que renferme la notion de gage général⁹⁴, nombreux sont les auteurs qui, ces dernières années, annoncent son déclin : le gage général est ainsi qualifié de « *mythe* »⁹⁵, il serait « *en recul* »⁹⁶, subirait une « *entreprise de désagrégation* »⁹⁷, certains se demandant s'il pourrait « *encore avoir un sens* »⁹⁸. Ces remarques sont une réaction directe à différentes évolutions qu'a connues le droit privé ces dernières décennies, qu'il faut dresser à gros traits.

17. Une réaction justifiée par différentes évolutions du droit privé. – L'assiette du gage des créanciers a connu de profondes mutations, dans un sens global de limitation. Ce morcellement s'est constaté de manière évidente à l'occasion de la consécration légale de la technique des patrimoines d'affectation, permettant à une personne d'affecter à une finalité particulière une masse de biens, isolée du patrimoine personnel, à laquelle est attaché un passif propre. La figure, apparue en 1979 avec les organismes de placement collectif de valeurs mobilières (OPCVM)⁹⁹, a été plus largement admise avec l'adoption de la fiducie en 2007¹⁰⁰ et de l'entrepreneur individuel à responsabilité limitée (EIRL) en 2010¹⁰¹. Ce morcellement s'est aussi constaté, de manière plus discrète, dans les évolutions que connaît le droit patrimonial de la famille. En matière successorale, le législateur fait désormais entrer en concurrence le système de succession à la personne et l'obligation illimitée de l'héritier au passif successoral qui en dérive, jusqu'ici considérée comme l'option « normale », avec le système de succession aux biens qui fait peser sur l'héritier une obligation au passif limitée à l'actif successoral¹⁰².

⁹⁴ V. récemment Ph. DELEBECQUE, « Le droit de gage des créanciers sur le patrimoine de leur débiteur a-t-il un caractère général ? » in *Mélanges en l'honneur de François Collart-Dutilleul*, Dalloz, 2017, p. 299 s. : l'auteur parle de « *l'une des règles les plus essentielles du droit des obligations* » (p. 299), un « *passage obligé dans le droit des obligations* » (p. 307), un des « *fondamentaux* » (*id.*) que le juriste se doit de maîtriser.

⁹⁵ O. SALATI, « Le mythe du droit de gage général : les biens insaisissables » in A. LEBORGNE et E. PUTMAN (dir.), *Les obstacles à l'exécution forcée : permanence et évolution*, coll. Droit et procédures, EJT, 2009, p. 11.

⁹⁶ A. LEBORGNE, « Rapport introductif » in A. LEBORGNE et E. PUTMAN (dir.), *Les obstacles à l'exécution forcée : permanence et évolution*, coll. Droit et procédures, EJT, 2009, p. 1 s., spéc. p. 7, n° 8.

⁹⁷ C. BRENNER, « L'ineffectivité de l'exécution forcée » in C. BRENNER (dir.), *Le droit de l'exécution forcée : entre mythe et réalité*, coll. Droit et procédures, EJT, 2007, p. 43 s., spéc. p. 51, n° 77.

⁹⁸ C. HUGON, « Le nouvel article 22-2 de la loi du 9 juillet 1991 portant réforme des procédures civiles d'exécution ou la mise en place d'un droit de gage général à géométrie variable », *BJE* 2011, p. 354.

⁹⁹ Loi n° 79-594 du 13 juillet 1979 relative aux fonds commun de placement (*JORF* 14 juill. 1979, p. 1829). CMF, art. L. 214-2 s, spéc. art. L. 214-6.

¹⁰⁰ Loi n° 2007-211 du 19 février 2007 instituant la fiducie. C. civ., art. 2011 s., spéc. art. 2025.

¹⁰¹ Loi n° 2010-658 du 15 juin 2010 relative à l'entrepreneur individuel à responsabilité limitée. C. com., art. L. 526-5-1 s., spéc. art. L. 526-12.

¹⁰² Depuis la loi n° 2006-728 du 23 juin 2006 portant réforme des successions et des libéralités (*JORF* n°145 du 24 juin 2006 page 9513), l'obligation *ultra vires* n'est envisagée que dans les dispositions relatives à l'acceptation pure et simple, et non plus comme l'option normale de l'héritier. Ce changement formel s'accompagne notamment d'une refonte du régime de l'acceptation à concurrence de l'actif net la rendant plus attractive, et de l'introduction, dans le régime de l'obligation *ultra vires*, d'une action en décharge successorale (C. civ., art. 786), évoquant une logique de succession aux biens.

Quant aux couples, l'on assiste à un déclin du modèle communautaire du régime matrimonial au profit du régime de séparation de biens, comme le confirment la considérable augmentation du nombre de couples unis sous un régime de séparation de biens¹⁰³, le choix du législateur de faire de la séparation de biens le régime de droit commun du PACS, et les revendications de la doctrine visant à adapter le régime communautaire à l'ère du crédit¹⁰⁴. Il en résulte un rétrécissement du gage des créanciers du couple. Le morcellement se constate enfin par la nette augmentation du nombre de biens frappés d'insaisissabilité. S'il a de tous temps existé des biens considérés comme insaisissables en raison de leur caractère vital, la hausse de leur nombre ainsi que la consécration récente de l'insaisissabilité de la résidence principale de l'entrepreneur individuel¹⁰⁵ et d'un RSA bancaire¹⁰⁶ font croire à l'émergence d'une véritable universalité, au sein du patrimoine personnel, soustraite du gage des créanciers¹⁰⁷.

C'est, en outre, la force du lien de droit que constitue l'obligation qui a été affectée, et avec elle l'application du gage général, par les transformations du droit privé. On constate ce mouvement quant à deux catégories de débiteurs : la caution, et le surendetté. La caution a bénéficié, sous l'impulsion de la législation consumériste, de plusieurs dispositions protectrices généralisées à toute caution personne physique par la loi Dutreil du 1^{er} août 2003. Deux d'entre elles sont susceptibles de mettre en échec le gage général du créancier de la caution. D'une part la mention manuscrite que doit reproduire la caution lors de la conclusion du contrat, dont l'absence est sanctionnée par la nullité¹⁰⁸, et l'imperfection peut être sanctionnée par la

¹⁰³ V. l'étude de N. FREMEAUX, M. LETURCQ, « Plus ou moins mariés : l'évolution du mariage et des régimes matrimoniaux en France », *Économie et statistique* n° 462-463, 2013, p. 125.

¹⁰⁴ Particulièrement l'article 1413 du Code civil : Ph. SIMLER, « Pour un autre régime matrimonial légal » in *L'avenir du droit – Mélanges en hommage à François Terré*, Dalloz – PUF – éd. Jurisclasseur, 1999, p. 455 ; G. CHAMPENOIS, « L'article 1413 du Code civil condamne-t-il le régime légal de la communauté ? » in *Études en l'honneur de André Ponsard*, Litec, 2003, p. 129 ; C. GRARE-DIDIER, « La communauté légale : failles et modernité » in I. DAURIAC, C. GRARE-DIDIER, S. GAUDEMET (dir.), *Quelle association patrimoniale pour le couple ?*, coll. Thèmes & commentaires, Dalloz, 2010, p. 3 s., spéc. p. 19 s. ; H. LÉCUYER, « Changer de régime légal ? », *JCP N* 2014, n° 31-35, Hors-série, p. 19

¹⁰⁵ Insaisissabilité d'abord soumise à déclaration notariée par la loi n° 2003-721 du 1^{er} août 2003, et désormais de plein droit depuis la loi n° 2015-990 du 6 août 2015 : C. com., art. L. 526-1, al. 1. La déclaration reste cependant exigée pour frapper d'insaisissabilité une résidence secondaire (al. 2).

¹⁰⁶ Dispositif adopté par la loi n° 2009-526 du 12 mai 2009, obligeant le dépositaire d'un compte bancaire saisi à mettre à disposition du saisi une somme à caractère alimentaire : CPCE, art. L. 162-2

¹⁰⁷ Masse de biens qu'un auteur a qualifiée de « *patrimoine de dignité* » : J. ROCHFELD, Commentaire de la loi n° 2003-721 du 1^{er} août 2003 pour l'initiative économique, *RTD civ.* 2003, p. 743

¹⁰⁸ C. consom., art. L. 331-1.

réduction de l'assiette du gage¹⁰⁹. D'autre part, la disproportion de l'engagement par rapport au patrimoine de la caution, qui est sanctionnée par la déchéance¹¹⁰. S'agissant du débiteur surendetté, il faisait, classiquement, l'objet d'une procédure collective visant à liquider son patrimoine pour désintéresser au mieux les créanciers, il est aujourd'hui mieux considéré. Qu'il s'agisse d'une entreprise ou d'un particulier, la finalité de la procédure d'insolvabilité n'est plus aujourd'hui le paiement des créanciers : l'insuffisance d'actif empêche les créanciers de reprendre les poursuites individuelles dans le cadre de la liquidation judiciaire¹¹¹, et provoque l'effacement des dettes dans le cadre des procédures de rétablissement personnel¹¹² et de rétablissement professionnel¹¹³. En d'autres termes, le gage général des créanciers du surendetté est mis en échec. De cette manière, le législateur cherche, dans le cas de l'entreprise, à encourager l'initiative économique en permettant à l'entreprise surendettée de redémarrer une nouvelle activité, et dans le cas du consommateur, à lutter contre son exclusion sociale. Enfin, il est remarquable de constater que, tandis que la mondialisation des échanges a favorisé la dispersion des biens du patrimoine d'un individu entre différents États, très peu de changements ont survécu dans le droit international de l'exécution. La loi applicable aux voies d'exécution reste la loi du lieu de situation du bien¹¹⁴, ce qui suscite de nombreuses difficultés pour le créancier et l'huissier de justice qui l'assiste, notamment dans l'obtention d'informations sur les actifs du débiteur à l'étranger. Il est vrai que des efforts ont été entrepris au sein de l'Union européenne, comme en témoignent la création d'une ordonnance européenne de saisie conservatoire des comptes bancaires¹¹⁵, et l'unification des règles de droit international privé applicables à une procédure d'insolvabilité dès lors que le centre des intérêts principaux du

¹⁰⁹ Com., 1^{er} oct. 2013, n° 12-20278, *Bull. civ.* IV, n° 143 ; *D.* 2013, p. 1615, obs. P. CROCQ, p. 2332, obs. V. AVENA-ROBARDET, p. 2556, obs. H. GUILLOU ; *D.* 2014, p. 127, note M. JULIENNE, L. ANDREU et p. 2146, obs. D. R. MARTIN ; *JCP G* 2014, 328, note J.-D. PELLIER ; *JCP E* 2014, 1624, note D. LEGEAIS ; *Gaz. pal.* 24 oct. 2013, note S. PIÉDELIEVRE, 4-5 déc. 2013, p. 13, note. M.-P. DUMONT-LEFRAND, et 16 janv. 2014, note D. HOUTCIEFF ; *RLDA* déc. 2013, p. 26, note M. MIGNOT ; *Banque & Droit*, nov.-déc. 2013, p. 43, obs. E. NETTER ; *Dr. & patr.* févr. 2014, p. 58, obs. Ph. DUPICHOT, A. AYNÈS.

¹¹⁰ C. consom., art. L. 332-1

¹¹¹ C. com., art. L. 643-11, I. Disposition issue de la loi n° 85-98 du 25 janvier 1985.

¹¹² C. consom., art. L. 741-2. Procédure instituée par la loi n° 98-657 du 29 juillet 1998 d'orientation relative à la lutte contre les exclusions.

¹¹³ C. com., art. L. 645-11. Procédure instituée par l'ordonnance n° 2014-326 du 12 mars 2014.

¹¹⁴ S'agissant du droit international privé de l'UE : Règl. (UE) n° 1215/2012, art. 24, § 5. S'agissant du droit international privé français : Civ. 1^{re}, 18 nov. 1986, *Banque centrale camerounaise de développement*, *Rev. crit. DIP* 1987, p. 773, note H. MUIR WATT ; *JDI* 1987, p. 632, note Ph. KAHN ; *JCP G* 1987, II, 20909, note M. NICOD – Civ. 1^{re}, 17 janv. 1995, *Méridien Breckwoldt et cie*, n° 92-10165, *Bull. civ.* I, n° 34 ; *Rev. crit. DIP* 1996, p. 133, note Y. LEQUETTE ; *JCP G* 1995, II, 22340, note H. MUIR WATT – Civ. 1^{re}, 11 févr. 1997, *Strojexport*, *Bull. civ.* I, n° 47, *GADIP*, 5^e éd., n° 60.

¹¹⁵ Règl. (UE) n° 655/2014 du 15 mai 2014, *JOUE L* 189/59, 27 juin 2014.

débiteur failli est situé dans un État membre¹¹⁶. Mais ces efforts sont, d'une part, limités à l'Union européenne et, d'autre part, bien insuffisants à créer un véritable droit de l'exécution européen. Aussi peut-il être affirmé, *a minima*, que les biens d'un débiteur situés à l'étranger sont bien plus difficilement saisissables que les autres, ce qui, une fois de plus, entrave la mise en œuvre du gage général du créancier.

De toute évidence, ces évolutions imposent de revenir sur certaines habitudes de pensée issues des préceptes de la théorie du patrimoine¹¹⁷. Mais ces évolutions traduisent-elles une remise en cause de la notion de gage général, alors même que le législateur y fait désormais référence explicitement ? Ce n'est pas la moindre des interrogations que suscite actuellement la notion de gage général.

18. Une réflexion à étendre au droit public. – Les transformations que connaît le droit privé ne sont pas les seules à affecter les habitudes de pensée du juriste quant à la notion de gage général. On en trouve aussi, étonnamment, en droit public. La personne publique a, pourtant, longtemps constitué une limite à l'application de la notion de gage général. L'État et ses émanations peuvent être débiteurs, mais leur statut souverain est un obstacle traditionnel aux voies d'exécution¹¹⁸. Cette immunité d'exécution prive donc, en principe, les créanciers d'une personne publique de leur gage général, et les livre au bon vouloir de leur obligé. La seconde moitié du XX^e siècle a constitué un tournant pour cette règle, sous l'influence grandissante du modèle de l'État de droit et la participation croissante des États à l'économie privée. L'immunité d'exécution a d'abord été ébranlée relativement à la personne publique étrangère. Le critère organique sur lequel était fondée l'immunité d'exécution a été abandonné par la jurisprudence au profit d'un critère fonctionnel qui a fait passer la protection de l'État étranger d'une immunité vers une insaisissabilité, seuls certains de ses biens étant soustraits au

¹¹⁶ Règl. (CE) n° 1346/2000 du 29 mai 2000, *JOUE* L 160, 30 juin 2000, abrogé et refondu : Règl. (UE) n° 2015/848 du 20 mai 2015, *JOUE* L 141/19, 5 juin 2015.

¹¹⁷ V. en ce sens, à propos des patrimoines d'affectation, Ph. THÉRY, « L'EIRL, ou la prise de la Bastille (observations rétrospectives sur la théorie du patrimoine) » in *Mélanges en l'honneur de Philippe Merle*, Dalloz, 2012, p. 693 s., spéc. p. 703, n° 15.

¹¹⁸ Pour la personne publique de droit interne : Civ. 1^{re}, 21 déc. 1987, n° 86-14.167, *Bull. civ.* I, n° 348 ; *CJEG* 1988, p. 107, note L. RICHER ; *Gaz. pal.* 1988, II, p. 685, note M. VERON ; *JCP G* 1989, II, 21183, note B. NICOD ; *RFDA* 1988, p. 771, concl. M. CHARBONNIER et note B. PACTEAU ; *RTD civ.* 1989, p. 145, note R. PERROT ; *Les grandes décisions du droit administratif des biens*, préc., comm. 77, note Ph. YOLKA ; CGPPP, art. L. 2311-1.

gage des créanciers¹¹⁹. Cette évolution est acquise bien qu'elle se heurte parfois aux intérêts diplomatiques de l'État français¹²⁰. Plus lente, l'évolution se constate également quant à la personne publique de droit interne en réaction à la jurisprudence européenne¹²¹, comme le suggèrent notamment l'introduction d'une voie d'exécution se rapprochant des procédures civiles d'exécution¹²² et la saisissabilité de certains biens publics désormais reconnue par la loi¹²³. Ce mouvement est rarement évoqué dans la doctrine privatiste, laquelle se tient, par habitude, à l'écart du droit applicable à la personne publique. Il y a, pourtant, fort à penser qu'une telle évolution du statut de la personne publique a une incidence sur la notion de gage général et ne peut, dès lors, être ignorée.

19. Une notion omniprésente dans le discours juridique mais dont la connaissance est insuffisante, susceptible d'être affectée par des tendances de fond touchant tant le droit privé

¹¹⁹ Civ. 1^{re}, 14 mars 1984, *Sté Eurodif c. République islamique d'Iran*, n° 82-12462, *Bull. civ.* I, n° 98 ; *Rev. crit. DIP* 1984, p. 644, note J.-M. BISCHOFF ; *JDI* 1984, p. 598, note B. OPPETIT ; *D.* 1984, p. 629, rapp. FABRE, note J. ROBERT ; *JCP G* 1984, II, 20205, concl. P. GULPHE, note H. SYNDET ; *Rev. arb.* 1985, p. 69, note G. COUCHEZ ; *GAJDIP*, comm. 65-66.

¹²⁰ Comme en témoignent notamment les motivations du législateur à l'origine de la loi du 26 juillet 2005, renforçant la protection des banques centrales étrangères contre les saisies opérées par les créanciers des États étrangers dont elles relèvent sur les fonds qu'elles détiennent pour le compte de ces États (CMF, art. L. 153-1), et de la loi n° 2016-1691 du 9 décembre 2016, dite « Sapin II », étendant cette protection à l'ensemble des biens des États étrangers situés sur le territoire français (CPCE, art. L. 111-1-1).

¹²¹ La Cour de justice de l'Union européenne qualifie d'aides d'État l'immunité d'exécution dont bénéficient les établissements publics à caractère industriel et commercial, en particulier leur impossibilité de connaître la faillite (v. not. CJUE, 19 sept. 2018, *Commission c. France et IFP Energies nouvelles*, aff. C-438/16 ; *AJDA* 2018, p. 1751, obs. E. MAUPIN, p. 2484, chron. S. NICINSKI ; *Dr. adm.* 2018, repère 10, obs. B. PLESSIX, p. 43, note R. LANNEAU ; *JCP A* 2018, actu, 765, obs. ERSTEIN ; *JCP A* 2019, 2059, chron. M. KARPENSCHIF et J.-L. SAURON ; *JCP G* 2018, 1823, obs. D. BERLIN ; *Rev. UE* 2019, p. 301, obs. L. AYACHE), et la Cour européenne des droits de l'homme condamne les personnes publiques négligeant de payer leurs créanciers (v. par ex. CEDH, 16 oct. 2007, *De Trana c. Italie*, n° 64215/01).

¹²² CE, 18 nov. 2005, *Société fermière de Campoloro et Société de gestion du port de Campoloro*, req. n° 271898, *Rec. Lebon*, p. 515 ; *AJDA* 2006, p. 137, chron. C. LANDAIS et F. LENICA ; *AJDA* 2007, p. 1218, étude P. CASSIA ; *BJCL* 2006, p. 43, concl. N. BOULOUIS, note TOUVET ; *Collectivités Intercommunalité* janv. 2006, p. 9, note L. ERSTEIN ; *Contrats-Marchés publ.* janv. 2006, p. 24, note J.-P. PIETRI ; *Dr. adm.* 2006, comm. 33, note C. GUETTIER ; *Gaz. pal.* 12-14 mars 2006, p. 30, obs. D. LINOTTE ; *JCP A* 2006, 911, chron. E. GLASER et E. CREPEY ; *JCP G* 2006, I, 120, chron. C. BOITEAU, n° 4 ; *JCP G* 2006, II, 10044, note R. DE MOUSTIER et O. BÉATRIX ; *LPA* 24 avr. 2006, p. 9, note F. MELLERAY ; *RFDA* 2006, p. 193, note Ph. TERNEYRE et p. 341, note P. BON ; *Grandes décisions du droit administratif des biens*, préc., comm. 91, note Ph. YOLKA. Par cet arrêt, le Conseil d'État a octroyé au préfet le pouvoir de procéder, en ultime recours, à une *cession forcée* de biens appartenant à la personne publique débitrice.

¹²³ Loi n° 2018-1021 du 23 novembre 2018 portant évolution du logement, de l'aménagement et du numérique (ELAN), art. 85 introduisant dans le Code de la construction et de l'habitation un article L. 421-4-1 qui donne aux offices publics de l'habitat la possibilité d'« *accorder des sûretés réelles mobilières dès lors que cela est susceptible de faciliter leur action dans le cadre de la réglementation des habitations à loyer modéré* ». Le deuxième alinéa ajoute que les biens grevés d'une telle sûreté peuvent être saisis par la voie des procédures civiles d'exécution.

que le droit public, autant d'enjeux qui rendent nécessaire une recherche approfondie sur le gage général, et dont il faut désormais préciser la démarche.

III.- *La délicate appréhension d'une notion fondamentale en mouvement*

20. Identifier la notion afin d'évaluer l'influence des tendances contemporaines. – Une notion qui est, à la fois, fondamentale, invoquée de toute part en droit privé, et annoncée à disparaître, mérite que l'on y consacre une étude approfondie. Afin de savoir pourquoi cette notion est tant invoquée et pourquoi sa disparition est annoncée par certains, il est nécessaire d'en préciser au préalable les contours. Aussi cette thèse se donne-t-elle comme ambition d'identifier la notion de gage général pour, ensuite, mesurer l'influence qu'ont sur cette dernière les évolutions contemporaines du droit.

21. La méthode retenue. – S'atteler à une recherche portant sur une notion implique de prendre en compte la manière dont se forme le savoir juridique, que Christian ATIAS a éclairée par ses travaux consacrés à l'épistémologie¹²⁴. Selon cet auteur, le savoir juridique, comme tout savoir collectif, se forme par un phénomène de sédimentation¹²⁵ : des strates se déposent successivement et « *se conjuguent, se mêlent, s'associent, s'agrègent, en fusionnant de multiples façons* »¹²⁶. Ainsi seraient formés les concepts et notions, qui ne peuvent donc être perçus comme « *de purs instruments que le juriste sortirait d'un tiroir au moment où il en a besoin, et qu'il maîtriserait* »¹²⁷. Ces constructions intellectuelles doivent leur contenu au droit positif, mais aussi au contenu des droits antérieurs et des différentes représentations dont elles

¹²⁴ Ses réflexions se retrouvent dans plusieurs de ses ouvrages : C. ATIAS, *Théorie contre arbitraire – Pour une théorie des théories juridiques*, coll. Les voies du droit, PUF, 1987 ; *Science des légistes, savoir des juristes*, 3^e éd., PUAM, 1993 ; *Épistémologie juridique*, coll. Précis, Dalloz, 2002 ; *Questions et réponses en droit*, coll. L'interrogation philosophique, PUF, 2009 ; *De la difficulté contemporaine à penser en droit – Leçons de philosophie du droit*, coll. Droits, pouvoirs & sociétés, PUAM, 2016.

¹²⁵ Rapp. F. OST, *Le temps du droit*, éd. Odile Jacob, 1999, p. 83 : « *Tout se passe en fait comme si la génération spontanée n'existait pas en droit ; pas de page blanche, seulement le palimpseste ; pas d'abrogation radicale, seulement l'effacement progressif ; pas de transformation brutale, seulement la greffe, l'hybridation, la sédimentation.* »

¹²⁶ C. ATIAS, *Questions et réponses en droit*, *op. cit.*, p. 177, n° 270.

¹²⁷ C. ATIAS, *op. cit.*, p. 178, n° 271.

ont fait l'objet dans l'histoire de la pensée juridique¹²⁸, ce qui les rend hétérogènes, fuyantes¹²⁹. La formation sédimentaire de la notion implique donc de percer à jour le plus de strates de sens possibles déposées sur la notion de gage général, de rendre compte de l'épaisseur historique et théorique de cette notion. Cette précision d'ordre épistémologique nous incite, de plus, à la prudence et à l'humilité¹³⁰. La notion de gage général, telle que nous parviendrons à la cerner, n'a pas la prétention d'être la « vraie »¹³¹, elle n'en est qu'une représentation parmi d'autres.

Rendre compte de la notion de gage général dans toute son étendue impose également, s'agissant de son analyse en droit positif, de faire tomber toutes ces cloisons artificielles que constituent les branches du droit. La notion de gage général fait, en effet, partie de ces institutions transversales invoquées d'un bout à l'autre du droit privé. Son étude nous imposera donc de passer d'une branche du droit privé à une autre, et même de franchir, à l'occasion, la frontière du droit privé pour observer les évolutions que connaît le droit public affectant la notion de gage général. Cette transversalité permettra de donner toute son ampleur à la sphère d'influence de la notion de gage général en droit positif, mais aussi de montrer combien sont nombreuses les tendances contemporaines du droit affectant la notion de gage général.

Enfin, il a été fait le choix, pour faire état des différentes évolutions du droit ayant un impact sur la notion de gage général, de ne pas se contenter d'en décrire le contenu juridique,

¹²⁸ C. ATIAS, « Ce que savent les juristes – Les états du droit », *RTD civ.* 2013, p. 315 s., spéc. p. 316, n° 5 : « *Le juriste qui cherche à établir le droit fait appel à un savoir global dans lequel s'insèrent les connaissances antérieures à la règle, et qui en ont guidé la détermination, et celles qui contribuent à révéler son sens, les conséquences qui en ont été tirées dans certaines espèces, l'ensemble des règles, notions et principes qui constituent une sorte de contexte, de milieu, de terrain.* »

¹²⁹ C. ATIAS, *Questions et réponses en droit*, op. cit., p. 237, n° 353 : « *La sédimentation juridique est aussi le phénomène qui donne sens aux règles et aux notions juridiques. Par elle, leurs possibilités, leurs potentialités, sont tenues en attente de l'espèce qui fait surgir ou prévaloir telle strate oubliée ou estompée. [...] En chaque occasion, elle fait apparaître la nécessité de raisonner à nouveau et d'éprouver les règles dans leurs significations multiples, entrecroisées, incertaines.* »

¹³⁰ Ces remarques sont à rapprocher de la fameuse sentence de JAVOLENUS mettant en garde les juristes de la difficile tâche qu'est la définition, qui prétend renfermer la signification d'un mot, d'un concept, en une phrase : *Omnis definitio in jure civili periculosa est : parum est enim ut non subverti possit* (Digeste, 50, 17, 202) ; Toute définition en droit civil est périlleuse, car rares sont les définitions qui ne peuvent pas être subverties.

¹³¹ Pour faire référence à l'intitulé d'un article qualifiant la responsabilité contractuelle de « faux concept » (Ph. RÉMY, « La « responsabilité contractuelle » : histoire d'un faux concept », *RTD civ.* 1997, p. 323). Comme il l'a été remarqué, prétendre qu'un concept est faux « *laisse entendre qu'il y a une interprétation « vraie » des règles du Code civil, qu'il reviendrait à la doctrine d'exprimer. Bien que courante sous la plume des professeurs de droit, cette prétention à dégager le « vrai » du « faux » est des plus discutables. En droit positif, la responsabilité contractuelle existe, quoi qu'en pense la doctrine, parce que des normes jurisprudentielles ont établi un régime et des règles d'indemnisation propres à ce type de responsabilité [...]. La doctrine propose, la jurisprudence dispose* » (J.-L. HALPÉRIN, *Introduction au droit*, 2^e éd., coll. Séquences, Dalloz, 2019, Séquence 7, p. 214).

mais d'en expliciter les motivations extra-juridiques, qu'elles soient d'ordres politique, social, économique. La raison de ce choix est due à la conception du droit qui nous semble prédominer depuis plusieurs décennies, celle de l'utilitarisme¹³². Cette philosophie, héritée de BENTHAM¹³³ et de MILL, prétend que la seule fin que doivent poursuivre les gouvernements, particulièrement au moyen du droit, est le plus grand bonheur du plus grand nombre¹³⁴. Un tel raisonnement conduit à écarter la question des finalités propres au droit¹³⁵, afin de concevoir ce dernier comme un instrument, une technique neutre au service de buts extérieurs¹³⁶ et de faire du juriste un ingénieur¹³⁷. Ainsi semblent se structurer aujourd'hui le discours du droit et le discours sur le droit : le législateur¹³⁸ assigne désormais systématiquement un but identifié aux

¹³² V. en ce sens Ph. CHANIAL, « Carl Schmitt (1892-1985) et Hans Kelsen (1881-1973) – la querelle du droit : positivisme, décisionnisme et utilitarisme » in A. CAILLÉ *et alii*, *Histoire raisonnée de la philosophie morale et politique*, La Découverte, 2001, p. 660 s., spéc. p. 667, selon lequel « l'utilitarisme constitue peut-être la matrice du droit moderne ».

¹³³ Sur la conception du droit de BENTHAM, v. not. G. TUSSEAU, « Sur le panoptisme de Jeremy Bentham », *Revue française d'histoire des idées politiques* 2004/1, p. 3.

¹³⁴ J.-P. CLÉRO, « Jeremy Bentham (1748-1832) et le principe d'utilité » in A. CAILLÉ *et alii*, *Histoire raisonnée de la philosophie morale et politique*, La Découverte, 2001, p. 493.

¹³⁵ M. VILLEY, « Critique de l'utilitarisme juridique », *RRJ* 1981-2, p. 166 s., spéc. p. 174, l'auteur estimant que « le présent succès des doctrines utilitaristes hâte la destruction » de la philosophie du droit, en raisonnant en termes de buts et non de fin. « Si tel est l'office du droit : déterminer la proportion la plus juste entre les intérêts des plaideurs ou des citoyens, les techniques utilitaristes ne lui conviennent pas. [...] La proportion juste n'est pas un but, déterminé, en fonction de quoi on puisse calculer un arsenal de moyens techniques. L'art juridique est à la quête d'une fin, non d'un but. [...] Le juste est une fin mystérieuse, qu'il s'agit d'abord de chercher, par d'autres méthodes. »

¹³⁶ L. JOSSERAND, « Un ordre juridique nouveau », *DH* 1937, p. 41 s., spéc. p. 44 : « [...] la neutralité morale du droit, telle qu'elle tend à prévaloir de nos jours, semble devoir persister ; de plus en plus, ce qui est juste, c'est ce qui est utile, ou qui paraît l'être, au plus grand nombre, à la majorité, à la masse ; les idées de Bentham et de William James peuvent mises à la base du mouvement juridique actuel [...] ; et le concept du droit naturel est menacé d'un discrédit grandissant. Il nous préservait cependant d'une excessive matérialisation, d'une mécanisation du droit [...] ; à ce titre, il est permis d'en déplorer l'éclipse qui est celle d'un idéal et d'une force spirituelle à laquelle la raison ne conçoit pas de substitut possible. » Pour un exemple parmi d'autres de théoriciens du droit concevant le droit comme un instrument : J. DABIN, *Théorie générale du droit*, Dalloz, 1969, spéc. p. 213 : « [...] la règle juridique existe en vue d'une fin distincte et supérieure, qu'elle pourrait très bien ne pas atteindre, qui pourrait être atteinte aussi par d'autres voies [...]. C'est en tant que moyen qu'elle a valeur et pour autant qu'elle réalise le but, le but du droit. En ce sens, le droit est utilitaire, la morale non. »

¹³⁷ S. NEUVILLE, *Philosophie du droit*, coll. Précis Domat droit privé, LGDJ, 2019, p. 278, n° 446 : « Même si l'on est, en réalité, assez éloigné des théories de Bentham ou de Mill, c'est une forme de philosophie qui consiste à ne surtout pas faire de philosophie... C'est une méthode d'apprentissage qui consiste à former les étudiants pour qu'ils deviennent de bons techniciens du droit capables de mémoriser quantité de textes afin de trouver la meilleure solution, sans leur donner d'ailleurs les moindres rudiments de philosophie du droit. »

¹³⁸ La jurisprudence n'est pas en reste. Il suffit d'évoquer, pour s'en convaincre, les prises de position de Guy Canivet, à l'époque où il était Premier président de la Cour de cassation, en faveur de l'analyse économique du droit : v. not. « Guy Canivet : L'organisation judiciaire doit aussi être pensée en termes d'efficacité », *Interview Les Échos* 27 avr. 2000.

lois qu'il édicte, et contribue à la multiplication des droits spéciaux¹³⁹, dont l'autonomie est fondée sur les buts spécifiques qui leur sont fixés¹⁴⁰. Il s'agit d'une véritable « *métamorphose dans la perception du droit* »¹⁴¹, en contradiction avec la conception qui a animé l'édiction du Code civil¹⁴² : un droit voué à l'universalité par son fondement¹⁴³, par l'abstraction de son destinataire¹⁴⁴ et par la généralité de ses dispositions¹⁴⁵. Aussi est-il nécessaire, afin de démontrer que les mutations qui touchent le gage général ne sont pas seulement techniques mais aussi révélatrices d'un changement de conception du droit¹⁴⁶, de mettre en évidence ces

¹³⁹ V. déjà G. BURDEAU, « Essai sur l'évolution de la notion de loi en droit français », *APD* 1939, p. 7 s., spéc. p. 44 : « *L'idée d'un droit commun à tous les Français n'a plus aujourd'hui la faveur de la démocratie ; chaque gouvernement réclame et obtient un droit qui lui est propre. C'est la conséquence inévitable de la primauté reconnue aux considérations économiques dont la nature implique l'établissement d'infinies hiérarchies entre les hommes.* » ; Adde Ph. RÉMY, « Philosophie de l'ordre civil positif » in G. PLANTY-BONJOUR, R. LEGEAIS (dir.), *L'évolution de la philosophie du droit en Allemagne et en France depuis la fin de la Seconde Guerre mondiale*, PUF, 1991, p. 145 s., spéc. p. 158, n° 20 : « *C'est manifestement aussi sur un postulat instrumental que se construisent aujourd'hui nombre de droits spéciaux, dont l'objet serait la santé de tous, ou le logement de tous, ou la sécurité de tous, ou le travail pour tous, ou la construction européenne.* »

¹⁴⁰ Ainsi, par exemple, le droit de la consommation « *est fondé, à tort ou à raison, sur la considération de la faiblesse du consommateur par rapport au professionnel fournisseur de biens et de services* » et a donc pour but la protection du consommateur (J.-D. PELLIER, *Droit de la consommation*, 2^e éd., coll. Cours, Dalloz, 2019, p. 1, n° 1).

¹⁴¹ C'est ainsi que le sociologue Jacques COMMAILLE qualifie le fait que le droit soit désormais « *pensé en référence, non plus à l'ordre qu'il est censé produire, mais aux attentes, aux aspirations, aux revendications issues de la société et des membres qui la composent* » (J. COMMAILLE, *À quoi nous sert le droit ?*, coll. Folio Essais, Gallimard, 2015, p. 75).

¹⁴² Contradiction qui peut être considérée comme rendant peu pertinente une refonte du Code civil aujourd'hui. V. en ce sens T. REVET, « À propos de l'article de Bernard Beignier « Pour un nouveau Code civil » », *D.* 2019, p. 1011, spéc. n° 25, qui estime que l'adoption d'un nouveau code dans un tel contexte ne ferait, de ce dernier, « *qu'un instrument d'accompagnement des mutations considérables que connaissent, en ce début de XXI^e siècle, les piliers du droit civil* », donc « *tout autre chose que ce, qu'en France, on met derrière les mots « code civil »* ». Rapp. les remarques d'ordre sociologique de J. COMMAILLE, « Code civil et nouveaux codes sociaux » in *Le Code civil 1804-2004 – Livre du Bicentenaire*, Dalloz-Litec 2004, p. 59 s., spéc. p. 65.

¹⁴³ L'article premier du livre préliminaire du Code civil, qui n'a finalement pas été adopté, reconnaissait explicitement que le droit existait à l'état de nature : « *Il existe un droit universel et immuable, source de toutes les lois positives : il n'est que la raison naturelle, en tant qu'elle gouverne tous les hommes.* » (P. A. FENET, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, t. II, Videcoq, 1836, p. 1)

¹⁴⁴ « [...] *le droit devient unitaire par son destinataire parce que ce dernier devient abstrait. [...] Disparition du métier, de l'état, de l'origine, etc. : seul existe un sujet, un citoyen, une abstraction. Voilà ce qui est universel dans la législation civile française du début du XIX^e siècle.* » (T. REVET, « Rapport de synthèse » in T. REVET (dir.), *Code civil et modèles – Des modèles du Code au Code comme modèle*, Bibliothèque de l'Institut André Tunc, t. 6, LGDJ, 2005, p. 593 s., spéc. p. 597)

¹⁴⁵ Conscient que « *les besoins de la société sont si variés, la communication des hommes est si active, leurs intérêts sont si multipliés, et leurs rapports si étendus, qu'il est impossible au législateur de pourvoir à tout* », PORTALIS précisait, dans son Discours préliminaire, que « *l'office de la loi est de fixer, par de grandes vues, les maximes générales du droit ; d'établir des principes féconds en conséquences, non de descendre dans le détail des questions qui peuvent naître sur chaque matière* » (P. A. FENET, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, t. I, Videcoq, 1836, p. 469-470).

¹⁴⁶ « [...] *l'histoire de la doctrine et de la science juridique montre que cette séparation radicale de la philosophie et du droit est impossible. L'évolution du droit est évidemment fonction de l'évolution de conceptions philosophiques générales.* » (C. ATIAS, « Pourquoi la philosophie du droit », *RRJ* 1982-1, p. 144 s., spéc. p. 151)

objectifs économiques et sociaux en considération desquels la notion de gage général est adaptée.

22. Un objectif non prescriptif. – Notre objectif est de proposer une étude de la notion de gage général prenant position sur l'identification de la notion, mais dépourvue de point de vue critique quant aux mutations qu'elle connaît en droit contemporain. En d'autres termes, les critiques et prises de position ne concerneront que le discours *sur* le droit – le métadiscours –, et non le discours *du* droit. Notre objectif est de déterminer ce qu'est devenue la notion de gage général, non ce qu'elle devrait être¹⁴⁷. Aucune proposition de réforme ne sera donc émise. Toutefois, il doit être remarqué que l'objectivité à laquelle notre étude prétend s'agissant du discours du droit est inatteignable. « *L'instrument de mesure, comme le relevait BACHELARD, finit toujours par être une théorie et il faut comprendre que le microscope est un prolongement de l'esprit plutôt que de l'œil.* »¹⁴⁸ L'analyse comporte, en toute hypothèse, des biais qui ne peuvent être complètement écartés, quelle que soit la hauteur depuis laquelle l'observateur contemple son objet d'étude. La remarque est d'autant plus vraie lorsque l'objet d'étude est juridique : parce que le droit est « *dans les esprits* »¹⁴⁹, sa description se fait « *au prix d'une interprétation* »¹⁵⁰. Notre description des évolutions qu'a connues le gage général en droit positif comporte donc, nécessairement, une part de subjectivité¹⁵¹.

23. Annonce de plan. – Pour mener à bien cette étude, il convient d'abord de proposer, dans une démarche dogmatique, une identification de la notion de gage général, permettant de la situer avec précision au sein des catégories du droit privé (Partie 1). Une fois identifiée la notion, il conviendra de dépasser l'approche dogmatique en évaluant, à travers la description

¹⁴⁷ JÈZE considérait que l'une des tâches du théoricien du droit était de « *rechercher dans quelle mesure tel ou tel principe pratiqué dans un pays donné, à un moment donné, est en conformité avec les autres principes juridiques, et correspond au sentiment de justice relative de l'époque et du milieu, aux besoins sociaux, économiques et politiques* ». Il ajoutait que cette étape constitue « *une partie très délicate de la tâche du théoricien ; c'est celle pour laquelle les chances d'erreur sont infiniment grandes : on verse facilement dans l'apologétique béate ou dans le dénigrement systématique, hargneux et passionné* » (G. JÈZE, « De l'utilité pratique des études théoriques de jurisprudence pour l'élaboration et le développement de la science du droit public. Rôle du théoricien dans l'examen des arrêts des tribunaux », *RDP* 1914, p. 311 s., spéc. p. 314).

¹⁴⁸ G. BACHELARD, *La formation de l'esprit scientifique*, Vrin, 1938, p. 242.

¹⁴⁹ Pour reprendre l'intitulé d'un célèbre article de P. AMSELEK, « Le droit dans les esprits » in P. AMSELEK, C. GRZEGORCZYK (dir.), *Controverses autour de l'ontologie du droit*, coll. Questions, PUF, 1989, p. 27.

¹⁵⁰ M. VIRALLY, *La pensée juridique*, LGDJ, 1960, p. XXXIX.

¹⁵¹ « *Sans pouvoir entièrement vaincre ces obstacles ni abolir sa dépendance par rapport à l'idéologie inhérente au système auquel il appartient, le juriste ne peut faire œuvre de science qu'en prenant toujours plus lucidement conscience de ces limites.* » (M. VAN DE KERCHOVE, F. OST, « Possibilité et limites d'une science du droit », *RIEJ* 1978/1, p. 1 s., spéc. p. 39)

des différents mouvements parcourant le droit contemporain depuis plusieurs décennies, ce qu'il subsiste de cette notion (Partie 2).

PARTIE I

L'IDENTIFICATION DE LA NOTION

« Peu de broquarts sont plus connus et plus souvent répétés que ce dernier ; peu aussi sont moins souvent expliqués et justifiés. Expliquer et justifier cet axiome peut paraître expliquer et justifier l'évidence même. Pourtant, en y réfléchissant et en faisant abstraction d'habitudes de pensée plusieurs fois séculaires, rien n'est moins naturel et moins logique au premier abord que cette règle. »¹⁵²

24. Chercher à identifier la notion de gage général peut paraître inutile tant le principe qu'elle renferme semble élémentaire pour tout juriste, résumé par un adage pluriséculaire – *Qui s'oblige oblige le sien* – et consacré par un texte « culte »¹⁵³, considéré comme un des « grands articles du Code civil »¹⁵⁴. À la profusion des mentions à la notion de gage général dans la plupart des branches du droit privé¹⁵⁵ est opposée son absence dans les intitulés de thèses de doctorat¹⁵⁶. Le contenu de la notion de gage général serait-il si évident qu'il peut se dispenser d'une étude approfondie ? Au début du XX^e siècle, REMPLER dénonçait déjà ce faux semblant, qu'il faut renouveler, à plus forte raison, à une époque contemporaine où la pertinence de cette notion est mise en doute.

25. Une entreprise d'identification de la notion de gage général doit démarrer par un état des lieux de la production doctrinale sur la question. Car si l'étude de la notion de gage général à titre principal a été délaissée, l'on se rend vite compte, en examinant la littérature juridique, que l'intérêt qu'elle a suscité à titre secondaire en doctrine est vif et que les réflexions qui en sont issues sont nombreuses et originales. Cette diversité démontre toutefois l'existence de difficultés inhérentes à l'appréhension d'une notion aussi riche et fuyante que le gage général, dont il faudra rendre compte (Titre 1). L'état des lieux des réflexions doctrinales apportées à la

¹⁵² J.-P. REMPLER, *L'individu et son patrimoine*, A. Rousseau, 1910, p. 111-112.

¹⁵³ Ph. DELEBECQUE, « Le droit de gage des créanciers sur le patrimoine de leur débiteur a-t-il un caractère général ? » in *Mélanges en l'honneur de François Collart-Dutilleul*, Dalloz, 2017, p. 299 s., spéc. p. 299.

¹⁵⁴ L'article 2284 du Code civil fait en effet partie des textes analysés par A. BÉNABENT, D. MAZEAUD, *Les grands articles du Code civil*, 3^e éd., Dalloz, 2017.

¹⁵⁵ Notion évoquée dans les manuels d'introduction au droit, de droit des obligations, de droit des biens, de droit des successions, de droit des régimes matrimoniaux, de procédures civiles d'exécution, de droit des sûretés, de droit des entreprises en difficulté, de droit des sociétés, ...

¹⁵⁶ À l'exception notable de R. BLASSELLE, *Essai sur la notion d'action paulienne – L'opposabilité du droit de gage général*, th. Paris II, dactyl., 1994 ; I. PRETELLI, *La protection du droit de gage général en droit international privé (l'action oblique, l'action paulienne et l'action en déclaration de simulation)*, th. Paris II, dactyl., 2005.

notion de gage général et des difficultés d'identification qu'elles traduisent nous permettra ainsi de proposer, à notre tour, une identification, précise et exhaustive, de la notion de gage général (Titre 2).

TITRE I

LES DIFFICULTÉS D'IDENTIFICATION DE LA NOTION

26. Malgré l'absence de monographies consacrées à la notion de gage général, celle-ci est loin d'avoir été ignorée par la doctrine. La première analyse du gage général à laquelle tout juriste pense est, bien sûr, celle issue de la théorie du patrimoine d'AUBRY et RAU, mais elle ne doit pas éluder les multiples explications qui, du début du XX^e siècle jusqu'à aujourd'hui, ont été proposées pour mieux identifier cette notion. L'évocation de ces différentes analyses est indispensable à une étude consacrée au gage général. Elle permet, d'abord, de rendre compte de la richesse de l'œuvre doctrinale sur le sujet. Mais elle constitue aussi le préalable nécessaire à une meilleure identification de la notion. Une telle diversité dans les analyses témoigne, en effet, de la complexité de cerner de manière satisfaisante le gage général. Déceler, dans un premier temps, les difficultés rencontrées par les auteurs de chacune de ces analyses doit ainsi nous permettre, dans un second temps, de franchir ces obstacles afin de tenter d'identifier la notion.

27. Les écueils rencontrés par la doctrine dans l'identification du gage général sont de trois ordres. Plusieurs explications données au gage général éprouvent une difficulté à distinguer le gage général de notions aux fonctions voisines (Chapitre 1), d'autres butent sur la source du gage général (Chapitre 2) et, enfin, les explications les plus abouties du gage général se retrouvent confrontées à la délicate appréhension de l'assiette du gage général, qui a été résumée tantôt à la personne même du débiteur, tantôt à un statut de bien (Chapitre 3).

CHAPITRE 1 : LA DIFFICULTÉ D'ISOLER LA NOTION DE GAGE GÉNÉRAL

28. Dans une approche utilitaire, il est fréquent de présenter le gage général parmi les armes à disposition du créancier afin de réagir à l'impayé de son débiteur¹⁵⁷. Lisible, ce genre de présentation est cependant inapte à donner des contours précis à la notion de gage général, celle-ci étant envisagée comme un élément parmi d'autres de la « stratégie » du créancier¹⁵⁸. L'on retrouve une telle présentation du gage général dans la théorie dualiste de l'obligation (Section 1), et dans un courant moins connu, consistant à envisager le gage général comme un droit du créancier d'ordre procédural (Section 2). Ces deux explications seront exposées, puis discutées afin d'avancer vers une identification plus satisfaisante de la notion.

¹⁵⁷ La méthode évoque la présentation de l'inexécution du contrat qu'avait proposée Denis TALLON, inspirée des *remedies* des droits anglo-saxons : D. TALLON, « L'inexécution du contrat : pour une autre présentation », *RTD civ.* 1994, p. 223.

¹⁵⁸ Pour reprendre le titre d'un ouvrage à vocation pratique : J.-C. WOOG, *La stratégie du créancier*, Dalloz, 1997.

SECTION 1 : L'INSUFFISANCE DE L'ANALYSE DUALISTE DE L'OBLIGATION

29. L'analyse dualiste de l'obligation est une théorie souvent invoquée en doctrine pour apporter une explication à différents mécanismes de droit des obligations ou de droit des sûretés : solidarité, condition suspensive, obligation naturelle, cautionnement, etc. Diviser l'obligation en une composante de dette et une composante de contrainte a, en effet, le mérite de simplifier l'explication de bien des notions. Ce recours ponctuel ne doit, toutefois, pas faire oublier que l'analyse dualiste de l'obligation a vocation à donner une explication globale de la notion d'obligation. Le mécanisme du gage général y est alors envisagé comme un élément de la composante de contrainte de l'obligation, ce qui prête le flanc à un certain nombre de critiques. Différentes versions de cette analyse dualiste ont été développées en doctrine, ce qui nous contraint à envisager dans un premier temps, l'explication du gage général donnée par la version originelle de l'analyse dualiste et ses imperfections (I) puis, dans un second temps, l'explication du gage général proposée par les réinterprétations de l'analyse dualiste ainsi que les défauts qui lui sont propres (II).

I. L'INSUFFISANCE DE L'ANALYSE DUALISTE

« CLASSIQUE »

30. L'analyse dualiste de l'obligation est née en Allemagne à la fin du XIX^e siècle, puis est parvenue à la doctrine française au XX^e siècle. Il convient de présenter le contenu initial de cette analyse ainsi que l'analyse qu'elle donne du gage général (A), puis d'en faire la critique (B).

A.- PRESENTATION

31. **Une théorie forgée au milieu d'une controverse fondamentale.** – Saisir l'enjeu de la construction de la théorie dualiste de l'obligation implique de la replacer dans le contexte de la pensée juridique allemande de la fin du XIX^e siècle. À cette époque, deux courants de pensée étaient en conflit. L'idéalisme juridique de SAVIGNY a, pourtant, été largement dominant tout

au long de ce siècle : fondant sa conception du droit sur la liberté de l'individu et sa relation à autrui¹⁵⁹, SAVIGNY donne une place centrale à la volonté¹⁶⁰. Le lien de droit qu'est l'obligation est, dans cette conception, conçu à l'égard du créancier comme le règne de sa volonté individuelle¹⁶¹, tandis qu'à l'égard du débiteur, elle est une « restriction à sa liberté »¹⁶². L'essence de l'obligation, dans une telle conception, réside alors dans la prestation du débiteur, puisque « l'état normal et naturel consiste dans la reconnaissance et l'exécution volontaire du droit, tandis que la lutte contre la résistance injuste (la coercition, l'action) ne peut être considérée que comme le redressement d'un état anormal »¹⁶³. Un juriste non moins célèbre s'est alors inscrit en faux contre cette conception volontariste du droit : JHERING a, en effet, réclamé que les juristes reviennent à une approche plus concrète du droit en rompant avec l'approche idéaliste du droit centrée sur la volonté. Le droit est, pour lui, l'objet d'une lutte des individus pour parvenir à un but suprême, la paix¹⁶⁴. Il est ainsi conçu comme un combat de chaque individu pour la défense de son intérêt¹⁶⁵. Le curseur est, dès lors, non plus placé sur la volonté mais bien plutôt sur l'action¹⁶⁶. Il résulte de cette doctrine une nouvelle analyse de l'obligation développée par de auteurs tels que BRINZ, percevant le critère de l'obligation dans la possibilité de contraindre le débiteur¹⁶⁷.

¹⁵⁹ Pour un résumé de la conception du droit de SAVIGNY, v. O. JOUANJAN, *Une histoire de la pensée juridique en Allemagne (1800-1918)*, coll. Léviathan, PUF, 2005, p. 165 s.

¹⁶⁰ Sur cette place, v. O. JOUANJAN, « La volonté dans la science juridique allemande du XIX^e siècle : itinéraires d'un concept, entre droit romain et droit politique », *Droits* 1999, p. 47 s.

¹⁶¹ F. K. VON SAVIGNY, *Traité de droit romain*, t. I, trad. M. Guenoux, Firmon Didot, 1840, p. 7 : « Le droit [...] nous apparaît comme un pouvoir de l'individu. Dans les limites de ce pouvoir, la volonté de l'individu règne, et règne du consentement de tous. Ce pouvoir ou faculté, nous l'appelons droit, et quelques-uns l'appellent droit dans le sens subjectif. »

¹⁶² F. K. VON SAVIGNY, *Le droit des obligations*, t. I, trad. C. Gerardin et P. Jozon, A. Durand, 1863, p. 16.

¹⁶³ F. K. VON SAVIGNY, *op. cit.*, p. 17 : « [...] c'est l'activité du débiteur qui doit être considérée comme le point capital, comme l'essence propre de l'obligation, et celle du créancier comme l'accessoire. Car dans l'obligation comme dans tout rapport de droit en général, l'état normal et naturel consiste dans la reconnaissance et l'exécution volontaire du droit, tandis que la lutte contre la résistance injuste (la coercition, l'action) ne peut être considérée que comme le redressement d'un état anormal. ». Adde B. WINDSCHEID (l'ouvrage *Lehrbuch des Pandektenrechts* n'ayant jamais été traduit en français, nous nous sommes référés à sa traduction italienne), *Diritto delle pandette*, trad. C. Fadda et P. E. Bensa, t. II, Torino, 1904, p. 3, § 250 : « [...] l'obligation « en première ligne » tend à une activité du débiteur, et je crois, qu'en tous les cas dans lesquels l'obligation s'éteint grâce au désintéressement du créancier n'émanant pas (directement ou indirectement) du débiteur, il s'agit d'une conséquence non du concept, mais du but de l'obligation. » (traduit par nos soins)

¹⁶⁴ R. VON JHERING, *La lutte pour le droit*, trad. O. de Meulenaere (1890), Dalloz, 2006, p. 1 : « La paix est le but que poursuit le droit, la lutte est le moyen pour l'atteindre. »

¹⁶⁵ R. VON JHERING, *op. cit.*, p. 113 : « A la maxime : tu gagneras ton pain à la sueur de ton front, correspond avec tout autant de vérité celle-ci : tu trouveras ton droit dans la lutte. »

¹⁶⁶ R. VON JHERING, *op. cit.*, p. 85 : « Quelque sain soit le sentiment juridique, il ne résiste pas à un droit corrompu ; il s'émeuse, s'étiole et périt. C'est que l'essence du droit, comme nous l'avons déjà souvent répété, consiste dans l'action. L'action libre est pour le sentiment juridique ce que l'air libre est pour la flamme [...]. »

¹⁶⁷ F. K. COMPARATO, *Essai d'analyse dualiste de l'obligation en droit privé*, préf. A. Tunc, Dalloz, 1964, p. 4 s., n° 3 s.

32. La construction et la renommée de l'analyse dualiste. – L'analyse dualiste de l'obligation intervient précisément à cette époque dans la doctrine allemande afin de concilier ces deux analyses opposées dans une théorie unique de l'obligation. Elle trouve alors un écho considérable dans la doctrine italienne¹⁶⁸, tandis que l'attrait de la doctrine française a été plus tardif. À ce jour, seulement trois études d'ensemble en langue française ont été consacrées à la théorie dualiste de l'obligation¹⁶⁹. La première est surtout une étude de synthèse des analyses doctrinales en Allemagne et en Italie de la théorie dualiste¹⁷⁰ ; la deuxième est une étude d'application de la théorie dualiste au droit suisse¹⁷¹ ; la dernière détaille la structure de l'analyse dualiste et l'applique au droit français¹⁷². La théorie dualiste de l'obligation prend pour point de départ une analyse historique expliquant la réunion des deux éléments formant l'obligation moderne. L'exposé et la critique de cette présentation historique ont déjà été formulés de manière savante et exhaustive¹⁷³, seule la présentation dogmatique de la théorie dualiste sera donc abordée.

33. *Debitum* / *Schuld* / *Devoir*. – Le premier élément composant l'obligation correspond au « *devoir incombant à une partie, dans un rapport juridique déterminé, d'accomplir une prestation positive ou négative en faveur d'une autre* »¹⁷⁴. Cet élément de l'obligation « *s'épuise dans le devoir du débiteur d'accomplir, vu que toute maîtrise tendant à produire par contrainte la prestation du débiteur lui est étrangère* »¹⁷⁵. Il s'agit donc d'un rapport en vertu duquel le débiteur doit accomplir une prestation, et le créancier a le droit de la recevoir. Versant volontariste de l'obligation, cet élément correspond à la conception de l'obligation développée par SAVIGNY. Elle n'appelle que peu de développements car, de l'aveu des partisans de

¹⁶⁸ V. not. C. GANGI, « Debito e responsabilità nell'antico diritto germanico e nel vigente diritto tedesco » in *Scritti giuridici vari*, CEDAM, 1933.

¹⁶⁹ Il convient d'y ajouter une synthèse plus récente : S. PRIGENT, « Le dualisme dans l'obligation », *RTD civ.* 2008, p. 401.

¹⁷⁰ E. A. POPA, *Les notions de « debitum » (Schuld) et d'« obligatio » (Haftung) et leur application en droit français moderne*, préf. R. Demogue, E. Muller, 1935.

¹⁷¹ J. PELET, *La théorie dualiste de l'obligation et son application en droit suisse*, C. Pache, 1937. Il est à noter que l'étude de cet auteur aboutit à un constat d'échec de l'analyse dualiste à expliquer de manière satisfaisante le droit positif, au contraire des deux autres.

¹⁷² F. K. COMPARATO, *op. cit.*

¹⁷³ Les auteurs ayant critiqué et invalidé les thèses historiques des tenants de la théorie dualiste de l'obligation sont J. MAILLET, *La théorie de Schuld et Haftung en droit romain*, th. Aix-en-Provence, 1944 ; F. DE VISSCHER, « Les origines de l'obligation *ex delicto* », *RHD* 1928, p. 335 s. L'analyse de ces deux auteurs a été résumée par G. FOREST, *Essai sur la notion d'obligation en droit privé*, préf. F. Leduc, Nouvelle bibliothèque de thèses, vol. 116, Dalloz, 2012, p. 63 s., n° 99 s.

¹⁷⁴ F. K. COMPARATO, *op. cit.*, p. 43, n° 25.

¹⁷⁵ E. A. POPA, *op. cit.*, p. 295-296, n° 173.

l'analyse dualiste, « *ses manifestations extérieures se réduisent à très peu de choses, tout acte de contrainte directe ou indirecte lui étant étranger ; il justifie une exécution volontaire, il est valablement payable* »¹⁷⁶.

34. *Obligatio / Haftung / Engagement.* – C'est lorsque ce premier élément est combiné avec un second que l'obligation prend sa forme moderne. Cet élément, « *pris en soi-même, consiste donc en une maîtrise en vertu de laquelle le créancier a, dans certains cas bien déterminés, un droit d'agression contre l'objet assujetti* »¹⁷⁷. Autrement dit, il s'agit de la « *sanction du devoir au sein de l'obligation* »¹⁷⁸. Cette dimension contraignante de l'obligation portait, dans l'ancien droit romain, directement sur la personne du débiteur, qui pouvait être asservie, privée de liberté, mutilée. En droit moderne, « *c'est toujours le débiteur qui est objet de cette maîtrise du créancier, mais il ne s'agit plus que du côté patrimonial de la personnalité* »¹⁷⁹. Un tel rapprochement permet aux auteurs tenants de l'analyse dualiste de l'obligation de contester la doctrine soutenant la dépersonnalisation de l'obligation : « *le patrimoine du débiteur, gage commun de ses créanciers, selon l'expression de l'article 2093 du Code civil, n'est aucunement objectivé ou détaché de la personne de son titulaire* »¹⁸⁰, preuve en est que c'est le « *pouvoir d'acquérir de nouveaux droits qui est fondamentalement engagé dans l'obligation, et non pas seulement la somme algébrique des biens constituant le contenu du patrimoine du débiteur* »¹⁸¹. Ces remarques pourraient faire croire que pour les tenants de l'analyse dualiste, l'*obligatio* tient seulement dans le gage général conféré au créancier¹⁸². Il n'en est pourtant rien lorsque les auteurs détaillent le contenu de cet élément de l'obligation.

¹⁷⁶ J. PELET, *op. cit.*, p. 81.

¹⁷⁷ E. A. POPA, *op. cit.*, p. 297, n° 175.

¹⁷⁸ F. K. COMPARATO, *op. cit.*, p. 49-50, n° 30.

¹⁷⁹ E. A. POPA, *op. cit.*, p. 297-298, n° 175.

¹⁸⁰ F. K. COMPARATO, *op. cit.*, p. 62, n° 38.

¹⁸¹ F. K. COMPARATO, *op. cit.*, p. 63, n° 40.

¹⁸² V. par ex. M. BANDRAC, *La nature juridique de la prescription extinctive en matière civile*, préf. P. Raynaud, coll. Recherches juridiques, Economica, 1986, p. 34, n° 19 : « *Ce rapport [l'obligatio] a donc pour contenu, d'une part les prérogatives qui découlent du droit de gage général sur le patrimoine du débiteur ou se rapportent à celui-ci, d'autre part, le cas échéant, les prérogatives découlant des sûretés.* » ; C. RENAULT-BRAHINSKY, *Droit des obligations*, 10^e éd., coll. Mémentos LMD, Gualino, 2013, p. 26 : L'auteur décompose l'obligation en un devoir et un pouvoir de contrainte, et présente ce dernier comme s'exerçant « *indirectement sur le débiteur, c'est-à-dire à travers ses biens* » (cet auteur a depuis modifié la présentation de l'obligation dans les éditions suivantes de son ouvrage).

B.- CRITIQUE

35. Les frontières troubles de l'obligatio. – Lorsqu'il présente les analyses des auteurs allemands, POPA remarque lui-même qu'« *il n'est pas aisé de donner un aperçu synthétique [...] quant à la distinction dans l'obligation entre l'élément Dette et l'élément Responsabilité* ». Et pour cause, l'unité de l'élément *obligatio* semble discutable. La définition extrêmement large retenue de l'obligatio conduit à considérer comme étant de même nature des prérogatives du créancier aux fonctions pourtant très différentes¹⁸³ : certaines prérogatives ont « pour but direct et premier de compenser l'inexécution de la prestation. Ce n'est qu'accidentellement qu'elles jouent le rôle d'une contrainte assurant l'exécution par le débiteur. Les autres au contraire tendent avant tout à faire pression sur lui pour qu'il exécute¹⁸⁴ ; leur fonction de compensation existe aussi, mais n'est pas le but essentiel que le droit poursuit en les établissant »¹⁸⁵. Ajoutons même que certains moyens à disposition du créancier n'ont aucune de ces deux fonctions mais se contentent de permettre au créancier de se libérer de la relation contractuelle, sans satisfaction¹⁸⁶. Cette hétéronomie des éléments de l'*obligatio*¹⁸⁷ semble d'ailleurs embarrasser l'un des auteurs lorsqu'il s'attelle à déterminer la nature juridique de cette composante de l'obligation¹⁸⁸. À l'issue de ses développements, il admet qu'« *il paraît impossible de le classer parmi les catégories juridiques traditionnelles. S'il faut bien définir sa nature, nous ne pouvons*

¹⁸³ E. A. POPA, *op. cit.*, p. 300, n° 176 : Outre le gage général, l'auteur mentionne parmi les autres prérogatives du créancier les astreintes (p. 300, n° 176), la compensation, le droit de rétention (p. 301, n° 178) ; F. K. COMPARATO, *op. cit.*, p. 73 s., n° 49 s. : Lorsque l'auteur détaille le contenu de la face *Engagement* de l'obligation, il expose l'engagement patrimonial (p. 62 s., n° 39 s.), puis les moyens d'exécution forcée non patrimoniale (p. 73 s., n° 50 s.). Il expose ainsi la mise en demeure, la compensation, les clauses de voie parée et pactes commissaires, les hypothèses d'exécution directe, la résolution unilatérale et le droit de rétention. On perçoit donc bien l'embarras de cet auteur qui, en accumulant les prérogatives extra-judiciaires du créancier, cherche à donner un contenu unitaire à l'*obligatio*.

¹⁸⁴ On peut citer à ce titre les astreintes, le droit de rétention, la mise en demeure.

¹⁸⁵ J. PELET, *op. cit.*, p. 293.

¹⁸⁶ C'est le cas de l'exception d'inexécution, de la résolution unilatérale.

¹⁸⁷ Donnée qui a amené certains auteurs à proposer de décomposer en trois éléments et non pas en deux : H., L. et J. MAZEAUD, *Leçons de droit civil*, t. II, vol. 1, *Obligations – Théorie générale*, 9^e éd. par F. CHABAS, Montchrestien, 1998, p. 7, n° 9 : « *Il serait plus logique de dissocier l'obligation en trois éléments : la dette, la responsabilité en cas d'inexécution, la contrainte. Il est essentiel, en effet, de distinguer la dette, telle qu'elle résulte, par exemple, d'un contrat, de l'obligation qui pèse sur le débiteur n'ayant pas exécuté le contrat, et qui est différente de la dette primitive.* »

¹⁸⁸ Certains sont de véritables moyens de pression pour obtenir l'exécution volontaire du débiteur – droit de rétention, mise en demeure –, d'autres sont des moyens d'exécution directe – compensation – ou d'exécution par équivalent – pacte commissaire et clause de voie parée –, d'autres encore sont des moyens ne procurant aucune satisfaction au créancier – exception d'inexécution, résolution unilatérale.

qu'avoir recours à la notion de pouvoir », notion au demeurant bien mystérieuse¹⁸⁹ ... Pis, PELET concède, dans la conclusion de sa thèse, que « *la première erreur de la théorie dualiste consiste à n'avoir pas tenu compte de cette différence* »¹⁹⁰ de nature entre les éléments classés dans la face obligatio. Il affirme la porosité de ces deux éléments, qui en réalité participent tous deux de manière égale à la nature de l'obligation et qu'il est impossible de compartimenter tels deux éléments indépendants : « *On ne peut scinder l'obligation en deux rapports finis embrassant l'ensemble de ses éléments de définition, de ses effets et de leurs mutuelles relations : il est parfaitement arbitraire, par exemple, de vouloir attribuer les conséquences de la demeure à l'influence de l'élément de responsabilité plutôt qu'à celui de dette.* »¹⁹¹

36. L'impossibilité de distinguer le gage général des autres composantes de l'obligatio. – En outre, la dilution de toutes les prérogatives du créancier, aussi diverses soient-elles, au sein d'une seule notion a pour inconvénient majeur de donner l'illusion d'un bloc inaltérable. Il devient alors impossible d'isoler les différents éléments qui la composent¹⁹² et qui, en réalité, peuvent être parfaitement indépendants, comme en témoigne la possibilité pour le créancier de renoncer à certaines de ses prérogatives et pas à d'autres¹⁹³, ou les hypothèses dans lesquelles le créancier, en raison de sa qualité, dispose de prérogatives supplémentaires au droit commun, comme c'est le cas des actions directes. Comment mettre en exergue ces situations avec *une seule notion* regroupant tous les moyens de contrainte et de sanction¹⁹⁴ à la disposition du créancier ? Certes, l'on peut reconnaître à l'analyse dualiste le

¹⁸⁹ L'auteur définit le pouvoir comme « *la faculté de produire des effets juridiques au regard des tiers, sans négliger pour autant les conséquences différentes qui résultent de l'exercice des pouvoirs pour la défense de ses propres intérêts ou pour la défense des intérêts d'autrui* » (F. K. COMPARATO, *op. cit.*, p. 23, n° 11).

¹⁹⁰ J. PELET, *op. cit.*, p. 294.

¹⁹¹ J. PELET, *op. cit.*, p. 295.

¹⁹² V. par ex. E. PUTMAN, *La formation des créances*, th. Aix-Marseille, dactyl., 1987, p. 658, n° 557 : « *Le droit au paiement n'est pas tout l'élément « Haftung » (qui suppose aussi le droit à la contrainte) ; il en est une partie.* »

¹⁹³ Sur la renonciation au droit à agir en paiement et les problèmes qu'engendrent son explication par l'analyse dualiste, v. *infra*, n° 142.

¹⁹⁴ Il est à ce titre important de noter que contrainte et sanction doivent être distingués, à condition de retenir une définition précise de cette dernière. Monsieur JESTAZ y a apporté une contribution essentielle en la définissant comme le « *tarif* » (Ph. JESTAZ, « La sanction ou l'inconnue du droit », *D.* 1986, p. 197), c'est-à-dire un « *effet social précis en cas de violation et/ou en cas de respect* » d'une norme (p. 201). Ainsi définie, la sanction peut être négative ou positive, autrement dit, peut constituer en une peine consécutive à la violation d'une norme, ou une récompense consécutive au respect d'une norme. Une telle définition permet, en outre, de distinguer la sanction de la contrainte, la seconde n'étant pas consubstantielle à la première. La contrainte peut en effet accompagner la sanction, et constituer ainsi l'« *exécution du tarif* » (Ph. JESTAZ, art. préc., p. 199), la « *garantie du respect de la sanction* » (N. BOBBIO, « Les sanctions positives » in N. BOBBIO, *De la structure à la fonction : nouveaux essais de théorie du droit*, trad. D. Soldini, Dalloz, 2012, p. 61 s., p. 66). Mais une sanction peut très bien exister sans recours à la contrainte. Et réciproquement, la contrainte ne doit pas être réduite à son rôle d'accessoire de la sanction (M. VIRALLY, *La pensée juridique*, LGDJ, 1960, p. 70).

mérite de « *marquer le rôle essentiel de la sanction dans la détermination du rapport juridique* »¹⁹⁵ et d'expliquer simplement certaines institutions comme l'obligation naturelle ou les sûretés contractées en garantie de la dette d'autrui¹⁹⁶. Mais « *les dangers de confusion* »¹⁹⁷, le « *mélange des genres* »¹⁹⁸ qu'elle implique sont nombreux et créent un appauvrissement des catégories juridiques, en particulier de la notion de gage général. Celle-ci est, en effet, indissociée d'autres moyens d'action du créancier au mécanisme et au régime pourtant bien différents¹⁹⁹. Les apports de l'analyse dualiste à la dogmatique sont donc limités. Malgré l'absence manifeste de consistance des deux éléments de l'analyse dualiste de l'obligation, cette dernière a connu un succès non négligeable dans la doctrine française, qu'elle a souvent réinterprété à sa manière. Il en a résulté une volatilité encore plus importante du contenu des deux éléments, notamment de l'*obligatio*.

II. L'INSUFFISANCE DES REINTERPRETATIONS DE L'ANALYSE DUALISTE

37. L'analyse dualiste conçue comme la succession de deux moments de l'obligation. – Il a déjà été remarqué qu'une application d'ensemble de la théorie dualiste n'a été faite qu'à trois reprises dans la doctrine francophone, dont le résultat s'est avéré mitigé. Ce constat n'a pas empêché beaucoup d'auteurs de se prévaloir de cette théorie²⁰⁰ pour résoudre certains points particuliers, en la réinterprétant au passage de manière souvent radicale. Ainsi, plusieurs

¹⁹⁵ J. PELET, *op. cit.*, p. 297. Rappr. J. CARBONNIER, *Sociologie juridique*, 2^e éd., coll. Quadrige, PUF, 2004, p. 410 : « *Il reste au crédit durable de cet épisode intellectuel d'avoir mis en relief l'importance de la contrainte en droit privé.* »

¹⁹⁶ Raison pour laquelle l'analyse dualiste de l'obligation est omniprésente dans les manuels et monographies consacrés au droit des sûretés.

¹⁹⁷ *Ibid.*

¹⁹⁸ D. GRIMAUD, *Le caractère accessoire du cautionnement*, préf. D. Legeais, PUAM, 2001, p. 455, note 56.

¹⁹⁹ Sur la distinction du gage général avec d'autres prérogatives du créancier, v. *infra*, n° 169.

²⁰⁰ V. J. DERRUPPÉ, *La nature juridique du droit du preneur à bail et la distinction des droits réels et des droits de créance*, préf. J. Maury, Dalloz, 1952, p. 288, n° 253, constatant qu'il est « *très difficile d'isoler complètement chacun de ces deux éléments, surtout si l'on donne du rapport de responsabilité une définition extrêmement large, comprenant tous les moyens destinés à assurer l'exécution de la dette ou à compenser pour le créancier l'inexécution de celle-ci. Mais, quelle que soit la forme que l'on donne à cette distinction, et l'importance qu'on lui attribue, il faut remarquer qu'elle correspond à une certaine réalité* » (Nous soulignons).

auteurs, dans le sillage de Francesco CARNELUTTI²⁰¹, ont modifié la dichotomie de l'analyse dualiste en percevant dans le *debitum* le droit substantiel, et dans l'*obligatio* la mise en œuvre procédurale de ce droit, autrement dit l'action²⁰². D'autres ont, de manière comparable, utilisé l'analyse dualiste pour distinguer la naissance de la créance et sa perfection dans la durée²⁰³, ou ont perçu le basculement du *debitum* vers l'*obligatio* au stade du jugement, qui « *concrétise la "Haftung" [...] [et] transforme le rapport statique, dépendant de la confiance en un rapport*

²⁰¹ F. CARNELUTTI, « Appunti sulle obbligazioni », *Rivista del diritto commerciale*, 1915, I, p. 515. Dans cet article, l'auteur critique la théorie dualiste pour la réinterpréter, en estimant qu'il n'y a pas deux éléments dans l'obligation, mais deux *moments* : le *debito* (ou *Schuld*, ou *debitum*), rapport d'obligation initial qui, s'il fait l'objet d'une inexécution de la part du débiteur, fait naître la *responsabilità* (ou *Haftung*, ou *obligatio*). Aussi le droit de gage conféré au créancier pesant sur le patrimoine du débiteur n'est-il pas un élément de l'obligation mais son produit : « *il diritto, il quale viene realizzato sul patrimonio del debitore invece del diritto di credito non è un elemento (una parte), ma un prodotto del diritto di credito, non esiste in questo, ma nasce da questo* » (p. 550).

²⁰² J. MARTIN DE LA MOUTTE, *L'acte juridique unilatéral*, préf. P. Raynaud, Sirey, 1951, p. 302 s., n° 332 s. : L'auteur analyse la renonciation unilatérale du droit de créance à l'aune de la théorie dualiste. Son analyse est la suivante : « *Il est permis de se demander [...] si cette distinction ne correspond pas à celle à laquelle on s'est fréquemment référé entre le droit substantiel et le droit d'action laquelle déborderait le droit de créance, pour recouvrer tous les droits en général.* » (p. 304, n° 333) Appliquée à son objet d'étude, il en conclut : « [...] nous pensons donc que sur le terrain des principes, la renonciation unilatérale au droit de créance [...] n'anéantit pas le droit de créance, mais atteint seulement l'élément de contrainte contenu dans l'obligation. Elle supprime le droit d'action du créancier, mais laisse subsister le droit substantiel qui est le rapport de dette lui-même. » (p. 306, n° 335) ; Rapp. S. TANAGHO, *De l'obligation judiciaire – Étude morale et technique de la révision du contrat par le juge*, préf. P. Raynaud, Bibliothèque de droit privé, t. LXIV, LGDJ, 1965, p. 125, n° 55 : « *Enfin, la responsabilité n'est pas source d'une obligation nouvelle, car elle est par définition l'un des deux éléments d'une obligation et sert seulement à assurer la réalisation complète de celle-ci. Ainsi, la contestation du premier élément de l'obligation (la dette) n'éteint pas l'obligation tout entière, mais elle fait seulement agir le deuxième élément (la responsabilité). De même, la protection assurée par ce deuxième élément ne met pas fin à la vie de l'obligation, mais au contraire elle la fait valoir contre les obstacles.* »

²⁰³ E. PUTMAN, *La formation des créances*, th. Aix-Marseille, dactyl., 1987, p. 185 s., n° 171 s. : « *Pour reprendre l'analyse dualiste de l'obligation, on pourrait dire que le contrat, à dater de sa conclusion, crée le rapport de droit, le lien substantiel d'obligation, la « Schuld ». Mais que les prérogatives concourant à la contrainte, à l'engagement du patrimoine du débiteur, à la « Haftung » ne se complèteront qu'ensuite, au fur et à mesure. L'existence du droit de créance ne permettra pas forcément d'emblée l'exercice des droits du créancier.* » ; Rapp. J. CARBONNIER, *Droit civil, vol. II, Les biens – Les obligations*, Quadrige, PUF, 2004, p. 2445, n° 1229 : « *Il y a, en effet, une première phase où la créance, entre sa naissance et son accomplissement, grosse de satisfactions à venir, a déjà une valeur, mais qui ne sera réalisée que plus tard : le débiteur doit, le créancier a un droit ; ils sont en face l'un de l'autre ; l'obligation n'est encore, pour l'heure, qu'un rapport (immobile) d'obligation. Mais, si la dette n'est pas volontairement payée, le créancier va pouvoir passer à l'attaque sur le patrimoine, sinon sur la personne, du débiteur ; il mettra en acte ce qui n'était jusqu'ici qu'assujettissement virtuel : maintenant, l'obligation n'est plus simple rapport d'obligation, elle est pouvoir (agressif) de contrainte.* » ; K. LAFAURIE, *La force obligatoire du contrat à l'épreuve des procédures d'insolvabilité*, préf. G. Wicker, Bibliothèque de droit privé, t. 595, LGDJ, 2020, p. 295 s., n° 347, l'auteur assimilant l'élément *haftung* à l'exigibilité de l'obligation.

dynamique, dépendant de la contrainte »²⁰⁴, ou encore y ont vu la mise en exergue du passage de l'exécution en nature à l'exécution par équivalent²⁰⁵.

38. Critique. – Toutes ces présentations ont en commun de concevoir les deux composantes de l'obligation moins comme deux éléments que comme deux *moments*. Leur présentation n'en est pas plus satisfaisante ; elle l'est même encore moins puisqu'elle conduit à nier que le créancier ait des moyens de contrainte en amont de l'exécution ou même de l'exigibilité de l'obligation²⁰⁶. Autrement dit, cette présentation rend inexplicables tous les moyens ouverts au créancier de protéger son gage général avant toute exécution.

39. L'analyse dualiste conçue comme les faces juridique et économique de l'obligation.
– Dans un tout autre sens, d'autres auteurs ont interprété l'analyse dualiste comme faisant la distinction entre la face économique et la face juridique de l'obligation. Ainsi « *la première composante met l'accent sur la valeur que représente l'obligation, la seconde insiste sur le caractère contraignant du rapport de droit auquel elle donne naissance. La première envisage l'obligation comme un bien, la seconde comme un lien* »²⁰⁷.

40. Critique. – Si nous souscrivons tout à fait à l'idée selon laquelle l'obligation est non seulement un lien, mais aussi un bien, nous contestons leur dissociation par le recours à l'analyse dualiste. Plusieurs ouvrages consacrés au droit des obligations utilisent cette double

²⁰⁴ N. M. K. GOMAA, *Théorie des sources de l'obligation*, préf. J. Carbonnier, Bibliothèque de droit privé, t. 88, LGDJ, 1968, p. 274, n° 315.

²⁰⁵ C. LARROUMET, S. BROS, *Traité de droit civil*, t. 3, *Les obligations – Le contrat*, 9^e éd., coll. Corpus droit privé, Economica, 2018, p. 20, n° 26 : « *En effet, l'article 2284 du Code civil, en vertu duquel le débiteur engage la totalité des éléments de son patrimoine, justifie l'exécution par équivalent, le créancier étant en droit, après avoir obtenu la condamnation du débiteur à des dommages-intérêts, de saisir n'importe quel élément du patrimoine pour obtenir une satisfaction par équivalent. Dans une telle situation, le pouvoir de contrainte (obligatio) a pour objet de substituer à l'objet de la prestation initiale (debitum) un objet nouveau. Par conséquent, bien loin de masquer la distinction entre le debitum et l'obligatio, l'article 2284 ne ferait que mettre en valeur cette distinction, dont l'article 2285 tirerait la conséquence, c'est-à-dire le droit de gage général des créanciers sur le patrimoine du débiteur.* »

²⁰⁶ Grief qui doit également être adressé à l'analyse processualiste du gage général : v. *infra*, n° 52.

²⁰⁷ F. TERRÉ, Ph. SIMLER, Y. LEQUETTE, F. CHÉNEDÉ, *Droit civil – Les obligations*, 12^e éd., coll. Précis, Dalloz, 2018, p. 2, n° 2 ; Rapp. Ph. DUPICHOT, *Le pouvoir des volontés individuelles en droit des sûretés*, préf. M. Grimaldi, éd. Panthéon-Assas, 2005, p. 225, n° 270 : « *Premier élément, l'obligation se compose du debitum [...] : c'est la valeur économique de la dette, la prestation due par le débiteur. A ce premier élément s'en ajoute un second qui apparaît pleinement lorsque la dette n'est pas exécutée : celle-ci libère alors l'obligatio [...]. L'obligatio caractérise la contrainte sous-jacente à toute obligation civile et permet au créancier de procéder à une exécution forcée sur le patrimoine de son débiteur.* »

dimension de l'obligation, sans pour autant recourir à l'analyse dualiste²⁰⁸. La raison en est simple : « *ce ne sont pas là deux choses distinctes, mais deux points de vue* »²⁰⁹ remarquait déjà Eugène GAUDEMET. Le rôle du gage général dans la structure de l'obligation témoigne de cette interconnexion entre les dimensions de lien et de bien : c'est l'adjonction du gage général – que l'on considère traditionnellement comme étant ce qui fait le lien de droit – qui a permis à l'obligation d'accéder à une valeur et d'être ainsi analysée comme un bien²¹⁰. Autrement dit, *l'obligation est un bien en partie parce qu'elle est un lien*. Une fois de plus, l'analyse dualiste échoue à donner une présentation de l'obligation permettant de cerner dans toute son ampleur le gage général.

41. L'influence de cette analyse sur la jurisprudence et le législateur. – De manière plus courante et moins radicale, beaucoup d'auteurs reprennent l'analyse dualiste de l'obligation sans s'aventurer à redéfinir les contours de ses composantes. C'est notamment le cas en droit des sûretés, où le recours à l'analyse dualiste est courant pour expliquer le mécanisme des sûretés personnelles, en particulier du cautionnement²¹¹, alors même que sa valeur explicative

²⁰⁸ B. STARCK, H. ROLAND, L. BOYER, *Droit civil – Les obligations*, 3. Régime général, 6^e éd., Litec, 1998 : Cette seconde partie d'un ouvrage consacré au droit des obligations est intitulée « Des obligations considérées en tant que biens » (p. 1) ; F. ZENATI-CASTAING, T. REVET, *Cours de droit civil – Obligations – Régime*, coll. Droit fondamental, PUF, 2013 : Le livre V est intitulé « L'obligation envisagée comme un bien » ; J. FRANÇOIS, *Traité de droit civil*, t. IV, *Les obligations – Régime général*, 4^e éd., coll. Corpus Droit privé, Economica, 2017, p. 4, n° 3 : « *Selon une conception moderne, l'obligation peut être considérée sous deux rapports, du reste complémentaires. Elle est à la fois constitutive d'un lien interpersonnel, unissant le créancier et le débiteur, et d'un bien, c'est-à-dire d'une valeur patrimoniale. On étudiera précisément le régime général applicable à l'obligation en envisageant celle-ci sous ses deux aspects de lien interpersonnel (Première partie) et de bien patrimonial (Deuxième partie).* »

²⁰⁹ E. GAUDEMET, *Théorie générale des obligations*, Sirey, 1937, p. 14.

²¹⁰ V. *infra*, n° 130.

²¹¹ D. GRIMAUD, *Le caractère accessoire du cautionnement*, préf. D. Legeais, PUAM, 2001, n° 396 s. ; F. JACOB, *Le constitut ou l'engagement autonome de payer la dette d'autrui pris à titre de garantie*, préf. Ph. Simler, Bibliothèque de droit privé, t. 294, LGDJ, 1998, n° 64 ; L. AYNÈS, P. CROCQ, A. AYNÈS, *Droit des sûretés*, 13^e éd., coll. Droit civil, LGDJ, 2019, p. 49-50, n° 121 ; M. BOURASSIN, V. BRÉMOND, *Droit des sûretés*, 7^e éd., coll. Université, Sirey, 2019, p. 92, n° 148. Ces derniers auteurs ont approfondi leur méthode. Ils présentent le debitum comme « *le devoir qui incombe à la personne obligée d'accomplir une prestation au profit d'une autre, c'est-à-dire le rapport de créance ou de dette lui-même. En second lieu, à ce devoir qui pèse sur l'obligé, correspond un droit au profit du créancier de l'obligation, c'est-à-dire le droit de recevoir la prestation promise. Ce droit trouve son complément naturel et nécessaire dans la possibilité de contraindre le débiteur à l'exécution de la prestation due. C'est précisément ce pouvoir de contrainte, ce droit de poursuite qui constituerait la seconde composante de l'obligation* ». Tout en se prévalant de cette dichotomie, les auteurs admettent que « *ce terme générique d'analyse dualiste comprend, en réalité, de nombreuses variantes qui, sous couvert d'un trait commun consistant à distinguer deux, voire plusieurs, composantes distinctes de l'obligation juridique, présentent des différences, souvent subtiles et complexes* ».

peut être mise en doute²¹². Le recours fréquent à cette théorie pour expliquer des hypothèses éparées en droit positif est d'autant plus problématique qu'il semble avoir influencé la Cour de cassation dans plusieurs arrêts²¹³. Or, l'imprécision de cette dichotomie aboutit à des solutions souvent confuses²¹⁴. Il est même permis de se demander si l'analyse dualiste n'a pas inspiré le législateur pour la rédaction du nouvel article 1341 du Code civil²¹⁵, qui distingue, parmi les prérogatives du créancier, le *droit à l'exécution* de l'obligation – autrement dit le droit de

²¹² D'autant que sa pertinence, même limitée au contrat de cautionnement, apparaît discutable. v. Ph. DUPICHOT, *op. cit.*, p. 226-227, n° 272 : « *La dette de la caution est incontestablement à l'origine d'un rapport d'obligation nouveau et spécifique, qui d'ajoute au rapport d'obligation principal qu'elle vient garantie : elle possède donc un debitum qui, nouveau, lui est « propre » ce qui explique que les parties puissent lui imprimer certains caractères que ne comporte pas le debitum de l'obligation du débiteur principal. C'est sur ce dernier point que nous nous écartons de l'analyse d'un debitum commun qui met insuffisamment en valeur le caractère incontestablement nouveau de la prestation due par la caution ; a fortiori, l'obligation de la caution donne-t-elle naissant à un pouvoir de contrainte du créancier à l'encontre de la caution, lui-même propre et autonome, de sorte que l'obligation de la caution répond, à l'instar de toute obligation civile parfaite, à une analyse en termes de debitum et d'obligatio propres.* » Si l'obligation de la caution dispose des deux composantes de l'obligation, à quoi bon recourir à l'analyse dualiste ? C'est le constat que fait V. MAZEAUD, « L'instrumentalisation de la distinction du droit et de l'action en matière de cautionnement », note sous com., 13 oct. 2015, *D.* 2016, p. 628 s., spéc. p. 630-631, n° 6.

²¹³ V. notamment com., 22 mai 2007, n° 06-12196, *Bull. civ.* IV, n° 136 ; *D.* 2007, p. 1656, obs. R. AVENA-ROBARDET ; *D.* 2007, p. 1999, obs. O. DESHAYES ; *D.* 2008, p. 2104, obs. P. CROCQ ; *RTD civ.* 2007, p. 805, obs. Ph. THÉRY ; *RTD civ.* 2008, p. 333, obs. P. CROCQ ; *RTD com.* 2007, p. 833, obs. A. MARTIN-SERF ; *RTD com.* 2008, p. 172, obs. B. BOULOC ; *JCP G* 2007, I, p. 212, obs. Ph. SIMLER ; *RLDC* 2007, p. 33, obs. G. MARRAUD DES GROTTES ; *Banque & Droit* 2007, n° 115, p. 67, obs. N. RONTCHEVSKY ; *RDBF* 2007, n° 147, obs. A. CERLES : « [...] *la renonciation par le créancier au droit à agir en paiement contre le débiteur principal n'emporte pas extinction de l'obligation principale ni du recours de la caution contre ce débiteur, de sorte que la clause précitée ne fait pas obstacle aux poursuites du créancier contre la caution solidaire [...]*. » À son propos, Pierre CROCQ affirmait que « *faisant application de la distinction entre le debitum et l'obligatio, la chambre commerciale de la Cour de cassation a pu différencier la simple renonciation à poursuivre le seul débiteur principal, qui n'empêche pas d'agir ultérieurement contre la caution, de la véritable remise de dette qui a cet effet* » (*RTD civ.* 2008, p. 333, obs. préc.). Sur une analyse de cet arrêt, v. *infra*, n° 140. ; *Adde Com.*, 13 oct. 2015, n° 14-19734, *Bull. civ.* IV, n° 287 ; *D.* 2016, p. 628, note V. MAZEAUD, p. 1279, obs. A. LEBORGNE, et p. 1955, obs. P. CROCQ ; *AJCA* 2015, p. 523, obs. G. PIETTE ; *RTD civ.* 2015, p. 917, obs. P. CROCQ, p. 932, obs. Ph. THÉRY ; *RTD civ.* 2016, p. 114, obs. H. BARBIER ; *RTD com.* 2016, p. 177, obs. B. BOULOC ; *JCP G* 2015, 1165, obs. J.-B. PERRIER ; *JCP E* 2015, 1557, note J.-D. PELLIER ; *Gaz. pal.*, 22 déc. 2015, n° 356, obs. S. AMRANI-MEKKI et 8-10 nov. 2015, p. 27, obs. P. PAILLER ; *Dr. & patr.* mai 2016, p. 120, obs. A. AYNÈS ; *Banque & Droit* mai-juin 2016, p. 20, obs. G. HELLERINGER, et nov.-déc. 2015, p. 64, obs. F. JACOB ; *RDBF* 2016. comm. 16, obs. D. LEGAIS ; *RLDC* 2016, n° 6082, note M. MIGNOT : « *la fin de non-recevoir tirée du défaut de mise en œuvre d'une clause contractuelle qui institue une procédure de conciliation, obligatoire et préalable à la saisine du juge, ne concerne, lorsqu'une telle clause figure dans un contrat de prêt, que les modalités d'exercice de l'action du créancier contre le débiteur principal et non la dette de remboursement elle-même dont la caution est également tenue, de sorte qu'elle ne constitue pas une exception inhérente à la dette que la caution peut opposer [...]*. » À son propos, Monsieur MAZEAUD a remarqué que « *la motivation retenue plonge ses racines dans une conception particulière de l'obligation* » (obs. préc., p. 630, n° 5 ; *Adde P. CROCQ, RTD civ.* 2015, p. 917, obs. préc. et J.-D. PELLIER, note préc.), la théorie dualiste, en invitant à distinguer les exceptions relatives à l'action du créancier, opposables par le seul débiteur principal, et celles relatives à la dette, opposables également par la caution.

²¹⁴ V. P. CROCQ, obs. sur com. 22 mai 2007, *RTD civ.* 2008, p. 333 : « *L'inconvénient majeur de la solution énoncée réside beaucoup plus dans la difficulté qu'il peut y avoir à distinguer ce qui relève de la substance de la dette et ce qui relève du pouvoir de contrainte.* »

²¹⁵ C. civ., art. 1341 : « *Le créancier a droit à l'exécution de l'obligation ; il peut y contraindre le débiteur dans les conditions prévues par la loi.* »

recevoir la prestation reconnu à tout créancier – et le *pouvoir de contrainte* qui requiert un titre exécutoire²¹⁶. Ne retrouve-t-on pas ici la distinction du *debitum* et de l'*obligatio*, du point de vue du créancier ? Certes, la portée et la garantie normatives²¹⁷ de ce texte sont limitées²¹⁸, mais sa « *force didactique* » conférée par le législateur peut exercer, par l'effet d'une boucle réursive, une « *force d'influence* »²¹⁹ sur les destinataires, notamment les juridictions et la doctrine.

42. Conclusion de la section 1. – Malgré la popularité de l'analyse dualiste de l'obligation – en grande partie due selon nous à l'esthétique de la binarité, séduisante pour l'esprit du juriste

²¹⁶ V. en ce sens M. JULIENNE, *Régime général des obligations*, 2^e éd., LGDJ, 2018, p. 298, n° 463 : « L'article 1341 se réfère à deux éléments bien distincts. Il évoque le droit du créancier à l'exécution et le pouvoir qui lui est reconnu de contraindre le débiteur à cette exécution. Le premier élément profite à tout créancier, quel que soit le titre qui constate son droit et sans avoir à le faire sanctionner en justice. C'est parce que l'obligation donne un droit au paiement qu'elle permet au créancier de recevoir valablement la prestation de la part du débiteur et d'en conserver le profit. [...] Le créancier ne peut contraindre le débiteur au sens propre que "dans les conditions prévues par la loi", et en premier lieu par le Code des procédures civiles d'exécution. »

²¹⁷ V. C. THIBIERGE et alii, *La force normative – Naissance d'un concept*, LGDJ-Bruylant, 2006. Le concept de force normative est né à l'initiative de Madame Thibierge, qui a coordonné un travail collectif traversant toutes les disciplines juridiques dans l'objectif de répondre à une question unique et essentielle : « *qu'est-ce qui, en droit, fait la force d'une norme ?* » (*op. cit.*, p. 816) De cette étude, l'auteur a dégagé un véritable concept et identifié trois pôles dans la force normative : la valeur normative, qui permet de déterminer la « *force conférée à la norme par son émetteur* » ; la portée normative, autrement dit la manière dont est reçue la norme par les destinataires – son effectivité ; enfin, la garantie normative, qui détermine les attributs – contrainte, sanction, voies de recours – attachés à la norme par le système juridique et qui garantissent son respect. Ces trois pôles, formant ensemble la force de la norme, sont respectivement en lien avec la source de la norme, ses effets et son respect (*op. cit.*, p. 822-823).

²¹⁸ Comp. G. LOISEAU, « Les actions ouvertes au créancier » in V. FORTI, L. ANDREU (dir.), *Le nouveau régime général des obligations*, coll. Thèmes & commentaires, Dalloz, 2016, p. 21 s., spéc. p. 24, qui estime que ce texte pourrait « *avoir davantage qu'une simple valeur déclarative et se voir reconnaître une portée réellement normative. Il n'est pas effectivement exclu que, sur le fondement de ce texte [...] la jurisprudence justifie une conception stricte des règles limitant l'exécution et en particulier l'exécution forcée en nature. [...] Dans le même sens, c'est au regard de ce principe que pourraient être considérées certaines clauses qui le contredisent, comme la clause de renonciation à l'exécution forcée en nature* ».

²¹⁹ A. DEZALLAI, « La force normative d'un guide juridique – Réflexion autour du Guide de participation des victimes aux procédures de la Cour pénale internationale » in C. THIBIERGE et alii, *op. cit.*, p. 373 s.

français²²⁰ – son utilisation rend l'explication de l'obligation, et particulièrement du gage général, insatisfaisante. En décrivant l'obligation comme la réunion de deux éléments – une prestation et un pouvoir de contrainte –, la théorie dualiste a notamment pour défaut de réunir sous la notion d'*obligatio* des notions hétérogènes. Souder entre elles des prérogatives aux techniques et finalités différentes – sanctionner, faire pression, compenser – et/ou aux techniques diverses n'aboutit qu'à obscurcir l'explication de ces différents mécanismes, particulièrement du gage général. Par suite, appliquer l'analyse dualiste, quelle que soit l'interprétation qu'on en retient, ne permet nullement d'isoler et de mettre en évidence les caractéristiques de la notion de gage général²²¹.

SECTION 2 : L'INSUFFISANCE DE L'ANALYSE PROCESSUALISTE

43. La difficulté pour la doctrine d'isoler de manière satisfaisante le mécanisme du gage général s'observe également dans une conception consistant à extraire le gage général de la structure de l'obligation et de le considérer comme un droit à l'intervention de l'État. Cette explication du gage général, trouvant ses racines dans la distinction conceptuelle du droit et de l'action, est peu évoquée, bien que présente tant chez les anciens auteurs que dans la doctrine

²²⁰ La doctrine française est en effet maîtresse de la technique du plan, caractéristique qui révèle que « *la plus grande vertu de la doctrine française réside dans son humilité : les auteurs n'ont jamais peur de paraître scolaires, ils ne craignent que l'obscurité et l'emphase* » (Ph. JESTAZ, C. JAMIN, *La doctrine*, coll. Méthodes du droit, Dalloz, 2004, p. 226). Mais la technique du plan comporte un revers non négligeable qui « *tient au fait que les réalités humaines – et le droit en est une, à la fois stratifiée bourgeonnante et évolutive – ne peuvent par définition entrer sans encombre dans un plan rationnel* » (p. 227) ; Adde de manière plus générale, mettant en exergue que l'élégance participe de la quête de rationalité du droit, v. J. LENOBLE, F. OST, *Droit, mythe et raison – Essai sur la dérive mythologique de la rationalité juridique*, Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, Bruxelles, 1980, p. 249 : « [...] *l'élégance apparaît bien comme une exigence significative de la rationalité juridique* [...]. *Les études modernes sur le langage nous rappellent en effet que celui-ci, tout comme le style qui le caractérise, n'est nullement le « vêtement de la pensée », mais sa texture même. [...] il apparaît clairement que loin d'être un arrangement ornemental surajouté à un raisonnement, l'élégance est le mode de manifestation de sa structure même. Sous cet aspect, l'élégance juridique est en quelque sorte la face visible, offerte à la contemplation et objet de jouissance, de la rigueur logique caractéristique de la rationalité juridique.* »

²²¹ Ceux qui l'ont prétendu auraient, d'ailleurs, très bien pu se passer de cette analyse qui n'a servi que d'habillage superflu. C'est le cas de Jean DERRUPPÉ qui a cherché à distinguer le droit à la prestation et le droit de gage général (*La nature juridique du droit du preneur à bail et la distinction des droits réels et des droits de créance*, préf. J. Maury, Dalloz, 1952). Il fait référence à l'analyse dualiste dans son introduction pour justifier sa distinction, sans cacher tout de même sa perplexité à son propos (v. *supra*, note 200). Mais, lorsqu'il applique la distinction qu'il perçoit dans l'obligation, en déterminant la nature du droit de gage général, il ne fait plus jamais référence à l'analyse dualiste. Celle-ci lui était inutile pour rendre ses propos pertinents. Sur l'analyse du droit de gage général livrée par cet auteur, v. *infra*, n° 100.

actuelle. Sa présentation (I) sera suivie d'une discussion de ses solutions puisque l'on y retrouve des imperfections importantes rendant l'analyse du gage général à la fois trop diluée et trop réductrice (II).

I. PRESENTATION

44. Au long du XX^e siècle, la doctrine a progressivement conçu l'action en justice comme un élément détaché du droit subjectif (A). Ce divorce entre droit substantiel et droit procédural a permis à certains auteurs de transposer cette distinction à l'obligation et de concevoir ainsi le gage général comme un droit d'essence procédurale (B).

A.- L'ACTION EN JUSTICE CONÇUE COMME UN DROIT AUTONOME

45. Une confusion antique entre le droit et l'action. – La position de la doctrine française fut unanime jusqu'au début du XX^e siècle, suivant les enseignements de POTHIER selon lequel « *on appelle action le droit que chacun a de poursuivre en jugement ce qui lui appartient, ou ce qui lui est dû [...]. Ce terme d'action se prend aussi pour l'exercice de ce droit* »²²². Autrement dit, cette position revient à assimiler l'action au droit, et de voir l'action comme le prolongement judiciaire du droit²²³. L'héritage romain sur ce point est évident : à cette époque, celui qui intentait l'action devait le faire dans une des formules reconnues par le préteur pour

²²² R.-J. POTHIER, *Coutumes des duché, bailliage et prévôté d'Orléans et ressort d'Iceux*, 1780, p. 54, n° 109.

²²³ Citons par exemple les principaux traités de procédure civile de l'époque : E. GARSONNET, Ch. CÉZAR-BRU, *Traité théorique et pratique de procédure civile et commerciale*, 3^e éd., t. I, Sirey, 1912, p. 520-521, n° 351 : « [Le droit] suppose nécessairement la possibilité d'une contrainte extérieure, c'est-à-dire d'un recours à l'autorité judiciaire afin d'obtenir d'elle la reconnaissance du droit contesté ou le respect du droit violé : on appelle action ce recours [...]. L'idée de droit contient donc, nécessairement, celle d'action ; bien plus, l'action n'est autre chose que le droit lui-même [...]. » ; E. GLASSON, A. TISSIER, *Traité théorique et pratique d'organisation judiciaire, de compétence et de procédure civile*, 3^e éd., t. I, Sirey, 1925, p. 423, n° 172 : « *Le droit d'action en justice, ou plus simplement le droit d'action, ou, plus simplement encore, l'action, est, dans le sens traditionnel, le pouvoir qu'a une personne investie d'un droit d'obtenir du juge, contre une autre personne, la protection de ce droit au moyen de l'application de la loi.* » ; R. JAPIOT, *Traité élémentaire de procédure civile & commerciale*, A. Rousseau, 1916, p. 43, n° 59 : « ... *l'action se rapproche beaucoup du droit qui lui sert de base ; on peut dire que c'est le droit lui-même mis en mouvement, et il est certain que l'action et le droit ne peuvent être considérés comme deux valeurs distinctes de notre patrimoine.* »

que sa demande soit accueillie. Autrement dit, c'est l'action elle-même qui créait le droit²²⁴. L'influence historique du droit romain a donc certainement contribué, à l'époque, à considérer qu'il n'y avait pas de droit sans action, et que l'action n'était que la mise en mouvement du droit, le « *droit à l'état de guerre* » selon la célèbre expression de DEMOLOMBE²²⁵.

46. Leur distinction progressive en doctrine. – L'assimilation de l'action au droit a perduré longtemps dans la doctrine française, alors qu'en Allemagne²²⁶ et en Italie²²⁷, plusieurs auteurs avaient déjà démonté cette théorie, appelant à une distinction claire entre l'action et le droit. En effet, si, à peu de choses près, tout droit est accompagné d'une action pour assurer son respect, l'inverse ne se vérifie pas. Tout d'abord, ce n'est pas parce qu'une personne intente une action que celle-ci est fondée : même si l'action est jugée recevable le droit subjectif dont se prévaut l'agissant peut très bien ne pas exister. De plus, il suffit d'évoquer des contentieux objectifs comme l'action pénale du parquet ou, en droit administratif, le recours pour excès de pouvoir, pour se convaincre à peu de frais qu'une action ne se fonde pas nécessairement sur un droit subjectif. Partant de ce constat, les théories sur la nature de l'action se sont multipliées au XX^e siècle.

47. L'action conçue comme un droit subjectif autonome. – Parmi les théories proclamant l'indépendance de l'action par rapport au droit subjectif, plusieurs auteurs ont soutenu que l'action n'était, certes, pas comprise dans le droit subjectif mais devait être considérée en elle-même comme un droit subjectif autonome. Si l'idée avait déjà été amorcée à l'étranger,

²²⁴ M. VILLEY, *Le droit romain*, coll. Que sais-je ?, PUF, 2002, p. 11-12 : « Pour intenter un quelconque procès, il faut pouvoir couler sa prétention dans une de ces formules admises par la coutume, et acceptées par le préteur. Et le préteur n'accepte qu'un certain nombre de formules ; cela revient à dire en langage moderne que l'ancienne procédure ne reconnaît qu'un nombre limité de droits. »

²²⁵ C. DEMOLOMBE, *Œuvres complètes*, t. IX, n° 338 : « Qu'est-ce donc alors seulement que l'action ? C'est la demande, c'est le procès. Est-ce un bien, cela ? Non, vraiment ; c'est une lutte judiciaire, c'est un fait ! L'action enfin, c'est le droit lui-même mis en mouvement ; c'est le droit à l'état d'action, au lieu d'être à l'état de repos ; le droit à l'état de guerre, au lieu d'être à l'état de paix. » VIZIOZ la considérait comme « une des plus belles trouvailles de la phraséologie juridique » (H. VIZIOZ, *Études de procédure*, éd. Bière, 1931, p. 30).

²²⁶ Outre-Rhin, la distinction entre droit subjectif et action fut soutenue en réaction au concept d'*Anspruch* développé par WINDSCHEID (*Die Actio des römischen Civilrechts vom Standpunkte des heutigen Rechts*, 1856). Ce dernier, ainsi que ses partisans (notamment THON, *Rechtsnorme und subjektives Recht*, 1878), considèrent que le pouvoir d'intenter une action rentre dans la sphère du droit subjectif. Les auteurs s'étant opposés à cette vision de l'action consubstantielle au droit subjectif sont DEGENKOLB (*Einlassungszwang und Urteilsnorm*, 1877), HELLWIG (*Lehrbuch des deutschen Zivilprozessrechts*, 1903) et SOHM (*Der Begriff des Forderungsrechts*), cités par F. K. COMPARATO, *op. cit.*, p. 117, note 28.

²²⁷ Parmi les premiers, s'inspirant de la doctrine allemande, citons G. CHIOVENDA, *Principi di diritto processuale civile*, 4^e éd., N. Jovene & C. editori, 1928, p. 43 s.

notamment par Giuseppe CHIOVENDA²²⁸ et Francesco CARNELUTTI²²⁹ en Italie, l'auteur ayant popularisé et développé cette théorie en France fut Henri MOTULSKY²³⁰. L'approche de ce dernier est toutefois originale dans sa manière d'appréhender le droit subjectif. Il en retient une conception « structurale », le définissant comme le fait d'« être habilité par l'ordre juridique positif à faire jouer “l'effet juridique” d'une règle de Droit »²³¹. Cette définition suppose que le droit subjectif n'attribue à son titulaire que le pouvoir de créer une situation juridique, non de rendre cette situation juridique efficace en obtenant le *concours de la justice*²³². Répondant à DUGUIT, qui considère que les agents publics ne peuvent être considérés comme sujets passifs du droit d'action car ils n'agissent qu'en vertu d'une disposition impérative de la loi²³³, MOTULSKY remarque qu'en droit privé, cette disposition n'est impérative pour le juge qu'à la demande du titulaire de l'action. Or « n'est-ce pas un droit que de pouvoir ainsi « forcer la main » à l'autorité »²³⁴ ? Partant, il faut concevoir l'action comme un droit subjectif *indépendant*, dont le sujet passif est le détenteur de la contrainte

²²⁸ G. CHIOVENDA, *op. cit.*, spéc. p. 46 : « *L'azione non è una cosa sola coll' obbligazione, non è il mezzo per attuare l'obbligazione, non è l'obbligazione nella sua tendenza all'attuazione, nè un effetto dell' obbligazione, nè è un elemento nè una funzione del diritto soggettivo : ma un diritto distinto ed autonomo [...]*. » Pour un résumé de la pensée de cet auteur, V. H. VIZIOZ, *op. cit.*, p. 21-24.

²²⁹ Cet auteur considère que, avant le litige, il existe un conflit d'intérêts réglé par les normes matérielles, qui créent des droits ou des obligations en faveur ou à l'encontre des intéressés. Le litige n'intervient que lorsque survient un autre conflit, relatif à l'application de la norme matérielle : l'un prétend que son intérêt est protégé par une norme matérielle en conflit avec l'intérêt de l'autre, ce dernier résistant à cette prétention en la contestant ou en n'y donnant pas satisfaction. Dans cette conception, l'action apparaît ainsi comme un droit subjectif *public*, plus précisément le pouvoir d'obtenir du juge le règlement du litige. V. le résumé fait par VIZIOZ de la théorie de CARNELUTTI : H. VIZIOZ, *op. cit.*, p. 140-141.

²³⁰ H. MOTULSKY, *Principes de réalisation méthodique du droit privé*, préf. P. Roubier, Sirey, 1948 ; du même auteur, « Droit subjectif et action en justice », in H. MOTULSKY, *Ecrits, études et notes de procédure civile*, préf. J. Foyer et G. Cornu, Dalloz, 1973, p. 85 s.

²³¹ H. MOTULSKY, *Principes de réalisation méthodique du droit privé*, préc., p. 30. Il avoue d'ailleurs regretter que le langage juridique ne lui offre pas d'autre expression susceptible de désigner ce qu'il conçoit comme un simple « *instrument de travail, pur de tout alliage “politique”* » (*Ibid.*) ; Adde « Droit subjectif et action en justice », art. préc., p. 90.

²³² H. MOTULSKY, *op. cit.*, p. 34 ; Adde « Droit subjectif et action en justice », art. préc., p. 91 : « [...] *l'idée de vouloir considérer l'action comme le droit substantiel en mouvement est nécessairement inexacte ; car la règle de Droit qui confère le droit subjectif substantiel ne dit rien sur la situation processuelle ; et comme, dans mon système, le droit subjectif ne peut exister que grâce à l'impératif d'une règle de Droit, il s'ensuit inéluctablement que l'action, qui postule une règle de Droit différente de celle qui consacre le droit substantiel, ne peut pas être un simple avatar de ce dernier.* »

²³³ L. DUGUIT, *Traité de droit constitutionnel*, t. I, 3^e éd., E. de Boccard, 1927, p. 300-301 : « [...] *la possibilité de mettre en mouvement une voie de droit ne constitue pas par elle-même un droit. En effet, l'individu qui intente une action ou met en mouvement toute autre voie de droit agit tout simplement conformément à la loi. [...] Par conséquent quand, conformément à la loi, un individu agit en justice, si l'agent public ne faisait pas tout le nécessaire pour que cette voie de droit se développe jusqu'au résultat final, il violerait la loi. Il est donc obligé d'intervenir et de statuer, parce qu'en ne le faisant pas il violerait la loi. Ce n'est point le prétendu droit du demandeur qui l'y oblige, mais la loi elle-même.* »

²³⁴ H. MOTULSKY, *op. cit.*, p. 34.

sociale²³⁵, autrement dit le juge²³⁶, que l'on doit définir comme « *la faculté d'obtenir d'un juge une décision sur le fond de la prétention à lui soumise* »²³⁷. La théorie de MOTULSKY connut la postérité par son influence, non seulement sur la doctrine ultérieure²³⁸, mais surtout sur le législateur, puisque l'article 30 du Code de procédure civile définit l'action comme « *le droit, pour l'auteur d'une prétention, d'être entendu sur le fond de celle-ci afin que le juge la dise bien ou mal fondée* ».

B.- LE GAGE GENERAL CONÇU COMME UN DROIT PROCEDURAL

48. L'explication du gage général dérivant de cette conception. – À l'occasion de ces discussions visant à mieux appréhender la frontière séparant le droit matériel et le droit procédural, certains auteurs ont illustré leur position en utilisant l'exemple de l'obligation²³⁹. Parmi eux, Francesco CARNELUTTI fut l'un des plus diserts, ayant appliqué sa théorie²⁴⁰ à la notion d'obligation dans un long et célèbre article intitulé « *Diritto e processo nella teoria delle*

²³⁵ Cette définition n'est toutefois pas partagée par tous les partisans de la conception subjectiviste de l'action. Giuseppe CHIOVENDA, par exemple, considère que l'action est, certes, un droit subjectif autonome, mais qui s'exerce non à l'encontre du juge mais du défendeur, qui se contente de subir : « *L'azione è un potere che spetta di fronte all'avversario rispetto a cui si produce l'effetto giuridico della attuazione della legge. L'avversario non è tenuto ad alcuna cosa dinanzi a questo potere ; egli è semplicemente soggetto ad esso.* » (G. CHIOVENDA, *op. cit.*, p. 46) Pour un exposé exhaustif de la doctrine de CHIOVENDA, v. l'étude de H. VIZIOZ, *op. cit.*, p. 139 s.

²³⁶ H. MOTULSKY, *op. cit.*, p. 35 ; Adde « Droit subjectif et action en justice », art. préc., p. 98.

²³⁷ H. MOTULSKY, art. préc., p. 95. Cette définition permet de différencier l'action en justice proprement dit, du simple accès aux tribunaux que l'auteur définit comme « *la faculté de saisir un tribunal, de s'adresser à lui, de poursuivre l'affirmation d'une prétention devant lui* » (p. 95). Elle permet aussi de distinguer l'action de la demande en justice, qui est la « *concrétisation* » de la faculté qu'est l'action en justice (p. 94).

²³⁸ V. par ex. G. CORNU, J. FOYER, *Procédure civile*, 3^e éd., coll. Thémis, PUF, 1996, p. 318, n° 73, proposant la définition suivante : « [...] *le droit d'être entendu du juge dans sa prétention, et d'obtenir de lui une décision sur le fond de cette prétention* [...] » ; L. CADIET, E. JEULAND, *Droit judiciaire privé*, 9^e éd., coll. Manuel, LexisNexis, 2016, p. 260, n° 329 : « [...] *pour mieux marquer cette autonomie de l'action par rapport au droit litigieux [...] on pourrait plus précisément qualifier droit subjectif processuel pour le distinguer du droit subjectif substantiel dont il vise à obtenir le respect ou la reconnaissance.* » La note accompagnant cette remarque se réfère à MOTULSKY.

²³⁹ Précisons d'emblée qu'une telle vision de l'obligation, divisée entre droit matériel et droit procédural, avait déjà été proposée par les partisans allemands de l'analyse dualiste : E. A. POPA, *op. cit.*, p. 203, n° 128 : « *la majorité des auteurs allemands soulignent la différence de nature entre le droit d'agression et le concours de l'État. En effet, tandis que le droit d'agression du créancier est de nature privée ne pouvant par cela être exclu de la notion d'obligation, les moyens de la réalisation de ce droit, grâce au concours de l'État (action, exécution) sont déterminés par la procédure civile, en appartenant par cela au droit public.* » L'analogie avec l'analyse dualiste est d'autant plus légitime que CARNELUTTI a d'abord proposé une lecture de l'obligation à l'aune de l'analyse dualiste – certes largement remaniée – (v. *supra*, n° 37.) avant de prendre en compte les critiques qui lui ont été adressées (sur celles-ci, v. J. DERRUPPÉ, *La nature juridique du droit du preneur à bail et la distinction des droits réels et des droits de créance*, préf. J. Maury, Dalloz, 1952, p. 369 s., n° 323 s.) et de proposer une nouvelle analyse.

²⁴⁰ V. *supra*, note 229.

obbligazioni »²⁴¹. Il commence d'abord par tracer la frontière séparant selon lui le droit matériel et le droit procédural :

*« Quand il s'agit d'analyser la nature, matérielle ou procédurale, d'une norme juridique, le point qu'il faut considérer attentivement est celui de savoir si, au pouvoir est adjoind une obligation ou une sujétion ; et, lorsqu'il s'agit d'une obligation, si l'obligation est imposée à la partie ou à un organe extérieur aux parties. Toutes les fois que la véritable obligation de la partie est introuvable, la frontière du droit matériel est franchie. »*²⁴²

Cette frontière étant posée, l'auteur l'applique à la créance. La confusion, selon lui, entre le droit à la prestation et le pouvoir du créancier de faire appliquer les sanctions en cas d'inexécution du débiteur, n'est pas possible, *« car les deux positions sont séparées de la ligne logique qui distingue le moyen de la fin. Le droit est la faculté de protéger son propre intérêt, ou l'intérêt protégé selon sa propre volonté ; l'action est le pouvoir de mettre en œuvre les moyens pour parvenir à la protection »*²⁴³. Pour illustrer sa thèse, l'auteur prend un exemple, curieux mais éloquent :

*« Admettons que l'intérêt protégé vise à supprimer un ennemi en le tuant, le droit consiste dans le pouvoir de tuer ; l'action dans le pouvoir de tirer au fusil. Ni quelqu'un de logique, ni quelqu'un de pratique ne voudra faire de deux pouvoirs un seul : on dira que quelqu'un a le pouvoir de tuer parce qu'il a le pouvoir de tirer ; ils reconnaîtront ainsi le lien mais aussi la différence entre le tir et la mise à mort. »*²⁴⁴

49. Le rattachement du gage général à l'action en justice. – En appliquant sa distinction du droit matériel et du droit procédural, CARNELUTTI soustrait le gage général de la notion d'obligation en le rattachant à l'action en justice, sans pour autant nier le rapport de causalité

²⁴¹ F. CARNELUTTI, « Diritto e processo nella teoria delle obbligazioni » in *Studi per Chiovenda*, Cedam, 1927, p. 221 s., reproduit in E. BETTI, F. CARNELUTTI, *Diritto sostanziale et processo*, préf. N. Irti, Dott. A. Giuffrè, 2006, p. 203 s.

²⁴² Traduit par nos soins : F. CARNELUTTI, art. préc., p. 217. Version originale : *« Quando si tratta di diagnosticare la natura, materiale o processuale, di una norma giuridica, ciò che bisogna attentamente considerare è il punto se essa, accanto al potere, costituisca un obbligo o una soggezione ; e, qualora veramente obbligo ci sia, se l'obbligo sia imposto alla parte o a un organo verso dalle parti. Tutte le volte in cui un vero e proprio obbligo della parte non si trova, il campo del diritto materiale è varcato. »*

²⁴³ F. CARNELUTTI, art. préc., p. 252-253. Version originale : *« [...] poiché le due posizioni sono separate dalla linea logica che distingue il mezzo dal fine. Il diritto è facoltà di tutelare il proprio interesse, o interesse tutelato in dipendenza dalla propria volontà ; la azione è potere di porre in opera i mezzi per conseguire la tutela. »*

²⁴⁴ *Ibid.* Version originale : *« Né un logico né un pratico vorranno far dei due poteri uno solo : diranno che taluno ha potere di ucidere perché ha potere di sparare ; riconosceranno così la connessione ma anche la diversità tra lo sparo e la uccisione. »*

Plus précisément, si l'on adapte la métaphore à la créance, le créancier a plutôt le pouvoir de « faire tirer » puisqu'il est contraint de solliciter le concours de la force publique pour faire saisir dans le patrimoine du débiteur : *« [...] le moyen est public, la fin est privée ; le protecteur est en uniforme, le protégé est en civil. »* Version originale : *« il mezzo è pubblico, il fine è privato ; il tutore è in divisa, il tutelato è in borghese. »* (*Ibid.*)

entre les deux. Il distingue le droit du créancier contenu dans le rapport d'obligation – le droit à la prestation –, qui a pour objet d'obtenir un certain comportement du débiteur, et, lorsque ce premier droit est violé, le droit à obtenir une décision de la part du juge²⁴⁵. Pour le premier, le droit subjectif relève du droit *matériel*, et a pour sujet passif le *débiteur* ; pour le second, le droit subjectif relève du droit *procédural*, et a pour sujet passif le *juge*.

50. Une conception partagée dans la doctrine contemporaine. – Cette conception procédurale du gage général, si elle n'est pas majoritaire, est toutefois soutenue par plusieurs auteurs – y compris contemporains – qui, bien que ne se revendiquant pas directement de la pensée de CARNELUTTI, en reprennent plus ou moins fidèlement l'idée. Ainsi, le droit de gage général serait, selon Messieurs MESTRE, PUTMAN et BILLIAU, un « *pouvoir d'agir reconnu au créancier par le droit* » qu'il serait légitime de qualifier de « *prérogative qui relève du droit public ou, plus exactement, dont l'une des conditions principales, place l'État entre le créancier et le débiteur, puisque le titre exécutoire est nécessaire pour recourir à la force publique* »²⁴⁶. Reprenant en partie la pensée de ces auteurs, Monsieur FOREST qualifie le droit de gage général de « *droit du créancier à une prestation étatique* » dans la mesure où « *la place réservée à l'autorité publique, sous toutes ses formes, rejette le créancier dans la position d'un simple sollicitant* »²⁴⁷ : l'État est certes tenu de prêter son concours à l'exécution forcée mais il peut refuser son concours, ce qui ouvrira droit à réparation²⁴⁸. Madame DAUCHEZ, quant à elle, ne perçoit dans le droit de gage général « *qu'une action, car il est alors la sanction en justice de l'obligation dont il n'est que la juridicité* »²⁴⁹, un « *droit détaché de l'obligation, le*

²⁴⁵ F. CARNELUTTI, art. préc., p. 262-263 : « *Il diritto del creditore contenuto nel rapporto di obbligazione ; dirò, per farmi intendere, il diritto alla prestazione tende ad ottenere un certo contegno del debitore ; il diritto alla condanna tende a conseguire, invece, una certa attività del giudice, appunto perché quell primo diritto non ha funzionato. Questa attività del giudice consiste nella decisione della lite intorno all'esistenza del debito e dell'inadempimento. Dico bene ; vi è un diritto a che il giudice decida, non a che condanni [...]. Perciò meglio che di diritto alla condanna si dovrebbe parlare di diritto alla sentenza [...].* »

²⁴⁶ J. MESTRE, E. PUTMAN, M. BILLIAU, *Traité de droit civil – Droit commun des sûretés réelles*, LGDJ, 1996, p. 101 s., n° 111 s., spéc. p. 102-103, n° 112.

²⁴⁷ G. FOREST, *Essai sur la notion d'obligation en droit privé*, préf. F. Leduc, Nouvelle Bibliothèque de thèses, vol. 116, Dalloz, 2010, p. 282-283, n° 400, spéc. note 1307. Il peut être simplement rétorqué que dans un système juridique perfectionné, aucune personne privée n'est autorisée à contraindre elle-même une autre personne en vertu d'un droit quelconque, qu'il soit personnel ou réel, principe essentiel résumé par l'adage *Nul ne peut se faire justice à soi-même*. Ainsi, dans sa définition sociologique de l'État, Max WEBER retient que l'État détient le « *monopole de la contrainte physique légitime* » (M. WEBER, *Économie et société*, Plon, 1971, p. 57). Dès lors, le propriétaire d'un bien se trouvant entre les mains d'une autre personne ne peut reprendre possession de son bien par ses propres moyens, il doit exercer une action en revendication qui lui permet d'obtenir le concours de la force publique par l'exercice d'une saisie-appréhension. Considère-t-on pour autant le propriétaire dans une telle situation de « *simple sollicitant* » ?

²⁴⁸ CE, 30 nov. 1923, *Couitéas*, *Rec. Lebon*, p. 789 ; GAJA, comm. 38.

²⁴⁹ C. DAUCHEZ, *Le principe de spécialité en droit des sûretés réelles*, th. Paris II, dactyl., 2013, p. 109, n° 86.

droit de saisir »²⁵⁰. Enfin, Monsieur LAFURIE distingue le droit substantiel d'exiger et la « *force exécutoire* », qui constitue un « *droit sanctionnateur* » permettant au créancier d'être satisfait grâce à l'intervention de la force publique²⁵¹. Il rattache à cette « *force exécutoire* » le gage général en ce qu'il désigne simplement l'assiette des voies d'exécution et « *en aucun cas une prérogative du créancier attachée à son droit de créance* »²⁵². Toutes ces présentations ont en commun de faire du gage général un pouvoir du créancier d'ordre procédural, extérieur à la structure de l'obligation.

II. CRITIQUE

51. Une confusion entre gage général et droit à l'exécution. – Une critique simple et décisive peut être adressée à l'encontre de cette théorie. Le premier à l'avoir formulé est un grand juriste italien du début du XX^e siècle, Alfredo ROCCO. Cet auteur retient que le créancier impayé désireux d'obtenir une satisfaction pécuniaire exerce, par son droit d'agir, un droit « public » autonome, dont le sujet passif est l'État représenté par l'organe judiciaire²⁵³. Mais il insiste, à juste titre, sur le fait que ce droit public n'est pas spécifique au créancier impayé, il n'en est pas dérivé. Il s'agit seulement de cette « *faculté qui appartient à tout citoyen d'obtenir l'intervention de l'État pour la réalisation des rapports juridiques concrets* »²⁵⁴. Le recours à la force publique ne modifie en rien le droit du créancier : « *L'État ne fait que réaliser le droit privé, substituant à la force privée la force publique qu'elle tire de sa souveraineté, il est alors clair que dans la phase d'exécution, [...] il ne se crée pas de droits nouveaux, mais ce sont des droits préexistants qui se réalisent.* »²⁵⁵ Autrement dit, lorsque CARNELUTTI et ses

²⁵⁰ C. DAUCHEZ, *op. cit.*, p. 110, n° 88.

²⁵¹ K. LAFURIE, *La force obligatoire du contrat à l'épreuve des procédures d'insolvabilité*, préf. G. Wicker, Bibliothèque de droit privé, t. 595, LGDJ, 2020, p. 259, n° 299.

²⁵² K. LAFURIE, *op. cit.*, p. 260, n° 299.

²⁵³ A. ROCCO, *Il fallimento – Teoria generale ed origine storica*, F. Bocca editori, 1917, p. 33 s.

²⁵⁴ A. ROCCO, *op. cit.*, p. 35 : « [...] l'azione [...] debba considerarsi non come un elemento, o come un momento, o come un accessorio del diritto materiale, ma piuttosto come un diritto autonomo, di natura processuale e quindi come un diritto pubblico, avente per contenuto la facoltà che spetta ad ogni cittadino di ottenere l'intervento dello Stato per la realizzazione dei rapporti giuridici concreti. È perciò da tenersi ben distinto il diritto di credito dal diritto di ottenere l'intervento dello Stato per la realizzazione forzata del credito : quelle è un diritto privato, il cui subietto passivo è il debitore : questo è un diritto pubblico, il cui subietto passivo è lo Stato, rappresentato dall'organo giurisdizionale. »

²⁵⁵ A. ROCCO, *op. cit.*, p. 39 : « [...] lo Stato non fa che realizzare il diritto privato, sostituendo alla forza privata la forza pubblica della sua sovranità, è chiaro che anche nel processo esecutivo, come, del resto, nel processo di accertamento, non si creano diritti nuovi, ma si realizzano diritti preesistenti. »

successieurs croient percevoir dans le gage général un droit procédural dont le sujet actif serait le créancier et le sujet passif le juge ou plus largement l'État²⁵⁶, ils ne font que décrire une prérogative reconnue à tout citoyen, le *droit à l'exécution*, que la Cour européenne des droits de l'homme a érigé en droit fondamental²⁵⁷. Il s'agit d'une confusion entre la règle – ici celle énoncée par l'article 2284 du Code civil –, et la *réalisation* de cette règle par les organes étatiques²⁵⁸, qui n'est que la manifestation du droit de tout justiciable à l'exécution des décisions de justice²⁵⁹. Le droit vérifié par le juge puis réalisé par la voie de la saisie est la créance²⁶⁰ ; le fondement substantiel d'une telle exécution sur les biens est la garantie légale conférée au créancier par l'article 2284 du Code civil ; l'application de cette règle relève enfin de l'obligation incombant à l'État de garantir le respect des règles de droit et de leur application²⁶¹. Se confirme ainsi l'idée selon laquelle « *le droit de l'exécution n'ajoute rien aux droits des*

²⁵⁶ Ce serait plutôt aujourd'hui ce dernier dans la mesure où les voies d'exécution se sont largement déjudiciarisées. Par cette évolution, Monsieur JEULAND estime que les analyses processualistes italiennes sur l'exécution forcée ne sont plus d'actualité : « *Cette analyse valait tant que les voies d'exécution étaient nécessairement judiciaires. Elles ont été déjudiciarisées de telle sorte que l'exécution forcée appartient davantage au droit des obligations qu'à la procédure.* » (E. JEULAND, « Pour la reconnaissance d'un lien procédural de protection en matière d'exécution » in L. FLISE, E. JEULAND, *L'exécution forcée : des procès dans le procès ?*, IRJS éd., 2017, p. 97 s., spéc. p. 99)

²⁵⁷ CEDH, 19 mars 1997, *Hornsby c. Grèce*, JCP G 1997, II, 22949, note O. DUGRIP et F. SUDRE ; D. 1998, p. 74, note N. FRICERO ; AJDA 1997, p. 986, obs. FLAUSS ; RTD civ. 1997, p. 1009, obs. J.-P. MARGUÉNAUD. La Cour de Strasbourg énonce : « *l'exécution d'un jugement ou arrêt, de quelque juridiction que ce soit, doit donc être considérée comme faisant partie intégrante du « procès » au sens de l'article 6 [...].* » (§ 40) Par la suite, la Cour a étendu la portée de ce droit aux titres extrajudiciaires, dont les actes notariés : CEDH, 21 avr. 1998, *Estima Jorge c. Portugal*, D. 1998, p. 369, obs. N. FRICERO ; JCP G 1999, I, 105, n° 21, obs. F. SUDRE ; RTD civ. 1998, p. 993, obs. J.-P. MARGUÉNAUD. Le Conseil constitutionnel a également reconnu le droit à l'exécution : « *Considérant que toute décision de justice a force exécutoire ; qu'ainsi, tout jugement peut donner lieu à une exécution forcée, la force publique devant, si elle y est requise, prêter main-forte à cette exécution ; qu'une telle règle est le corollaire du principe de la séparation des pouvoirs énoncé à l'article 16 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen.* » (Cons. const., 29 juill. 1998, n° 98-403 DC, RDP 1999, p. 79, obs. D. ROUSSEAU, § 47)

²⁵⁸ J. DERRUPÉ, *La nature juridique du droit du preneur à bail et la distinction des droits réels et des droits de créance*, préf. J. Maury, Dalloz, 1952, p. 387, n° 340 : « [...] *l'intervention de l'État dans la procédure de saisie et de vente forcée ne doit pas être confondue avec le droit de gage général ; c'est en réalité le droit de gage général [...] qui se réalise sous le contrôle et avec l'aide et la protection des organes étatiques.* »

²⁵⁹ Rappr. A.-L. THOMAT-RAYNAUD, *L'unité du patrimoine – Essai critique*, préf. D. Tomasin, coll. Doctorat & Notariat, t. 25, Defrénois, 2007, p. 89, n° 203 : « *Le droit de gage général se prolonge par le droit à l'exécution de l'obligation sur les biens du débiteur.* »

²⁶⁰ N. M. K. GOMAA, *Théorie des sources de l'obligation*, préf. J. Carbonnier, Bibliothèque de droit privé, t. 88, LGDJ, 1968, p. 277, n° 317 : « *Ce qui s'exécute, ce n'est pas le jugement, c'est le droit subjectif consolidé par le jugement. Ce qui s'exécute, ce n'est pas l'ordre du juge, c'est la demande du créancier, confirmée par la décision du juge.* »

²⁶¹ J. DABIN, *Le droit subjectif*, Dalloz, 1952, p. 98 : « [...] *la mission de la règle positive et du groupement qui l'établit – l'État, dans la sphère nationale – ne se borne pas à la détermination des droits de chacun, en droit privé et en droit public. Elle est encore et essentiellement de garantir à chacun ce qui lui est ainsi reconnu comme son droit : la détermination des appartenances légitimes n'a même lieu, pratiquement, qu'à cette fin ultime de garantie.* »

créanciers »²⁶², cette phase est « un dénouement qui trouve son origine et sa mesure dans l'obligation préexistante »²⁶³, et vise à assurer son effectivité²⁶⁴. Ainsi « l'obligation ne disparaît pas à la veille de l'exécution, elle s'incarne dans l'exécution, l'exécution par la force : elle se fait force elle-même »²⁶⁵.

52. Le gage général réduit à sa phase d'exécution. – Cette lecture processualiste du gage général pêche enfin par sa vision trop réductrice du mécanisme. Le gage général semble, dans cette analyse, ne se mettre en œuvre qu'à travers les saisies aux fins d'exécution. C'est occulter, outre la fonction comminatoire du gage général²⁶⁶, les multiples prérogatives permettant au créancier de protéger l'assiette de sa garantie légale, auxquelles il peut recourir avant même que sa créance devienne exigible : ainsi, sur la base d'une créance affectée d'un terme ou d'une condition suspensive, le créancier peut inscrire une sûreté judiciaire ou pratiquer une saisie-conservatoire sur un bien de son débiteur²⁶⁷, ou encore agir par la voie paulienne pour rendre inopposable l'aliénation d'un bien de son débiteur faite en fraude à ses droits²⁶⁸.

53. Conclusion de la section 2. – L'explication processualiste du gage général consiste, à partir d'une conception de l'action comme un droit subjectif autonome, à séparer le gage général de l'obligation et à le rattacher à la phase procédurale, pour le qualifier de droit à l'intervention de l'État, ou encore de droit de saisir. Cette explication échoue toutefois à isoler de manière satisfaisante la notion de gage général : elle le *dépasse* – le droit à l'exécution est un droit fondamental, dont la mesure de saisie n'est qu'une expression parmi tant d'autres – autant qu'elle le *réduit* excessivement – le gage général n'est appréhendé que du point de vue

²⁶² R. PERROT, Ph. THÉRY, *Procédures civiles d'exécution*, 3^e éd., Hors cours, Dalloz, 2013, p. 5, n° 4.

²⁶³ Ph. THÉRY, « Exécution » in D. ALLAND, S. RIALS (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, coll. Quadrige, Lamy-PUF, 2003, p. 678 s., spéc. p. 680.

²⁶⁴ C. HUGON, « L'exécution des décisions de justice » in R. CABRILLAC (dir.), *Libertés et droits fondamentaux*, 26^e éd., Dalloz, 2020, p. 784 s., spéc. p. 787, n° 957 : « L'inexécution de la décision de justice conduit à une non-application du droit qui devient alors un droit fantôme, un droit virtuel, un droit trompeur. On peut, dès lors, en déduire que l'exécution, comme l'action en justice, a pour finalité d'assurer, de garantir l'application du droit et que la non-exécution conduit à un déni de justice lequel ne peut générer chez les justiciables qui en sont victimes qu'un sentiment d'injustice, de frustration, de non-droit. » ; Adde, pour une analyse comparatiste de ce thème : Travaux de l'Association Henri Capitant, *L'effectivité des décisions de justice*, t. XXXVI, Economica, 1985.

²⁶⁵ J. CARBONNIER, *Flexible droit – Pour une sociologie du droit sans rigueur*, 10^e éd., LGDJ, 2001, p. 326.

²⁶⁶ Risquer la saisie et la vente de ses biens dissuade bien des individus de « jouer » avec leur dette.

²⁶⁷ S'agissant de ces deux mesures conservatoires, le Code des procédures civiles d'exécution exige, de manière générale, une créance paraissant fondée en son principe : CPCE, art. L. 511-1.

²⁶⁸ C. civ., art. 1304-5. Ce texte est relatif à l'obligation affectée d'une condition suspensive mais peut tout à fait s'appliquer à l'obligation affectée d'un terme : v. en ce sens M. JULIENNE, *Régime général des obligations*, 2^e éd., LGDJ, 2018, p. 51, n° 66.

de sa réalisation, la dimension irréductiblement subjective de l'obligation et du gage qui la garantit est éludée²⁶⁹, puisqu'il n'est plus question d'un rapport entre le créancier et le débiteur mais d'un rapport entre le premier et le juge ou l'autorité étatique.

54. Conclusion du chapitre 1. – Dans l'explication du gage général et sa tentative d'isoler la notion, la doctrine a rencontré, comme nous l'avons constaté, des difficultés. L'analyse dualiste de l'obligation s'est confrontée, à partir de sa grille d'analyse binaire, à l'impossibilité de distinguer le gage général des autres prérogatives reconnues au créancier pour réagir à l'inexécution du débiteur, toutes regroupées dans une même catégorie juridique, l'*obligatio* (*haftung*). L'identification du gage général comme un droit procédural a, quant à elle, pour défaut de diluer cette notion dans le droit fondamental à l'exécution, tout en réduisant le gage général à sa phase exécutoire. Ces grilles d'analyse échouent ainsi à rendre pleinement compte de la notion de gage général.

²⁶⁹ Rapp. F. PARAISSO, *Le risque d'inexécution de l'obligation contractuelle*, préf. C. Atias, coll. de l'IDA, PUAM, 2011, p. 309, n° 475, l'auteur remarque à propos du pouvoir de contrainte du créancier qu'« il y aurait erreur à ne regarder que la force pure, fût-ce par les moyens de l'État », et regrette que les dispositions de la loi du 9 juillet 1991, en envisageant l'exécution forcée avant les mesures conservatoires, « portent aussi en elles la marque d'une vision répressive de la matière ; une certaine tendance à ramener la force de l'obligation à la sanction ».

CHAPITRE 2 : LA DIFFICULTÉ DE QUALIFIER LE STATUT DU CRÉANCIER

55. Une seconde difficulté dans l'identification du gage général a été rencontrée en doctrine, s'agissant de la source du gage général : afin d'apporter une justification à certains aspects précis de la mise en œuvre du gage général, il a parfois été soutenu que le créancier, lorsqu'il exerce son droit sur les biens du débiteur, ne fait qu'exercer les droits de son débiteur. Aussi le créancier devrait-il être considéré comme le représentant de son débiteur lorsqu'il agit sur les biens de ce dernier. Il tiendrait son gage directement du débiteur. Si l'on retrouve dans la doctrine, passée comme présente, différentes présentations basées, tantôt sur le statut d'ayant cause universel du créancier (Section 1), tantôt sur la qualité de représentant qu'a le créancier envers son débiteur (Section 2), ces analyses donnent une explication erronée du statut du créancier, qui tient son emprise sur le patrimoine du débiteur de la loi.

SECTION 1 : L'IMPOSSIBILITE DE QUALIFIER LE CREANCIER D'AYANT CAUSE UNIVERSEL

56. Le créancier comparé à un héritier. – Plusieurs auteurs, au XIX^e siècle, ont soutenu que le créancier chirographaire serait un ayant cause universel car, de la même manière que l'héritier, son droit porte sur une universalité juridique, et il en subit les fluctuations²⁷⁰. Ces auteurs ont trouvé dans le mécanisme original de l'action oblique une illustration de leur thèse : ce pouvoir du créancier d'exercer les droits de son débiteur pour vaincre son inertie et conserver l'intégrité du gage général serait une « *application de la règle que les conventions profitent aux ayants cause universels des parties contractantes* »²⁷¹, faisant donc du créancier une sorte de représentant de son débiteur²⁷² qui agirait en son nom et pour son compte.

57. Critique. – La thèse consistant à soutenir que le créancier est un ayant cause universel au même titre que l'héritier a été très tôt réfutée. L'engagement du patrimoine et sa transmission sont, en effet, deux situations distinctes²⁷³. Alors que l'héritier se voit transmettre l'intégralité du patrimoine du *de cuius* – ce qui comprend également le passif –, le créancier a seulement

²⁷⁰ G. BAUDRY-LACANTINERIE, G. CHENEAUX, *Précis de droit civil*, t. II, 11^e éd., Sirey, 1913, p. 349 s.

²⁷¹ G. BAUDRY-LACANTINERIE, L. BARDE, *Traité théorique et pratique de droit civil – Des obligations*, t. I, L. Larose, 1897, p. 497. Adde J. ACHER, « De l'application de l'autorité de la chose jugée à l'action indirecte de l'article 1166 », *Rev. crit. lég. jur.* 1903, p. 237 s., spéc. p. 241-242 : « *Comme le droit virtuel que donnent au créancier les art. 2092 et 2093 porte sur le patrimoine tout entier du débiteur, le créancier ne peut pas être considéré quant à ce droit virtuel comme tiers par rapport au débiteur. Il en est l'ayant-cause universel. [...] C'est pourquoi il exerce l'action de l'art. 1166 non en son nom propre, mais aux lieu et place du débiteur.* »

²⁷² V. MARCADÉ, *Explication théorique et pratique du Code civil*, t. I, 8^e éd., Delamotte fils et C^{ie}, 1884, p. 366, n^o 469 : « *Par représentants d'un individu, on entend spécialement ceux qui ont succédé à ses droits et à sa personne, c'est-à-dire des héritiers ; par ayants cause on désigne plus particulièrement ceux qui peuvent exercer un ou plusieurs de ces droits, sans être ses héritiers : des donataires, des légataires, des créanciers, en vertu de l'art. 1166. Mais on emploie souvent indistinctement et l'une pour l'autre ces expressions de représentants et d'ayants cause.* »

²⁷³ J. BONNECASE, *Supplément au Traité théorique et pratique de droit civil de G. Baudry-Lacantinerie*, t. III, Sirey, 1926, p. 762, n^o 373 : « *[...] il s'agit là de deux notions correspondant à des situations de fait et de droit entièrement différentes ; [...] le créancier a exclusivement en vue l'actif de son débiteur, le passif ne l'intéressant que dans la mesure où il diminue l'actif, tandis que l'héritier ayant à prendre parti sur la succession considère avant tout le passif, celui-ci pouvant constituer pour lui une charge redoutable.* » ; C. LARROUMET, S. BROS, *Traité de droit civil*, t. 3, *Les obligations – Le contrat*, 9^e éd, coll. Corpus droit privé, Economica, 2018, p. 831, n^o 757 : « *[...] la situation des créanciers chirographaires n'a rien à voir avec celle des ayants cause universels. Le droit de gage général sur le patrimoine du débiteur qui caractérise la situation des premiers n'a rien de commun avec le principe de la continuation de la personne de leur auteur qui caractérise celle des seconds.* »

droit à une valeur dans ce patrimoine²⁷⁴. Certes, le créancier subit les fluctuations économiques du patrimoine, « *mais c'est là tout autre chose* »²⁷⁵ que l'obligation au passif que supportent les héritiers du *de cuius*. Subir, pour un créancier, les variations de valeur du patrimoine du débiteur n'a rien à voir avec le fait, pour un héritier, d'être tenu des dettes du *de cuius*²⁷⁶. S'agissant de l'illustration de cette thèse que serait le mécanisme de l'action oblique, il faut relever que le créancier exerçant les droits de son débiteur négligent ne fait pas qu'exercer un droit de son débiteur. S'il peut se substituer ainsi à son débiteur, c'est en vertu de son gage général²⁷⁷, donc de son droit de créance, qui lui est propre²⁷⁸, ce que viennent confirmer les travaux préparatoires du Code civil²⁷⁹. Cette première approche de la représentation comme explication de l'action oblique et, par induction, du mécanisme du gage général, est donc battue en brèche. Le créancier chirographaire se rapproche bien plus d'un ayant cause à titre particulier²⁸⁰, ou, plus généralement, d'un « *tiers intéressé* »²⁸¹. Une autre analyse soutenant que le créancier tient son gage général de son débiteur a été proposée, par l'invocation du mécanisme de la représentation.

²⁷⁴ V. déjà L. BALLEYDIER, note sous Cass., 29 oct. 1890, S. 1891, 1, p. 305, spéc. p. 306 : « *N'est-il pas vrai, au contraire, que [le créancier] n'a droit qu'à un objet déterminé ou à une somme d'argent, et qu'ainsi sa situation est tout à fait comparable à celle d'un acheteur, d'un emprunteur, bref d'un ayant cause à titre particulier ?* » ; J. BONNECASE, *op. cit.*, p. 763, n° 373 : « [...] on a [...] perdu de vue ce qui constitue le trait spécifique de la condition du créancier chirographaire, pour mettre en relief un point de vue juridiquement secondaire : la garantie du droit du créancier. Avant de s'occuper des sûretés accordées par la loi au créancier en vue de la pleine réalisation de son droit, il aurait fallu envisager ce droit lui-même. Or, qu'est-ce qu'un créancier ? C'est une personne qui a le droit d'exiger d'une autre soit un objet individualisé, soit une valeur déterminée. »

²⁷⁵ G. RIPERT, J. BOULANGER, *Traité élémentaire de droit civil de Planiol*, 4^e éd., t. II, LGDJ, 1952, p. 195, n° 550.

²⁷⁶ M. LABORDE-LACOSTE, *Essai sur la notion d'ayant cause à titre particulier en droit privé français – Étude synthétique et critique*, th. Bordeaux, 1916, p. 87.

²⁷⁷ P. DELNOY, « Pour une vision nouvelle de l'action oblique – Essai », *Annales de la faculté de droit de Liège* 1969, n° 14, p. 437 s., spéc. p. 442-443 : « [...] l'action oblique implique l'exercice de deux droits : le droit du débiteur, mais aussi le pouvoir personnel du créancier de se substituer à son débiteur dans l'exercice de certains de ses droits et de ses actions. »

²⁷⁸ J. BONNECASE, *op. cit.*, p. 759, note 1 : « ce droit [l'ancien art. 1166] leur est propre comme est personnel à tout ayant cause particulier le droit de se dresser en tiers contre tout acte de l'auteur qui viendrait compromettre sa situation. »

²⁷⁹ La remarque avait, en effet, déjà été émise lors des travaux préparatoires du Code civil par BIGOT DE PRÉAMENEU : « *C'est leur action directe que les créanciers intentent. Ils ne représentent pas la personne du débiteur.* » (P. A. FENET, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, t. XIII, Videcoq, 1836, p. 239)

²⁸⁰ F. ZENATI, « Pour une rénovation de la théorie de la propriété », *RTD civ.* 1993, p. 305 s., spéc. p. 319 : « *Il faut revenir à cette idée un temps abandonnée que le créancier est une variété d'ayant cause.* »

²⁸¹ F. COHET, *Le contrat*, 2^e éd., coll. Droit en +, PUG, 2020, p. 185, n° 388.

SECTION 2 : L'IMPOSSIBILITE DE QUALIFIER LE CREANCIER DE REPRESENTANT DU DEBITEUR

58. Une explication apportée sporadiquement. – Dans un sens analogue, il a souvent été fait recours au mécanisme de la représentation pour expliquer des éléments isolés du régime du gage général, principalement l'action oblique, la vente sur saisie et l'insaisissabilité qu'emporte la clause d'inaliénabilité.

59. Le créancier agissant par la voie oblique, un représentant forcé du débiteur. – De manière bien plus courante que la thèse de l'ayant cause universel, l'action oblique est analysée comme une forme de représentation légale et forcée²⁸². La thèse est défendable, dans la mesure où toute représentation ne s'effectue pas nécessairement dans l'intérêt du représenté²⁸³ mais peut tout à fait être exercée dans l'intérêt propre du représentant, en l'occurrence la conservation par le créancier de son gage²⁸⁴.

60. Critique. – Tout d'abord, il peut, une nouvelle fois, être objecté que le créancier se substituant à son débiteur par la voie oblique exerce, certes, les droits de son débiteur, mais en vertu de son gage général, donc de son droit propre. Il lui est permis de porter atteinte à la liberté de disposition de son débiteur négligent car l'intégrité de son gage général est mise en péril. Il

²⁸² B. STARCK, H. ROLAND, L. BOYER, *Droit civil – Les obligations*, 2. Contrat, 6^e éd., Litec, 1998, p. 260, n° 623 : « *Le mécanisme de l'action oblique aboutit à créer un cas de représentation forcée opérant de plano [...].* » ; J. CARBONNIER, *Droit civil*, t. IV, *Les obligations*, coll. Thémis, PUF, 2000, n° 366 ; J. FRANÇOIS, *Traité de droit civil*, t. IV, *Les obligations – Régime général*, 4^e éd., Corpus Droit privé, Economica, 2017, p. 381, n° 388 ; Ph. DIDIER, *De la représentation en droit privé*, préf. Y. Lequette, Bibliothèque de droit privé, t. 339, LGDJ, 2000, spéc. p. 329, n° 461. La thèse de cet auteur consiste à soutenir qu'à côté de la représentation « fiduciaire » – qui est ce que la doctrine classique désigne par représentation –, il existe un autre modèle de représentation, fondé sur une démarche différente. « *Ainsi, plutôt que de faire découler la protection du représenté d'une obligation juridique pesant sur le représentant, on peut la faire découler des circonstances objectives de la situation. La protection est alors la conséquence, non plus d'une démarche consciente du représentant, mais d'une situation de fait. C'est parce qu'une personne est dans une certaine position matérielle par rapport à une autre que, de facto, elle peut lui imposer des effets juridiques, tout en offrant la garantie qu'elle n'abuse pas de cette situation de domination. On substitue ainsi les circonstances à la volonté comme source de la protection du représenté.* » (p. 254, n° 347) Cette thèse est relayée par plusieurs auteurs : F. GRÉAU, *Rép. civ.*, v° *Action oblique*, avr. 2019, spéc. n° 21 s. ; M. MIGNOT, « *Commentaire article par article de l'ordonnance du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations (IX)* », *LPA* 26 avr. 2016, n° 83, p. 6, art. 1341-1, qui se prévaut de la notion de « *représentation objective* ».

²⁸³ Comp. F. ZENATI-CASTAING, T. REVET, *Cours de droit civil – Obligations – Régime*, coll. Droit fondamental, PUF, 2013, p. 151, n° 74 : « *Cette analyse [...] ne tient pas compte du fait que le créancier agit dans son propre intérêt, qu'il œuvre pour préparer ses saisies ultérieures.* »

²⁸⁴ Ph. DIDIER, *op. cit.*, p. 331, n° 463.

n'est nul besoin de passer par le détour artificiel de la représentation pour expliquer le mécanisme de l'action oblique²⁸⁵. Au surplus, l'action du créancier ne fait pas obstacle à la possibilité pour le débiteur d'exercer lui-même son droit, ce qui ne pourrait être admis si le créancier était un représentant de son débiteur²⁸⁶. Après tout, l'idée étant pour le créancier de surmonter la carence de son débiteur, ce dernier ne devrait pas être empêché de sortir de l'inertie et ainsi agir finalement pour obtenir le paiement de sa créance.

61. Le consentement du débiteur à la vente forcée de ses biens. – Ultime acte de la réalisation du gage général, la vente du bien saisi a longtemps suscité la controverse quant à sa nature. Les dispositions relatives à la vente volontaire lui étant applicables, il faudrait en induire que la vente forcée est un contrat²⁸⁷. L'acquéreur est bien sûr l'adjudicataire, mais qui doit être considéré comme le vendeur ? Le créancier ne l'est pas véritablement : puisqu'il n'est pas propriétaire du bien saisi²⁸⁸, il ne fait que poursuivre la vente²⁸⁹. Quant au débiteur saisi, son absence de consentement à la vente devrait inciter à le disqualifier également. Plusieurs auteurs ont toutefois soutenu le contraire. Ils se prévalent de l'idée selon laquelle le débiteur, lorsqu'il s'oblige, consent dès ce moment à la vente de ses biens²⁹⁰ en conférant à son créancier un gage

²⁸⁵ Un accord se fait d'ailleurs dans la doctrine internationaliste pour considérer que la loi applicable à l'action oblique est celle de la créance protégée, et non celle de la sous-crédence : H. BATIFFOL, *Traité élémentaire de droit international privé*, 3^e éd., LGDJ, 1959, p. 592, n° 543 ; P. MAYER, V. HEUZÉ, B. REMY, *Droit international privé*, 11^e éd., coll. Précis Domat droit privé, LGDJ, 2019, p. 359, note 8 ; B. AUDIT, L. D'AVOUT, *Droit international privé*, LGDJ, 2018, p. 814, n° 986 ; B. HAFTEL, *La notion de matière contractuelle en droit international privé : Étude dans le domaine du conflit de lois*, th. Paris II, dactyl., 2008, n° 1238. *Contra* Aix-en-Provence, 30 mars 1979, *Rev. crit. DIP* 1980, p. 717, note G. LÉGIER.

²⁸⁶ V. en ce sens J. GHESTIN, M. BILLIAU, G. LOISEAU, *Traité de droit civil – Le régime des créances et des dettes*, LGDJ, 2005, p. 810, n° 780.

²⁸⁷ V. déjà F. LAURENT, *Principes de droit civil français*, t. XXIV, A. Durand & Pedone Lauriel – Bruylant-Christophe, 1877, p. 226, n° 226 : « Il y a vente, on ne peut pas le nier, puisque la loi le dit au titre de l'Expropriation. »

²⁸⁸ F. LAURENT, *op. cit.*, p. 228, n° 227 : « Est-ce que le créancier est vendeur ? Comment le serait-il alors qu'il agit comme créancier, c'est-à-dire en vertu du droit de gage que tout créancier a sur les biens du débiteur, ou en vertu de son droit hypothécaire ? Le propriétaire seul peut vendre, parce que lui seul peut transférer la propriété. »

²⁸⁹ P. CUCHE, *Précis des voies d'exécution et des procédures de distribution*, 4^e éd., Dalloz, 1938, p. 219, n° 240 : « Le poursuivant (et à plus forte raison les créanciers) ne vend pas l'immeuble, il en poursuit la vente, ce qui n'est pas la même chose. » ; J. GHESTIN, B. DESCHE, *Traité des contrats – La vente*, LGDJ, 1990, p. 243-244, n° 214 : « [...] l'initiative de la vente ne provient pas du propriétaire la chose mais d'un créancier pour lequel elle présente une voie d'exécution [...] »

²⁹⁰ L'idée fait écho à l'emploi du verbe pronominal *s'obliger* de l'article 2284 du Code civil, qui donne la fausse impression que le gage général ne concerne que les obligations nées d'un contrat.

général sur son patrimoine²⁹¹, ce qui s'analyserait en un mandat tacitement convenu²⁹². Ainsi, affirme GUILLOUARD, « lorsque le créancier saisit et fait vendre les biens de son débiteur, c'est comme mandataire de celui-ci, comme substitué à ses droits : c'est le débiteur saisi qui vend, par l'intermédiaire de son créancier et en vertu des droits qu'il a conférés à celui-ci »²⁹³. Cette explication est encore soutenue aujourd'hui²⁹⁴.

62. Une explication aussi donnée à la portée de la clause d'inaliénabilité. – L'idée selon laquelle le débiteur a consenti par avance à la vente forcée de ses biens a été également soutenue lorsqu'il s'est agi d'expliquer pourquoi la clause d'inaliénabilité frappant un bien provoquait son insaisissabilité²⁹⁵. Il a ainsi été invoqué par certains auteurs l'argument selon lequel le créancier, par la saisie qu'il poursuit, n'exerce pas un droit propre mais le droit de propriété du

²⁹¹ L. GUILLOUARD, *Traité de la vente & de l'échange*, t. I, G. Pedone-Lauriel, 1889, p. 331, n° 318 : « La vente sur saisie est en effet une vente comme une autre, où le saisi joue le rôle de vendeur : il est vrai qu'il ne consent pas à la vente au moment où elle a lieu, et c'est en cela que la vente est une vente forcée, mais il y a consenti antérieurement, au moment où il est devenu débiteur. À ce moment il a donné au créancier vis-à-vis duquel il s'obligeait un droit de gage général sur tous ses biens, et il lui a conféré le droit de faire vendre ces biens à l'échéance de sa dette, si celui-ci n'était pas payé. » ; P. CUCHE, *op. cit.*, p. 219, n° 240 : « [...] ce consentement est donné d'avance : qui s'oblige oblige ses biens ; en devenant débiteur, le saisi a accepté de subir éventuellement l'expropriation. » Même la Cour de cassation a adopté cette conception dans un arrêt : civ. 1^{re}, 19 avril 1961, *D.* 1961, p. 418 : « [...] l'adjudication d'immeubles prononcée sur saisie résulte de l'accord intervenu devant le juge entre l'adjudicataire représenté par l'avoué et le saisi représenté par le saisissant, le saisi en devenant débiteur, ayant implicitement accepté sa représentation par le créancier dans la réalisation du gage [...] ».

²⁹² A. DURANTON, *Cours de droit français suivant le Code civil*, 4^e éd., t. XIII, G. Thorel – E. Guilbert, 1844, p. 679, n° 662 : « [...] ce serait une erreur que de croire que le créancier qui poursuit de bonne foi l'expropriation de biens possédés par son débiteur, contracte lui-même, pour ce seul fait, des obligations envers les adjudicataires : il ne fait exécuter le mandat tacitement convenu entre tout débiteur et son créancier, que si le premier ne remplit pas ses engagements, le second pourra faire vendre les biens qu'il possède. » ; J.-E. LABBÉ, note sous Civ., 8 mars 1859, *Journal du Palais* 1859, p. 545 s., spéc. p. 547 : « Lorsqu'un créancier saisit et vend le bien de son débiteur, il use d'un pouvoir que celui-ci lui a donné en contractant, il fait ce que le débiteur devrait faire spontanément, il est vraiment le mandataire du débiteur. »

²⁹³ L. GUILLOUARD, *op. cit.*, p. 331, n° 318.

²⁹⁴ V. not. B. ROMAN, *Essai sur l'insaisissabilité*, th. Paris I, dactyl., 2008 : En partant de l'idée selon laquelle, « par le droit de gage général, le débiteur dispose de son patrimoine et crée le droit réel du créancier » puisque dès la naissance de la créance, le débiteur « consent à la possibilité d'une exécution sur son patrimoine » (p. 321, n° 395), l'auteur estime que « dans son origine même, [la vente forcée] découle du droit de disposer du débiteur » (p. 327, n° 299). Selon Madame ROMAN, il y a bien un consentement qui est donné par le débiteur à la vente, celui-ci étant donné à l'avance : « [...] cette volonté existe en amont par le droit réel créé par le créancier. » (p. 328, n° 300) Cet auteur ne soutient toutefois pas une représentation *stricto sensu* du débiteur par le créancier.

²⁹⁵ Req. 23 juill. 1863, *DP* 1864, 1, p. 494 – Civ. 2^e, 30 juin 1993, n° 91-14775, *Bull. civ.* II, n° 241 ; *D.* 1995, p. 50, obs. M. GRIMALDI ; *RDI* 1994, p. 287, obs. Ph. DELEBECQUE et Ph. SIMLER – Civ. 1^{re}, 15 juin 1994, n° 92-12139, *Bull. civ.* I, n° 211 ; *D.* 1995, p. 50, obs. M. GRIMALDI et p. 342, note A. LEBORGNE ; *RTD civ.* 1995, p. 666, obs. J. PATARIN et p. 919, obs. F. ZENATI – civ. 1^{re}, 8 févr. 2000, n° 97-20727, *Bull. civ.* I, n° 43 ; *RTD civ.* 2000, p. 383, obs. J. PATARIN et p. 812, obs. J. HAUSER – Civ. 1^{re}, 11 févr. 2003, n° 01-10366, Inédit.

débiteur sur ses biens²⁹⁶, ou encore un droit que lui a conféré par avance le débiteur sur ses biens en s'engageant²⁹⁷ ; il se voit donc logiquement opposer la clause d'inaliénabilité.

63. Critique. – Le défaut majeur d'une telle conception est de fonder la formation du gage général sur la volonté de l'obligé. Cette analyse laisse cependant sans explication l'engagement des biens du débiteur lorsque obligation ne naît pas d'un contrat : le débiteur ne peut avoir, de toute évidence, consenti à la vente forcée de ses biens dans ces hypothèses²⁹⁸. Surtout, la véritable source de l'engagement des biens du débiteur en garantie de ses dettes est masquée par une telle analyse. Si, dans l'histoire, la volonté du débiteur n'a pas été étrangère à l'émergence du gage général²⁹⁹, c'est, sous l'empire du Code civil, *la loi* qui engage le patrimoine de l'obligé en garantie de sa dette³⁰⁰. En consacrant cette règle, les rédacteurs du Code civil ont ainsi fait de l'engagement des biens en garantie de ses dettes une contrepartie de

²⁹⁶ P. BERLIOZ, « La propriété, point de définition d'un régime unitaire », *RDC* 2016, p. 152 : « *En réalité, si l'indisponibilité entraîne l'insaisissabilité, c'est parce que les créanciers, exerçant lors d'une saisie les droits de leur débiteur, se heurtent à l'engagement que celui-ci avait conclu. Peu importe donc le caractère personnel ou réel de l'indisponibilité. Dès lors que le débiteur est engagé, la clause s'impose à lui comme à toutes les personnes qui exercent ses droits à sa place.* » ; Rappr. C. BEUDANT, *Cours de droit civil français*, t. IV, *Les biens*, avec la collaboration de P. VOIRIN, 2^e éd., A. Rousseau, 1938, p. 292, n° 274 : « [...] si le propriétaire subit la saisie, de même qu'il subit l'expropriation pour cause d'utilité publique, la saisie – à la différence de l'expropriation – est la suite d'engagements volontairement assumés ; l'aliénation résulte indirectement de la volonté du propriétaire ; or, il ne saurait être autorisé à réaliser indirectement ce qu'il lui est interdit de faire directement. »

²⁹⁷ B. ROMAN, *Essai sur l'insaisissabilité*, th. Paris I, dactyl., 2008, p. 384, n° 344 : « [...] dans le cadre du droit de gage général, le débiteur confère un droit réel sur son bien au créancier, permettant de la sorte à celui-ci de saisir ultérieurement ce bien. Or, si le bien est indisponible, le débiteur propriétaire ne peut, à l'évidence, pas en disposer donc ne peut pas créer un droit réel en faveur du créancier puisque la création d'un droit réel constitue un exercice afférent au droit de disposer. »

²⁹⁸ V. en ce sens H. FOUGERAT, *Du droit de gage général des créanciers sur les biens de leur débiteur*, th. Poitiers, Oudin et c^{ie}, 1897, p. 5-6.

²⁹⁹ V. *supra*, n° 6.

³⁰⁰ La jurisprudence l'a jadis affirmé : « *Car lorsque les créanciers font saisir les biens du débiteur, ils usent d'un droit qui leur est propre et qu'ils ne tiennent que de la loi.* » (Rouen, 22 juin 1872, *S.* 1873, 2, p. 209) Adde F. MOURLON, *Examen critique et pratique du commentaire de M. Troplong sur les privilèges*, Larcier, 1855, p. 15 ; P. PONT, *Explication théorique et pratique du Code civil*, t. X, *Des privilèges et hypothèques*, t. I, 3^e éd., Delamotte, 1876, p. 9, n° 16 : « [...] ce droit de gage général qui affecte les biens de l'obligé, aux termes de l'art. 2092, ce n'est pas l'obligé qui le donne, c'est la loi elle-même qui l'établit, par sa seule autorité, sans l'intervention de l'obligé, même à l'insu de l'obligé dans bien des cas [...]. » ; F. LAURENT, *Droit civil international*, t. VII, Bruylant-Christophe – Marescq, 1881, p. 441, n° 377 : « *Non ; ce n'est pas le débiteur qui donne à son créancier action sur ses biens ; c'est la loi qui lui impose l'exécution forcée de toutes les obligations qu'il contracte, quand même il les contracterait sans sa volonté [...].* »

la propriété³⁰¹ et, plus fondamentalement, une composante de la personnalité juridique³⁰². En aucun cas le gage général ne naît donc de la volonté du débiteur. « *Qu'on ne dise point, affirmait MOURLON, que l'incapacité d'aliéner un bien entraîne, par voie de conséquence, l'incapacité de l'engager en s'obligeant. Autre chose, en effet, est l'acte par lequel on aliène un bien, autre chose le droit de gage que l'on confère sur lui par l'effet de l'obligation que l'on contracte.* »³⁰³

Le créancier, lorsqu'il sollicite la saisie de biens de son débiteur et en poursuit la vente, n'est pas le représentant de ce dernier. Cela explique notamment que des biens indisponibles pour leur propriétaire n'en demeurent pas moins saisissables par ses créanciers, comme c'est le cas du logement des époux³⁰⁴, et comme c'était le cas, naguère, des immeubles de la femme séparée de corps ou de biens³⁰⁵. Et si la clause d'inaliénabilité frappant un bien le rend insaisissable, c'est en raison de l'effet radical de l'inaliénabilité. Celle-ci touche, en effet, « *directement au statut objectif de la chose* »³⁰⁶, elle modifie sa nature³⁰⁷ et est, partant, opposable *erga omnes*³⁰⁸.

³⁰¹ Rapp. M. GRIMALDI, « Théorie du patrimoine et fiducie », *RLDC* déc. 2010, p. 73 s., spéc. p. 74 : « [...] *c'est parce que [la propriété] attribue à son titulaire la valeur économique du bien, la liberté de le dissiper, en capital comme en revenus, que le propriétaire engage ses biens par ses dettes, que ses créanciers peuvent le saisir.* »

³⁰² F. ZENATI-CASTAING, T. REVET, *Cours de droit civil – Obligations – Régime*, coll. Droit fondamental, PUF, 2013, p. 138, n° 65 : « *Ce mécanisme est la conséquence d'un pouvoir fondamental participant de la personnalité juridique car il est antérieur à la naissance de l'obligation qu'il conditionne. C'est parce que toute personne a le pouvoir d'obliger ses biens qu'elle provoque ce résultat en contractant une obligation.* »

³⁰³ F. MOURLON, *op. cit.*, p. 15.

³⁰⁴ Si, en effet, les époux ne peuvent l'un sans l'autre disposer des droits sur le logement familial (C. civ., art. 215, al. 3), ces dispositions n'entravent pas la saisie de ce bien par les créanciers (Civ. 1^{re}, 4 juill. 1978, *Bull. civ. I*, n° 256 ; *D.* 1979, p. 479, note Y. CHARTIER ; *RTD civ.* 1979, p. 585, obs. R. NERSON – civ. 1^{re}, 21 mai 1997, n° 95-14102, *Bull. civ. I*, n° 163 ; *JCP G* 1997, I, 4054, n° 14, obs. Ph. PÉTEL ; *Dr. fam.* 1997, comm. 122, note H. LÉCUYER). Il en est de même des sommes versées sur un plan d'épargne-logement, lesquelles, malgré leur indisponibilité pour leur propriétaire (CCH, art. R. 315-30), sont saisissables par ses créanciers (civ. 2^e, 29 mai 1991, n° 90-11714, *Bull. civ. II*, n° 170 ; *D.* 1993, p. 57, note M. VASSEUR ; *RDI* 1992, p. 358, obs. J. STOUFFLET et F. SCHAUFELBERGER).

³⁰⁵ F. LAURENT, *Principes de droit civil français*, t. XXIX, Bruylant-Christophe – A. Durand & Pedone Lauriel, 1879, p. 301-302, n° 268.

³⁰⁶ Ph. CHAUVIRÉ, « Voyage sur les terres de l'inaliénabilité conventionnelle » in L. ANDREU (dir.), *Liberté contractuelle et droits réels*, coll. Colloques & Essais, Institut universitaire Varenne, 2015, p. 155 s., spéc. p. 163. *Adde* R. BÉRAUD, « L'indisponibilité juridique », *D.* 1952, p. 187 s., spéc. p. 187, n° 4 : l'auteur présente la théorie du juriste italien Franco Negro qui « *présente l'inaliénabilité comme un lien objectif, de nature réelle, parce qu'affectant directement la chose* ».

³⁰⁷ La jurisprudence considère ainsi que « les biens frappés d'inaliénabilité ne sont pas susceptibles d'hypothèque conventionnelle, comme ne se trouvant pas dans le commerce au sens de l'article 2397 du Code civil » (Civ. 1^{re}, 23 févr. 2012, n° 09-13113, *Bull. civ. I*, n° 39 ; *AJDI* 2012, p. 460, obs. N. LE RUDULIER ; *Gaz. pal.* 28-29 mars 2012, p. 21, obs. C. ALBIGES ; *JCP G* 2012, 626, n° 16, obs. Ph. DELEBECQUE ; *RTD civ.* 2012, p. 346, obs. P. CROCQ ; *CCC* 2012, p. 116, obs. L. LEVENEUR ; *RLDC* mai 2012, p. 32, obs. G. MARRAUD DES GROTTES ; *Banque & droit*, mars-avr. 2012, p. 41., obs. N. RONTCHEVSKY).

³⁰⁸ Opposabilité qui nécessite, en matière immobilière, une publicité (Décret n° 55-22 du 4 janv. 1955, art. 28). En matière mobilière, aucune publicité n'est organisée, mais elle peut être assurée, lorsqu'elle porte sur des actions de société, lorsqu'elle est insérée dans les statuts de la société émettrice des actions. Si la clause porte sur un meuble corporel, l'article 2276 du Code civil s'applique et protège alors l'acquéreur de bonne foi du bien, malgré l'existence de la clause. La situation est toutefois plus incertaine concernant le bien incorporel frappé d'une clause d'inaliénabilité extra-statutaire (W. DROSS, *Clausier – Dictionnaire des clauses ordinaires et extraordinaires des contrats de droit privé interne*, 3^e éd., LexisNexis, 2016, v° *Inaliénabilité*, p. 303 s., spéc. p. 315).

Conclusion du chapitre 2. – L'explication du gage général concevant le créancier comme un représentant du débiteur, qui exercerait les droits de ce dernier lorsqu'il met en œuvre son gage n'emporte, en somme, pas la conviction. Cette analyse est invoquée le plus souvent pour expliquer des éléments sporadiques du régime du gage général, notamment l'action oblique, la vente sur saisie ou encore l'insaisissabilité du bien frappé d'une clause d'inaliénabilité. Or, non seulement ces différents éléments peuvent être expliqués autrement que par le recours à la représentation, mais la généralisation de cette analyse à la notion de gage général n'emporte pas non plus la conviction. Qualifier le créancier d'ayant cause universel relève d'une conception erronée de son statut : il n'a rien de comparable à un héritier puisqu'il a droit à une valeur et, par suite, se rapproche bien plus d'un ayant cause particulier. Le qualifier de représentant du débiteur n'est pas plus satisfaisant. Cette analyse revient, en effet, à nier que le gage général est conféré à tout titulaire d'un droit de créance par la loi, et que, plus fondamentalement, l'engagement sur ses biens constitue une conséquence de l'octroi de la personnalité juridique. Dès lors, le créancier réalisant son gage sur les biens du débiteur n'exerce pas les droits de ce dernier, mais un pouvoir propre qu'il tire de son droit de créance.

CHAPITRE 3 : LA DIFFICULTÉ DE SITUER LE GAGE GÉNÉRAL ENTRE L'ÊTRE ET L'AVOIR

64. Une troisième difficulté dans l'identification du gage général a été rencontrée en doctrine, et concerne plutôt son assiette, c'est-à-dire le patrimoine du débiteur. En devenant obligé, qu'est-ce que le débiteur engage ? Comment qualifier le rapport du créancier avec cette assiette de garantie si singulière ? L'adage *Qui s'oblige oblige le sien* résume bien la problématique inhérente au gage général, mécanisme contraignant à la fois l'être du débiteur et son avoir. Cette ambiguïté a conduit à opposer deux analyses explicatives du gage général. En concevant le patrimoine comme une émanation de la personnalité, la théorie du patrimoine forgée par AUBRY et RAU a amené à considérer le gage général comme procurant au créancier un droit sur la personne même du débiteur, présentation qui reste, on le sait, majoritaire dans la doctrine française (Section 1). En réaction à cette théorie, jugée trop métaphysique et déconnectée du droit positif, une analyse a été développée au début du XX^e siècle, visant à appréhender le gage général à la manière d'une sûreté réelle, c'est-à-dire comme un droit réel de garantie sur une masse de biens (Section 2). Résumant le gage général à un mécanisme portant tantôt sur la personne du débiteur, tantôt sur une valeur globale, ces deux explications comportent chacune des excès propres à leur positionnement radical. Il conviendra, après avoir présenté le contenu de ces théories, de relever leurs imperfections quant à l'explication que chacune donne de la notion de gage général.

SECTION 1 : LE GAGE GENERAL PRESENTE COMME UN DROIT SUR LA PERSONNE DU DEBITEUR

65. La lecture du gage général par le prisme du patrimoine. – L'explication doctrinale du gage général a franchi une étape décisive dès lors que le projecteur a été braqué sur l'objet de ce gage : le patrimoine. Car s'il ne faut retenir qu'une seule règle pour justifier la conceptualisation de cette masse de biens appartenant à une personne, c'est celle du gage général. Parce que lorsqu'elle s'oblige, une personne engage tous ses biens, présents *et à venir*, la projection dans le futur de cette masse de biens fait naître le besoin de la concevoir comme une entité unique, malgré son hétérogénéité. L'émergence du crédit contraint à penser au futur, donc à construire une notion de patrimoine³⁰⁹. Sans pratique du crédit, quel besoin y aurait-il à conceptualiser le patrimoine ? Il ne serait qu'une masse de biens hétérogènes, ancrée dans le présent, dont l'existence et la consistance n'importeraient qu'à leur propriétaire. Dès lors que la garantie de l'obligation porte sur l'intégralité des biens du débiteur, « *les tiers ont été amenés, ainsi, à se faire une idée abstraite de la fortune de leur débiteur* »³¹⁰.

66. C'est de cette nécessité qu'est née la théorie du patrimoine. Après avoir résumé l'évolution historique de cette théorie et l'explication qu'elle donne de la notion de gage général (I), il en sera fait une critique (II).

I. PRESENTATION

67. Passée à la postérité grâce à deux professeurs strasbourgeois au XIX^e siècle, cette théorie est, chacun le sait, inspirée des travaux d'un pandectiste allemand. Cette base sur laquelle s'est construite la théorie du patrimoine et la présentation qu'elle fait du gage général (A) a connu – rançon de la gloire – une réinterprétation au fil des décennies, qui n'a pas été sans conséquence pour l'explication de la notion de gage général (B).

³⁰⁹ O. JALLU, *Essai critique sur l'idée de continuation de la personne*, th. Paris, A. Rousseau, 1902, p. 98 : « Pour nous, l'idée de patrimoine est née avec la notion même du crédit, le jour où la charge de l'obligation est descendue, de la personne, sur les biens, et nous nous imaginons qu'elle n'a jamais eu d'autre rôle que de lui correspondre exactement, d'en être l'expression concrète. Ôté le crédit, le patrimoine n'exprime rien. »

³¹⁰ O. JALLU, *op. cit.*, p. 99-100.

A.- PRESENTATION DE LA THEORIE INITIALE

68. C'est en traduisant les travaux de ZACHARIAE, un professeur de droit allemand, qu'AUBRY et RAU ont trouvé les fondations de ce qui va devenir la théorie du patrimoine. La théorie initiale forgée par ZACHARIAE sera présentée (1), puis l'évolution radicale qu'elle a connue au contact de ses deux traducteurs français (2).

1. LA THEORIE DE ZACHARIAE

69. **Le tournant conceptuel de la théorie du patrimoine.** – « *Le patrimoine n'étant que la personnalité de l'homme considéré dans ses rapports avec les objets sur lesquels il peut avoir des droits à exercer, il en résulte nécessairement que les obligations qui pèsent sur une personne grèvent, de plein droit, son patrimoine ; ou, comme on le disait autrefois, que celui qui s'oblige, oblige le sien.* »³¹¹ Ce sont ces termes qui introduisent à la moitié du XIX^e siècle, dans la doctrine française, une interprétation innovante des articles 2092 et 2093 du Code civil. L'auteur de l'idée originale n'est pas français mais allemand, Karl Salomon Zachariae von Lingenthal, professeur à l'université de Heidelberg. L'importation de cette théorie dans la

³¹¹ C. AUBRY, C. RAU, *Cours de droit civil français traduit de l'allemand de M. C. S. Zachariae*, t. IV, F. Lagier, 1844, p. 111, § 580. Cet ouvrage, comme son titre l'indique, est censé être une simple traduction par Aubry et Rau de l'ouvrage de Zachariae. Dans la préface du premier tome, les traducteurs expliquent leur mode de traduction : « *En nous astreignant à la reproduction exacte de l'original, sans nous permettre d'y apporter aucune modification, le Cours, dont nous publions la traduction, et dont la troisième édition date de 1827, n'aurait point été, en 1837, au courant des progrès de la science. Un travail de simple traduction n'eût donc pas rempli le but que nous devons nous proposer d'atteindre. [...] D'après ces considérations, nous avons préféré soumettre l'ouvrage de M. Zachariae à un remaniement qui pût faire considérer notre traduction comme une nouvelle édition française de cet ouvrage. Nous ne pouvions entreprendre un semblable travail que du consentement de l'auteur, qui a daigné nous l'accorder avec une bienveillance dont nous le prions de recevoir nos remerciements (sic) publics. M. Zachariae a fait plus encore ; il a revu notre manuscrit, il a bien voulu nous éclairer de ses conseils, et nous encourager par ses concessions.* » (C. AUBRY, C. RAU, *Cours de droit civil français traduit de l'allemand de M. C. S. Zachariae*, t. I, F. Lagier, 1839, p. XII-XIII). On est donc loin d'une traduction littérale, bien que l'assentiment de Zachariae soit censé rendre cette version française fidèle à sa pensée. Les plus perplexes peuvent se référer à une autre traduction du cours de Zachariae, réalisée à partir de la cinquième édition de l'ouvrage du professeur allemand, qui a toutefois le défaut d'avoir refondu le plan du cours dans l'ordre du Code. Les auteurs de cette traduction ultérieure insistent sur le contraste entre leur traduction et celle d'Aubry et Rau : « *Si l'on remarque dans le cours de l'ouvrage des différences notables entre la première traduction et la traduction nouvelle, il faut les attribuer soit aux variations successives qui peuvent se rencontrer dans les diverses éditions de Zachariae, soit aux modifications que les premiers traducteurs se sont crus sans doute autorisés à y apporter.* » (K. S. ZACHARIAE, *Le droit civil français*, trad. G. Massé, C. Vergé, t. I, A. Durand, 1854, p. XIII). Toutefois, concernant les développements relatifs au patrimoine, nous n'avons pas noté de différences notables entre les deux traductions : v. K. S. ZACHARIAE, *Le droit civil français*, trad. G. Massé, C. Vergé, t. II, A. Durand, 1855, p. 38 s.

science juridique française constitue une révolution quant à la relation qu'entretient le sujet propriétaire avec les objets appropriés. Alors que les biens sont jusqu'ici considérés dans leur individualité, dans le rapport direct qu'ils entretiennent avec le sujet propriétaire, le savant allemand apporte une autre dimension à cette conception. Il propose de considérer les biens comme éléments d'une universalité, le patrimoine, et ainsi de s'intéresser moins aux qualités propres du bien qu'à sa valeur pécuniaire³¹². Cet ajout majeur procède d'un changement de point de vue, comme le souligne justement Monsieur XIFARAS : « *La perspective de l'unification des biens patrimoniaux en une masse monétaire indifférenciée est celle qui se dégage de l'adoption du regard d'un tiers, le créancier, pour qui le patrimoine est un ensemble de biens saisissables.* »³¹³ Pour appréhender dans toute sa complexité le rapport du sujet avec les biens, il faut le considérer non seulement comme propriétaire, mais aussi comme débiteur³¹⁴.

70. Le patrimoine conçu comme un élément de la personnalité. – Toutefois, l'attrait de la notion de patrimoine serait limité si elle consistait seulement à regrouper l'ensemble des biens d'une personne dans une universalité de droit. En réalité, ce qui permet à ZACHARIAE de considérer le titulaire du patrimoine comme propriétaire *et* débiteur, c'est la relation complexe qu'entretient la personne avec son patrimoine, l'*avoir* étant sublimé par l'*être* :

« *Le droit de l'homme sur son patrimoine est un droit de propriété qui prend son fondement dans la personnalité même de celui-ci. Le patrimoine n'est, en effet, en dernière analyse, que la personnalité de l'homme mise en rapport avec les objets sur lesquels il peut avoir des droits à exercer.* »³¹⁵

71. L'unicité du patrimoine, conséquence de cette conception. – De ce rapport consubstantiel entre la personne et son patrimoine, ZACHARIAE tire comme conséquence que « *la même personne ne peut, en règle générale, posséder plus d'un patrimoine* »³¹⁶ pour ajouter que plusieurs exceptions à cette règle existent. L'unicité du patrimoine n'est donc, dans la conception du professeur de Heidelberg, qu'un produit de second plan de sa théorie

³¹² « *Les objets du patrimoine sont donc les biens (extérieurs) d'une personne, non pas considérés individuellement pour leurs qualités particulières, mais seulement envisagés en leur qualité de chose dotée d'une valeur pécuniaire. Il est donc possible et même nécessaire de présenter les objets extérieurs des droits civils à partir de deux points de vue différents ; d'une part comme des objets particuliers, d'autre part comme des objets faisant partie du patrimoine.* » K. S. ZACHARIAE, cité par M. XIFARAS, *La propriété – Étude de philosophie du droit*, PUF, 2004, p. 226.

³¹³ M. XIFARAS, *op. cit.*, p. 226.

³¹⁴ « *La notion de patrimoine introduit, au cœur de la relation du sujet propriétaire à l'objet approprié, la médiation d'une perspective étrangère ; introduction requise pour opérer l'unification du propriétaire et du débiteur en un seul et même sujet de droit.* » (M. XIFARAS, *op. cit.*, p. 226)

³¹⁵ C. AUBRY, C. RAU, *Cours de droit civil français traduit de l'allemand de M. C. S. Zachariae*, t. IV, F. Lagier, 1844, p. 102, § 575.

³¹⁶ C. AUBRY, C. RAU, *op. cit.*, p. 100, § 573.

personnaliste du patrimoine. L'appropriation de cette théorie par les traducteurs français de ZACHARIAE va l'enrichir et faire émerger ce qui deviendra un élément incontournable de la culture juridique française.

2. LE DEPASSEMENT DE CETTE THEORIE PAR AUBRY ET RAU

72. L'apport de ZACHARIAE ne pouvait être éludé tant il a été essentiel dans la construction de la théorie du patrimoine. Il faut à présent aborder dans quelle mesure AUBRY et RAU ont complété et modifié cette analyse, notamment en faisant de l'article 2284 une disposition clé de leur théorie (a). L'on tentera ensuite d'expliquer pourquoi leur œuvre conceptuelle est devenue incontournable pour la doctrine française et, plus précisément, dans la présentation du gage général (b).

a. L'APPORT D'AUBRY ET RAU

73. **De traducteurs à auteurs.** – Si la première édition du *Cours de droit civil français* de ZACHARIAE est une traduction plus ou moins libre de l'œuvre originale³¹⁷, les éditions ultérieures que réalisent Charles AUBRY et Charles RAU deviennent une œuvre personnelle, ce que confirme l'évolution du titre de leur ouvrage. L'initial *Cours de droit civil français traduit de l'allemand de M. C. S. Zachariae* est renommé, pour la troisième édition, *Cours de droit civil d'après l'ouvrage allemand de C. S. Zachariae*³¹⁸, pour enfin, dans la quatrième et dernière édition du vivant des auteurs, devenir le *Cours de droit civil français d'après la méthode de Zachariae*³¹⁹. En l'espace de trente ans, l'ouvrage originel du savant allemand passe du statut d'œuvre traduite à celui de méthode. Corrélativement, la théorie du patrimoine s'en trouve modifiée sur plusieurs aspects, et enrichie. Le gage général devient une manifestation incontournable de leur théorie : leur présentation du mécanisme (α) ainsi que leur conception de l'assiette du gage général (β) doivent être explicitées.

³¹⁷ Selon un auteur, la première édition du Cours d'AUBRY et RAU est « une traduction non pas littérale mais néanmoins très fidèle qui respecte le fond et la forme ainsi que les subdivisions de l'original, en y ajoutant quelques considérations sur l'indivisibilité du patrimoine. Ce n'est que dans les éditions ultérieures que les maîtres de la Faculté de Strasbourg recomposeront et reclasseront toute la matière, pour en faire la théorie que l'on connaît aujourd'hui » (M. PÉDAMON, « Le Code civil et la doctrine juridique allemande du XIXe siècle » in 1804-2004 – Le Code civil – Un passé, un présent, un avenir, Université Panthéon-Assas (Paris II), Dalloz, 2004, p. 803 s., spéc. p. 818).

³¹⁸ Dont les volumes sont parus entre 1856 et 1863.

³¹⁹ Dont les volumes sont parus entre 1869 et 1879.

α. LE GAGE GENERAL, UNE EMPRISE SUR LE PATRIMOINE INDIVISIBLE DANS LE TEMPS

74. L'essence personnaliste de la théorie reste intacte, les deux professeurs strasbourgeois énonçant que le patrimoine est « dans sa plus haute expression, la personnalité même de l'homme, considérée dans ses rapports avec les objets extérieurs sur lesquels il peut ou pourra avoir des droits à exercer »³²⁰. De cette prémisse, les auteurs dégagent trois règles générales dont la portée est sans commune mesure avec celle que leur donnait ZACHARIAE :

*« Que les personnes physiques ou morales peuvent seules avoir un patrimoine ; Que toute personne a nécessairement un patrimoine, alors même qu'elle ne posséderait actuellement aucun bien ; Que la même personne ne peut avoir qu'un seul patrimoine, dans le sens propre du mot. »*³²¹

75. **Le patrimoine, objet de propriété.** – La troisième de ces règles est bien sûr celle qui a fait couler le plus d'encre, en ce qu'elle constitue la première pierre du « dogme de l'unicité du patrimoine ». Il est vrai que cette règle occupe une place plus importante chez les auteurs strasbourgeois que chez leur inspirateur. Selon eux, « le patrimoine est, en principe, un et indivisible, comme la personnalité même »³²². Le fondement de l'indivisibilité du patrimoine serait-il seulement métaphysique³²³ ? Non, car AUBRY et RAU précisent que le patrimoine « se distingue cependant de la personne elle-même »³²⁴. Il faut donc considérer que l'indivisibilité du patrimoine a une justification propre. Elle se trouve dans le rapport entre la personne et son patrimoine, qui est un droit de propriété. Ce droit est spécifique en ce qu'il est « le seul droit réel dont le patrimoine soit susceptible de former l'objet, durant la vie de celui auquel il appartient »³²⁵, et en ce que le propriétaire ne peut aliéner l'objet de ce droit³²⁶. Surtout, les auteurs précisent que c'est « envisagé comme objet du droit de propriété [que] le patrimoine est absolument indivisible »³²⁷. Dans la troisième édition de leur *Cours*, les auteurs sont clairs :

³²⁰ C. AUBRY, C. RAU, *Cours de droit civil français d'après la méthode de Zachariae*, t. VI, 4^e éd., Marchal et Billard, 1873, p. 230, § 573, note 6.

³²¹ C. AUBRY, C. RAU, *op. cit.*, p. 231, § 573.

³²² C. AUBRY, C. RAU, *op. cit.*, p. 232, § 574.

³²³ V. en ce sens R. SÈVE, « Déterminations philosophiques d'une théorie juridique : la Théorie du patrimoine d'Aubry et Rau », *APD*, t. 24, 1979, p. 247 s., spéc. p. 250.

³²⁴ C. AUBRY, C. RAU, *op. cit.*, p. 240, § 576.

³²⁵ *Ibid.*

³²⁶ C. AUBRY, C. RAU, *op. cit.*, p. 242, § 577 : « Le patrimoine est inaliénable. L'idée de l'aliénation du patrimoine présenterait un véritable contre-sens, puisque, n'ayant pas d'existence propre et indépendante, il ne saurait se comprendre détaché de la personne à laquelle il appartient. »

³²⁷ C. AUBRY, C. RAU, *op. cit.*, p. 244, § 577.

« Quoique le patrimoine envisagé comme une universalité de biens distincte de la personne qui en est propriétaire, soit divisible en parties abstraites, il en est autrement du rapport qui existe entre le patrimoine ainsi envisagé et la personne qui en est propriétaire. La propriété du patrimoine est indivisible comme la personnalité même de celui auquel il appartient. »³²⁸

76. Un objet conçu comme étant divisible. – En réalité, l’indivisibilité du patrimoine porte moins sur l’*objet* patrimoine en tant que tel, que sur le *rapport* de propriété entre la personne et son patrimoine. Le droit de propriété qu’exerce la personne sur son patrimoine ne peut se diviser, tandis que le patrimoine considéré comme universalité de biens est « susceptible d’être divisé en parties intellectuelles ou de quotité »³²⁹. Une telle lecture rend alors conciliable la théorie des auteurs strasbourgeois avec l’existence d’autres universalités juridiques à côté du patrimoine personnel³³⁰ qu’ils évoquent eux-mêmes³³¹.

77. Le gage général, indivisible dans le temps. – Lorsqu’il est question du patrimoine comme gage des obligations pesant sur la personne, il est énoncé que « le droit de gage est indivisible, comme le patrimoine auquel il s’applique »³³². Mais, une fois de plus, il ne faut pas se contenter de cette citation pour appréhender fidèlement la pensée de ces auteurs. Puisque le patrimoine est inaliénable, le droit de gage ne s’exerce pas sur la propriété du patrimoine, il n’est « susceptible de s’exercer que sur les éléments dont il se compose »³³³. À lire la conséquence qu’ils tirent de l’indivisibilité du droit de gage, celle-ci n’est pas entendue structurellement, mais plutôt temporellement : « les créanciers d’une personne qui a disposé d’une partie de ses biens, n’en conservent pas moins le droit de frapper de saisie, pour tout ce qui leur est dû, la totalité des biens qui se trouvent *encore* dans le patrimoine du débiteur. »³³⁴

³²⁸ C. AUBRY, C. RAU, *Cours de droit civil français d’après l’ouvrage allemand de C.-S. Zachariae*, t. V, 3^e éd., Cosse, 1857, p. 4, § 575.

³²⁹ C. AUBRY, C. RAU, *op. cit.* (4^e éd.), p. 244, § 577.

³³⁰ V. en ce sens A. DENIZOT, « L’étonnant destin de la théorie du patrimoine », *RTD civ.* 2014, p. 547 : « L’indivisibilité s’applique à la propriété du patrimoine plus qu’au patrimoine lui-même, de sorte que ce dernier est parfaitement susceptible d’être découpé en différentes universalités de droit. » ; Adde V. WESTER-OUISSE, « Aubry et Rau et la division du patrimoine », *LPA* 14 déc. 2009, p. 4, n° 9 : « Si le patrimoine, universalité de biens, est susceptible de division à la seule condition que cette division ne soit pas fondée sur la nature matérielle de l’objet, les divisions fondées sur l’utilité des biens et en termes de valeurs pécuniaires seraient acceptables. C’est là précisément ce qui est prôné par les tenants des patrimoines d’affectation : le patrimoine doit pouvoir être divisé en plusieurs universalités, régies de façon indépendante, en fonction de l’utilité des biens considérés. Aubry et Rau favorables aux patrimoines d’affectations... qui l’eût cru ? »

³³¹ C. AUBRY, C. RAU, *op. cit.*, (3^e éd.), p. 2, § 573 : « La même personne ne peut, en règle générale, posséder plus d’un patrimoine. Cette règle n’est cependant pas sans exceptions. » Les auteurs citent alors le bénéfice d’inventaire, la séparation des patrimoines, le patrimoine de l’absent, le majorat et le fidéicommiss.

³³² C. AUBRY, C. RAU, *op. cit.* (4^e éd.), p. 248, § 579.

³³³ *Ibid.*

³³⁴ *Ibid.* Nous soulignons.

Ainsi, selon la pensée d'AUBRY et RAU, le gage général constitue pour le créancier une emprise indivisible *dans le temps* sur la valeur pécuniaire que représentent les biens composant le patrimoine³³⁵, et non une emprise sur la propriété même du patrimoine. C'est pourquoi les professeurs strasbourgeois dénie au gage général la qualification de droit réel³³⁶. Comme il l'a été judicieusement relevé, « *c'est précisément ce pouvoir d'acquérir de nouveaux droits qui est fondamentalement engagé dans l'obligation, et non pas seulement la somme algébrique des biens constituant le contenu du patrimoine du débiteur* »³³⁷.

β. L'ASSIETTE DU GAGE CONSIDEREE COMME UNE VALEUR GLOBALE

78. Les biens composant le patrimoine conçus comme une valeur. – Pour déterminer l'assiette du gage, il faut expliquer la manière dont AUBRY et RAU considèrent les biens composant le patrimoine. Nous avons vu que ZACHARIAE avait déjà enrichi la notion de bien en remarquant qu'en adoptant le point de vue d'un créancier, les biens d'une personne n'étaient plus appréhendés individuellement pour leurs qualités respectives mais de manière indifférenciée comme une masse monétaire saisissable³³⁸. Ses successeurs poursuivent et dépassent l'idée :

*« Les objets extérieurs sur lesquels portent les droits d'une personne ne forment point des parties intégrantes de son patrimoine, en eux-mêmes, et sous le rapport de leur nature constitutive, mais à titre de biens, et, sous le rapport de l'utilité qu'ils sont susceptibles de procurer. En cette qualité, ces objets se ramènent tous à l'idée commune d'une valeur pécuniaire. »*³³⁹

Ainsi les deux exégètes radicalisent l'idée de départ en identifiant, de manière générale, le bien patrimonial comme une valeur pécuniaire. Une notion économique se trouve ainsi importée dans le discours juridique et modifie le rapport aux biens³⁴⁰. Un tel apport est essentiel

³³⁵ C. AUBRY, C. RAU, *op. cit.*, p. 249, § 580 : « *L'indivisibilité du droit de gage établi par l'art. 2092 conduit à reconnaître que tous les biens faisant partie du patrimoine d'une personne, sont indistinctement affectés à l'acquittement de toutes ses obligations, **quelle que soit l'époque à laquelle ces obligations ont pris naissance, et celle à laquelle ces biens ont été acquis** [...]. » (Nous soulignons)*

³³⁶ « *Bien qu'il soit indivisible, le gage établi par l'art. 2092 ne constitue cependant pas un droit réel.* » (C. AUBRY, C. RAU, *op. cit.*, p. 248, § 579)

³³⁷ F. K. COMPARATO, *Essai d'analyse dualiste de l'obligation en droit privé*, préf. A. Tunc, Dalloz, 1964, p. 63, n° 40.

³³⁸ V. *supra*, n° 69.

³³⁹ C. AUBRY, C. RAU, *op. cit.*, p. 230, § 573.

³⁴⁰ La caractéristique de la valeur est, en effet, de « *proposer un point de vue social : la comparaison entre les choses ne tient pas à leurs caractéristiques intrinsèques, mais au regard que la société porte sur eux* » (R. LIBCHABER, *Recherches sur la monnaie en droit privé*, préf. P. Mayer, Bibliothèque de droit privé, t. 225, LGDJ, 1992, p. 39, n° 48).

car la valeur procure aux juristes un mode de comparaison unique des biens, seul susceptible de rendre compte des échanges à l'ère moderne³⁴¹. Elle permet également d'incarner des entités difficilement appréhendables autrement parce que dynamiques, comme l'activité humaine³⁴².

79. Le patrimoine conçu comme une valeur globale. – Naturellement, l'approche valoriste a vocation à affecter la notion de bien mais aussi celle de patrimoine. Selon les professeurs strasbourgeois, ce dernier « exprime lui-même, en définitive, l'idée d'une pareille valeur. Pour en déterminer la consistance, il faut, de toute nécessité, déduire le passif de l'actif »³⁴³. Aussi le patrimoine est-il conçu comme un creuset³⁴⁴ dans lequel sont versées différentes valeurs pécuniaires, positives comme négatives et qui, une fois fondues, représentent une valeur globale³⁴⁵, un « capital »³⁴⁶. Loin de n'être qu'un « parallélisme pédagogique et sobre que leur offrait la science économique »³⁴⁷, cette conceptualisation du fonctionnement

³⁴¹ Il est à noter qu'AUBRY et RAU identifient la valeur d'un bien à son utilité. Cette conception est dépassée, y compris à leur époque. Dès le XVIII^e siècle, les économistes ont mis en évidence, en plus de l'utilité, l'importance de la rareté dans la détermination de la valeur, avec le fameux paradoxe de l'eau et du diamant, la première d'une utilité vitale mais sans valeur, le second d'une futilité certaine mais d'une valeur considérable. À ces deux variables doit être ajouté le temps de travail. « Ainsi composé de travail, de rareté et d'utilité, le concept de valeur peut être compris. Mais à condition de respecter le jeu complexe de ces différentes variables. » (R. LIBCHABER, *op. cit.*, p. 40, n° 48)

³⁴² V. déjà sur ce point P. CATALA, « La transformation du patrimoine en droit civil moderne », *RTD civ.* 1966, p. 185 ; Adde J.-M. MOUSSERON, « Valeurs, biens, droits » in *Mélanges en hommage à André Breton et Fernand Derrida*, Dalloz, 1991, p. 477. De manière plus approfondie concernant la force de travail, qualifiée de quasi-propriété, v. T. REVET, *La force de travail (étude juridique)*, préf. F. Zenati, Bibliothèque de droit de l'entreprise, t. 28, Litec, 1992.

³⁴³ C. AUBRY, C. RAU, *op. cit.*, p. 231, § 573.

³⁴⁴ Rappr. M. HAURIOU, *Leçons sur le mouvement social*, Larose, 1899, p. 149-150 : « [...] le patrimoine est la comptabilité toujours ouverte d'un compte unique, de sorte que tous les faits juridiques dont la personne est responsable viennent mécaniquement s'y inscrire sous la forme doit ou avoir, et qu'ainsi s'établissent l'unité et la continuité dans les actes, au moins au point de vue quantitatif. »

³⁴⁵ Rappr. P. CATALA, « L'évolution contemporaine du droit des biens – Exposé de synthèse » in *L'évolution contemporaine du droit des biens – Journées Savatier*, PUF, 1991, p. 181 s., rééd. in P. CATALA, *Famille et patrimoine*, coll. Doctrine juridique, PUF, 2000, p. 67 s., spéc. p. 77 : « Considérée dans le temps, la notion de patrimoine porte en elle une fongibilité générale des richesses en circulation, qui amenuise l'intuitus rerum, la considération des choses singulières. Regardé dans l'instant, le patrimoine se ramène à un solde positif ou négatif de biens et de dettes. Ces deux fonctions, fongibilité dans la durée, bilan dans l'instant, se réalisent toutes deux sous la médiation de la monnaie, qui ramène toute chose au même étalon. » (Nous soulignons)

³⁴⁶ M. XIFARAS, *La propriété – Étude de philosophie du droit*, PUF, 2004, p. 238. Selon l'analyse serrée des textes de ZACHARIAE et d'AUBRY et RAU menée par cet auteur, il résulte que la conception du premier est bien différente de celle de ses héritiers : « Chez Zachariae, le patrimoine est seulement une dimension de l'existence de la personne, sa dimension extérieure, de sorte qu'on peut affirmer que la personne transcende son patrimoine non seulement en tant qu'essence, mais encore en tant qu'existence ; pour Aubry et Rau, toute l'existence de la personne, sa réalité ou encore son être au monde, relève par principe de la sphère patrimoniale. [...] Le patrimoine, dans la version radicalisée qu'en proposent Aubry et Rau, est donc bien un principe alchimique, celui de la transformation des biens en valeurs, du monde en capital. » (*Ibid.*)

³⁴⁷ A. SÉRIAUX, « La notion juridique de patrimoine – Brèves notations civilistes sur le verbe avoir », *RTD civ.* 1994, p. 801 s., spéc. p. 802.

du patrimoine³⁴⁸ est novatrice³⁴⁹ et lourde de sens, puisqu'elle implique de considérer les dettes comme intégrées au patrimoine³⁵⁰.

80. Un capital dynamique : la fonction de la subrogation réelle. – Puisque AUBRY et RAU traitent des biens composant le patrimoine de manière indifférenciée comme une valeur pécuniaire, ils ont, « *les uns à l'égard des autres, le caractère de choses fongibles* »³⁵¹. De ce fait, lorsque l'un de ces biens est aliéné en contrepartie d'une acquisition, le bien acquis vient prendre la place de celui auquel il se substitue, devient la propriété du titulaire du patrimoine et revêt la même condition juridique³⁵². Ainsi s'opère la subrogation réelle selon les professeurs strasbourgeois, considérant les biens comme autant d'« *avatars successifs* »³⁵³. C'est ce mécanisme qui, dans leur théorie, procure l'unité et la stabilité à une entité dont le contenu est hétérogène et en mouvement constant³⁵⁴.

b. LES CAUSES DU SUCCES DE LA THEORIE DU PATRIMOINE

81. Une empreinte indélébile sur la doctrine française. – Au contraire des analyses doctrinales jusqu'ici présentées, la théorie d'AUBRY et RAU a connu un succès sans précédent

³⁴⁸ *Contra* B. BEIGNIER, *L'honneur et le droit*, préf. J. Foyer, Bibliothèque de droit privé, t. 234, LGDJ, 1995, p. 81 s. : L'auteur propose de voir dans la notion de patrimoine, plutôt que la traduction juridique de la dimension économique du sujet de droit, la « *traduction juridique tout court* » de ce dernier, en concevant le patrimoine comme l'« *ensemble des droits d'un individu* » (p. 82), ce qui lui permet de conférer au droit à la protection de la personnalité le caractère de droit patrimonial.

³⁴⁹ Quoiqu'il semble que les Romains aient pu en arriver à une conception comparable, à en croire les développements lumineux de Yan THOMAS sur l'évolution du concept de *res* : « *Que les dettes fissent ou non partie des « biens », qu'il fallût considérer ceux-ci abstraitement comme seul solde positif ou, plus abstraitement encore, comme pure universalité, comme simple contenant dont peu importait le contenu, ce qui en faisait un parfait nomen iuris au sens d'entité formelle, les « biens » ne faisaient plus unité que du point de vue de leur valeur, que celle-ci fût positive, nulle ou même négative.* » (Y. THOMAS, « La valeur des choses – Le droit romain hors la religion », *Annales HSS*, nov.-déc. 2002, n° 6, p. 1431 s., spéc. p. 1460)

³⁵⁰ Les auteurs sont sans équivoque sur ce point : « *La circonstance toutefois que le passif surpasserait l'actif, ne ferait pas disparaître l'existence du patrimoine, qui comprend les dettes comme il comprend les biens.* » (C. AUBRY, C. RAU, *op. cit.*, p. 231, § 573)

³⁵¹ C. AUBRY, C. RAU, *op. cit.*, p. 235, § 575.

³⁵² « *La subrogation réelle est, dans le sens le plus général, une fiction par suite de laquelle un objet vient en remplacer un autre, pour devenir la propriété de la personne à laquelle appartenait ce dernier, et pour revêtir sa nature juridique. Le fondement de cette fiction se trouve [...] dans la fongibilité des objets que renferme une même universalité de droit.* » (*Ibid.*)

³⁵³ F. ZENATI-CASTAING, T. REVET, *Les biens*, 3^e éd., coll. Droit fondamental, PUF, 2008, p. 244, n° 156.

³⁵⁴ M. XIFARAS, *op. cit.*, p. 245 : « *Si le patrimoine peut être considéré abstraitement comme universitas juris, et si cette universitas juris est un être juridique indépendant des éléments qui la composent dans son existence et dans ses mouvements, s'il est donc absolument indubitable que le patrimoine ajoute une espèce (vivante) au monde du droit, c'est grâce à la technique de la subrogation.* »

dans la pensée juridique française. Elle est considérée comme une « *construction conceptuelle qui incarne l'apogée de la doctrine* »³⁵⁵, une « *superposition personne-patrimoine [...] parfaite [qui] ne laisse aucun débord, aucun liseré* »³⁵⁶, une théorie « *inéluable [...] tant que la personne restera au centre de notre droit* »³⁵⁷, voire une « *coutume orale juridique, forme de création juridique que l'on croit aisément réservée à d'autres civilisations que la nôtre* »³⁵⁸. Il est utile de tenter de trouver les causes d'un tel engouement, qui nous semblent être issues de l'héritage des pandectistes allemands : d'une part, le fondement volontariste, d'autre part, la méthode systématique.

82. Le produit d'une conception volontariste du droit. – « *Quelle que soit la variété des objets sur lesquels l'homme peut avoir des droits à exercer, quelle que soit la diversité de leur nature constitutive, ces objets, en tant que formant la matière des droits d'une personne déterminée, n'en sont pas moins soumis au libre arbitre d'une seule et même volonté, à l'action d'un seul et même pouvoir juridique ; ils constituent, par cela même, un tout juridique.* »³⁵⁹ Comme le confirme cette citation, l'élément fédérateur du patrimoine, dans la conception d'AUBRY et RAU, est bien la volonté du titulaire. L'origine de cette conception est à trouver chez KANT³⁶⁰, et, de manière encore plus certaine, chez SAVIGNY³⁶¹. Ce dernier conçoit en effet le droit privé comme la science des rapports de droit « *qui saisit la volonté dès que, pour ainsi dire, cette volonté sort d'elle-même pour s'affronter à d'autres, ce qui suppose une médiation, une formalisation* »³⁶². Son analyse est résolument subjective³⁶³ et a influencé considérablement la doctrine privatiste, en Allemagne comme en France. La théorie formée par

³⁵⁵ F. ZENATI, art. préc.

³⁵⁶ C. ATIAS, *Droit civil – Les biens*, 12^e éd., coll. Manuel, LexisNexis, 2014, p. 16, n° 23.

³⁵⁷ F. COHET-CORDEY, « La valeur explicative de la théorie du patrimoine », *RTD civ.* 1996, p. 819, n° 26.

³⁵⁸ M.-A. FRISON-ROCHE (dir.), *Sociologie juridique du patrimoine – Rapport général*, Laboratoire de sociologie juridique, Paris II, 1995, p. 69.

³⁵⁹ C. AUBRY, C. RAU, *Cours de droit civil français* (4^e éd.), p. 229-230, § 573.

³⁶⁰ V. en ce sens B. FROMION-HÉBRARD, *Essai sur le patrimoine en droit privé*, th. Paris II, dactyl., 1999, p. 76 s., n° 79 s. ; Adde M. VILLEY, *Critique de la pensée juridique moderne – Douze autres essais*, Dalloz, 1976, p. 150 : « *Comme ses prédécesseurs de l'Ecole moderne du Droit Naturel, Kant traite du droit en moraliste [...], le droit devient l'instrument et la « condition », dans l'état de coexistence de la libre activité morale. C'est là une manière profane d'envisager le droit, vu seulement par ses conséquences pour les intérêts de la vertu, d'un point de vue strictement individualiste. Ajoutons que la morale de Kant n'a pas seulement la vertu individuelle pour point de mire, mais elle prétend avoir pour source la conscience de l'individu, sa raison pratique subjective, cette pure morale étant par essence autonome [...]. Kant ne voit le droit qu'en fonction et qu'à partir de l'individu.* »

³⁶¹ Lui-même postkantien selon l'analyse de O. JOUANJAN, « La volonté dans la science juridique allemande du XIX^e siècle : itinéraires d'un concept, entre droit romain et droit politique », *Droits* 1999, vol. 28, p. 47 s., spéc. p. 51.

³⁶² O. JOUANJAN, art. préc., p. 53.

³⁶³ V. *supra*, n° 31.

AUBRY et RAU ne fait pas défaut à ce constat ; en témoigne un passage éloquent de SAVIGNY dans lequel on retrouve l'idée d'un ensemble abstrait composé de biens et de dettes constitutif d'une valeur globale, unifiée par la personne du propriétaire³⁶⁴. La théorie du patrimoine va être d'autant mieux reçue que « *le code français, qui est l'héritier du siècle des Lumières, ce temps fort de la modernité, se prête bien à une conceptualisation du sujet de droit* »³⁶⁵. En faisant de l'autonomie de la volonté le pilier de leur conception, AUBRY et RAU construisent donc une théorie en cohérence avec l'idéologie dominante de l'époque, et qui est encore saluée aujourd'hui comme étant dotée, sur le fond, d'une « *sagesse profonde* »³⁶⁶, d'un « *fondement moral, élémentaire sans doute, mais instinctivement perçu* »³⁶⁷.

83. Le retour de la méthode systématique. – Sur le plan conceptuel, la théorie des professeurs strasbourgeois emporte donc le succès par sa dimension résolument subjective et individualiste. Ajoutons, toujours dans le sillage de SAVIGNY et des pandectistes, que leur succès est aussi dû à la méthode utilisée. Promoteurs de la jurisprudence des concepts (*Begriffsjurisprudenz*), les juristes allemands du XIX^e siècle³⁶⁸ considèrent que c'est par l'effort de construction scientifique qu'ils « *chasseront du droit son élément arbitraire* »³⁶⁹, de

³⁶⁴ F. K. VON SAVIGNY, *Traité de droit romain*, t. I, trad. M. Guenoux, Firmon Didot, 1840, p. 370-371 : « [...] pour l'appréciation générale des biens d'un individu, nous pouvons faire abstraction de la nature spéciale de chaque droit particulier, et par là réduire notre observation à une quantité pure d'éléments identiques. Les biens pris ainsi abstractivement peuvent et doivent embrasser les obligations passives qui restreignent la liberté de l'individu au lieu de l'étendre. Les dettes une fois rangées parmi les biens, la totalité des biens d'un individu peut donner pour résultat une quantité positive, négative ou indifférente, c'est-à-dire, se réduire à zéro. Cette idée abstraite des biens, indispensable pour l'étude complète du droit, se traduit par l'idée de la valeur, qui nous permet de résoudre les divers éléments constitutifs des biens en les réduisant à un dénominateur commun. » L'auteur conclut : « L'unité attribuée ici aux biens repose sur la personne de celui qui les possède. » (p. 372)

³⁶⁵ F. ZENATI, « Mise en perspective et perspectives de la théorie du patrimoine », *RTD civ.* 2003, p. 667.

³⁶⁶ R. LIBCHABER, « Les aspects civils de la fiducie dans la loi du 19 février 2007 », *Defrénois* 2007, p. 1094, n° 23.

³⁶⁷ R. PERROT, Ph. THÉRY, *Procédures civiles d'exécution*, 3^e éd., Hors cours, Dalloz, 2013, p. 186, n° 171.

³⁶⁸ Au premier rang desquels figurent SAVIGNY, PUCHTA et WINDSCHEID.

³⁶⁹ R. M. KIESOW, *L'unité du droit*, coll. Cas de figure, éd. de l'EHESS, 2014, p. 36.

manière bien plus certaine que la loi et la jurisprudence³⁷⁰. Cette conception extrême n'a jamais été adoptée par la science juridique française, mais la méthode systématique qu'elle implique³⁷¹ a, quant à elle, fait florès. Durant tout le XIX^e siècle, l'œuvre définitive qu'est censée constituer le Code civil stérilise la méthode des juristes français dont les études dévient rarement de l'ordre du Code³⁷². La parution de la traduction de l'ouvrage de ZACHARIAE par les deux professeurs strasbourgeois constitue un tournant car, pour la première fois depuis 1804, une analyse systématique du droit civil français est présentée, directement importée de la méthode de l'École du droit historique. C'est cette présentation systématique du droit civil qui va alors s'imposer, réminiscence du *mos geometricus* de DOMAT et, plus largement, de l'École

³⁷⁰ Raison pour laquelle SAVIGNY s'est farouchement opposé contre la codification du droit en Prusse. V. son manifeste, F. K. VON SAVIGNY, *De la vocation de notre temps pour la législation et la science du droit*, trad. A. Dufour, coll. Léviathan, PUF, 2006 : « [...] nous voulons la base d'un droit sûr, sûr contre toute manifestation de l'arbitraire et d'injustes desseins ; de même nous voulons l'unité de la nation et la concentration de ses efforts scientifiques sur le même objet. Pour parvenir à cette fin, eux réclament un Code général [...]. Pour ma part, je vois le moyen le plus approprié de parvenir à cet objectif dans une science juridique qui progresse de manière organique et qui puisse être commune à toute la nation. » (p. 129) Cette conception brouille la différence entre droit et science du droit, puisque le grand juriste allemand pense la science du droit comme une des sources du droit, aux côtés de la conscience du peuple et de la loi (O. JOUANJAN, « Présentation » in *Esprit de l'École historique*, Annales de la faculté de droit de Strasbourg, n° 7, 2004, p. 7). Aussi la notion de système, « que Savigny identifie à la « cohérence de l'ensemble des éléments constitutifs de la totalité de l'organisme juridique », se trouve-t-elle au centre de sa conception du droit comme de la science juridique » (A. DUFOUR, Présentation générale in F. K. von SAVIGNY, *op. cit.*, p. 36-37).

³⁷¹ Selon Monsieur DUFOUR, c'est le développement des sciences naturelles, « entraînant la substitution d'une explication « organique » à une explication « mécanique » du monde » (A. DUFOUR, « Rationnel et irrationnel dans l'École du Droit historique », *APD*, t. 23, 1978, p. 147 s., spéc. p. 150) qui explique en partie la méthode de l'École du droit historique.

³⁷² Ce qui n'altère pas le contenu de ces ouvrages. Contrairement à la représentation péjorative et figée que l'on a longtemps eue de l'« École de l'exégèse », la doctrine du XIX^e siècle comportait une grande diversité d'opinion et de fortes individualités : v. l'article magistral de Ph. RÉMY, « Éloge de l'Exégèse », *RRJ* 1982-2, p. 254.

moderne du droit naturel³⁷³. Avec elle s'impose la théorie du patrimoine³⁷⁴, dont l'influence sur la doctrine et sur le droit lui-même est encore d'actualité³⁷⁵, son « *élégance de la simplicité* »³⁷⁶ étant considérée comme une « *bénédiction* »³⁷⁷ pour les enseignants.

84. Comme d'autres dans l'histoire de la science juridique, la théorie du patrimoine a fait l'objet d'interprétations successives qui ont épuré, quitte à la déformer, la pensée de leurs auteurs. Le « mythe » qui en est issu a préservé les deux éléments qui ont causé, selon nous, la prospérité de cette construction doctrinale. La réinterprétation faite de cette théorie à la suite du décès des deux professeurs strasbourgeois doit donc être étudiée séparément.

B.- PRESENTATION DE LA THEORIE REINTERPRETEE

85. Le mythe de la théorie du patrimoine. – Il a déjà été mis en lumière, dans d'autres études, que la construction d'ampleur d'AUBRY et RAU, dont nous avons surtout décrit la pensée relative au gage général, a été largement épurée par la doctrine ultérieure³⁷⁸ et qu'en réalité, lorsqu'un manuel évoque aujourd'hui la théorie d'AUBRY et RAU, il ne fait qu'exposer

³⁷³ Pour une présentation éclairante de cette École, v. B. FRYDMAN, *Le sens des lois*, 2^e éd., coll. Penser le droit, Bruylant-LGDJ, 2007, p. 225 s. Il faut rappeler le projet de l'École du droit naturel, qui consiste à découvrir les règles naturelles « à l'aide de la seule raison, guidée par la méthode » (p. 238, n° 114), notamment celle du syllogisme, « opérateur intermédiaire qui permet de passer de la définition du droit au système des règles naturelles » (p. 250, n° 119), si importante encore dans notre raisonnement. Les règles de droit positif ne sont pas, à la base, concernées, car elles sont considérées comme étant issues de la volonté arbitraire du souverain, un produit du pouvoir et non du savoir. C'est cette méthode géométrique inspirant les systèmes de droit naturel qui va transformer la conception du droit à l'ère de la modernité. « Tandis que les Anciens abordaient toujours les questions juridiques au départ de cas singuliers et concrets, les Modernes envisagent le droit sous la forme d'un système cohérent et complet de règles générales et abstraites. [...] Même si droit naturel et droit positif mènent désormais des existences séparées, le droit naturel sert ici d'épure à l'organisation scientifique du droit positif, auquel il fournit un modèle épistémologique, plutôt qu'un guide moral. » (p. 258, n° 124) L'exemple le plus connu de cette nouvelle méthode de présentation du droit positif est bien sûr celui de DOMAT et de son œuvre au titre évocateur : *Les lois civiles dans leur ordre naturel*.

³⁷⁴ Théorie qu'un auteur n'a d'ailleurs pas hésité à lier à l'École moderne du droit naturel : R. SÈVE, « Déterminations philosophiques d'une théorie juridique : la Théorie du patrimoine d'Aubry et Rau », *APD*, t. 24, 1979, p. 247 s., spéc. p. 253 : « Cette conception se situe alors parfaitement dans la perspective du droit naturel moderne qui considère que les catégories juridiques ne sont que l'expression d'une structure ontologique réelle existant indépendamment d'elles, et qui fait alors de la liberté de la volonté l'attribut principal de l'homme et des biens, au sens strict, ne sont que des qualités contingentes et peuvent être, par voie de conséquence, inégalement répartis. »

³⁷⁵ Ph. JESTAZ, C. JAMIN, *La doctrine*, coll. Méthodes du droit, Dalloz, 2004, p. 81 : « Cette particularité fera la gloire immense d'Aubry et Rau, car ils préfigurent ce qui deviendra le genre doctrinal français par excellence : l'élaboration de systèmes, de constructions juridiques ou encore de théories générales [...] »

³⁷⁶ R. LIBCHABER, « Feu la théorie du patrimoine », *BJS* avr. 2010, p. 316.

³⁷⁷ N. MOLFESSIS, « Entreprise et patrimoine : évolution ou révolution ? », *Gaz. pal.* 19 mai 2011, p. 63, spéc. n° 12.

³⁷⁸ B. FROMION-HÉBRARD, *Essai sur le patrimoine en droit privé*, th. Paris II, dactyl., 1998, p. 61 s., n° 62 s.

cette conception amputée, donc déformée. Des multiples explications au droit positif que la théorie du patrimoine permettait selon les auteurs strasbourgeois, seulement deux ont véritablement traversé les générations de juristes : la transmission du patrimoine à cause de mort et le gage général des créanciers³⁷⁹. Pour mieux comprendre comment la théorie d'AUBRY et RAU a été déformée, il est intéressant de prendre pour point de départ les deux critiques majeures adressées à l'œuvre des deux éminents auteurs (1.), avant de présenter dans quelle mesure la théorie a été altérée (2.).

1. UN MYTHE FORME PAR LA CRITIQUE

86. La critique de GÉNY. – C'est tout d'abord François GÉNY qui, dans l'ouvrage ayant fait sa renommée – *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif* –, conteste la théorie du patrimoine au détour d'un paragraphe consacré à critiquer l'importance attachée aux conceptions³⁸⁰. Demeurant selon lui « encore, dans nos écoles, comme l'expression de la plus pure vérité juridique »³⁸¹, la théorie du patrimoine n'est pas critiquée par GÉNY dans sa vocation à constituer un ensemble hétérogène qualifié d'universalité juridique, qu'il estime être la véritable « notion élémentaire du patrimoine »³⁸², contrairement à DEMOGUE³⁸³. Mais c'est « quand la conception subjective, essayant de s'élever plus haut, recherche, dans l'essence de la personnalité même, les attributs du patrimoine »³⁸⁴ que le doyen nancéien condamne cette théorie. Il considère en effet qu'elle est « inutile, puisque, incapable de justifier toutes les solutions légales, elle est contrainte d'en stigmatiser bon nombre, comme de flagrantes atteintes à la logiques »³⁸⁵, et « dangereuse, en même temps ; car elle empêche maints développements que, sans ces idées préconçues, la jurisprudence progressive pourrait et

³⁷⁹ Cette limitation des apports de la théorie d'AUBRY et RAU semble être l'œuvre de H. CAPITANT, *Introduction à l'étude du droit civil – Notions générales*, A. Pedone, 1898, p. 186-187. V. par ex. F. COHET-CORDEY, « La valeur explicative de la théorie du patrimoine », *RTD civ.* 1996, p. 819, n° 5 : « Aubry et Rau ont réduit la portée de leur thèse à l'explication de la théorie de la transmission active et passive des biens du de cujus ainsi qu'à la règle du concours des créanciers sur le patrimoine de leur débiteur. » ; G. CORNU, *Droit civil – Introduction au droit*, 13^e éd., coll. Domat droit privé, Montchrestien, 2007, p. 38, n° 57.

³⁸⁰ F. GÉNY, *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif – Essai critique*, préf. R. Saleilles, 2^e éd., t. I, LGDJ, 1954, p. 141 s., n° 67.

³⁸¹ F. GÉNY, *op. cit.*, p. 143, n° 67.

³⁸² *Ibid.*

³⁸³ V. *infra*, n° 87.

³⁸⁴ *Ibid.*

³⁸⁵ *Ibid.*

devrait réaliser d'elle-même »³⁸⁶ parmi lesquels GÉNY cite la reconnaissance des patrimoines d'affectation. Or, à lire attentivement les développements d'AUBRY et RAU, il est clair que ceux-ci reconnaissent la possibilité de créer des entités indépendantes à l'intérieur du patrimoine ; l'indivisibilité concerne non pas le contenu du patrimoine mais le droit de propriété qui lie la personne à son patrimoine³⁸⁷. Manifestement, GÉNY n'a pas perçu cette subtilité dans la théorie des professeurs strasbourgeois, ce qui n'est pas le cas non plus d'un autre grand juriste du « moment 1900 »³⁸⁸.

87. La critique de DEMOGUE. – Dans les célèbres *Notions fondamentales du droit privé*, René DEMOGUE consacre un chapitre entier à la notion de patrimoine³⁸⁹. Il faut, d'emblée, préciser que le doyen lillois n'est pas complètement hostile à la théorie d'AUBRY et RAU. Considérant que la tendance de son époque est à favoriser « *tout ce qui limite la responsabilité limitée* »³⁹⁰, le créancier étant considéré comme « *un empêcheur de danser en rond* »³⁹¹, il perçoit la théorie du patrimoine comme ayant l'avantage de déterminer l'assiette de garantie la plus large possible et d'ériger un « *créancier puissant, car si la loi admet que quelqu'un soit créancier, c'est pour qu'on le paye* »³⁹². Mais la conception très pragmatique³⁹³ de DEMOGUE le conduit à reconnaître un seul aspect immuable³⁹⁴ dans la notion de patrimoine : elle a « *toujours ce caractère de donner à son titulaire une certaine puissance économique* »³⁹⁵. Pour

³⁸⁶ *Ibid.*

³⁸⁷ V. *supra*, n° 76.

³⁸⁸ Expression désignant cette époque à laquelle la pensée juridique est considérée avoir basculé de l'âge classique à l'âge moderne, sur laquelle v. O. JOUANJAN, É. ZOLLER (dir.), *Le « moment 1900 » – Critique sociale et critique sociologique du droit en Europe et aux États-Unis*, éd. Panthéon-Assas, 2015.

³⁸⁹ R. DEMOGUE, *Les notions fondamentales du droit privé – Essai critique*, A. Rousseau, 1911, p. 383 s.

³⁹⁰ R. DEMOGUE, *op. cit.*, p. 389.

³⁹¹ *Ibid.*

³⁹² *Ibid.*

³⁹³ Pour ne pas dire nihiliste, comme l'a fait GÉNY lorsqu'il a recensé l'ouvrage de son collègue lillois : F. GÉNY, « Compte rendu critique. R. Demogue, *Les notions fondamentales du droit privé* », *RHD* 1911, t. 35, p. 110 s., spéc. p. 125 : « *Tel qu'il se présente jusqu' alors, ce système des Notions fondamentales du droit privé paraît avoir peu de chance de devenir populaire en nos milieux, faute de satisfaire certains besoins essentiels de l'esprit autant que de la discipline juridique. Et, supposé que ses mérites incontestables fassent passer condamnation sur cette infirmité spécifique, on pourrait craindre que sa propagation ne fit tort aux méthodes d'investigation indépendante, par le nihilisme décourageant qui s'en dégage.* » ; Adde C. JAMIN, F. AUDREN, S. BLOQUET, *Lettres de François Gény à Raymond Saleilles – Une trajectoire intellectuelle 1892-1912*, LGDJ, 2015, Lettre 415 (26 janv. 1911), p. 652 : « *si j'admire, plus que personne, la finesse et l'ingéniosité de ses analyses, je ne puis m'empêcher de déplorer ce parti pris de dissolution et de désintégration qui ne nous laisserait plus aucun appui ferme pour les nouveaux aménagements indispensables à la vie sociale.* »

³⁹⁴ C'est l'objectif que se donne le doyen lillois dans l'introduction de son entreprise de déconstruction des dogmes : il appelle à des constructions juridiques plus souples, plus près des réalités pratiques, « *tout en nous efforçant, au milieu de ces transformations, de ces styles divers du droit, de voir où pouvait être le permanent qui correspond aux aspirations de notre esprit* » (R. DEMOGUE, *op. cit.*, p. VIII).

³⁹⁵ R. DEMOGUE, *op. cit.*, p. 400.

le reste, « *la conception du patrimoine n'est donc pas une et définitive de sa nature. Elle est la traduction plus ou moins parfaite des conceptions d'une époque, rien de plus* »³⁹⁶ ; il est donc nécessaire d'« *examiner la force des intérêts en présence et les moyens de les concilier* »³⁹⁷. Dans cette optique réaliste, il considère logiquement la théorie du patrimoine comme « *un tissu plein de trous* »³⁹⁸, en référence à toutes les dispositions du droit positif accordant une responsabilité limitée au débiteur. Selon lui, « *l'indivisibilité du patrimoine n'a [...] aucune raison d'être* »³⁹⁹ dans la mesure où le patrimoine est une force dans les rapports sociaux à la disposition du créancier, qu'il peut « *organiser comme il l'entend, en une masse unique, ou au contraire il peut en tirer des masses d'affectation spéciale* »⁴⁰⁰. Ici encore, c'est la rigidité de l'indivisibilité du patrimoine et l'« *importance exagérée donnée à l'idée de personnalité* »⁴⁰¹ qui est stigmatisée, ce qui ne rend pas fidèlement compte de la pensée d'AUBRY et RAU.

2. LE CONTENU DE LA REINTERPRETATION

88. En assimilant le patrimoine à la personnalité de son titulaire, la réinterprétation de la théorie d'AUBRY et RAU a engendré le dogme de l'unicité du patrimoine (a), ce qui a eu des conséquences sur la conception retenue de l'obligation ainsi que du gage général (b).

a. LE PATRIMOINE RESUME A UN ATTRIBUT DE LA PERSONNALITE

89. La consolidation du mythe jusqu'à nos jours. – Ainsi cristallisée, la théorie du patrimoine ne s'est plus départie de cette représentation, ni des critiques qui en découlaient. L'unité du patrimoine a, alors, été invariablement présentée comme une conséquence de la conception du patrimoine comme émanation de la personnalité, qui empêche l'individu de décomposer son patrimoine en plusieurs masses distinctes⁴⁰². Bien souvent, la présentation de

³⁹⁶ *Ibid.*

³⁹⁷ R. DEMOGUE, *op. cit.*, p. 403.

³⁹⁸ R. DEMOGUE, *op. cit.*, p. 387.

³⁹⁹ R. DEMOGUE, *op. cit.*, p. 402.

⁴⁰⁰ R. DEMOGUE, *op. cit.*, p. 401.

⁴⁰¹ R. DEMOGUE, *op. cit.*, p. 384.

⁴⁰² V. not. G. MARTY, P. RAYNAUD, *Droit civil*, t. I, Sirey, 1956, p. 432, n° 288 ; J. GHESTIN, G. GOUBEAUX, M. FABRE-MAGNAN, *Traité de droit civil – Introduction générale*, 4^e éd., LGDJ, 1994, p. 159, n° 209.

l'unité du patrimoine s'accompagne de son manque de flexibilité et de la gêne qu'elle provoque dans le développement des relations juridiques⁴⁰³. Un changement majeur se produit : en le considérant non plus sous l'angle de la propriété, mais comme un attribut de la personnalité⁴⁰⁴, le patrimoine est dépourvu de son rattachement technique avec la personne – la propriété –, ce qui, par conséquent, fait perdre de vue que l'indivisibilité du patrimoine ne concerne pas son contenu mais le rapport de propriété liant la personne à son patrimoine. Il en résulte une théorie caricaturée car exagérément personnaliste et, par conséquent, trop rigide pour rendre compte du droit positif. Les deux traits saillants de la pensée d'AUBRY et RAU, volontarisme et systématisme, sont bien respectés, mais perdent considérablement en nuance. Le succès de cette réinterprétation de l'œuvre des deux jurisconsultes est tel qu'il intègre le droit positif : à plusieurs reprises, la Cour de cassation a visé le « *principe de l'unité du patrimoine* »⁴⁰⁵, toujours afin de fonder l'impossibilité d'ouvrir plusieurs procédures collectives à l'encontre d'un seul débiteur⁴⁰⁶. Il aurait même pu être consacré par la loi, comme l'a préconisée la

⁴⁰³ V. not. H., L., J. MAZEAUD, F. CHABAS, *Leçons de droit civil*, t. I, *Introduction à l'étude du droit*, 12^e éd., Montchrestien, 2000, p. 423, n° 290 : « Ainsi fondée sur une conception purement théorique, la notion classique de patrimoine apparaît comme beaucoup trop étroite et comme une gêne très sérieuse au développement des relations juridiques. » ; Ph. MALINVAUD, *Le cadre juridique des relations économiques – Introduction au droit*, 3^e éd., coll. Droit et gestion, Librairies techniques, 1979, p. 123, n° 117 : « Pourquoi, au lieu de rattacher le patrimoine à la personne, ne permettrait-on pas à chacun de créer des masses de biens dont chacune aurait une affectation particulière et serait une universalité de droit ? »

⁴⁰⁴ V. not. M. PLANIOL, G. RIPERT, *Traité pratique de droit civil français*, t. III, *Les biens*, avec le concours de M. PICARD, LGDJ, 1926, p. 20-21, n° 16 : « [...] le patrimoine est un, comme la personne ; tous les biens et toutes les charges forment une masse unique. Ce principe de l'unité du patrimoine subit cependant certaines restrictions établies par la loi, mais auxquelles il faut attribuer un caractère exceptionnel. » ; G. BAUDRY-LACANTINERIE, M. CHAUVEAU, *Traité théorique et pratique de droit civil – Des biens*, 3^e éd., Larose & Tenin, 1905, p. 2, n° 2 : « Si toute personne a un patrimoine, une personne déterminée n'a jamais qu'un patrimoine ; il y a bien certains cas exceptionnels où, par fiction, on dédouble le patrimoine d'une personne, par exemple dans l'hypothèse d'une succession acceptée sous bénéfice d'inventaire ; mais ce n'est là qu'une fiction légale, temporaire, d'une application relative et d'une portée restreinte. »

⁴⁰⁵ Com., 22 juin 1993, n° 90-17418, *Bull. civ. IV*, n° 264, p. 186 ; D. 1993, somm. p. 366, obs. A. HONORAT ; *RTD civ.* 1994, p. 888, obs. F. ZENATI – Com., 3 févr. 1998, n° 96-10158, *Bull. civ. IV*, n° 58, p. 45 ; *JCP E* 1998, p. 491.

⁴⁰⁶ Il semble toutefois que ce fondement ne soit guère plus utilisé par la jurisprudence, lui préférant désormais, dans la même hypothèse, le « *principe d'unité de la procédure collective* » : Com., 3 juill. 2012, n° 10-30307 et 10-31087, Inédit : « [...] ces décisions, dont aucune n'est susceptible d'un recours ordinaire, sont inconciliable au regard du principe de l'unicité des procédures collectives [...] » Signalons que dans cette affaire, le demandeur au pourvoi avait, dans ses moyens, invoqué le principe d'unité du patrimoine, qui n'a donc pas été repris par la chambre commerciale. De la même manière, v. Com., 16 sept. 2014, n° 13-20531. Mentionnons tout de même un arrêt isolé : com., 15 nov. 2017, n° 16-16606, Inédit : « [...] le principe de l'unité du patrimoine interdisant l'ouverture de deux procédures collectives à l'égard du même débiteur [...] »

proposition de réforme du livre II du Code civil réalisée sous l'égide de l'association Henri Capitant⁴⁰⁷.

b. LA CONSEQUENCE : UNE RESYMBOLISATION DE L'OBLIGATION

90. La mythification de la théorie du patrimoine a emporté des conséquences importantes sur le plan théorique, particulièrement pour notre objet d'étude. En effet, c'est cette théorie qui a, jusqu'aujourd'hui, constitué le modèle explicatif dominant du gage général.

91. Le symbole de l'engagement du corps du débiteur réinvesti. – En concevant le patrimoine comme une émanation de la personnalité, cette théorie a l'avantage de redonner un sens à la conception classique de l'obligation, celle que nous ont transmis les savants romains : le *vinculum iuris*. Le corps du débiteur est, depuis bien longtemps, à l'abri des velléités de ses créanciers. La dernière disposition qui relie le droit civil à l'antique *manus injectio* – la contrainte par corps – est abrogée en 1867, soit à la même époque durant laquelle AUBRY et RAU composent leur œuvre. La réception de leur théorie permet alors de perpétuer le symbole de l'enchaînement du débiteur à son créancier : en s'obligeant, le débiteur engage son corps, incarné par les biens composant son patrimoine⁴⁰⁸. On aurait tort de sous-estimer l'importance de la symbolique dans le droit, elle est même fondatrice : « *les rapports humains, rappelle Monsieur JEULAND, impliquent, pour être davantage que de simples contacts, un processus de symbolisation entre deux parties.* »⁴⁰⁹ Le passage au droit est précisément la symbolisation d'un rapport humain qui, loin de se contenter de formaliser une relation, remplit une fonction socialisante en « *enjoignant à nouer les deux bouts de l'humain, l'« autre partie » étant*

⁴⁰⁷ H. PERINET-MARQUET (dir.), *Proposition de réforme du Livre II du Code civil relatif aux biens* (accessible sur le site de l'Association Henri Capitant), 2009, art. 519 : « *Le patrimoine d'une personne est l'universalité de droit comprenant l'ensemble de ses biens et obligations, présents et à venir, l'actif répondant du passif. Toute personne physique ou morale est titulaire d'un patrimoine et, sauf si la loi en dispose autrement, d'un seul.* » Les auteurs commentent cette disposition ainsi : « *Les définitions retenues n'ont aucun caractère révolutionnaire. Ainsi l'unité du patrimoine est affirmée, même si est laissée ouverte la possibilité, pour le législateur, de déroger à cette règle.* »

⁴⁰⁸ V. par ex. B. DONDERO, note sous soc., 3 mars 2015, *D.* 2015, p. 1356 : « [...] *une personne morale sans patrimoine, ça n'existe pas ! [...] Les personnes morales sans patrimoine sont des êtres dépourvus de corps.* »

⁴⁰⁹ E. JEULAND, *Théorie relationniste du droit – De la French Theory à une pensée européenne des rapports de droit*, LGDJ, 2016, p. 244.

d'abord et déjà celle de la différence qui se creuse au sein du même »⁴¹⁰. En représentant le gage général comme l'engagement du corps du débiteur, la théorie du patrimoine participe de cette fonction propre au droit : le tissage de liens entre les hommes, formant une « *toile invisible qui assure la continuité de la vie sociale au moment où elle risque de se déliter* »⁴¹¹. Plus spécifiquement, le lien mis en évidence par la théorie du patrimoine est un lien de *responsabilité*. On retrouve ici l'influence kantienne de la théorie du patrimoine : c'est parce que l'homme est libre que ses actes peuvent lui être imputés⁴¹². Aussi doit-il répondre de ses actes, directement sur sa personne physique sur le plan pénal, mais seulement à travers sa « *dimension pécuniaire* »⁴¹³ sur le plan civil. C'est en ce sens que « *le patrimoine ainsi conçu concentre une dimension morale* »⁴¹⁴ qui l'a longtemps emporté sur le reste, particulièrement ses inconvénients économiques⁴¹⁵. « *Être une personne, ce n'est pas seulement être apte à devoir, c'est aussi obliger la valeur de ses biens* »⁴¹⁶ résume Monsieur ZENATI-CASTAING, aspect de la théorie du patrimoine qu'il estime être son « *apport majeur et irréductible* »⁴¹⁷.

II. CRITIQUE

92. Une théorie ignorant la polysémie de la notion de patrimoine. – Il existe, tout d'abord, un défaut important dans la théorie du patrimoine, dans sa version réinterprétée comme dans sa version initiale, tenant à la signification unique donnée à la notion de patrimoine. Celle-ci est censée désigner une universalité de droit composée des biens et des dettes de son

⁴¹⁰ F. OST, *À quoi sert le droit ? Usages, fonctions, finalités*, coll. Penser le droit, Bruylant, 2016, p. 255. C'est la thèse principale de cet auteur que de voir la spécificité du droit, par rapport aux autres institutions sociales, dans l'émergence d'une scène tierce, « *qui fait médiation, précisément parce qu'il n'est pas seulement une troisième personne quelconque [...] mais la distance réflexive qui se creuse dans le « je » et le « tu », les référant, l'un et l'autre, à la tierce scène immaîtrisable, qui garantit à leur lien une nature autre que simplement pulsionnelle ou fonctionnelle.* » Rapp. E. JEULAND, *op. cit.*, p. 237 : « *Le rapport juridique naît avec l'arrivée d'un tiers dans la première relation, car celle-ci se trouve stabilisée, par la survenance de ce tiers, entre une fusion destructrice [...] et une distance trop grande suscitant un sentiment d'abandon.* »

⁴¹¹ F. OST, *op. cit.*, p. 243.

⁴¹² Pour une analyse de l'imputabilité chez Kant, v. P. RICOEUR, *Le Juste*, éd. Esprit, 1995, p. 47 s.

⁴¹³ F. ZENATI-CASTAING, T. REVET, *Manuel de droit des personnes*, coll. Droit fondamental, PUF, 2006, p. 194, n° 233.

⁴¹⁴ J. ROCHFELD, *Les grandes notions du droit privé*, 2° éd., coll. Thémis, PUF, 2013, Notion n° 6, p. 351, n° 9.

⁴¹⁵ V. en ce sens R. PERROT, Ph. THÉRY, *Procédures civiles d'exécution*, 3° éd., coll. Hors cours, Dalloz, 2013, p. 186, n° 171 ; Adde M. MEKKI, « Le patrimoine aujourd'hui », *JCP G* 2011, doct. 1258, n° 37. Cet auteur préconise le maintien de la théorie du patrimoine notamment pour cette raison : « *Maintenir un principe d'unité, c'est opérer un choix. Ce choix politique a un fondement moral. [...] Ce choix politique renforce également la sécurité juridique.* »

⁴¹⁶ F. ZENATI, « Mise en perspective et perspectives de la théorie du patrimoine », *RTD civ.* 2003, p. 667.

⁴¹⁷ *Ibid.*

titulaire. Autant la pertinence de cette notion n'est pas à mettre en cause lorsqu'elle est employée en matière successorale, autant cette notion ne renvoie pas à la même signification lorsqu'elle est employée pour parler de l'assiette du gage général. De manière unanime, il est considéré que le gage général porte sur le patrimoine désignant, ainsi que le dispose l'article 2284 du Code civil, tous les biens mobiliers et immobiliers, présents et à venir⁴¹⁸, autrement dit « *l'actif du patrimoine* »⁴¹⁹, le patrimoine « *dans son sens exécutoire* »⁴²⁰. Il a souvent été tiré de cette divergence de sens un argument pour discréditer l'intégralité de la théorie du patrimoine⁴²¹. Mais l'imperfection mentionnée n'invalide pas la théorie du patrimoine. Elle permet seulement de prendre conscience que la notion de patrimoine recouvre différentes acceptions techniques, selon que l'on traite du patrimoine comme assiette de garantie ou, par exemple, comme objet de transmission⁴²². Il subsiste une signification symbolique unique : le patrimoine, *c'est* la personne de son titulaire.

93. Une conception trop offensive de l'obligation. – Le *vinculum iuris* symbolisé à nouveaux frais par la théorie du patrimoine est particulièrement *tendu* : le débiteur engage sa personne entière, donc *tous* ses biens. DEMOGUE l'avait déjà remarqué lorsqu'il considérait que la théorie du patrimoine érigeait un « *créancier puissant* »⁴²³ en lui donnant une garantie la

⁴¹⁸ L'unanimité est telle qu'il nous paraît inutile de citer un large panel de manuels. Pour un exemple parmi tant d'autres : F. TERRÉ, Ph. SIMLER, Y. LEQUETTE, F. CHÉNEDÉ, *Droit civil – Les obligations*, 12^e éd., coll. Précis, Dalloz, 2018, p. 1586, n° 1509 : « *Ce droit [le gage général] permet à tout créancier de saisir tous les biens compris dans le patrimoine de son débiteur au moment des poursuites [...].* »

⁴¹⁹ R. PERROT, Ph. THÉRY, *Procédures civiles d'exécution*, 3^e éd., coll. Hors cours, Dalloz, 2013, p. 186, n° 171.

⁴²⁰ M. SÉNÉCHAL, *L'effet réel de la procédure collective : essai sur la saisie collective du gage commun des créanciers*, préf. M.-H. Monsérié-Bon, Bibliothèque de droit de l'entreprise, t. 59, Litec, 2002, p. 714, n° 661, qui parle du « *patrimoine dans son sens exécutoire* » pour désigner l'assiette de la saisie collective qu'opère la liquidation judiciaire ; Rapp. C. BEUDANT, R. BEUDANT, R. LEREBOURS-PIGEONNIÈRE, P. VOIRIN, *Cours de droit civil français*, 2^e éd., t. XIII, *Les sûretés personnelles et réelles*, A. Rousseau, 1948, p. 36, n° 30 : « *Ce droit n'a pas le patrimoine pour objet. Il s'exerce, bien plutôt, à l'intérieur du patrimoine du débiteur.* » Les auteurs utilisent ainsi ponctuellement dans leur ouvrage l'expression de « *patrimoine d'exécution* » (*passim*, spéc. p. 52, n° 43).

⁴²¹ V. not. M. N. MEVORACH, « Le patrimoine », *RTD civ.* 1936, p. 811 s., spéc. p. 823-824 ; A. SÉRIAUX, « La notion juridique de patrimoine – Brèves notations civilistes sur le verbe avoir », *RTD civ.* 1994, p. 801 s., spéc. p. 803 : « *Il n'est guère besoin de méditer longuement cette disposition [l'ancien art. 2092] pour constater qu'elle n'établit aucune corrélation directe entre un actif et un passif [...].* » ; F. CHÉNEDÉ, « La mutation du patrimoine », *Gaz. pal.* 19 mai 2011, p. 19 s., spéc. n° 7 : « *Cette inclusion des dettes dans le patrimoine est contestable. Elle interdit d'appréhender convenablement la seule réalité qui se dissimule derrière la théorie du patrimoine : le droit de gage général de l'actuel article 2284 du Code civil.* » ;

⁴²² Comp. not. A. NALLET, *La notion d'universalité, étude de droit civil*, th. Lyon III, dactyl., 2019, qui retient une définition technique unitaire de l'universalité. L'universalité est, selon cet auteur, un bien, ce qui suppose d'en exclure le passif, car il est « *parfaitement illogique de considérer qu'un comportement puisse faire partie intégrante d'un ensemble de biens* » (p. 281, n° 561).

⁴²³ R. DEMOGUE, *Les notions fondamentales du droit privé – Essai critique*, A. Rousseau, 1911, p. 389.

plus étendue possible⁴²⁴, et SALEILLES l'a critiqué quant aux effets délétères que cette conception avait sur la situation de l'héritier⁴²⁵. C'est précisément pour cette raison que certains auteurs partisans de l'analyse dualiste de l'obligation se sont prévalus de la théorie du patrimoine pour asseoir leur thèse. Ainsi un auteur remarque que « *la doctrine juridique moderne, tout en refusant certaines exagérations de la théorie traditionnelle du patrimoine formulée par Aubry et Rau, a cependant constaté la vérité de son principe fondamental, à savoir, le lien intime unissant le patrimoine à la personnalité de son titulaire* »⁴²⁶. Invoquer la théorie des professeurs alsaciens permet à cet auteur d'expliquer la continuité du dualisme prétendument historique⁴²⁷ de l'obligation : « *l'obligation de nos jours, à l'instar de l'obligatio personae du droit romain et de l'ancien droit, et nonobstant l'abolition de l'exécution sur le corps du débiteur, est encore un engagement de la personne même de celui qui doit.* »⁴²⁸ Le problème de cette conception⁴²⁹ est qu'elle fait de l'engagement du patrimoine entier un aspect *essentiel* de l'obligation. C'est pourquoi le même auteur éprouve des difficultés à expliquer les obligations dans lesquelles l'objet porte sur une masse de biens qui n'est pas personnifiée, qu'il qualifie d'« *engagement personnel dégénéré* »⁴³⁰.

94. Une conception de l'obligation dépassée à plusieurs égards. – Les limites d'une approche aussi offensive de l'obligation sont nombreuses : elle rend inexplicable

⁴²⁴ V. dans le même sens A. SÉRIAUX, *Rép. civ.*, v° *Patrimoine*, juin 2016, n° 14 : « [...] *l'unicité du patrimoine se recommande principalement du souci d'assurer une extension maximale au gage des créanciers, si impérieux qu'il ne vait d'être relégué au second plan que dans des cas comptés et réglés par la loi [...]*. » ; C. HUGON, « L'approche théorique de la procédure de rétablissement personnel », *CCC* 2005, étude 10, n° 4 : « *Leur théorie attache sur le dos du débiteur un patrimoine unique qu'il a vocation à porter toute sa vie en forme de croix si, pour son malheur, son passif vient un jour à dépasser son actif.* »

⁴²⁵ R. SALEILLES, « De la responsabilité de l'héritier quant aux dettes de la succession dans l'histoire du droit français » (2^e partie), *Bulletin de la société d'études législatives* 1911, p. 56 s., spéc. p. 102 : « [...] *à côté de la famille qui s'éteint, il y a celle qui se fonde. A-t-on toujours le droit de compromettre celle-ci pour l'honneur de l'autre, et de mettre l'avenir en péril par respect du passé ?* » Sur le déclin du modèle de l'obligation *ultra vires* en droit contemporain, v. *infra*, n° 280.

⁴²⁶ F. K. COMPARATO, *Essai d'analyse dualiste de l'obligation en droit privé*, préf. A. Tunc, Dalloz, 1964, p. 63, n° 40.

⁴²⁷ Pour une critique sur le plan historique de l'analyse dualiste de l'obligation, v. G. FOREST, *Essai sur la notion d'obligation en droit privé*, préf. F. Leduc, Nouvelle bibliothèque de thèses, vol. 116, Dalloz, 2012, p. 63 s., n° 99 s.

⁴²⁸ F. K. COMPARATO, *op. cit.*, p. 75, n° 51.

⁴²⁹ V. aussi F. COHET-CORDEY, « La valeur explicative de la théorie du patrimoine », *RTD civ.* 1996, p. 819 s., spéc. p. 835, n° 37 : « *L'objet du pouvoir de contrainte du créancier n'est pas un ensemble de biens mais la personne du débiteur qui est également l'objet de sa créance.* » ; F. PLANCKEEL, *Indisponibilités et théorie du droit – Contribution à la redéfinition du système juridique*, th. Lille II, 2004, p. 878, n° 589 : « *Si les biens d'une personne participent de celle-ci, il est alors possible de dire qu'en s'appropriant la valeur de ses biens, le créancier jouit directement de la personne de son débiteur.* »

⁴³⁰ F. K. COMPARATO, *op. cit.*, p. 68, n° 44.

l'insaisissabilité de certains biens⁴³¹, la faculté de limiter l'assiette du gage général⁴³², ou encore les multiples mécanismes de circulation de l'obligation. Dès lors que le décalque entre personne et patrimoine n'est pas parfait, la force explicative de la théorie s'enraye⁴³³. « *C'est certainement, a-t-il été remarqué, parce qu'elle se base sur l'état d'assujettissement originel du débiteur à la mainmise physique de son créancier que cette théorie, par une sorte de prisme déformant, fait du créancier une sorte de monarque détaché du reste de l'ordonnement social.* »⁴³⁴ Cette critique est, certes, adressée à la théorie dualiste mais elle est tout à fait transposable à la vision de l'obligation induite par la théorie du patrimoine. Elle fait fi du mouvement évident de patrimonialisation de l'obligation⁴³⁵, ainsi que de l'importance croissante des restrictions au droit de créance aux fins de protection du débiteur contre l'exclusion sociale, rappelant la dimension de « *grâce* »⁴³⁶ que comprend l'obligation.

95. Une conception trop immuable de l'assiette du gage. – La réinterprétation de la théorie du patrimoine a pour défaut majeur de considérer le gage général comme *indivisible*, non dans le temps comme le concevaient AUBRY et RAU, mais dans son assiette. C'est notamment cet élément de la théorie qui mérite, selon GÉNY de la qualifier de « *dangereuse* »

⁴³¹ À moins de considérer que la « *fonction de garantie est de l'essence des biens* » et de lire alors l'article 2285 du Code civil comme une « *définition* » de la notion de bien. « *Par conséquent, plutôt que de définir le patrimoine comme les biens d'une personne, on préférera définir les biens comme l'ensemble des choses qui composent le patrimoine d'une personne.* » : P. BERLIOZ, *La notion de bien*, préf. L. Aynès, Bibliothèque de droit privé, t. 489, LGDJ, 2007, *passim*, spéc. p. 213, n° 653-654.

⁴³² V. en ce sens D. HIEZ, *Étude critique de la notion de patrimoine en droit privé actuel*, préf. Ph. Jestaz, Bibliothèque de droit privé, t. 399, LGDJ, 2003, p. 246, n° 379 : « *Contrairement à ce que peut laisser penser la belle uniformité résultant de la systématisation d'Aubry et Rau, les articles 2092 et 2093 du Code civil ne sont pas d'une application rigide. Cette souplesse corrobore mal l'idée d'un gage général et atténue celle d'un gage commun.* » ; J. ROCHFELD, *Les grandes notions du droit privé*, 2^e éd., coll. Thémis, PUF, 2013, Notion n° 6, p. 374, n° 25 : « *[...] on admet que cette responsabilité n'aille pas forcément de pair avec les principes d'unité et d'indivisibilité du patrimoine : la responsabilité peut se traduire par l'engagement d'une masse délimitée de biens.* »

⁴³³ Pointant du doigt cette impasse théorique, v. F. ZENATI-CASTAING, T. REVET, *Cours de droit civil – Obligations – Régime*, coll. Droit fondamental, PUF, 2013, p. 194, n° 233 : « *Mais s'il faut conserver le principe d'une participation de l'obligation à la personnalité juridique à travers le droit de gage général, il faut rechercher les liens unissant l'obligation à la personnalité juridique ailleurs que dans l'idée difficilement soutenable d'Aubry et Rau que le sujet de droit est l'objet même du droit de gage général.* »

⁴³⁴ G. FOREST, *Essai sur la notion d'obligation en droit privé*, préf. F. Leduc, Nouvelle bibliothèque de thèses, vol. 116, 2012, p. 177, n° 123.

⁴³⁵ Décrit par les auteurs parmi les plus critiques à l'égard de la théorie du patrimoine : v. *infra*, n° 99.

⁴³⁶ Pour reprendre la dialectique formulée par J. CARBONNIER, *Flexible droit – Pour une sociologie du droit sans rigueur*, 10^e éd., LGDJ, 2001, p. 324 s., spéc. p. 332 : « *Les théoriciens du droit enseignent que la cohérence entre toutes les parties du discours juridique est un impératif de méthode. Il peut advenir, néanmoins, qu'une institution, malgré l'unité qu'elle étale à la surface des textes, enferme en elle des contradictions. [...] l'appel à la force est dans le vouloir-vivre de l'obligation juridique. Mais il est contredit par des mouvements de sens opposés : la répugnance à la violence, l'amour du repos, la pitié pour l'autre ou la réflexion sur soi-même, qui tendent à freiner, infléchir ou même arrêter l'exécution. [...] C'est cet ensemble que voudrait transcender le vocable de la grâce, dans sa polysémie, esthétique, juridique, théologique.* »

en tant qu'elle empêche l'admission des patrimoines d'affectation. Cette indivisibilité de l'assiette du gage général est en effet critiquable, notamment dans la conception du sujet de droit qu'elle charrie. Elle prétend résumer la personne à un intérêt unique, ce qui ne reflète en rien sa véritable complexité, y compris sur le plan juridique. Une telle approche est symptomatique d'une vision du droit prenant l'État comme épicentre, favorisée par le mouvement de codification qui a fait du législateur le « *point d'ancrage* » du droit au XIX^e siècle⁴³⁷, dissimulant l'interprète derrière cette « *fiction fragile* »⁴³⁸. Puisque le législateur a énoncé que celui qui s'est obligé personnellement était tenu « *sur tous ses biens* », alors le débiteur ne pourrait engager qu'une assiette, la plus large possible. C'est omettre que l'individu a une pluralité d'activités et d'intérêts⁴³⁹, pour lesquels il peut vouloir n'engager qu'une masse de biens affectée à la garantie des dettes naissant à l'occasion de chacun de ces centres d'intérêts⁴⁴⁰, ce que le droit français admet aujourd'hui de manière restrictive⁴⁴¹.

96. Conclusion de la section 1. – Assurément, l'édifice intellectuel construit par AUBRY et RAU sur la base de l'œuvre du pandectiste ZACHARIAE marque un tournant en France. Tournant pour la science du droit d'abord, puisque la méthode systématique importée de l'École allemande du droit historique renouvelle une doctrine qui n'avait jusqu'ici pas osé s'éloigner de l'ordre du Code Napoléon, et qui, dans son immense majorité, adopte la théorie du patrimoine, séduite tant par la construction que par l'idéologie volontariste qui l'anime. Tournant pour le droit lui-même, ensuite, puisque la théorie du patrimoine a été reprise à son compte par le droit positif, et qu'il ne fait pas de doute que sa transmission dans les facultés de droit a formaté l'esprit de plusieurs générations de juristes français, notamment quant à la conception de l'obligation et, plus précisément, du gage général. Mais ce que l'on appelle

⁴³⁷ B. FRYDMAN, *Le sens des lois*, 2^e éd., coll. Penser le droit, Bruylant-LGDJ, 2007, p. 390 s., n° 187 s.

⁴³⁸ Ph. CHAUVIRÉ, « Concepts, intérêts et valeurs dans l'interprétation du droit privé en France » in Travaux de l'Association Henri Capitant, *Concepts, intérêts et valeurs dans l'interprétation du droit positif*, Journées italiennes, t. LXVIII, Bruylant-LB2V, 2018, p. 133 s., spéc. p. 134.

⁴³⁹ V. en ce sens J. ROCHFELD, *op. cit.*, Notion n° 6, p. 359, n° 14 : Faisant référence à la critique de GÉNY, l'auteur ajoute que « *cette critique sort amplifiée de l'évolution de la notion de personne : en progressant d'une conception abstraite vers une conception concrète – du sujet de droit doté d'une personnalité juridique désincarnée vers une personne humaine aux différentes facettes –, la notion de personne juridique est à même, aujourd'hui, d'entraîner celle de patrimoine vers une diversification.* »

⁴⁴⁰ L'on retrouve ici la notion d'intérêt promue par JHERING, qui a donné, par la suite, naissance à la théorie du patrimoine-but développée par BRINZ et BEKKER, le *Zweckvermögen*. Pour un résumé de cette théorie, v. not. L. MICHOU, *La théorie de la personnalité morale et son application en droit français*, t. I, LGDJ, 1906, p. 39 s., n° 17 s.

⁴⁴¹ Sur le fonctionnement de ces différents patrimoines affectés, v. *infra*, n° 226. , et sur cette tendance, particulièrement en droit commercial, v. *infra*, n° 267.

aujourd'hui « théorie du patrimoine » est en réalité une version radicalisée du système créé par AUBRY et RAU. Cette version assimile purement et simplement le patrimoine à la personne et retient une indivisibilité absolue du patrimoine, résultat auquel la théorie originaire ne parvenait pas. Cette réinterprétation encourt plusieurs griefs quant à la conception qu'elle retient de l'obligation et de la place du gage général dans cette dernière. Si elle a pour avantage de réincarner le *vinculum iuris*, elle a pour revers de donner une vision bien trop personnaliste de l'obligation et, partant, trop rigide. Quant à l'assiette de garantie offerte au créancier, elle est considérée comme unique et indivisible, ce qui est loin de rendre compte du droit positif. Malgré ce constat, gardons à l'esprit la place fondamentale qu'a prise la théorie du patrimoine dans le paysage juridique français, et ce que cela implique dans la tâche d'identification de la notion de gage général. « *La progression de la connaissance juridique est circulaire* »⁴⁴² enseignait Christian ATIAS, insistant sur l'importance des couches de sens se superposant dans l'histoire de la pensée juridique. « *Il n'est pas possible d'éliminer les théories parce qu'elles se déposent au cœur des mots.* »⁴⁴³ Sans nul doute, la théorie du patrimoine est l'une de ces couches qui, malgré l'écoulement du temps et les mutations du droit privé, participeront toujours, de manière plus ou moins consciente et dans une mesure plus ou moins grande, au sens donné à de multiples notions juridiques⁴⁴⁴. Quel que soit l'avis que l'on porte sur la théorie du patrimoine, elle ne peut être raisonnablement rejetée en bloc et effacée purement et simplement, une telle proposition serait vouée à l'échec tant l'ancrage de cette construction est durable⁴⁴⁵. Structure du discours et de la pratique juridique pendant plus d'un siècle en France, la théorie du patrimoine est une donnée déterminante du droit français et ne peut, à ce titre, être totalement mise de côté. Aux antipodes de l'explication du gage général donnée par la théorie du patrimoine, il a été soutenu par certains auteurs une conception bien plus « réelle » de l'obligation et, par prolongement, du gage général.

⁴⁴² C. ATIAS, *Théorie contre arbitraire – Pour une théorie des théories juridiques*, coll. Les voies du droit, PUF, 1987, p. 171, n° 45.

⁴⁴³ C. ATIAS, *op. cit.*, p. 188, n° 48.

⁴⁴⁴ P. SCHLAG, « L'esthétique du droit – Expérience américaine » (trad. V. Forray), *Jurisprudence – Revue critique* 2014-2015, p. 7 s., spéc. p. 22 : « [La grille] ne disparaîtra pas de sitôt : dans la mesure où nos « réalités juridiques » sont, au plan social et cognitif, sédimentées dans une telle esthétique, il n'y a aucun moyen de prendre connaissance de ces réalités sans en passer, au moins momentanément, par une genuflexion devant la grille. »

⁴⁴⁵ Outre les œuvres ayant plaidé pour la reconnaissance du patrimoine d'affectation, v. les tentatives de B. FROMION-HÉBRARD, *Essai sur le patrimoine en droit privé*, th. Paris II, dactyl., 1998 ; D. HIEZ, *Étude critique sur la notion de patrimoine en droit privé actuel*, préf. Ph. Jestaz, Bibliothèque de droit privé, t. 399, LGDJ, 2003. Il est à noter qu'aucune de ces propositions n'a été véritablement suivie en doctrine.

SECTION 2 : LE GAGE GENERAL PRESENTE COMME UN DROIT SUR LES BIENS DU DEBITEUR

97. Le développement et la prédominance de la théorie du patrimoine a suscité, comme nous l'avons vu, des critiques, mais aussi la construction d'une analyse défendant une thèse opposée. Basé sur une vision économique de l'obligation qui place au second plan le lien personnel, ce courant doctrinal a débarrassé le gage général de sa dimension métaphysique issue de la théorie du patrimoine pour en faire un droit réel dont est titulaire le créancier sur le patrimoine du débiteur, conçu comme bien (I). Cette conception du gage général prête cependant le flanc à la critique, tant sur sa conception du patrimoine que sur sa qualification du gage général en un droit autonome (II).

I. PRESENTATION

98. Le point de départ théorique de ce courant doctrinal est celui de la transformation de l'obligation à l'ère moderne, laquelle se caractérise, de moins en moins comme une relation entre personnes et de plus en plus comme un transfert de valeur entre patrimoines (A). Ce constat avéré a fait naître chez certains auteurs l'idée selon laquelle le créancier aurait un droit réel sur le patrimoine de son débiteur, thèse soutenue et enrichie au fil des décennies (B).

A.- LE POINT DE DEPART : L'ANALYSE OBJECTIVE DE L'OBLIGATION

99. **L'obligation adaptée à la modernité.** – Entre la fin du XIX^e et le début du XX^e siècle s'est développée en France une nouvelle analyse de l'obligation, en rupture avec la présentation traditionnelle consistant à reprendre l'image du lien de droit unissant créancier et débiteur. Les premiers travaux entrepris dans cette direction sont relatifs à la cessibilité de la dette. En tant qu'observateur attentif du droit allemand et de sa science juridique, Raymond SALEILLES s'est interrogé quant à la raison pour laquelle la cessibilité de la dette est admise outre-Rhin, mais pas en France. Retraçant les raisons historiques de ce refus, l'auteur soulignait que dans le système primitif romain, le corps même du débiteur était engagé par l'obligation, ce qui conduisait à l'intransmissibilité de la dette. Mais lorsque cette justification a disparu, le motif

de l'incessibilité de la dette s'est déplacé vers la personne du débiteur, considérée comme « *l'élément essentiel du droit qui appartient au créancier* »⁴⁴⁶. Pour autant, le professeur dijonnais remarquait que les Romains « *n'ont pas entendu imposer cette conception là où l'idée cesse d'être rationnelle pour devenir invraisemblable, là par conséquent où les parties ont entendu ne tenir aucun compte de la personne du débiteur, pour ne tenir compte que de son crédit, et par suite ont entendu ne voir dans la personne du débiteur qu'une garantie d'exécution, et non un mode exclusif d'exécution* »⁴⁴⁷. La personne du débiteur n'étant pas cruciale dans bon nombre d'obligations, seul le contenu de cette obligation important, l'incessibilité est devenue alors injustifiée. Il faut dès lors considérer, à l'instar du droit allemand, que « *l'essence juridique de l'obligation est constituée par la valeur économique de l'obligation* »⁴⁴⁸. Si SALEILLES a pu conclure que la tendance du droit contemporain était à l'objectivation de l'obligation, il n'a pour autant jamais soutenu que l'obligation devait être considérée comme un rapport entre patrimoines, ce n'était pour lui qu'une métaphore commode⁴⁴⁹.

100. Une analyse popularisée par GAUDEMET. – La même analyse peut être retenue à l'égard de son disciple et large diffuseur de cette approche renouvelée de l'obligation, Eugène GAUDEMET. Consacrant sa thèse au transport de dettes à titre particulier, il constate que les progrès en la matière « *manifestent l'évolution générale de la notion de l'obligation, qui, de plus*

⁴⁴⁶ R. SALEILLES, « De la cession de dettes », *Annales de droit commercial* 1890, p. 1 s., spéc. p. 42, n° 45.

⁴⁴⁷ *Ibid.*

⁴⁴⁸ R. SALEILLES, art. préc., p. 2, n° 2.

⁴⁴⁹ Il s'en est lui-même défendu lors de la recension de la thèse d'Eugène GAUDEMET, sur le transport de dettes : « *Quant à cette conception d'un droit dont on dispose, d'une chose que l'on transmet, je l'abandonne très volontiers : ne sont-ce pas des mots, des images, des fictions ?* » (R. SALEILLES, « Un nouveau livre sur la cession de dettes », *Annales de droit commercial* 1899, p. 82 s., spéc. p. 93) Sur ce point, l'hommage rendu à l'œuvre de ce grand auteur en 1914 est bien plus fidèle que celui rendu un siècle plus tard par ses contemporains : P. LEREBOURS-PIGEONNIÈRE, « La contribution essentielle de R. Saleilles à la théorie générale de l'obligation et à la théorie de la déclaration de volonté » in R. BEUDANT et alii, *L'œuvre juridique de Raymond Saleilles*, A. Rousseau, 1914, p. 399 s., spéc. p. 403 : « *Affirmer ainsi qu'une dette est susceptible d'une valeur abstraite, ce n'est donc pas prétendre qu'elle ait une existence indépendante de la personne d'un débiteur, c'est uniquement considérer que l'objet particulier de l'engagement caractérise beaucoup plus la dette que la personne particulière du débiteur. Voilà comment l'obligation, sous cette forme, se rapproche du droit réel sans se confondre avec lui.* » ; Comp. L. GRYNBAUM, « Saleilles et le droit des obligations : l'objectif du juste milieu » in F. AUDREN, C. CHENE, N. MATHEY, A. VERGNEN (dir.), *Raymond Saleilles et au-delà*, coll. Thèmes et Commentaires, Dalloz, 2013, p. 117 s., spéc. p. 122 : « *[...] il est étrange que Saleilles ait soutenu une solution de dépersonnalisation complète du rapport d'obligation.* » Certains auteurs renoncent même ouvertement à se référer aux œuvres originales, quitte à dénaturer la pensée de ces auteurs : D. HIEZ, *Étude critique de la notion de patrimoine en droit privé actuel*, préf. Ph. Jestaz, Bibliothèque de droit privé, t. 399, LGDJ, 2003, p. 242, n° 373 : l'auteur écrit, à propos de la prétendue « théorie objective » de l'obligation : « *Et quoi qu'on ait pu soutenir que les auteurs auxquels on la rattache n'avaient pas en vue une telle radicalité, c'est ainsi qu'ils sont passés à la postérité et, n'étant pas historiens du droit, nous nous en tenons à l'analyse traditionnelle qui en est faite.* »

en plus, s'est dégagée de la conception primitive d'un lien purement personnel entre deux individus, pour devenir une valeur économique, indépendante de l'individualité du titulaire ou du grevé »⁴⁵⁰. Mais un passage en particulier a retenu l'attention de générations de juristes :

« Le droit personnel n'est plus un droit sur la personne, c'est un droit sur les biens : jus ad rem. Sa seule différence avec le droit réel est qu'il ne frappe pas privativement une chose déterminée, mais collectivement un patrimoine entier. »⁴⁵¹

De l'appréhension de l'obligation comme objet de cession, le professeur dijonnais étend sa conception objective à l'exécution de l'obligation, qui ne concerne pas directement son sujet. C'est précisément pour cette raison qu'il faut relativiser la tirade de GAUDEMET, dont les travaux ultérieurs révèlent qu'il n'avait pas l'intention d'assimiler le droit de créance à un droit réel⁴⁵², ce que plusieurs auteurs ont relevé à juste titre⁴⁵³.

101. Une analyse relativisant le caractère personnel de l'obligation. – D'autres auteurs se sont inscrits par la suite dans ce courant, en respectant plus ou moins fidèlement la pensée de leurs prédécesseurs⁴⁵⁴. Olivier JALLU, auteur d'une thèse relative à l'idée de continuation de la personne, a également adopté une conception économique de l'obligation, dont l'évolution a fait d'elle « au même titre que la propriété, une autre forme d'appropriation de la richesse, un

⁴⁵⁰ E. GAUDEMET, *Étude sur le transport de dettes à titre particulier*, A. Rousseau, 1898, p. 537.

⁴⁵¹ E. GAUDEMET, *op. cit.*, p. 30.

⁴⁵² V. son œuvre publiée à titre posthume : E. GAUDEMET, *Théorie générale des obligations*, Sirey, 1937, p. 6 : Si l'auteur rappelle qu'« il ne faut pas exagérer l'idée de personnalité du rapport et ne pas croire le créancier sans droit sur les biens du débiteur », il admet toutefois que le gage général est une garantie « purement accessoire et parfois inefficace », qui symbolise « l'infériorité du droit personnel sur le droit réel ».

⁴⁵³ L. RIGAUD, *Le droit réel – Histoire et théories – Son origine institutionnelle*, th. Toulouse, 1912, p. 467 : « Dans ce passage, où d'ailleurs le terme de jus ad rem n'est pas pris dans son véritable sens historique, on ne rencontre que l'expression d'une brillante analogie par laquelle l'auteur veut nous faire sentir que l'obligation est devenue une valeur patrimoniale [...]. M. Gaudemet n'entend pas nier apparemment, dans ce passage, la distinction entre les droits réels et les droits d'obligations ; il proteste seulement contre la conception romaine purement personnelle de l'obligation [...]. » ; Adde J. DERRUPPÉ, *La nature juridique du droit du preneur à bail et la distinction des droits réels et des droits de créance*, préf. J. Maury, Dalloz, 1952, p. 375, n° 329.

⁴⁵⁴ Citons aussi G. PLASTARA, *La notion juridique du patrimoine*, A. Rousseau, 1903, spéc. p. 105 s. L'auteur considère que l'obligation est aujourd'hui considérée « comme ayant un double caractère, personnel, d'une part, en ce sens qu'elle impliquerait l'existence d'un lien juridique entre deux personnes, patrimonial, d'une autre, parce qu'elle aurait une répercussion sur la composition du patrimoine » (p. 105). Cette conception intermédiaire, qui est également celle du droit romain selon lui, aboutit à une « inélégance juridique » (p. 106) dans son régime. Aussi soutient-il que la solution est « fournie par le principe patrimonial de l'obligation, principe qui semble le mieux répondre aux besoins de la pratique comme étant le plus propre au développement de l'activité économique » (p. 106). Dès lors, l'auteur regrette qu'en droit positif le droit de gage général des créanciers « ne comporte que la faculté de saisir et de faire vendre et non de s'attaquer directement aux biens » (p. 107), donc ne soit pas un droit réel. Cette qualification changerait dès lors que l'on considérerait la dette non plus comme une charge personnelle du débiteur mais comme une charge du patrimoine, qui serait « plus conforme à la réalité objective » (p. 108).

bien parmi les autres biens »⁴⁵⁵, une « *transposition pure et simple en matière juridique de la notion économique du crédit* »⁴⁵⁶. S'il considérait que l'obligation était devenue « *un droit, non plus sur la personne, mais un droit sur la chose, ou plutôt, si l'on veut, sur les choses* »⁴⁵⁷, il ne déniait pas à l'obligation son caractère personnel mais entendait cette épithète comme désignant « *un lien plus lâche entre le titulaire du droit et l'objet de ce droit [...] dont l'emprise [...] porte subsidiairement, à titre d'indemnité, sur l'ensemble des biens du débiteur considérés au point de vue de leur valeur pécuniaire* »⁴⁵⁸. Dans le même sens, Marcel LABORDE-LACOSTE, au sein de sa thèse ayant renouvelé l'étude de la notion d'ayant cause à titre particulier, a considéré que « *l'idée de la personnalité de l'obligation s'est affaiblie au point de disparaître pour céder la place à l'idée de valeur économique* »⁴⁵⁹. Il a ainsi qualifié le créancier chirographaire d'ayant-cause à titre particulier, sans pour autant assimiler le droit de créance à un droit réel⁴⁶⁰. En somme, la pensée de ces auteurs doit être comprise, ni plus ni moins, comme une relativisation de la *summa divisio* des droits personnels et des droits réels⁴⁶¹.

102. La radicalisation de l'analyse. – Les propos de Henri GAZIN sont toutefois moins subtils et constituent sans doute le point de départ du mythe de la conception objective de l'obligation. À propos du droit personnel, l'auteur remarque qu'il peut être « *aujourd'hui surtout, envisagé du point de vue réel* »⁴⁶². Reprenant à son compte la tirade de GAUDEMET, il la poursuit :

⁴⁵⁵ O. JALLU, *Essai critique sur l'idée de continuation de la personne*, A. Rousseau, 1902, p. 69.

⁴⁵⁶ O. JALLU, *op. cit.*, p. 71.

⁴⁵⁷ O. JALLU, *op. cit.*, p. 69.

⁴⁵⁸ O. JALLU, *op. cit.*, p. 70.

⁴⁵⁹ M. LABORDE-LACOSTE *Essai sur la notion d'ayant cause à titre particulier en droit privé français*, Y. Cadoret, 1916, p. 220. L'auteur remarque d'ailleurs que ce mouvement de dépersonnalisation a également touché la notion de patrimoine, qui amène à bousculer la « *notion classique* » construite par AUBRY et RAU : « *En tous cas, ce qui est certain, c'est que la quiétude sur laquelle on se reposait en matière de droits patrimoniaux et de patrimoine a disparu. Il suffit de parcourir les travaux publiés chaque jour pour s'apercevoir qu'un long travail de gestation est en cours de développement.* » (p. 221)

⁴⁶⁰ « *Si l'ayant cause à titre particulier ne peut jamais avoir droit qu'à un bien déterminé, il n'est pas nécessaire que ce droit soit un droit réel ; il peut être un droit de créance et c'est ainsi que nul ne conteste aujourd'hui la qualité d'ayant cause à titre particulier au preneur, au regard du bailleur de l'immeuble loué.* » (M. LABORDE-LACOSTE, *op. cit.*, p. 99) Le premier élément de la qualification d'ayant cause à titre particulier est, selon lui, « *le droit à un bien déterminé* » (*Ibid.*), que ce bien soit un corps certain ou qu'il soit fongible. S'agissant du créancier de somme d'argent, il observe que ce dernier est bien titulaire d'un droit à un bien déterminé dans le patrimoine d'autrui, même si ce bien est fongible (p. 100).

⁴⁶¹ V. en ce sens L. RIGAUD, *op. cit.*, p. 469 : « *Ces rapprochements ne compromettent en rien la distinction qu'il convient de faire au point de vue de l'analyse de leur structure interne et au point de vue de leur fonction entre les droits réels et les obligations.* »

⁴⁶² H. GAZIN, *Essai critique sur la notion de patrimoine dans la doctrine classique*, A. Rousseau, 1910, p. 454.

« C'est, pourrions-nous dire, un « droit réel indéterminé » quant à l'objet matériel sur lequel il porte. C'est un droit à une valeur, abstraction faite des biens qui l'incarneront. »⁴⁶³

L'auteur considère ainsi que le sujet passif « ne fait donc pas partie intégrante du droit personnel »⁴⁶⁴, qu'il joue un « rôle effacé »⁴⁶⁵, voire qu'il « disparaît »⁴⁶⁶ lorsque l'obligation porte sur une somme d'argent. Autrement dit, le droit du créancier ne s'exerce plus à l'encontre d'une personne, seulement à l'encontre d'un patrimoine⁴⁶⁷, thèse que n'ont jamais eu l'intention de soutenir ses inspirateurs⁴⁶⁸ car elle revient à assimiler l'obligation à la garantie qui l'assortit⁴⁶⁹.

103. Une présentation de l'analyse objective passée à la postérité. – C'est donc dans cette version radicalisée que l'analyse objectiviste de l'obligation a été enseignée et, à juste titre, critiquée⁴⁷⁰. Elle ne fait pas justice à la subtilité de tous les auteurs précités qui, dans le sillage de SALEILLES, ont eu le mérite considérable de faire évoluer l'explication de la notion millénaire d'obligation, qui ne pouvait plus raisonnablement être simplement présentée comme

⁴⁶³ *Ibid.* L'auteur ajoute en note : « Il en est ainsi alors même que l'obligation serait de livrer tel meuble spécifiquement individualisé, car, en cas d'inexécution, l'obligation, qu'elle soit de donner ou de faire, se résout en obligation de somme d'argent. »

⁴⁶⁴ H. GAZIN, *op. cit.*, p. 455.

⁴⁶⁵ H. GAZIN, *op. cit.*, p. 456.

⁴⁶⁶ *Ibid.*

⁴⁶⁷ Idée également énoncée par Emmanuel LÉVY de manière plus schématique : « [...] seules les choses sont obligées, et, là où il n'y a pas de capitaux, il n'y a pas d'obligations. Car la plus belle fille du monde ne peut donner que ce qu'elle a. » (E. LÉVY, *La vision socialiste du droit*, préf. E. Lambert, Marcel Giard, 1926, p. 123)

⁴⁶⁸ L. RIGAUD, *op. cit.*, p. 471 : « Une obligation sans débiteur, voilà où on en arrive avec ces exagérations de langage. On part de l'idée, d'ailleurs juste, que l'obligation donne un droit sur les biens, sur le patrimoine du débiteur, et on en arrive insensiblement à écrire que l'obligation est un « droit réel indéterminé quant à l'objet matériel sur lequel il porte » ou un droit réel sur chose de genre ou sur chose future, c'est-à-dire qu'on fausse à la fois la conception de l'obligation et celle du droit réel. »

⁴⁶⁹ L. RIGAUD, *op. cit.*, p. 470 : « [...] appeler l'obligation « un droit réel indéterminé », n'est-ce pas confondre l'obligation elle-même avec le droit de gage général attribué à tout créancier par l'article 2092 du Code civil et pour emprunter ici une célèbre distinction allemande, n'est-ce pas confondre la dette avec la responsabilité, la Schuld avec la Haftung, l'obligation proprement dite avec la sanction civile de son inexécution [...] »

⁴⁷⁰ V. par ex. G. FOREST, *Essai sur la notion d'obligation en droit privé*, préf. F. Leduc, Nouvelle bibliothèque de thèses, vol. 116, Dalloz, 2012, p. 24 s., n° 25 s., spéc. p. 27, n° 27 : « Cette vision de l'obligation [...] limite à l'extrême son aspect personnel pour la changer en un lien entre deux patrimoines [...] » ; D. HIEZ, *Étude critique de la notion de patrimoine en droit privé actuel*, préf. Ph. Jestaz, Bibliothèque de droit privé, t. 399, LGDJ, 2003, p. 241-242, n° 373 : « Faisant de l'obligation une relation de patrimoine à patrimoine, elle en fait une notion purement réelle qui la rapproche donc du droit réel. » ; A. NALLET, *La notion d'universalité, étude de droit civil*, th. Lyon III, dactyl., 2019, p. 242, n° 489 : « L'obligation acquiert une structure purement réelle et elle devient un jus ad rem, ce qui conduit à ne plus la considérer comme un droit personnel. »

un *lien*, mais aurait dû, depuis longtemps, faire une place à l'idée de *valeur économique*⁴⁷¹. Or, il nous semble justement que, dans la structure de l'obligation, l'élément permettant à celle-ci d'accéder à une valeur économique est le gage général⁴⁷².

104. La radicalisation de cette analyse moderne de l'obligation a été poursuivie par différents auteurs, ayant développé et enrichi l'idée selon laquelle le créancier serait titulaire d'un droit réel sur le patrimoine de son débiteur.

B.- LE PROLONGEMENT : LE GAGE GENERAL QUALIFIE DE DROIT REEL

105. L'analyse du marquis de VAREILLES-SOMMIÈRES. – De 1905 à 1906, le marquis de VAREILLES-SOMMIÈRES a consacré deux articles à la question du conflit de créances et la manière dont le droit français le résout⁴⁷³. Partant du constat que pour régler ce conflit, la seule solution « *logique et juste* »⁴⁷⁴ serait que la plus ancienne créance l'emporte sur les autres, il remarquait que ce régime ne pouvait pas être mis en place en pratique. En effet, cela supposerait notamment que toutes les créances aient date certaine⁴⁷⁵ et qu'un système de publicité des obligations soit organisé afin que les nouveaux créanciers soient en situation de connaître les obligations antérieures du débiteur⁴⁷⁶, or une telle organisation semble impossible à mettre en œuvre, aussi a-t-il fallu « *se réfugier, pour régler les conflits de créances, dans un système empirique, qui tient compte de ce qui est possible plutôt que de ce qui est logique* »⁴⁷⁷.

⁴⁷¹ D'un point de vue philosophique, le mouvement a également été mis en évidence par Georg SIMMEL, *Philosophie de l'argent*, (1977), trad. S. Cornille et Ph. Ivernel, coll. Quadrige, PUF, 2014, spéc. p. 363, pour qui la personnalité « *se dissout presque entièrement dans les relations de l'économie monétaire. Les gens dont on est dépendant, livreur, bailleur de fonds, travailleur, n'agissent absolument pas en tant que personnalités, chacun en effet entre respectivement dans la relation sous le seul et unique aspect de livrer des marchandises, fournir de l'argent, ou du travail, sans que ses autres déterminations soient le moins du monde prises en considération, alors que c'est en venant s'ajouter aux premières qu'elles leur confèreraient la coloration personnelle [...]. L'évolution générale tend, sans aucun doute, à rendre le sujet dépendant des prestations d'un nombre toujours plus grand d'êtres humains, mais, en même temps, de plus en plus indépendant des personnalités, en tant que telles, qui sont derrière ces prestations.* »

⁴⁷² V. *infra*, n° 130.

⁴⁷³ M^{is} de VAREILLES-SOMMIÈRES, « Du conflit de créances et du droit de préférence entre créanciers », *Rev. crit. lég. jur.* 1905, p. 528 s., et 1906, p. 474 s.

⁴⁷⁴ M^{is} de VAREILLES-SOMMIÈRES, *Rev. crit. lég. jur.* 1905, p. 529.

⁴⁷⁵ M^{is} de VAREILLES-SOMMIÈRES, art. préc., p. 530.

⁴⁷⁶ M^{is} de VAREILLES-SOMMIÈRES, art. préc., p. 531.

⁴⁷⁷ M^{is} de VAREILLES-SOMMIÈRES, art. préc., p. 533.

Ce système accorde ainsi 1° au débiteur la liberté dans le paiement de ses dettes⁴⁷⁸, 2° au créancier le droit de poursuivre individuellement le débiteur en exécution de la dette impayée⁴⁷⁹, et 3° érige en principe l'égalité entre les créanciers poursuivant concomitamment le débiteur sur ses biens⁴⁸⁰. À propos de la deuxième règle, l'auteur a précisé la nature du droit conféré au créancier par le législateur :

*« Le droit qu'a le créancier de saisir et vendre les biens du débiteur, pour se payer de force ou, autrement dit, le droit de gage général qu'a le créancier sur les biens du débiteur, est, remarquons-le, un droit réel. »*⁴⁸¹

106. Le gage général conçu comme un droit réel accessoire de la créance. – Le doyen lillois affirmait que *« ce droit réel, certes, n'est pas la créance, mais il est un auxiliaire, un très utile accessoire de la créance »*⁴⁸² et se distingue ainsi de l'analyse objectiviste, dont les excès avaient amené à confondre la créance avec le droit de gage général⁴⁸³. Sa conception est en effet sans équivoque : autant la créance *« se conçoit très bien sans le droit de gage »*, autant le droit de gage *« ne se conçoit pas sans la créance et ne peut exister sans elle, parce qu'il n'est qu'un moyen de la faire prévaloir sur la résistance du débiteur »*⁴⁸⁴. Autrement dit, le gage général n'est qu'un accessoire de la créance, ce qui signifie que le créancier, en exerçant ce droit accessoire, *« exerce en même temps et indivisiblement son droit sur la personne, son droit principal. [...] Ce n'est pas seulement des biens, c'est aussi de la personne qu'il arrache son paiement »*⁴⁸⁵. L'auteur concluait son étude en affirmant que toute créance donne *« conditionnellement un droit de préférence »*⁴⁸⁶ si l'on retient le paiement comme condition, puisque *« s'il n'avait pas de droit de préférence, il devrait partager avec les autres ce qu'il a reçu »*⁴⁸⁷. Certes, ce droit de préférence n'est que potentiel, alors que le droit de préférence

⁴⁷⁸ *« En principe le débiteur est libre de payer la première l'obligation qu'il, et ce paiement est tout entier inattaquable et définitif, même si d'autres créances, et des créances plus anciennes, restent en souffrance. »* (art. préc., p. 533)

⁴⁷⁹ *« Tout créancier non payé à l'échéance par le débiteur, peut intenter individuellement contre lui des poursuites judiciaires ou extrajudiciaires, et le paiement forcé qu'il réussit à obtenir par les voies d'exécution, est valable et définitif, même si d'autres créanciers, fussent-ils antérieurs, restent non payés. »* (art. préc. (suite), p. 477-478)

⁴⁸⁰ *« Lorsque tous ou plusieurs créanciers du même débiteur, exercent en même temps sur les mêmes biens des voies d'exécution, aucun d'eux, en principe, n'a de droit de préférence contre les autres sur le prix de ces biens et la somme est répartie entre eux tous au marc le franc. »* (art. préc. (suite), p. 479-480)

⁴⁸¹ M^{is} de VAREILLES-SOMMIÈRES, art. préc. (suite), p. 478.

⁴⁸² *Ibid.*

⁴⁸³ V. l'analyse de Henri GAZIN, *supra*, n° 102.

⁴⁸⁴ M^{is} de VAREILLES-SOMMIÈRES, art. préc. (suite), p. 479.

⁴⁸⁵ *Ibid.*

⁴⁸⁶ M^{is} de VAREILLES-SOMMIÈRES, art. préc. (suite), p. 484.

⁴⁸⁷ M^{is} de VAREILLES-SOMMIÈRES, art. préc., p. 535.

conféré par le droit réel est actuel, mais cette différence ne suffit pas pour l'auteur à justifier la *summa divisio*⁴⁸⁸, sachant que le droit réel se retrouve parfois lui-même démuné de droit de préférence⁴⁸⁹.

107. Une tentative de remise en cause de la *summa divisio*. – À la différence de l'extrapolation du courant objectiviste, le propos du marquis de VAREILLES-SOMMIÈRES ne consiste donc pas à qualifier le droit de créance de droit réel, mais à démontrer que la distinction entre ces deux catégories est poreuse, d'autant plus que la créance, droit sur la personne, se double d'un « *robuste compagnon* »⁴⁹⁰, le droit de gage général qui n'est autre qu'un droit réel. Aussi son analyse peut-elle être rapprochée de celle des premiers objectivistes, qui, de la même manière, entendaient relativiser la *summa divisio* sans pour autant la nier. Elle est toutefois plus précise puisque le gage général est extrait de l'obligation pour en faire une garantie accessoire, véritable droit réel. C'est cette voie que vont emprunter par la suite plusieurs auteurs pour rendre compte du mécanisme du gage général.

108. Une analysée développée par Jean DERRUPPÉ. – Ayant consacré sa thèse au droit du preneur à bail, dont la nature se ramène difficilement à un pur droit réel ou un pur droit personnel, Jean DERRUPPÉ a été inévitablement amené à discuter la pertinence de la *summa divisio*⁴⁹¹. S'agissant de la base de la distinction entre droits réels et droits de créance, le professeur bordelais a soutenu qu'elle était justifiée par la différence d'objet, qui entraînait « *une différence dans la nature des pouvoirs accordés au titulaire du droit* »⁴⁹², donc dans leur régime également. Après la disparition de la contrainte physique, le droit de créance est devenu, selon l'auteur, un simple pouvoir d'exiger du débiteur qu'il exécute la prestation, « *pouvoir fort différent de celui que peut exercer un individu sur une chose* »⁴⁹³. Mais un tel pouvoir rend

⁴⁸⁸ M^{is} de VAREILLES-SOMMIÈRES, art. préc. (suite), p. 488 : « *Le fait que la créance ne donne pas toujours un droit de préférence actuel peut-il être indiqué comme une différence entre le droit de créance et le droit réel ? Nullement, car en affirmant que le droit réel donne toujours un droit de préférence, les auteurs commettent une erreur non moins certaine et encore plus étonnante peut-être qu'en niant que le droit de créance en donne jamais.* »

⁴⁸⁹ M^{is} de VAREILLES-SOMMIÈRES, art. préc. (suite), p. 489 : « *Il n'y a donc, au point de vue du droit de préférence, aucune différence appréciable entre les droits de créance et les droits réels. D'un côté comme de l'autre, tantôt il existe et tantôt il n'existe pas. Pratiquement il se produit plus souvent au profit d'un créancier qu'au profit du titulaire d'un droit réel.* »

⁴⁹⁰ M^{is} de VAREILLES-SOMMIÈRES, art. préc. (suite), p. 478.

⁴⁹¹ J. DERRUPPÉ, *La nature juridique du droit du preneur à bail et la distinction des droits réels et des droits de créance*, préf. J. Maury, Dalloz, 1952.

⁴⁹² J. DERRUPPÉ, *op. cit.*, p. 284-285, n° 251.

⁴⁹³ J. DERRUPPÉ, *op. cit.*, p. 287, n° 252.

précaire le droit du créancier, et justifie qu'il soit protégé efficacement contre l'inexécution du débiteur. Il bénéficie notamment du droit de gage général que l'auteur qualifie comme un droit réel de garantie. Ce droit constitue, à l'égard du droit à la prestation, « *un accessoire, une garantie ; mais, par la nature de ses pouvoirs, par son objet, par son contenu interne, il en diffère* »⁴⁹⁴. En effet, pour le professeur bordelais, le droit de gage général « *a pour contenu des prérogatives qui forment le contenu des droits du débiteur ; il a donc la même nature que les droits qu'il atteint* »⁴⁹⁵. Autrement dit, ce droit confère au créancier « *le droit de disposer des biens de son débiteur* »⁴⁹⁶, donc un droit réel selon l'auteur⁴⁹⁷. À la différence des auteurs soutenant que le droit de créancier acquiert un caractère réel par la saisie⁴⁹⁸, Jean DERRUPPÉ considère que « *le droit du créancier sur les biens préexiste à la saisie ; il naît avec le droit de créance dont il forme l'accessoire et la garantie ; et sa nature n'est pas modifiée par la saisie qui ne fait que renforcer son efficacité, en dessaisissant le débiteur du droit de disposer qu'il continuait à pouvoir valablement exercer* »⁴⁹⁹. Ainsi, même si avant la saisie, ce droit est « *essentiellement précaire, car il ne dessaisit pas le débiteur* »⁵⁰⁰, dès lors que le passif du débiteur excède son actif, le droit de gage général retrouve une certaine opposabilité à l'égard des tiers grâce à l'action paulienne, que Jean DERRUPPÉ envisage comme « *une action en opposabilité du droit de gage général du créancier poursuivant au tiers acquéreur* »⁵⁰¹. Quant à l'objection relative à l'indétermination de l'objet du droit de gage général, il remarque que cet objet est « *parfaitement déterminable et déterminé ; ce droit atteint les choses qui sont dans le patrimoine du débiteur [...] et il est toujours possible, à chaque instant, de savoir quelles sont ces choses* »⁵⁰².

⁴⁹⁴ J. DERRUPPÉ, *op. cit.*, p. 385, n° 337.

⁴⁹⁵ J. DERRUPPÉ, *op. cit.*, p. 386, n° 339.

⁴⁹⁶ J. DERRUPPÉ, *op. cit.*, p. 385, n° 339.

⁴⁹⁷ J. DERRUPPÉ, *op. cit.*, p. 386, n° 339. L'auteur fait la distinction entre les biens matériels et les créances, en précisant pour ces dernières que le droit de gage général consiste alors en un pouvoir d'exiger la prestation au débiteur du débiteur, donc en un droit personnel, ce qui revient au même dès lors que l'on conçoit la créance comme un bien.

⁴⁹⁸ Sur cette controverse, v. *infra*, note 876.

⁴⁹⁹ J. DERRUPPÉ, *op. cit.*, p. 388-389, n° 342.

⁵⁰⁰ *Ibid.*

⁵⁰¹ J. DERRUPPÉ, *op. cit.*, p. 391, n° 344.

⁵⁰² J. DERRUPPÉ, *op. cit.*, p. 389, n° 342.

109. Une analyse encore soutenue. – L’analyse du gage général en un droit réel de garantie, si elle est loin d’être majoritaire, trouve encore quelques partisans⁵⁰³. Ainsi Monsieur DROSS estime que le droit de gage général est un droit réel qui n’affecte que la valeur d’échange des biens du débiteur⁵⁰⁴. Il remarque d’abord que l’absence de droit de préférence⁵⁰⁵ n’empêche pas de qualifier le gage général de droit réel, puisque, malgré l’égalité entre les créanciers chirographaires, le législateur peut décider que certains créanciers soient préférés à d’autres en cas de concours, comme le confirme l’existence des privilèges généraux⁵⁰⁶. S’agissant de l’absence de droit de suite, Monsieur DROSS estime qu’elle s’explique « *par le report [du droit du créancier] sur le bien obtenu en contrepartie* »⁵⁰⁷ de l’aliénation à titre onéreux d’un bien du patrimoine du débiteur. Mais lorsque les conditions de l’action paulienne sont remplies, le créancier acquiert alors un droit de suite à « *physionomie particulière* »⁵⁰⁸ car en l’absence de publicité, la démonstration de la fraude est exigée pour que le droit de créance retrouve sa pleine opposabilité. Dans une analyse différente, Madame ROMAN soutient l’idée selon laquelle « *par le droit de gage général, le débiteur dispose de son patrimoine et crée le droit réel du créancier* »⁵⁰⁹. Sa conception est donc différente puisqu’elle considère que le gage général du créancier est créé par le consentement du débiteur à la possibilité d’une exécution sur son

⁵⁰³ Outre les auteurs cités ci-après, v. M. MIGNOT, *Droit des sûretés et de la publicité foncière*, 3^e éd., coll. Cours, LGDJ, 2017, p. 20-21, n° 5. L’analyse de cet auteur quant au gage général a été développée dans un article : M. MIGNOT, « Les principes généraux (droit commun) des sûretés en général et des sûretés personnelles et réelles en particulier (art. 2284 à 2287 avant-projet) » in L. ANDREU, M. MIGNOT (dir.), *La réforme du droit des sûretés*, Institut universitaire Varenne, 2019, p. 17

⁵⁰⁴ W. DROSS, *Droit civil – Les choses*, LGDJ, 2012, p. 295, n° 152-3.

⁵⁰⁵ Comp. M. MIGNOT, art. préc., p. 22 : « *Après la saisie, le droit de gage confère au créancier un droit de préférence limité. Il n’existe aucun droit de préférence tant qu’un créancier peut se joindre à la saisie en cours (CPC ex., art. L. 221-5). Il en existe un à compter du moment où la valeur du bien saisi est affectée exclusivement au(x) créancier(s) saisissant(s). [...] En somme, le report du droit de gage général sur la créance de prix donne lieu à une situation de préférence du fait du nombre limité des créanciers qui en profitent.* »

⁵⁰⁶ W. DROSS, *op. cit.*, p. 296, n° 152-3.

⁵⁰⁷ *Ibid.*

⁵⁰⁸ *Ibid.*

⁵⁰⁹ B. ROMAN, *Essai sur l’insaisissabilité*, th. Paris I, dactyl., 2008, p. 321, n° 395.

patrimoine⁵¹⁰. Si ces analyses ont notamment le mérite de percevoir le gage général sous un angle original, elles sont néanmoins sujettes à des critiques de différents ordres.

II. CRITIQUE

110. Une relativisation pertinente de la *summa divisio*. – Avant de revenir sur les différentes imperfections de ces analyses nous conduisant à ne pas qualifier le gage général de droit réel, il convient de souligner leur mérite incontestable. Elles ont contribué à relativiser la distinction entre les droits réels et les droits personnels. Nul ne peut encore soutenir aujourd'hui que droits réels et droits personnels sont diamétralement opposés, dès lors qu'être obligé personnellement consiste à engager ses biens, et non plus sa personne proprement dit. En d'autres termes, droit réel et droit personnel partagent un même mécanisme, puisqu'ils constituent pour leur sujet passif une manifestation de son aptitude à disposer⁵¹¹. À leur manière, les tenants de la conception objectiviste soutiennent déjà cette idée⁵¹². Il en résulte que la technique des droits réel et personnel doit être rapprochée. Comme l'avait déjà relevé VAREILLES-SOMMIÈRES, leur opposabilité ne se distingue que pour des questions de

⁵¹⁰ B. ROMAN, *op. cit.*, p. 332, n° 303 : « [...] le débiteur, par le droit de gage général, exerce son droit de disposer, essence même de sa propriété. Il octroie ainsi à son créancier un droit réel sur son patrimoine c'est-à-dire, en pratique, sur les biens de son patrimoine. [...] Le droit du créancier présente ainsi l'étrange paradoxe d'être un droit de contrainte à l'endroit du débiteur, tout en émanant directement de celui-ci. » Certaines des conséquences qu'elle tire de cette qualification diffèrent des analyses précitées. Ainsi, à propos de l'action paulienne, l'auteur considère que « bien qu'elle trouve son fondement dans ce droit de gage général, donc dans le droit réel du créancier, elle ne s'inscrit pas directement dans le cadre de l'exercice de ce droit. Lorsque le créancier met en œuvre la Paulienne, il se trouve encore placé dans un rapport purement personnel avec son débiteur. Cependant, le rapport réel se trouve également présent à l'état latent. [...] Le succès de [l'action paulienne] permettra ultérieurement au créancier d'accéder si nécessaire à l'aspect réel et de saisir les biens concernés » (p. 369-370, n° 330).

⁵¹¹ V. *supra*, n° 63.

⁵¹² V. notamment à propos du déplacement de valeur qu'implique l'obligation, O. JALLU, *Essai critique sur l'idée de continuation de la personne*, A. Rousseau, 1902, p. 75 : « Ce déplacement s'analyse en une mutation, ou si l'on veut, et si le mot peut être détourné de sa trop spéciale signification courante, en un virement, qui fait passer de la fortune du débiteur, dans celle du créancier, la valeur commerciale de la créance. Ce passage, pour n'être accompagné d'aucun déplacement d'objet, n'en est pas moins effectif ; car le crédit ne crée pas de richesse [...] ; il remplace, en un mot, l'aliénation en nature, par l'aliénation en valeur. » ; Adde M. LABORDE-LACOSTE, *Essai sur la notion d'ayant cause à titre particulier en droit privé français*, Y. Cadoret, 1916, p. 218 : « [...] toute dette [...] se ramène à une aliénation de la part du débiteur. »

politique juridique⁵¹³. Si ces deux catégories de droits sont en théorie autant opposables l'une que l'autre⁵¹⁴, l'impossibilité concrète d'assurer la publicité des droits personnels autorise les tiers à les méconnaître, à la différence des droits réels⁵¹⁵.

111. L'impossibilité de grever le patrimoine d'un quelconque droit. – La qualification réelle du gage général prête toutefois le flanc à la critique pour plusieurs raisons. D'abord quant à l'assiette du gage général. Dans son fonctionnement « normal », le patrimoine ne peut être réduit à un bien pour au moins deux raisons. D'abord, il serait curieux, pour ne pas dire inconcevable, de pouvoir grever d'un droit réel une entité incessible⁵¹⁶. Ensuite, une raison plus fondamentale réside dans la cause même de l'incessibilité du patrimoine⁵¹⁷. Même si le rapport entre le patrimoine et la personne s'analyse en un droit de propriété⁵¹⁸, nul ne peut ignorer la particularité de ce lien qui réside dans l'impossibilité d'exproprier une personne de son patrimoine en tant qu'universalité. Le sujet « *dispose certes de ses biens, mais pas de son « reflet » dans le monde des choses, il ne peut le supprimer, pas plus qu'il ne pourrait « se*

⁵¹³ La doctrine allemande tire le même constat : v. H. DÖRNER, cité par R. WINTGEN, *Étude critique de la notion d'opposabilité – Les effets du contrat à l'égard des tiers en droit français et allemand*, préf. J. Ghestin, Bibliothèque de droit privé, t. 426, LGDJ, 2004, p. 135, n° 147 : « *La clé qui permet de comprendre le problème de la protection du droit de créance est l'idée que l'appréciation du législateur est déterminante, tant pour choisir entre les techniques de protection, prévention ou sanction, que pour définir la portée de l'incompétence des tiers et l'interdiction de porter atteinte au droit. Pour décider quels sont concrètement les actes des tiers qui sont interdits, il faut examiner dans quelle mesure un système juridique donné est prêt à garantir la position du titulaire d'un droit subjectif au détriment de la liberté des autres.* »

⁵¹⁴ V. déjà J. ORTOLAN, *Histoire de la législation romaine depuis son origine jusqu'à la législation moderne suivie d'une généralisation du droit romain*, t. I, 9^e éd. par M. E. BONNIER, E. Plon et C^{ie}, 1875, p. 639, n° 194 : « *Du reste, les droits personnels existent, dans la société, à l'égard de tous, aussi bien que les droits réels. C'est une erreur de se figurer le contraire. Quand je suis créancier, cela est vrai non-seulement pour mon débiteur, mais pour tous.* »

⁵¹⁵ J. DUCLOS, *L'opposabilité – Essai d'une théorie générale*, préf. D. Martin, Bibliothèque de droit privé, LGDJ, 1984, p. 450, n° 438 : « [...] leur publicité est pratiquement irréalisable : à défaut de support matériel fixe, elle bute sur la détermination du lieu de publication. Même, à supposer cet obstacle technique surmonté, la généralisation de la publicité des droits de créance serait mal venue. La souplesse inhérente aux relations personnelles, qui se nouent et se dénouent constamment, est incompatible avec les pesanteurs du formalisme publicitaire. » Aussi l'opposabilité des droits personnels est-elle « tributaire de leur connaissance effective par le tiers concurrent » (p. 456, n° 439). Adde F. ZENATI, « Pour une rénovation de la théorie de la propriété », *RTD civ.* 1993, p. 305 s., spéc. p. 322 : « *La force de la propriété des créances [...] est dépendante de la psychologie des tiers, laquelle est présumée constituée par l'ignorance du droit lésé.* »

⁵¹⁶ Rapp. F. ZENATI, *Essai sur la nature juridique de la propriété – Contribution à la théorie du droit subjectif*, th. Lyon, dactyl., 1981, p. 657, n° 471 : « *L'obligation n'est certes pas un droit réel. Mais elle reste personnelle à cause du caractère exceptionnellement aliénable du patrimoine, caractère qui fait de la réalité du droit personnel une notion qui, parce qu'elle n'a rien de fonctionnel, reste marginal. Si l'on néglige ce problème d'aliénabilité, la différence entre les deux catégories de droits patrimoniaux s'amenuise dans le droit moderne.* »

⁵¹⁷ Sur l'analyse des causes de l'incessibilité du patrimoine, v. N. JULLIAN, *La cession de patrimoine*, préf. R. Mortier, Nouvelle bibliothèque de thèses, vol. 174, Dalloz, 2018, spéc. p. 131 s., n° 118 s.

⁵¹⁸ En réalité, AUBRY et RAU eux-mêmes, contrairement à l'interprétation traditionnelle de leur pensée, concevaient le titulaire du patrimoine comme propriétaire de ce dernier, quitte à risquer la contradiction avec leur assimilation du patrimoine à la personne. V. *supra*, n° 75.

débarrasser » de l'ombre qu'il projette au soleil »⁵¹⁹. En d'autres termes, le patrimoine fait partie de ces notions rebelles à l'opposition métaphysique entre le sujet et l'objet⁵²⁰.

112. L'inutilité de considérer le gage général comme un droit autonome. – Dans toutes ces analyses « réalistes », à l'exception de celles des objectivistes, il est affirmé que le gage général procure au créancier un droit à part entière dès la naissance de l'obligation. À côté du droit de créance – droit personnel –, le créancier serait titulaire d'un droit de gage général – droit réel – destiné à être l'accessoire du premier. Mais comment expliquer qu'un même événement fasse naître concomitamment deux droits au profit de la même personne, et dont l'intérêt protégé serait rigoureusement le même ? Cette conception crée une redondance, car le gage général trouve sa raison d'être et sa mesure dans le droit de créance⁵²¹. De plus, on ne perçoit aucune hypothèse en droit positif qui nécessiterait de concevoir le gage général comme un droit distinct de la créance⁵²². Si le créancier peut consentir à limiter l'assiette de son gage, il ne peut, on le verra, aller jusqu'à renoncer purement et simplement à sa garantie sous peine de transformer l'obligation en un engagement potestatif⁵²³. La seule vertu qu'il y aurait à considérer le gage général comme un droit à part entière serait explicative, or une conception moniste du droit du créancier ne nous semble pas moins claire. Il est nécessaire de reconnaître, à l'instar des premiers objectivistes⁵²⁴, que le droit personnel dispose d'une « face réelle »⁵²⁵ qu'est, en quelque sorte, le gage général. Mais il est inutile d'ériger ce dernier au rang de droit subjectif autonome, ce qui, au demeurant, aboutirait à d'inutiles complications : lorsque le créancier est bénéficiaire d'une sûreté réelle, adopter une telle présentation reviendrait à considérer le créancier comme titulaire, en plus de son droit de créance, de deux droits réels.

113. Conclusion de la section 2. – Une nouvelle conception de l'obligation a émergé au début du XX^e siècle, visant à mettre en avant sa dimension économique, prédominante à une

⁵¹⁹ M.-L. MATHIEU, *Droit civil – Les biens*, 3^e éd., coll. Université, Sirey, 2013, p. 23, n° 66.

⁵²⁰ V. en ce sens Y. THOMAS, « Res, chose et patrimoine (Note sur le rapport sujet-objet en droit romain) », *APD*, t. 25, 1980, p. 413.

⁵²¹ VAREILLES-SOMMIÈRES, tout comme Jean DERRUPPÉ, le reconnaissent volontiers : V. *supra*, n° 106. 108.

⁵²² Rappr. F. ZENATI-CASTAING, T. REVET, *Manuel de droit des personnes*, coll. Droit fondamental, PUF, 2006, p. 193, n° 232 : « La créance et son répondant sont à ce point indissociables qu'ils forment une seule et même prérogative. L'idée d'un devoir juridique sans gage est une vue de l'esprit, ce qui interdit de qualifier le droit de gage de droit réel. »

⁵²³ V. *infra*, n° 146.

⁵²⁴ V. *supra*, n° 101. notamment les passages sans équivoque de JALLU.

⁵²⁵ F. ZENATI-CASTAING, T. REVET, *Cours de droit civil – Obligations – Régime*, coll. Droit fondamental, PUF, 2013, p. 137 : « [...] en dépit de la réalité du pouvoir qu'il confère, il n'est pas un droit réel, mais seulement la face réelle du droit personnel. »

époque où le lien de droit que crée l'obligation se caractérise moins par une relation entre deux personnes que par un mouvement entre deux patrimoines. Une extrapolation de cette analyse innovante a conduit à concevoir le droit de créance comme un droit réel du créancier sur les biens de son débiteur avant que d'autres analyses ne viennent qualifier de droit réel non la créance dans son entier mais sa garantie attenante, le gage général. Ce dernier serait ainsi un droit réel accessoire portant sur les biens du débiteur, dont la particularité est de ne devenir opposable qu'au moment où il est mis en œuvre par une voie d'exécution ou par la voie paulienne. Si cette analyse a le mérite de mettre en exergue la communauté de structure des droits réel et personnel, elle comporte des défauts rédhibitoires. D'abord, elle conduit à considérer à tort le patrimoine comme un bien cessible. En outre, en concevant le gage général comme un droit qui s'ajoute au droit de créance, elle complique inutilement la présentation de l'obligation et suggère que l'obligation civile peut se passer du gage général, ce qui, nous le verrons, est erroné.

114. Conclusion du chapitre 3. – Une difficulté majeure d'identification de la notion de gage général réside dans l'ambiguïté de l'obligation : en obligeant sa personne, le débiteur engage aussi ses biens, ce qu'a parfaitement résumé l'adage *Qui s'oblige oblige le sien*. Cette dualité de l'obligation a conduit à deux analyses doctrinales opposées du gage général. D'un côté, la théorie du patrimoine a promu l'idée selon laquelle le patrimoine était un attribut de la personnalité, donc qu'en engageant ses biens, le débiteur engageait ni plus ni moins que sa personne. De l'autre, les théories prolongeant l'analyse objective de l'obligation ont considéré, au contraire, que l'engagement des biens du débiteur en garantie de ses dettes devait être compris comme une affectation de ses biens créant un droit réel au profit du créancier. En réduisant le gage général, tantôt à l'être, tantôt à l'avoir, chacune de ces analyses échoue à saisir de manière satisfaisante la notion. La théorie du patrimoine maintient l'illusion selon laquelle le créancier serait le seigneur de son débiteur et disposerait du pouvoir le plus large pour obtenir le paiement, particulièrement d'un gage dont l'assiette, comme la personne de son débiteur, ne connaît pas de divisions. L'analyse du gage général en un droit réel, quant à elle, réduit le patrimoine à un bien cessible comme les autres et décompose l'obligation en deux droits alors même que le gage général suit le droit de créance, dès sa naissance, comme son ombre.

CONCLUSION DU TITRE I

115. Comme il a pu être constaté, l'analyse du gage général varie beaucoup selon les auteurs, car la notion est complexe à identifier. Il est d'abord difficile d'en déterminer les contours : concevoir le gage général simplement comme un des éléments de la composante de contrainte de l'obligation ou comme un droit à l'intervention de l'État ne permet pas d'isoler précisément cette notion. La qualification du statut qu'a le créancier en tant que titulaire d'un gage général sur le patrimoine du débiteur a également causé des difficultés d'analyse en doctrine. Contrairement à ce que certains auteurs ont avancé, le créancier ne tient pas son gage du débiteur par une sorte de représentation mais bel et bien de la loi, qui a fait de l'engagement des biens par l'obligation une composante de la personnalité juridique. Une autre grande difficulté rencontrée par la doctrine dans l'identification du gage général réside dans la particularité qu'a cette notion d'associer la personne du débiteur à ses biens, et *vice versa*. Il en a résulté une analyse du gage général en un droit du créancier sur le patrimoine assimilé à la personne du débiteur et, à l'opposé, une analyse du gage général en un droit réel du créancier sur le patrimoine du débiteur considéré comme un bien. Chacune de ces analyses comporte les excès propres à son positionnement. La première livre une représentation de l'obligation trop favorable au créancier par rapport au droit positif, notamment quant aux pouvoirs reconnus au créancier et à l'assiette de son gage qui ne serait pas susceptible d'être limitée. La seconde revient à percevoir le patrimoine comme un bien cessible dont le créancier pourrait déposséder son débiteur, ce qui n'est pas plus fidèle au droit positif. Malgré les défauts relevés de ces différentes analyses, elles sont chacune porteuses d'enseignements sur la notion de gage général. Ces enseignements doivent désormais être mis à profit pour identifier les critères distinctifs de la notion de « gage général ».

TITRE II

LES CRITÈRES D'IDENTIFICATION DE LA NOTION

116. Longtemps délaissée par la doctrine, la notion de gage général donne, une fois son nom prononcé, l'impression de l'évidence. Il a pu être démontré, par la présentation et la discussion des nombreuses explications données au gage général, que l'évidence entourant cette notion était pour le moins trompeuse. Il convient à présent de mettre en exergue les traits qui nous semblent caractériser le gage général afin d'apporter une plus grande précision au contenu de cette notion ainsi qu'à ses contours. Notre intention n'est, de toute évidence, pas de faire table rase des analyses présentées dans le précédent titre, mais de tenter de combler les insuffisances inhérentes à chacune. Tandis que ces analyses envisageaient la notion de gage général à titre accessoire, au second plan de l'étude d'une autre notion, l'originalité de notre approche est d'appréhender cette notion à titre principal, donc avec plus d'acuité. Il nous semble que c'est en concentrant l'analyse du gage général sur ses deux critères identificateurs que la notion en ressort clarifiée et précisée. Le gage général constitue, d'abord, la garantie d'exécution de l'obligation bénéficiant de plein droit à tout créancier, caractéristique qui va nous permettre de préciser les rapports qu'il entretient avec la notion d'obligation (Chapitre 1). À ce caractère commun du gage général s'ajoute un second critère tenant au mode par lequel il garantit l'exécution de l'obligation : il affecte un ensemble de biens appartenant au débiteur. L'analyse de cette seconde caractéristique rendra ainsi plus aisée l'isolement de la notion de gage général et sa distinction avec d'autres notions aux fonctions voisines (Chapitre 2).

CHAPITRE 1 : UNE GARANTIE COMMUNE AUX CRÉANCIERS

117. Une « garantie » de l'obligation. – La formulation des articles 2284 et 2285 du Code civil insiste fortement, quitte à être redondante⁵²⁶, sur le caractère commun du gage général attaché à l'obligation. « *Quiconque s'est obligé personnellement* » affecte ses biens en garantie de son engagement, lesquels « *sont le gage commun de ses créanciers* ». L'accent est mis sur l'octroi de plein droit du gage général au profit de *tout* créancier⁵²⁷. C'est précisément ce caractère du gage général qui a conduit certains à lui dénier la qualification de garantie⁵²⁸, laquelle est souvent invoquée, en droit du crédit, pour désigner un mécanisme qui *s'ajoute* aux moyens de droit commun protégeant le créancier, que la notion de garantie soit considérée comme plus générale que la sûreté⁵²⁹, ou qu'elle s'en distingue⁵³⁰. Pourtant, si la notion de garantie est, en matière juridique, sujette à des acceptions fluctuantes, elle est toujours,

⁵²⁶ Ce que soulignent F. TERRÉ, Ph. SIMLER, Y. LEQUETTE, F. CHÉNEDÉ, *Droit civil – Les obligations*, 12^e éd., coll. Précis, Dalloz, 2018, p. 1586, n° 1509. Il n'est pas étonnant que des législations étrangères aient décidé de se passer de cette redondance : c'est le cas des législations des États du Maghreb, qui ne conservent que la référence au « *gage commun* » (C. civ. algérien, art. 188, al. 1 ; Code des obligations marocain, art. 1241 ; Code des droits réels tunisien, art. 192).

⁵²⁷ Tandis que le sujet actif d'un « devoir » ne se voit pas conférer de gage général sur le patrimoine du sujet passif : N. HAGE-CHAHINE, *La distinction de l'obligation et du devoir en droit privé*, préf. Y. Lequette, éd. Panthéon-Assas, 2017, p. 307, n° 391.

⁵²⁸ V. not. N. BARGUE, *La notion de garantie*, th. Paris I, dactyl., 2008, p. 117, n° 113 : Lorsqu'il envisage les « *garanties indirectes de paiement* », qui « *ne visent pas directement le paiement d'une créance, mais concourent à cette fin par des techniques de préservation du patrimoine du créancier contre l'insolvabilité* », l'auteur ne cite que les sûretés négatives, la clause de domiciliation, et exclut les actions oblique et paulienne car « *une garantie, au-delà de la prise en charge d'un risque, doit fournir au créancier un avantage supplémentaire exorbitant par rapport au droit de gage général ou à ses prérogatives habituelles, et faire peser sur autrui la charge du risque couvert. Or, tant l'action oblique que l'action paulienne appartiennent à tout créancier en tant que corollaire au droit de gage général dont il dispose. [...] La qualification de garantie doit donc être refusée* » (p. 118, n° 114). Adde C. HOUIN-BRESSAND, *Les contre-garanties*, préf. H. Synvet, Nouvelle bibliothèque de thèses, vol. 54, Dalloz, 2006, p. 161, n° 200, estimant que « *les garanties de paiement se distinguent des mécanismes ou institutions qui sont seulement de nature à favoriser le paiement du créancier, mais n'y tendent pas de manière délibérée* », et exclut ainsi les actions oblique et paulienne.

⁵²⁹ P. JOURDAIN, « Quelques réflexions sur la notion de garantie en droit privé » in *Études offertes au professeur Philippe Malinvaud*, Litec, 2007, p. 303 s., spéc. p. 305 : « *La garantie est un moyen pour le créancier de se prémunir contre le risque de non-paiement d'une dette pécuniaire, qu'il se réalise en raison de l'insolvabilité ou de la mauvaise volonté du débiteur. Les sûretés [...] répondent à cette finalité et sont une espèce de garantie de paiement.* » ; R. BOFFA, *Droit civil*, 2^e éd., coll. CRFPA, LGDJ, 2018, p. 475-476, n° 942, l'auteur qualifiant de garantie tant les sûretés que des mécanismes inhérents à l'obligation comme la compensation ou la solidarité.

⁵³⁰ P. CROCQ, *Propriété et garantie*, préf. M. Gobert, Bibliothèque de droit privé, t. 248, LGDJ, 1995, p. 238, n° 287 : selon cet auteur, constituent des garanties « *des avantages spécifiques à un ou plusieurs créanciers dont la finalité est de suppléer à l'exécution régulière d'une obligation ou d'en prévenir l'inexécution* ».

a minima, définie par son objectif : protéger contre un risque⁵³¹. Or la finalité du gage général est bien de prémunir le créancier contre le risque d'inexécution du débiteur, comme nous le rappelle son histoire liée aux sûretés⁵³². Son caractère commun ne suffit donc pas, à notre sens, à lui refuser la qualification de garantie⁵³³. Le gage général est bien une « garantie » de l'obligation⁵³⁴, il en est même la « *figure primordiale, pour ne pas dire fondamentale* »⁵³⁵ en matière patrimoniale, comme nous allons le voir.

118. Le caractère commun du gage général implique de considérer cette garantie comme une partie intégrante de l'obligation en droit moderne (Section 1). Il faut toutefois circonscrire l'acceptation de ce caractère. Si tout titulaire d'un droit de créance a pour gage le patrimoine de son débiteur, cela ne préjuge en rien de leur ordre de paiement dès lors qu'ils entrent en concours à l'occasion de l'exercice de leur gage général. Ce qu'il est convenu d'appeler le principe d'égalité entre les créanciers doit donc être séparé de la notion de gage général (Section 2).

⁵³¹ F. ROUVIÈRE, « L'obligation comme garantie », *RTD civ.* 2011, p. 1 s., spéc. p. 3, n° 3. V. par ex. N. BARGUE, *op. cit.*, p. 449, n° 456 : « *La garantie est caractérisée par son objectif de protection du bénéficiaire contre un événement, qu'il s'agisse de l'inexécution d'une obligation ou de la survenance d'un quelconque dommage.* »

⁵³² V. *supra*, n° 6.

⁵³³ V. par ex. R. COUTANT, *Des créanciers chirographaires considérés comme tiers*, Bonvalot-Jouve, 1906, p. 35 : « [...] *le droit que le créancier acquiert contre les biens de son débiteur n'est que l'accessoire, et même subsidiaire de celui qu'il acquiert contre la personne. Le droit sur les biens n'a qu'une valeur de garantie (d'où droit de gage général) : l'essentiel est donc le droit d'exiger une prestation personnelle.* » ; M. MIGNOT, « Les principes généraux (droit commun) des sûretés en général et des sûretés personnelles et réelles en particulier (art. 2284 à 2287 avant-projet) » in L. ANDREU, M. MIGNOT (dir.), *La réforme du droit des sûretés*, Institut universitaire Varenne, 2019, p. 17 s., spéc. p. 21 : « *Le droit de gage général constitue, à n'en pas douter, une garantie générale d'exécution pour le créancier.* »

⁵³⁴ Qualification expressément utilisée par le Code civil roumain au premier alinéa de l'article 2324 (traduction disponible in *Nouveau Code civil roumain – Traduction commentée*, coll. La lettre des lois, Juriscope-Dalloz, 2013) : « *Celui qui s'oblige personnellement engage tous ses biens meubles et immeubles, présents et futurs. Ces biens sont la garantie commune de ses créanciers.* »

⁵³⁵ F. ROUVIÈRE, art. préc., p. 3, n° 4 ; Adde F. PARAISO, *Le risque d'inexécution de l'obligation contractuelle*, préf. C. Atias, coll. de l'IDA, PUAM, 2011, p. 312-313, n° 482.

SECTION 1 : UNE GARANTIE CONSUBSTANTIELLE A L'OBLIGATION

119. Lorsque la notion d'obligation est explicitée en doctrine, que ce soit dans un manuel, une monographie ou un article, la référence au gage général constitue un passage incontournable. Est-ce à dire que l'obligation ne peut s'envisager sans gage général ? Oui, soutenons-nous. À l'obligation civile doit être attachée, par définition, sa garantie attenante, le gage général. Afin de le démontrer, il conviendra de préciser le rôle central qu'a occupé le gage général dans le passage de la notion d'obligation à l'ère moderne (I) avant de vérifier que l'obligation ne peut être qualifiée comme telle, en droit positif, en l'absence du gage général qui la garantit (II).

I. UN MECANISME AU FONDEMENT DE LA NOTION MODERNE D'OBLIGATION

120. La dialectique est une méthode de pensée qui sied particulièrement bien à la description du phénomène juridique⁵³⁶. Le droit est en effet sans cesse parcouru de « *phénomènes de déséquilibre et d'oscillation pendulaire* »⁵³⁷ entre des pôles opposés, des « *visions unilatérales* »⁵³⁸ entre lesquelles se crée une tension constante. Irréductible à l'un ou à l'autre des pôles car « *lieu d'échange et de médiation permanent* »⁵³⁹, le droit est caractérisé, de toutes parts, par ce mouvement pendulaire, raison pour laquelle l'analogie avec le jeu s'est avérée féconde⁵⁴⁰. La notion d'obligation ne fait pas exception à ce constat, la dialectique y étant, selon nous, en grande partie due au mécanisme du gage général. Ce dernier participe, en effet, de deux facettes de la notion d'obligation : la première, *éthique* et *symbolique*, dans laquelle

⁵³⁶ M. VILLEY, *Philosophie du droit – Définitions et fins du droit – Les moyens du droit*, Dalloz, 1979 et 1984, rééd. Dalloz, 2001, p. 34, n° 24 : « [...] la dialectique nous paraît tenir un rôle fondamental dans l'art juridique. »

⁵³⁷ F. OST, M. VAN DE KERCHOVE, *Le droit ou les paradoxes du jeu*, coll. Les voies du droit, PUF, 1992, p. 125.

⁵³⁸ M. VILLEY, *op. cit.*, p. 34, n° 24.

⁵³⁹ *Ibid.*

⁵⁴⁰ V. l'ouvrage de F. OST, M. VAN DE KERCHOVE, *Le droit ou les paradoxes du jeu*, préc., où le jeu est retenu comme paradigme explicatif du phénomène juridique.

l'obligation constitue un *lien* et, dès lors, appréhende le gage général comme une modalité de *responsabilité* (A) ; l'autre, *politique* et *instrumentale*, appréhendant l'obligation dans sa fonction économique et concevant le gage général comme une *garantie*⁵⁴¹ (B).

A.- LE SIEGE DE LA DIMENSION SYMBOLIQUE DE L'OBLIGATION

121. L'engagement symbolique du corps du débiteur. – L'importance du symbole dans le droit a souvent inspiré les auteurs, juristes ou non⁵⁴². En introduisant une distance, le symbole a paradoxalement pour vertu de redonner du sens⁵⁴³ ; « *plus qu'un véhicule ou un instrument, il est une capacité de mettre en rapport* »⁵⁴⁴. Les travaux de l'historien italien Aldo SCHIAVONE ont démontré que la symbolique du droit avait largement contribué à discipliner et pacifier la société romaine⁵⁴⁵. Elle permet au droit de s'inscrire dans le temps, de prévoir pour l'avenir, aussi tumultueux soit-il. S'agissant de l'obligation, le rituel, et plus largement la symbolique, a toujours eu comme objet de représentation le *corps* du débiteur⁵⁴⁶. Il a souvent été représenté par la remise d'une chose : l'exemple de la sûreté réelle est éloquent, puisque l'objet mis en gage, dans les sociétés primitives, était choisi non pas pour sa valeur économique mais pour son attachement à la personne du débiteur. « *Il faut que la chose donnée en gage représente, au sens fort du terme, le débiteur, afin qu'agissant sur cette chose, le créancier agisse ainsi directement sur sa personne même* »⁵⁴⁷, qu'il s'agisse d'un cheveu, d'un gant, ou encore d'une arme.

⁵⁴¹ La double dimension symbolique-instrumentale est d'ailleurs, selon Edgar MORIN, caractéristique de la pensée humaine : « *L'esprit humain produit une double pensée, l'une symbolique/mythologique/magique, et l'autre rationnelle/logique/empirique. L'une est toujours d'une certaine façon en l'autre (en yin-yang) [...].* » (E. MORIN, *La méthode*, III, *La connaissance de la connaissance*, Seuil, 1986, p. 141)

⁵⁴² Chez les juristes, l'étude de la symbolique dans le droit a été particulièrement exploitée en Allemagne, initiée par l'École historique du droit, ce qui n'a pas du tout été le cas de la France, à quelques exceptions près (R. JACOB, « Symbolique de la justice et du droit » in S. RIALS, D. ALLAND (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, coll. Quadrige, Lamy-PUF, 2003, p. 1458 s., spéc. p. 1458-1459).

⁵⁴³ L'étymologie du terme allemand, *Sinnbild*, renvoie d'ailleurs à cette dualité : le symbole est constitué d'une image (*bild*) et d'un sens (*sinn*).

⁵⁴⁴ B. DECHARNEUX, L. NEFONTAINE, *Le symbole*, coll. Que sais-je ?, PUF, 2014, p. 41.

⁵⁴⁵ A. SCHIAVONE, *Ius – L'invention du droit en occident*, Belin, 2011, passim, spéc. p. 148 : « *Le but était de substituer à l'affrontement physique entre les parties adverses sa mise en scène rituelle, donc désamorcée et symbolique.* »

⁵⁴⁶ Il est à noter que le corps et ses différentes parties sont utilisés très fréquemment comme symboles, à un point tel que le corps humain serait un « *signifiant universel* » (J.-L. CHRÉTIEN, *Symbolique du corps – La tradition du Cantique des Cantiques*, coll. Epiméthée, PUF, 2005, p. 292), la « *source et le support de toute symbolisation* » (*ibid.*, p. 293).

⁵⁴⁷ H. LÉVY-BRUHL, « Les garanties de l'obligation juridique », *Cahiers internationaux de sociologie*, vol. 4, 1948, p. 153 s., spéc. p. 155.

122. La sanction infligée, entre matérialité et magie. – Quant à la sanction de l'inexécution, les exemples de l'emprisonnement ou de la mise à mort du débiteur sont connus. En droit romain, par l'effet d'un contrat appelé le *nexum*, le créancier qui n'a pas obtenu paiement est en droit de s'emparer de la personne du débiteur. S'il n'est pas désintéressé ou qu'un tiers n'est pas intervenu en faveur du débiteur, il peut garder captif son débiteur durant soixante jours. À l'expiration de ce délai, à défaut de paiement, le créancier a droit de vie ou de mort sur le débiteur, ou le vend comme esclave *trans Tiberim* (au-delà du Tibre, donc à l'étranger, hors de Rome)⁵⁴⁸. Il importe toutefois de noter que la sanction infligée au débiteur est sujette à controverse. C'est à Henri LÉVY-BRUHL que revient le mérite d'avoir remis en cause la traduction du texte d'Aulu-Gelle sur lequel se basent les historiens pour fonder le droit de vie et de mort du créancier sur le débiteur⁵⁴⁹. En replaçant la règle dans son contexte, il faudrait plutôt, selon lui, considérer que la sanction est religieuse et consiste en une « *lacération de caractère mystique, et non matériel* »⁵⁵⁰, consistant en des formules vouant les différentes parties du corps du débiteur aux divinités malfaisantes. La mystique est en effet omniprésente, non seulement du temps du très ancien droit romain, mais aussi dans d'autres civilisations juridiques. Ainsi en Inde ou en Irlande, le créancier impayé s'inflige le jeûne, voire le suicide devant la porte du débiteur comme maléfice à son encontre⁵⁵¹. Dans un sens comparable, jusqu'au XVIII^e siècle dans la coutume allemande, le débiteur récalcitrant se faisait tirer le portrait par le créancier de manière infamante, en étant arraché de la tombe ou torturé⁵⁵².

123. La persistance de la symbolique dans le droit contemporain. – Même lorsqu'il a cessé d'être « *muet* »⁵⁵³, qu'il s'est dématérialisé et qu'il a tendu vers plus d'abstraction, le droit a conservé, jusqu'à aujourd'hui, l'engagement symbolique du corps du débiteur. C'est tout d'abord dans le langage juridique qu'il se retrouve⁵⁵⁴ : la définition romaine de « lien de droit »,

⁵⁴⁸ P.-F. GIRARD, *Manuel élémentaire de droit romain*, 5e éd., A. Rousseau, 1911, p.480s.

⁵⁴⁹ H. LÉVY-BRUHL, « Une énigme de l'ancien droit romain : partes secanto », *Annales sociologiques, Série C – Sociologie juridique et morale*, fasc. 1, 1935, p.52 s.

⁵⁵⁰ H. LÉVY-BRUHL, art. préc., p.61.

⁵⁵¹ V. les exemples donnés par P. HUVELIN, « Magie et droit individuel », *L'Année sociologique* 1905-1906, t. 10, p. 1 s., spéc. p. 22.

⁵⁵² J. MICHELET, *Origines du droit français cherchées dans les symboles et formules du droit universel*, L. Hachette, 1837, p. 396.

⁵⁵³ R. SACCO, « Le droit muet », *RTD civ.* 1995, p. 783.

⁵⁵⁴ E. JEULAND, *Théorie relationiste du droit – De la French Theory à une pensée européenne des rapports de droit*, LGDJ, 2016, p. 223 : « Les mots n'ont pas la polyvalence d'un symbole, mais forment un dispositif ayant la fonction d'un symbole. »; C. ATIAS, *Philosophie du droit*, 4^e éd., coll. Thémis, PUF, 2016, p. 340, n° 72 : « Le langage use de la médiation des mythes pour parvenir à introduire la règle dont il est porteur. »

tirée de l'étymologie du mot « obligation »⁵⁵⁵, continue d'être enseignée⁵⁵⁶. C'est également dans la mise en forme du droit que le corps du débiteur est figuré : comme nous avons pu le montrer, la théorie du patrimoine, qui reste, bon gré mal gré, la théorie explicative dominante en droit français, fait du patrimoine le corps juridique de la personne⁵⁵⁷. Enfin c'est également dans la représentation du droit par la littérature que l'engagement symbolique du corps du débiteur est mis en évidence. L'usurier Shylock revendiquant une livre de chair à son débiteur dans *le Marchand de Venise* de Shakespeare est souvent cité⁵⁵⁸, de même que la horde de créanciers aux trousses de César Birotteau⁵⁵⁹ ou de Raphaël de Valentin⁵⁶⁰, les personnages de

⁵⁵⁵ Lien qui, selon Placentin, jurisconsulte romain, est « à l'image (ad instar) d'un lien corporel » (cité par J. GAUDEMET, « Naissance d'une notion juridique – Les débuts de l'« obligation » dans le droit de la Rome antique », *APD*, t. 44, 2000, p. 19 s., spéc. p. 30). Adde R. ZIMMERMANN, *The Law of obligations – Roman Foundation of the Civilian Tradition*, Clarendon Paperbacks, 1996, p. 5 : « [...] the concept of an obligation, in the minds of lawmen as well as lawyers, seems to have retained the connotation of some sort of invisible rope around the neck of the debtor, tying a specific debtor to a particular creditor. » Ce symbole n'existe pas seulement dans la culture juridique continentale, BOISSONADE ayant remarqué qu'il était également présent au Japon : « Cette idée de lien est si naturelle qu'elle se trouve aussi dans la langue juridique japonaise qui, cependant, ne s'est pas formée sous l'influence romaine : on dit, en japonais : iaku soku, 'lier ensemble.' » (G. BOISSONADE, *Projet de code civil pour l'Empire du Japon, accompagné d'un commentaire*, 2^e éd., t. II, E. Thorin, 1883, p. 4, n^o 4)

⁵⁵⁶ V. par ex. H., L. et J. MAZEAUD, *Leçons de droit civil*, t. II, vol. 1, *Obligations – Théorie générale*, 9^e éd. par F. CHABAS, Montchrestien, 1998, p. 4, n^o 4 : « Les Romains ont donné de l'obligation une définition qui demeure valable aujourd'hui : obligatio est juris vinculum quo necessitate adstringimur alicujus solvendae rei ; l'obligation est un lien de droit qui nous astreint à une prestation envers autrui. »

⁵⁵⁷ V. *supra*, n^o 91.

⁵⁵⁸ V. notamment l'analyse qui en est faite par F. OST, « Le Marchand de Venise : Le Pari et la Dette, le Jeu et la Loi », *McGill Law Journal* 2017, p. 1103 s., spéc. p. 1130-1131, l'auteur estimant que la confusion entre choses et personnes est constante dans cette pièce : « La clause des 3 000 ducats contre la livre de chair, pour délirante qu'elle paraisse, ne fait alors que pousser à la limite l'identification permanente et l'échange constant qui se pratique entre personnes et valeurs monétaires. L'effet se renforce encore du jeu de mots entre « livre de chair » et « livre monétaire » (en anglais pound). Antonio n'est-il pas « cousu d'or » ? Lors du procès, Shylock refusera les nombreuses propositions de remboursement qu'on lui fera, bien au-delà du montant nominal de sa créance, comme si celle-ci s'était littéralement incarnée dans la personne de son débiteur, comme si lui aussi était désormais contaminé par le virus vénitien de la confusion entre argent et personne. Le procès (civil) se termine non par un règlement de comptes financier, mais par une condamnation pénale (une peine de mort, peine personnelle par essence) finalement commuée en saisie financière et conversion forcée : la confusion atteint ici son comble. »

⁵⁵⁹ V. par exemple le passage suivant, dans lequel un personnage, conseiller César Birotteau, déclare préférer la guillotine aux regards de ses créanciers impayés : « Liquide et distribue ton actif à tes créanciers, ne reparais plus sur la place de Paris. Je me suis souvent supposé dans une position analogue à la tienne... (Ah ! il faut tout prévoir dans le commerce ! le négociant qui ne pense pas à la faillite est comme un général qui compterait n'être jamais battu, il n'est négociant qu'à demi.) Moi, je n'aurais jamais continué. Comment ! toujours rougir devant des hommes à qui j'aurais fait tort, recevoir leurs regards défiants et leurs tacites reproches ? Je conçois la guillotine !... un instant, et tout est fini. Mais avoir une tête qui renaît et se la sentir couper tous les jours, est un supplice auquel je me serais soustrait. »

⁵⁶⁰ V. la citation tirée de *La Peau de chagrin*, note 7.

Balzac⁵⁶¹, ou encore la description que fait NIETZSCHE du rapport créancier-débiteur⁵⁶². La représentation de l'huissier de justice dans la littérature est également révélatrice, comme nous l'avons déjà évoqué⁵⁶³. Tout l'arrière-plan symbolique de l'obligation concourt à signifier que le débiteur n'engage pas seulement ses biens, c'est *sa personne* qu'il met en gage⁵⁶⁴. Or, comme l'a remarqué le philosophe Jean-Louis CHRÉTIEN,

« *Le langage symbolique qui fait appel au corps et à ses parties pour dire l'ensemble de notre existence individuelle et collective, loin d'appauvrir et d'amoindrir les langages disciplinaires et conceptuels qu'il traduit [...], les déborde et les excède, leur procurant une ressource de sens qui les enrichit et les renouvelle.* »⁵⁶⁵

124. Une symbolique réaffirmant la responsabilité du débiteur. – En représentant une idée, une notion par une image, le symbole a pour but de faire sens, et bien souvent de réaffirmer des valeurs. « *Le fait est que, remarquait CARBONNIER, si l'on n'hésite pas à manipuler des instruments, devant un symbole on se tient à distance respectueuse. La même distance que commande la gravité d'un visage.* »⁵⁶⁶ En représentant le corps du débiteur, la symbolique autour de l'obligation contribue donc à rappeler l'importance de la responsabilité qui pèse sur la personne obligée. C'est pour cette raison que la théorie du patrimoine d'AUBRY et RAU a été saluée comme étant dotée d'une « *sagesse profonde* »⁵⁶⁷, d'un « *fondement moral, élémentaire sans doute, mais instinctivement perçu* »⁵⁶⁸, exprimant « *les exigences de l'honnêteté dans les affaires* »⁵⁶⁹. Elle réaffirme l'idée selon laquelle, malgré les apparences, le

⁵⁶¹ Auteur qui a fait du droit une « *armature essentielle* » de sa *Comédie humaine* (Ph. MALAURIE, *Anthologie de la pensée juridique*, 2^e éd., Cujas, 2001, v^o Balzac, p. 161).

⁵⁶² F. NIETZSCHE, *Œuvres philosophiques complètes*, t. VII, coll. NRF, Gallimard, 1971, p. 256-260, § 5 : « *Faisons-nous une idée claire de la logique de cette forme de compensation : elle est assez étrange. On établit une équivalence en substituant à l'avantage qui compenserait directement le dommage (donc à sa compensation en argent, en terre, ou en un bien quelconque) une sorte de satisfaction qu'on accorde au créancier pour le rembourser et le dédommager, – satisfaction de pouvoir exercer sans retenue sa puissance sur un impuissant, « volupté de faire le mal pour le plaisir de le faire », jouissance du viol [...].* »

⁵⁶³ V. *supra*, n^o 1.

⁵⁶⁴ La figure récente de fonds d'investissement spécialisés dans l'acquisition sur le marché secondaire de créances détenues contre des États en détresse économique, surnommés « fonds vautours » pour leur stratégie de recouvrement agressive, participe également de cette représentation. Sur les fonds vautours, v. *infra*, n^o 446.

⁵⁶⁵ J.-L. CHRÉTIEN, *op. cit.*, p. 293.

⁵⁶⁶ J. CARBONNIER, *Sociologie juridique*, 2^e éd., coll. Quadrige, PUF, 2004, p. 400.

⁵⁶⁷ R. LIBCHABER, « Les aspects civils de la fiducie dans la loi du 19 février 2007 », *Defrénois* 2007, p. 1094, n^o 23.

⁵⁶⁸ R. PERROT, Ph. THÉRY, *Procédures civiles d'exécution*, 3^e éd., Hors cours, Dalloz, 2013, p. 186, n^o 171.

⁵⁶⁹ Ph. MALAURIE, L. AYNÈS, *Droit des biens*, avec le concours de M. JULIENNE, 8^e éd., coll. Droit civil, LGDJ, 2019, p. 28, n^o 20.

débiteur n'engage pas que ses biens, il engage en réalité sa personne, son honneur⁵⁷⁰. C'est aussi pour cette raison que les différentes mesures de clémence à l'égard du débiteur sont souvent raillées par la doctrine⁵⁷¹. Le célèbre « *droit de ne pas payer ses dettes* » fustigé par RIPERT⁵⁷² en réaction à l'adoption des délais de grâce est une formule reprise régulièrement en doctrine⁵⁷³, surtout depuis l'évolution des procédures collectives et l'émergence du droit de la consommation⁵⁷⁴. La fréquence et l'intensité avec laquelle sont dénoncées ces mesures de faveur accordées aux débiteurs impécunieux soulignent la contradiction de ces dispositions avec la symbolique entourant l'obligation⁵⁷⁵ : quelle que soit la situation du débiteur, le droit n'est pas censé l'aider à se dérober à son engagement, à se défaire de ses chaînes, il doit répondre de ses actes.

125. Ces quelques illustrations permettent ainsi de rendre compte de la dimension symbolique de l'obligation dans laquelle le gage général joue un rôle central, puisque c'est l'engagement des biens du débiteur qui symbolise l'engagement du corps du débiteur, et procure ainsi à l'obligation son caractère performatif. Le gage général tient une place non moins importante dans la dimension économique de l'obligation, c'est-à-dire en tant que traduction juridique de tout échange économique.

⁵⁷⁰ Rapp. M. GRIMALDI, « Théorie du patrimoine et fiducie », *RLDC* déc. 2010, p. 73 s., spéc. p. 73 : Explicitant la valeur morale de la règle du gage général, l'auteur rappelle que « *l'homme d'honneur, dit-on, paie ses dettes, car c'est renier sa parole, manquer à sa promesse que de ne pas les acquitter pour conserver une partie de ses biens* ».

⁵⁷¹ V. déjà, à propos de la femme mariée sous le régime dotal, dont les biens étaient considérés comme inaliénables, donc insaisissables, F. MALAPERT, « La réforme du régime dotal », *Journal des économistes* 1876, p. 386 s., spéc. p. 390 : « *Il faut faire admettre chez nous que la parole engage et que nul n'a le droit de se soustraire à l'exécution d'une convention. Nos auteurs qui ont traité du droit coutumier disaient : Qui s'oblige, oblige le sien. C'est notre morale, respectons-la. Supprimons donc le régime dotal, ce sera une grande œuvre civilisatrice.* »

⁵⁷² G. RIPERT, « Le droit de ne pas payer ses dettes », *DH* 1936, chron. p. 57.

⁵⁷³ E. PUTMAN, « Retour sur « le droit de ne pas payer ses dettes » », *RRJ* 1994-1, p. 109 ; P. ANCEL, « Droit au recouvrement de sa créance ou droit de ne pas payer ses dettes ? », *Dr. & patr.* mai 1998, p. 88 ; M.-A. RAKOTOVAHINY, « Regards critiques sur l'institutionnalisation « du droit de ne pas payer ses dettes » ou la consécration du non paiement » in M. HECQUARD-THERON, J. KRYNEN (dir.), *Regards critiques sur quelques (r)évolutions récentes du droit*, PUT, 2005, p. 491.

⁵⁷⁴ V. *infra*, n° 330.

⁵⁷⁵ V., très explicite, L. JOSSERAND, « Un ordre juridique nouveau », *DH* 1937, p. 43 s., spéc. p. 44 : « [...] *la morale continue bien à enseigner qu'on doit payer ses dettes, mais le droit ne réalise plus guère cet aphorisme désuet ; il ne l'applique plus qu'avec une modération extrême, et par là éclate son amoralité, par là se prépare et s'affirme son divorce avec la morale.* »

B.- LE SIEGE DE LA DIMENSION ECONOMIQUE DE L'OBLIGATION

126. Le gage général est au cœur de la fonction économique de l'obligation pour deux raisons. D'une part, il est l'élément qui génère le crédit, la garantie sans laquelle les créanciers à titre individuel et la société en son entier n'auraient pas confiance en le système juridique (1). D'autre part, il est l'élément qui a permis à la créance d'accéder au rang de bien et de circuler (2).

1. LE GAGE GENERAL, FONDEMENT DU CREDIT PUBLIC

127. Le gage général, fondement du crédit. – Outre cette dimension symbolique accentuant la responsabilité du débiteur en représentant son corps, le gage général est également un instrument juridique aux fonctions économiques cruciales. C'est la dimension la plus évidente de ce mécanisme : sa fonction de garantie, visant à sécuriser le paiement du créancier. L'adjonction du gage général à l'obligation, de l'aveu des rédacteurs du Code civil, permet au débiteur de donner à son créancier la surface de garantie la plus étendue sur ses biens⁵⁷⁶. Apte à être propriétaire et à disposer de ses biens, l'individu est donc apte à être lié par des obligations ; ces deux aspects de la personnalité juridique sont indéniablement liés⁵⁷⁷. Le gage général constitue ainsi la contrepartie de la propriété⁵⁷⁸, et plus largement de la liberté de l'individu : « *celui qui ne peut pas répondre de ses agissements par ses biens ne saurait recevoir le titre de sujet de droit.* »⁵⁷⁹ En établissant cette corrélation entre l'aptitude à la propriété et l'aptitude à être obligé, le droit français crée le « *soutien économique qui suscite*

⁵⁷⁶ BIGOT DE PRÉAMENEU précise : « *Les Romains, nos maîtres en législation, n'ont jamais fait la moindre dérogation à un principe aussi fécond dans ses heureux effets. Si, d'une part, ils ont voulu faire reposer la foi des engagements sur tout ce que le débiteur possède et pourra posséder, ils auraient également cru porter atteinte au droit de propriété du débiteur s'ils l'avaient privé de l'avantage d'offrir, dans toute son étendue, la garantie qui est en son pouvoir.* » (P. A. FENET, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, t. XV, Videcoq, 1836, p. 224. Nous soulignons).

⁵⁷⁷ Sur ce lien, v. la démonstration magistrale de F. ZENATI-CASTAING, T. REVET, *Manuel de droit des personnes*, coll. Droit fondamental, PUF, 2006, Leçon 6, p. 189 s., n° 228 s.

⁵⁷⁸ M. GRIMALDI, « Théorie du patrimoine et fiducie », *RLDC* déc. 2010, p. 73 s., spéc. p. 74 : « [...] *c'est parce que [la propriété] attribue à son titulaire la valeur économique du bien, la liberté de le dissiper, en capital comme en revenus, que le propriétaire engage ses biens par ses dettes, que ses créanciers peuvent le saisir.* »

⁵⁷⁹ Rappr. T. REVET, obs. sur Cons. const., 13 juill. 2011, *RTD civ.* 2011, p. 565 s., spéc. p. 566.

l'émergence de l'obligation »⁵⁸⁰. Sont alors acquises non seulement la confiance individuelle – celle du créancier, qui ne se contentera pas, en matière contractuelle, de la seule parole du débiteur pour conclure un contrat générateur d'obligations⁵⁸¹ – et, à plus grande échelle, la confiance de toute la société dans le dispositif juridique⁵⁸². C'est cet aspect du gage général qui a fait dire à DEMOLOMBE qu'il relevait autant du droit privé que du droit public⁵⁸³.

Ainsi présentée, la fonction politique du gage général est centrale : il est *la* garantie qui constitue le socle de toutes les autres, notamment des sûretés⁵⁸⁴, ce qui en fait donc une sorte de droit commun du crédit⁵⁸⁵, sa « *matrice* »⁵⁸⁶. À cet égard, son emplacement dans le Code

⁵⁸⁰ C. DAUCHEZ, *Le principe de spécialité en droit des sûretés réelles*, th. Paris II, dactyl., 2013, p. 110, n° 88. Adde J. BONNECASE, « La condition juridique du créancier chirographaire – Sa qualité d'ayant cause à titre particulier », *RTD civ.* 1920, p. 103 s., spéc. p. 143 : « *On ne voit pas, en effet, comment le crédit pourrait fonctionner, si une personne, en s'engageant, n'était pas censée affecter son patrimoine au paiement de ses dettes et si ce patrimoine n'embrassait pas d'un coup ses biens futurs.* » ; F. CHÉNEDÉ, « Les mutations du patrimoine », *Gaz. pal.* 19 mai 2011, p. 19, spéc. n° 17 : « *Tel est le rôle du droit de gage général, la vertu d'un engagement total des biens du débiteur : assurer et rassurer le créancier face au risque d'impayé.* » ; N. DISSAUX, « Quel avenir pour le patrimoine ? » in R. BOFFA (dir.), *L'avenir du droit des biens*, coll. Grands colloques, LGDJ, 2016, p. 25 s., spéc. p. 36 : « [...] *la théorie classique a posé le principe de l'unité du patrimoine pour son efficacité économique : tous les créanciers pouvaient saisir tous les biens du débiteur.* »

⁵⁸¹ C'est un aspect qu'avait mis en lumière François GRUA lorsqu'il critiquait la présentation traditionnelle du paiement comme un effet du contrat : « *sans le paiement le concept d'obligation n'a pas de sens. On ne choisit pas de devenir créancier pour le plaisir de l'être, mais pour ce que cette qualité apporte. [...] Par suite, la question du paiement et de son organisation se pose dans l'élaboration du contrat avant la fixation du contenu de celui-ci.* » (F. GRUA, « L'obligation et son paiement » in *Aspects actuels du droit des affaires – Mélanges en l'honneur de Yves Guyon*, Dalloz, 2003, p. 488, n° 19) Les considérations relatives au paiement, et notamment la question de la consistance de l'assiette du gage général, interviennent en amont de l'obligation, elles « *préparent* » l'accord de volontés qui aboutira au contrat (*Ibid.*). Avant de songer à tout contrat, le créancier doit s'assurer de ses chances de réalisation effective du paiement. Celles-ci, comme l'a rappelé François GRUA, ne sont pas une condition de formation des contrats mais « *une condition préalable de cette formation* » (p. 488, note 9).

⁵⁸² V. en ce sens C. DAUCHEZ, « Pour une théorie générale des sûretés », *RRJ* 2016-3, p. 1121 s., spéc. p. 1146. Notons que cet auteur en vient même à assimiler le gage général au crédit.

⁵⁸³ C. DEMOLOMBE, *Cours de Code Napoléon*, t. XVIII, *Traité des donations entre vifs et des testaments*, 2^e éd., t. I, A. Durand et L. Hachette, 1863, p. 338, n° 310 : « [...] *l'article 2092 renferme, à notre avis, un principe essentiel de droit public autant que de droit privé. Car il est fondé sur [...] la nécessité publique, dans l'intérêt du crédit, de la bonne foi, de la sécurité des transactions civiles et commerciales, de garantir l'exécution loyale des obligations [...].* »

⁵⁸⁴ Rappr. F. ROUVIÈRE, « L'obligation comme garantie », *RTD civ.* 2011, p. 1 s., spéc. p. 4, n° 4 : « *Ainsi, l'obligation est, comme la sûreté, une garantie mais s'en distingue parce qu'elle constitue sa forme excellente et primitive, celle sur laquelle les sûretés pourront justement venir se greffer. L'obligation ne serait alors pas autre chose qu'une garantie accordée à titre principal, la garantie essentielle au sens propre du terme.* » ; A. HONTEBEYRIE, « Régime de l'obligation et droit des sûretés », *RLDC* mars 2014, p. 77 s., spéc. p. 77 : « [...] *si le droit de gage général est attaché à l'obligation, il est également au cœur des sûretés. L'obligation est la raison d'être des sûretés. Et elle en est à la fois très souvent l'instrument.* »

⁵⁸⁵ Rappr. M. CABRILLAC, C. MOULY, S. CABRILLAC, Ph. PÉTEL, *Droit des sûretés*, 10^e éd., coll. Manuel, LexisNexis, 2015, p. 2, n° 2 : « *La sûreté offre davantage que le droit commun mal dénommé « droit de gage général ».* » ; Ph. THÉRY, *Droit des sûretés et publicité foncière*, 2^e éd., coll. Droit fondamental, PUF, 1998, p. 22, n° 6, parlant de « *régime patrimonial primaire* » à propos du droit de saisir et de faire vendre ; G. ANSALONI, « Des renonciations à recours dans les financements structurés », *RDBF* 2010, étude 18, n° 33 : « [...] *le droit de gage général appartient au régime primaire en ce sens qu'il est accordé à tout créancier.* »

⁵⁸⁶ A. BÉNABENT, D. MAZEAUD, *Les grands articles du Code civil*, 3^e éd., Dalloz, 2017, sous art. 2284, p. 218.

civil au seuil du Livre IV relatif aux sûretés et sa présentation systématique en introduction des manuels de droit des sûretés sont révélateurs⁵⁸⁷. Sans l'appui du gage général, l'obligation ne serait pas devenue « *la technique juridique qui engendre et discipline tous ces mouvements économiques* »⁵⁸⁸, le « *point d'intersection du droit et de l'économie* »⁵⁸⁹.

128. Une illustration de la fonction politique du gage général : les insaisissabilités. – Cet aspect éminemment politique du gage général explique aussi qu'il puisse être procédé, pour satisfaire différents intérêts contradictoires avec celui du créancier, à une limitation du gage général⁵⁹⁰. Technique qui, selon un auteur, « *correspond au concept d'indisponibilité dans les rapports de la chose avec les tiers* »⁵⁹¹, l'insaisissabilité est déjà utilisée en droit romain, notamment pour préserver l'activité agricole et ainsi prévenir tout risque de famine⁵⁹². Dans les coutumes d'Ancien droit également, l'insaisissabilité est utilisée dans l'intérêt public, pour protéger des professions importantes pour l'économie⁵⁹³ ou la sécurité de la région⁵⁹⁴, ou encore pour paralyser les mesures d'exécution en temps de crise⁵⁹⁵. Ces considérations d'intérêt public se retrouvent démultipliées dans la législation contemporaine⁵⁹⁶, qui a notamment recours à

⁵⁸⁷ Contra Ph. SIMLER, « Dispositions générales du Livre IV nouveau du Code civil », *JCP G* 17 mai 2006, doctr. 2, spéc. n° 2, qualifiant le gage général d' « *anti-sûreté* » en ce sens qu'il « *constitue la norme à laquelle toute sûreté déroge* ».

⁵⁸⁸ R. SAVATIER, *La théorie des obligations – Vision juridique et économique*, 3^e éd., coll. Précis, Dalloz, 1974, p. 11, n° 8.

⁵⁸⁹ J.-L. SURIU, « Introduction au cours de droit des obligations » in *Clés pour le siècle – Droit et science politique, information et communication, sciences économiques et de gestion*, Université Panthéon-Assas (Paris II), Dalloz, 2000, p. 507 s., spéc. p. 513, n° 626.

⁵⁹⁰ G. TARDE, *Les transformations du droit – Étude sociologique*, 5^e éd., F. Alcan, 1906, p. 136 : « *Entre l'intérêt du créancier à faire saisir tous les biens mobiliers ou immobiliers du débiteur, et l'intérêt du débiteur à les rendre tous insaisissables, que fera la loi ? Cela dépendra de celui des deux qui lui paraîtra valoir davantage, à raison des besoins senti de son époque et des jugements accrédités sur les meilleurs moyens de les satisfaire.* »

⁵⁹¹ R. BOFFA, *La destination de la chose*, préf. M.-L. Mathieu-Izorche, coll. Doctorat & Notariat, t. 32, Defrénois, 2008, p. 398, n° 538.

⁵⁹² J.-Ph. LÉVY, A. CASTALDO, *Histoire du droit civil*, 2^e éd., Précis, Dalloz, 2010, p. 1032-1033, n° 693.

⁵⁹³ J.-Ph. LÉVY, A. CASTALDO, *op. cit.*, p. 1033, n° 694 : Ainsi les biens nécessaires à l'agriculture sont insaisissables, ainsi que dans certaines coutumes des activités commerciales cruciales pour l'économie de la région, par exemple la draperie à Auxerre.

⁵⁹⁴ Ainsi sont protégés les « *armes et chevaux de combat, indispensables aux chevaliers.* « *Gentilhomme qui perd ses meubles garde toujours son cheval* » (*Etabl. De St Louis*) » (J.-Ph. LÉVY, A. CASTALDO, *op. cit.*, p. 1033, n° 694). C'est aussi le cas de la solde du soldat, insaisissable en droit romain comme dans l'Ancien droit (H. FOUGERAT, *Du droit de gage général des créanciers sur les biens de leur débiteur*, Oudin et c^{ie}, 1897, p. 82).

⁵⁹⁵ *Ibid.*

⁵⁹⁶ Pour un panorama des différentes valeurs protégées par les insaisissabilités, v. C. HUGON, « Les insaisissabilités entre techniques et valeurs » in *Études à la mémoire de Philippe Neau-Leduc*, LGDJ, 2018, p. 529.

l'insaisissabilité pour inciter à la création d'entreprise⁵⁹⁷ ou à la recherche d'un emploi⁵⁹⁸, en bref pour soutenir l'économie nationale, mais aussi pour assurer la continuité du service public⁵⁹⁹, ou encore soutenir la culture⁶⁰⁰. Mais c'est aussi par respect pour la dignité du débiteur que sont déclarés insaisissables certains biens dont la liste, qui se résumait au simple lit et aux vêtements usuels⁶⁰¹, s'est tellement allongée que se pose aujourd'hui la question de l'émergence, au sein du patrimoine, d'une masse insaisissable⁶⁰².

129. La conciliation d'intérêts contradictoires. – Loin de satisfaire un seul intérêt, celui du créancier bénéficiaire de cette garantie, le gage général s'avère être un mécanisme façonné par le droit pour concilier sa finalité première – la satisfaction du créancier et, dans une perspective plus large, le crédit public – avec d'autres intérêts justifiant de limiter la surface de garantie du créancier dans le patrimoine du débiteur. Cette fonction du gage général met en exergue la dimension instrumentale du droit, outil d'« *ingénierie sociale* »⁶⁰³ contribuant à la réalisation d'objectifs politiques. Il convient désormais d'évoquer une conséquence de ce rôle fondamental que joue le mécanisme d'engagement des biens du débiteur : l'obligation accède ainsi au rang de bien.

2. LE GAGE GENERAL, CAUSE DE L'OBJECTIVATION DE L'OBLIGATION

130. Les raisons historiques. – Depuis les origines, l'essence de l'obligation réside dans la relation qu'il crée entre deux personnes, et dans son objet – la prestation. L'étymologie du terme est révélatrice : « *le mot obligare lui-même éveille l'idée de chaînes (ligare ob = enchaîner*

⁵⁹⁷ La résidence principale de l'entrepreneur individuel est désormais insaisissable de plein droit, l'insaisissabilité de la résidence secondaire devant faire l'objet d'une déclaration. V. *infra*, n^{os} 251. et 308.

⁵⁹⁸ C'est ainsi que la Cour de cassation, procédant à une interprétation extensive de la notion d'« *instrument nécessaire à l'exercice personnel d'une activité professionnelle* », a jugé que l'ordinateur d'un demandeur d'emploi était insaisissable : Civ. 2^e, 28 juin 2012, n^o 11-15055, *D.* 2012, p. 1941, note L. LAUVERGNAT ; *D.* 2013, p. 1578, obs. A. LEBORGNE ; *Dr. et proc.* 2012, p. 211, note A. LEBORGNE ; *RDBF* 2012, n^o 157, obs. S. PIÉDELIÈVRE ; *Procédures* 2012, n^o 278, note R. PERROT ; *Dr. fam.* 2013, n^o 131, note GUERLIN.

⁵⁹⁹ Sur l'immunité d'exécution dont bénéficient les personnes publiques de droit interne, v. *infra*, n^o 373.

⁶⁰⁰ Sur l'insaisissabilité des biens appartenant à un État étranger et destinés à être exposés au public sur le territoire français, v. *infra*, n^o 412.

⁶⁰¹ Ainsi dans l'ordonnance royale de 1667, t. 33, art. XIV : « [...] *sera laissé un lit et l'habit dont les saisis seront vêtus et couverts.* »

⁶⁰² V. *infra*, n^o 303.

⁶⁰³ Expression de Roscoe POUND reprise par D. R. AMARILES, « Le droit comme instrument de progrès ? Sur l'idée d'ingénierie juridique » in C. BRICTEUX, B. FRYDMAN (dir.), *Les défis du droit global*, coll. Penser le droit, Bruylant, 2018, p. 251 s., spéc. p. 254.

pour). Avant d'être pris dans un sens figuré, ces mots ont bien pu correspondre à une réalité concrète. »⁶⁰⁴ Attachés à cette conception de l'obligation⁶⁰⁵, les Romains n'ont jamais véritablement admis la cessibilité de la créance⁶⁰⁶. Ce n'est que sous la pression des besoins pratiques qu'ils ont aménagé des procédés permettant d'arriver de manière détournée à un résultat similaire à une cession de créance, d'abord par la voie d'une stipulation novatoire⁶⁰⁷, puis par le mécanisme plus perfectionné de la *procuratio in rem suam*⁶⁰⁸. Comment expliquer alors que, après l'ère romaine, la cession de créance ait été admise purement et simplement ? Très peu d'auteurs se sont posés cette question, considérant pour la plupart que le droit romain avait déjà, *en pratique*, consacré la cession de créance. Pourtant, ni la novation, ni la *procuratio in suam* ne constituent, *en théorie*, un véritable mode de transfert des créances⁶⁰⁹. Selon MASSOL, c'est l'apparition du gage général dans la structure de l'obligation qui a conduit à admettre la cessibilité de la créance. La personne du créancier étant un élément essentiel de l'obligation pour l'historien toulousain, son changement provoque nécessairement l'extinction de l'obligation initiale. Or, le droit romain, s'il admettait que le créancier obtienne un gage par le débiteur lui-même ou par le prêteur, n'a jamais admis une garantie attachée de plein droit à la créance⁶¹⁰. Dès lors qu'en droit français « *ce gage tacite et général [a été] reconnu, la raison ne s'opposait pas à ce que la créance fût cédée, c'est-à-dire à ce que le droit sur les biens fût cédé* »⁶¹¹.

131. Les raisons techniques. – Pour que la créance soit transportable, il est nécessaire d'admettre qu'elle a une valeur pécuniaire, parallèlement à l'objet de l'obligation, prestation

⁶⁰⁴ J. MACQUERON, *Histoire des obligations – Le droit romain*, Centre d'histoire institutionnelle et économique de l'Antiquité romaine, Aix-en-Provence, 1971, p. 3.

⁶⁰⁵ E. CUQ, *Manuel des institutions juridiques des Romains*, 2^e éd., Plon-LGDJ, 1928, p. 638 : « *Droits essentiellement relatifs, les créances impliquent un rapport entre deux personnes déterminées : on ne peut changer l'un des termes du rapport sans le détruire.* »

⁶⁰⁶ P.-F. GIRARD, *Manuel élémentaire de droit romain*, 5^e éd., 1911, p. 731 : « [...] *le droit romain n'offre certainement pas à l'époque ancienne, il n'a peut-être, au sens strict, jamais offert de procédés pour faire passer une créance d'une tête sur une autre comme il en offre pour faire passer la propriété d'une chose corporelle d'une tête sur une autre.* »

⁶⁰⁷ Ce procédé présentait de sérieux inconvénients, puisque la novation provoquait l'extinction de la créance primitive, qui privait ainsi le cessionnaire du bénéfice des garanties dont jouissait le cédant, et nécessitait le consentement du débiteur cédé : J. MACQUERON, *op. cit.*, p. 393.

⁶⁰⁸ J. MACQUERON, *op. cit.*, p. 394 : il s'agissait d'un mandat *ad litem* par lequel le « *cédant [donnait] au cessionnaire mandat de poursuivre en justice le débiteur cédé* » sans reddition de comptes.

⁶⁰⁹ H. MASSOL, « De la cessibilité des créances », *Recueil de l'Académie de législation de Toulouse*, t. XXXI, 1882-1883, p. 75 s., spéc. p. 88 ; J. MACQUERON, *op. cit.*, p. 27.

⁶¹⁰ V. *infra*, note 35.

⁶¹¹ H. MASSOL, art. préc., p. 97.

que doit le débiteur⁶¹². Or, quel élément, au sein du système juridique, a permis de donner à la créance une valeur et la qualifier donc de bien, sinon le gage général qui en garantit le paiement ? C'est en conférant au créancier le pouvoir de faire saisir les biens de son débiteur pour les faire vendre et obtenir une compensation pécuniaire que l'on *objective* la créance⁶¹³, que lui est conférée une valeur en tant que droit⁶¹⁴, indépendamment de son objet, la prestation *per se*⁶¹⁵. Comme l'a justement mis en lumière Monsieur LAURENT, « *la valeur propre du droit personnel réside dans la capacité du débiteur à s'exécuter donc dans la confiance de son*

⁶¹² Il faut se garder d'identifier le bien-objet et le bien-créance, comme l'a mis en lumière Madame EMERICH, à la suite de René SAVATIER : « *Il faut distinguer entre d'une part l'objet de l'obligation – qui désigne ce à quoi le débiteur est tenu (faire ou ne pas faire quelque chose), ou encore la prestation du débiteur ; et d'autre part, la créance, qui est la valeur patrimoniale ou le bien que représente pour le créancier l'expectative de la prestation du débiteur. Dès lors, la créance ne s'identifie pas à la prestation du débiteur et dans la propriété des créances, le droit de propriété porte sur le bien-créance et non sur l'objet de l'obligation.* » (Y. EMERICH, *La propriété des créances : approche comparative*, préf. F. Zenati-Castaing, Bibliothèque de droit privé, t. 469, LGDJ, 2007, n° 155)

⁶¹³ Rappr. E. GAUDEMET, *Théorie générale des obligations*, Sirey, 1937, p. 13, l'enchaînement de ses idées étant évocateur : « *Aujourd'hui, au contraire, la personnalité du créancier ou du débiteur est un élément secondaire dans l'obligation. En effet, le créancier n'a plus aucun droit sur la personne physique du débiteur, et, dans tous les cas, il possède le droit de gage général, qui met à sa disposition, en cas d'inexécution, tout le système des saisies du Code de procédure. La créance est devenue une valeur ou un assignat sur les biens.* » (Nous soulignons) ; P. MOZAS, *La notion de dette en droit privé*, th. Bordeaux IV, dactyl., 1996, p. 121, n° 132 : « *Le caractère économique de la prestation est bien reconnu mais celui-ci n'est pas détaché de l'engagement patrimonial du débiteur. Si ce dernier élément est absent c'est que le devoir n'a pas de valeur pécuniaire, les deux sont intimement liés.* »

⁶¹⁴ F. ZENATI-CASTAING, T. REVET, *Cours de droit civil – Obligations – Régime*, coll. Droit fondamental, PUF, 2013, p. 22, n° 2 : « *L'obligation tire du mécanisme compensatoire qui l'habite un caractère pécuniaire que l'on ne retrouve pas dans le droit réel. Il y a un lien entre la vocation des obligations à se résoudre en dommages-intérêts et le droit de gage général qui leur est inhérent.* »

⁶¹⁵ Comp. J. FRANÇOIS, « *Les créances sont-elles des biens ?* » in *Liber amicorum Christian Larroumet*, Economica, 2009, p. 149. Dans cet article riche, l'auteur énonce les différentes objections qu'il est possible d'apporter à la qualification de créance comme un bien pour relever qu'il « *existe un faisceau d'indices défavorables à la propriété des créances* » (p. 168, n° 29). En effet, il estime qu'« *il existe de bonnes raisons de penser que les créances, étant en elles-mêmes des instruments d'appropriation, ne sont pas appropriées* » (Id.). Cette affirmation implique de considérer que « *l'objet approprié par le droit de créance est un bien* » (Id.). A se référer à la prestation, Monsieur FRANÇOIS conçoit aisément la valeur d'une créance lorsque la créance a pour objet une somme d'argent : « *Certes, la patrimonialité paraît incontestable si l'on raisonne sur les créances pécuniaires. Celles-ci ont une indéniable valeur économique qui découle de la prestation qui en est l'objet, à savoir le paiement d'une somme d'argent* » (p. 153, n° 6). Mais, poursuit-il, « *les certitudes s'évanouissent si l'on considère les créances en nature [...] [dont] il n'est pas évident d'en discerner la valeur économique [...]. C'est donc au prix d'une généralisation hâtive que l'on promet au rang de biens toutes les créances, quel qu'en soit l'objet, en leur attribuant un caractère patrimonial* » (Id.). L'auteur soutient donc que les créances peuvent être considérées comme patrimoniales, non directement, en tant que droits, mais *indirectement*, en ce qu'elles « *se rapportent à des objets patrimoniaux. Dans le cas des créances pécuniaires, cet objet est une somme d'argent et, dans celui des créances en nature, il est une chose ou un service évaluables en argent sur un marché. Or, à partir du moment où les droits de créance ont des objets patrimoniaux, il s'ensuit qu'ils présentent le même caractère.* » (p. 179, n° 45). Mais comme nous allons le constater, réduire la patrimonialité de la créance à la seule prestation est réducteur, car la créance a une valeur propre, déterminée en fonction de plusieurs données dont la prestation due.

créancier »⁶¹⁶, étant entendu que cette confiance tire en grande partie sa source « *dans la capacité qu'a le système juridique de contraindre le débiteur à s'exécuter* »⁶¹⁷. Il ne faut pas non plus entendre par là que la valeur de la créance se réfère exclusivement à la consistance du patrimoine saisissable du créancier⁶¹⁸. La valeur propre de la créance naît de la mise en balance de la valeur de la prestation due et de la valeur des biens saisissables du débiteur⁶¹⁹. Ainsi « *la valeur des droits personnels est toujours en définitive fonction du risque que le débiteur ne s'exécute pas, lui-même contrebalancé par la valeur des biens immédiatement saisissables dans son patrimoine* »⁶²⁰. Soit un débiteur s'engageant à réaliser une prestation d'un montant de 100 000, mais dont la valeur du patrimoine est de 50 000. Si le créancier souhaite céder sa créance dans cette situation, il est évident qu'au vu de la faible garantie que constitue le patrimoine saisissable de son débiteur, il sera contraint de céder cette créance à un prix inférieur à celui de la prestation due. La valeur du service *escompté* n'est pas nécessairement égale à

⁶¹⁶ J. LAURENT, *La propriété des droits*, préf. T. Revet, Bibliothèque de droit privé, t. 537, LGDJ, 2012, p. 213, n° 272. La Cour de cassation a déjà eu l'occasion de relever l'atteinte disproportionnée d'insaisissabilités légales au droit de propriété du créancier garanti par l'article 1^{er} du 1^{er} protocole additionnel de la ConvEDH : civ. 2^e, 3 mai 2007, n° 05-19439, *Bull. civ. II*, n° 121 ; *Dr. & patr.*, nov. 2007, p. 82, obs. P. CROCQ ; *JCP S* 2007, n° 42, p. 37, note A. MARTINON ; *D.* 2007, p. 2236, chron. V. VIGNEAU ; *Dr. et proc.* 2007, p. 287, obs. N. FRICERO ; *RTD civ.* 2007, p. 643, note R. PERROT ; *DMF* 2008, p. 329, obs. P. CHAUMETTE ; *LPA* 9 janv. 2008, p. 10, note P. BERLIOZ : La Cour de cassation rejette le pourvoi formé contre l'arrêt d'appel ayant autorisé la saisie de pensions en jugeant que l'art. L. 30 du Code des pensions de retraite des marins constituait « *une mesure discriminatoire, portant une atteinte non justifiée par un but légitime au droit de propriété de Mme X et que son application contrevient ainsi aux dispositions combinées des articles 14 de la Convention et 1^{er} du protocole additionnel n° 1 à cette Convention [...].* »

⁶¹⁷ *Ibid.*

⁶¹⁸ V. MAZEAUD, « Droit réel, propriété et créance dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel », *RTD civ.* 2014, p. 29 s., spéc. p. 25, n° 8 : « [...] *la propriété des créances n'est pas une propriété des biens du débiteur [...]. C'est pourquoi le créancier d'une somme d'argent ne peut revendiquer cette somme dans le patrimoine du débiteur et qu'il demeure « propriétaire » de sa créance alors même que le débiteur n'a aucun bien.* »

⁶¹⁹ T. REVET, obs sur Cons. const., 10 juin 2010, *RTD civ.* 2010, p. 584 s., spéc. p. 585 : « [...] *dans sa dimension de chose appropriée, le droit personnel a moins pour objet un complexe de prérogatives que la valeur qu'elles sont destinées à ouvrir au créancier, laquelle s'exprime dans l'alternative entre le service promis ou son équivalent monétaire à prendre dans n'importe quel bien saisissable du débiteur [...].* » L'auteur paraît toutefois considérer que le gage général du créancier, en ce que sa mise en œuvre « *s'inscrit dans un développement pathologique de la mise en œuvre du droit de créance* », constitue une donnée de second plan dans l'appréhension de la créance comme bien. En effet, « *le pouvoir que le droit de gage général ouvre au créancier [...] a pour première raison d'être de rendre non facultative pour celui qui l'a promis la fourniture effective du service* » (p. 587). Ainsi, Monsieur REVET considère que « *ce qui est décisif quand on analyse le droit personnel comme matière possible d'une propriété, c'est le service promis par le débiteur* » (p. 586). Comp. T. LAKSSIMI, *La summa divisio des droits réels et des droits personnels – Étude critique*, préf. Ph. Jacques, Nouvelle bibliothèque de thèses, vol. 155, Dalloz, 2016, p. 231, n° 303 : « *La créance tire donc sa richesse de la protection juridique que le droit attache à la réalisation forcée de l'obligation. Peu de personnes accepteraient l'engagement d'un débiteur si le droit ne sécurisait pas l'opération. La seule croyance en la réalisation spontanée du débiteur n'a que peu de valeur économique, voire aucune.* »

⁶²⁰ J. LAURENT, *op. cit.*, p. 214, n° 272.

celle du service *dû*. Celle-ci est parfois inférieure à celle-là à cause du risque d'impayé⁶²¹, raison pour laquelle la cession de créance peut être utilisée à des fins spéculatives⁶²².

132. La créance acquiert donc, à notre sens, une valeur propre *grâce* au mécanisme du gage général. Sans cette garantie à disposition du créancier, la créance ne pourrait être considérée comme appropriable. Mais cette affirmation n'emporte pas comme conséquence que la valeur, propriété du créancier, réside *dans* le patrimoine du débiteur gage du créancier⁶²³. Lorsque le créancier exerce des poursuites à l'égard de son débiteur défaillant, il agit en qualité de propriétaire de la créance⁶²⁴. Si ce bien, ayant une valeur intrinsèque⁶²⁵, est « *rattaché à son patrimoine propre* »⁶²⁶, la prestation, tout comme son indemnité pécuniaire en cas

⁶²¹ R. SAVATIER, *La théorie des obligations – Vision juridique et économique*, 3^e éd., coll. Précis, Dalloz, 1974, p. 17, n° 12 : « [...] le bien-créance est suspendu à la solvabilité du débiteur, tandis que le bien en soi en est indépendant. » ; N. CAYROL, *Droit de l'exécution*, 2^e éd., coll. Précis Domat droit privé, LGDJ, 2016, p. 209-210, n° 378 : « *En fait, la différence est capitale lorsque le créancier saisit une créance dont le débiteur est insolvable ou en redressement judiciaire : il aura bien saisi une créance de somme d'argent, mais concrètement il n'aura pas un sou. À copier cent fois : il ne faut jamais confondre une créance avec les fonds qu'elle représente.* »

⁶²² J. FRANÇOIS, *Traité de droit civil*, t. IV, *Les obligations – Régime général*, 4^e éd., coll. Corpus Droit privé, Economica, 2017, p. 448, n° 455.

⁶²³ *Contra* C. KRIEF-SEMITKO, *La valeur en droit civil français*, avant-propos F. Chabas, préf. C. Atias, L'Harmattan, 2009, spéc. p. 148 s., n° 247 s. L'auteur considère que la valeur de la créance « *ne peut, par nature, se trouver ailleurs que dans le patrimoine et à l'intérieur de biens saisissables* » (p. 148, n° 247) car le droit du créancier serait un droit de propriété sur une valeur flottante selon sa lecture de l'article 2284 du Code civil (p. 158, n° 265). Cette valeur ne se trouvant « *pas matériellement entre ses mains, mais entre celles de son débiteur qui la détient pro alio* » (p. 155, n° 259), le créancier est titulaire d'un droit de propriété « *relatif qui ne pourra devenir absolu qu'au moment de l'individualisation* » (p. 159, n° 269). On retrouve dans cette analyse la confusion entre la propriété de la créance, désignant le rapport du créancier avec les tiers, et le droit personnel du créancier, désignant son rapport avec le débiteur. C'est seulement au sein de ce dernier rapport que le gage général peut être expliqué.

⁶²⁴ Les remarques suivantes de Monsieur REVET sont sur ce point pénétrantes : « [...] le schéma élémentaire d'action juridique veut qu'ici tout commence toujours par une décision de la personne, si bien qu'aucune action – par exemple, l'exécution d'un contrat – ne puisse avoir lieu sans l'existence d'un lien d'appartenance entre ce sur quoi ou par quoi on agit (ici, le droit de créance) et la personne agissante (ici : le créancier). Or, complexe de prérogatives permettant à une personne d'obtenir d'une autre qu'elle lui fournisse un service, le droit de créance ne contient pas, en lui-même, l'instrument de son rattachement à la personne de son titulaire : ce serait le dénaturer que de supposer qu'il s'« *auto-relie* » à son titulaire car ce serait lui prêter un contenu qu'il n'a pas. [...] La fonction même du droit de propriété étant de relier les sujets aux objets de droit, cette prérogative est, par nature, à même de conférer au droit de créancier sa qualité de droit subjectif : cette qualité constitue donc le résultat de l'appropriation du droit de créance [...]. » (T. REVET, obs. préc.)

⁶²⁵ V. déjà E. GAUDEMET, *op. cit.*, p. 12, qui fait bien la distinction entre la valeur de la prestation objet de la créance, et la valeur que représente la créance elle-même : « [L'obligation] tend à l'exécution d'une prestation, fait ou abstention, représentant une valeur, et elle est garantie par le droit de gage général de l'article 2092 (saisies). Donc, elle est elle-même une valeur. » ; Adde E. LÉVY, *La vision socialiste du droit*, préf. E. Lambert, Marcel Giard, 1926, p. 29 : « *Une créance est un rapport ; on ne transmet pas un rapport. Ce que le créancier cédant aliène est la valeur à laquelle son droit correspond, selon la fortune, l'activité, le crédit du débiteur.* »

⁶²⁶ S. GINOSSAR, *Droit réel, propriété et créance – Élaboration d'un système rationnel des droits patrimoniaux*, LGDJ, 1960, p. 35, n° 13.

d'inexécution, ne lui appartient pas, elle lui *revient*⁶²⁷. D'où l'importance d'envisager le bien-créance comme étant l'« *expectative de la prestation du débiteur* »⁶²⁸, ni plus ni moins.

133. Le gage général, cause de la commercialité de l'obligation. – L'adjonction d'un gage général à l'obligation n'a pas seulement permis à la créance de constituer une valeur économique. Ce dernier lui a aussi procuré sa commercialité. Car, tant que l'obligation était considérée comme un véritable lien entre deux personnes, la circulation de la créance était inenvisageable. « *L'accessibilité matérielle d'une chose à l'échange implique une circulation possible de la chose et donc une séparation physique possible entre le sujet de droit de la propriété (le propriétaire) et l'objet de ce droit. L'objet du droit de propriété doit pouvoir matériellement, physiquement, être détaché de la personne du propriétaire, tout simplement pour pouvoir circuler [...].* »⁶²⁹ C'est en instaurant un lien symbolique entre la personne et les biens qui lui appartiennent, ces derniers devenant la garantie du créancier, que l'obligation se détache des personnes pour s'objectiver et, par suite, pouvoir circuler et ainsi accéder à la commercialité. Il convient, à présent, de montrer que cette place centrale occupée par le gage général le rend indispensable à la qualification d'obligation.

⁶²⁷ S. GINOSSAR, *op. cit.*, p. 35, n° 13 : « [...] *ce qui appartient au propriétaire, c'est la maison ; par contre, ce qui appartient au créancier, ce n'est pas la somme d'argent mais simplement la créance s'y rapportant.* » En note (66), l'auteur ajoute : « *Autrement dit, les 500 francs envisagés ne lui appartiennent pas, ils lui reviennent, ce qui reporte dans l'avenir l'exécution d'un engagement dont le bénéfice appartient dès à présent au créancier.* »

⁶²⁸ Y. EMERICH, *op. cit.*, n° 155 : « [...] *la créance [...] est la valeur patrimoniale ou le bien que représente pour le créancier l'expectative de la prestation du débiteur.* » Précisons que l'expectative a, entre autres sens, celui d'une « *attente qui repose sur une promesse ou une probabilité* » (TLFi, v° *Expectative*, II A) ; Rapp. M. FABRE-MAGNAN, « *Propriété, patrimoine et lien social* », *RTD civ.* 1997, p. 583 s., spéc. p. 604, n° 25 : « [...] *en toute rigueur, ce n'est pas le droit – réel ou personnel – qui figure dans le patrimoine, mais uniquement le produit potentiel, le résultat escompté, de l'exercice de ces droits. En d'autres termes, on n'est pas à proprement parler propriétaire d'un droit mais uniquement de l'objet attendu de la réalisation de ce droit.* » ; F. DANOS, *Propriété, possession et opposabilité*, préf. L. Aynès, coll. *Recherches juridiques, Economica*, 2007, p. 247, n° 221 : « [...] *le droit à obtenir une somme d'argent est distinct de la somme d'argent elle-même (le debitum) qui vise la prestation attendue du débiteur – et qui correspond à l'anticipation de sa réalisation – ne se confond donc pas avec l'objet de l'obligation et la propriété de la créance ne porte donc que sur le droit à obtenir l'émolument et non sur l'émolument lui-même.* »

⁶²⁹ M. FABRE-MAGNAN, art. préc., p. 591, n° 11.

II. UNE GARANTIE INDISPENSABLE A LA QUALIFICATION D'OBLIGATION

134. Le rôle essentiel que joue le gage général au sein de l'obligation se traduit en droit positif. Le gage général étant, quel que soit l'objet de l'obligation, la modalité d'exécution de base de cette dernière (A), il faut en déduire, que l'obligation pour laquelle le créancier renonce à son gage général *n'est pas* une obligation, mais un engagement potestatif, faisant du gage général une composante nécessaire à la qualification d'obligation (B).

A.- LA MODALITE PRINCIPALE D'EXECUTION DE L'OBLIGATION

135. Un rôle dû à la monnaie. – La particularité des droits personnels, ce qui assure leur « *homogénéité* »⁶³⁰ selon CARBONNIER, est leur aptitude à être convertible en valeur. Cette réductibilité de toute obligation à une somme d'argent donne au gage général son rôle de garantie d'exécution principale de l'obligation⁶³¹ : en l'absence de paiement spontané, cette somme d'argent peut être obtenue par prélèvement dans le patrimoine du débiteur, autrement dit par la mise en œuvre du gage général. Il y a donc, à n'en pas douter, « *un lien entre la vocation des obligations à se résoudre en dommages-intérêts et le droit de gage général qui leur est inhérent* »⁶³².

136. L'exécution d'une obligation monétaire, une exécution en nature. – Le cas de l'obligation monétaire est le plus simple. Le remède à son inexécution, assuré par l'exercice du gage général, n'aboutit pas à un équivalent mais à une exécution en nature : c'est ce « *degré*

⁶³⁰ J. CARBONNIER, *Droit civil*, t. III, *Les biens*, coll. Thémis, PUF, 1998, p. 66, n° 39.

⁶³¹ Rappr. D. HIEZ, *Étude critique de la notion de patrimoine en droit privé actuel*, préf. Ph. Jestaz, Bibliothèque de droit privé, t. 399, LGDJ, 2003, p. 259, n° 396 bis, l'auteur qualifiant le gage général de « *modalité d'exécution, ou plus exactement de réparation par équivalent en valeur* ».

⁶³² F. ZENATI-CASTAING, T. REVET, *Cours de droit civil – Obligations – Régime*, coll. Droit fondamental, PUF, 2013, p. 22, n° 2.

zéro de l'objet des obligations »⁶³³ qu'est la monnaie qui est prélevé dans le patrimoine du débiteur⁶³⁴, procurant ainsi un « *paiement forcé* »⁶³⁵ au créancier.

137. L'exécution d'une obligation non-monnaire, une exécution par équivalent⁶³⁶. – L'analyse se complexifie quelque peu en matière contractuelle, lorsque l'obligation dont il s'agit de sanctionner l'inexécution consiste en une prestation non-monnaire. La force obligatoire de la convention postule comme sanction « naturelle » de l'inexécution la condamnation du débiteur à une exécution forcée en nature de la prestation qu'il doit, sanction la plus respectueuse de l'attente légitime du créancier⁶³⁷. Pourtant, et bien que l'on constate depuis plusieurs décennies un essor de l'exécution forcée en nature⁶³⁸, celle-ci « *demeure un tigre de papier si le débiteur refuse obstinément l'exécution ou bien ne peut pas la procurer, de telle sorte que c'est toujours sur le patrimoine de ce dernier [...] que la contrainte s'exerce en dernier ressort* »⁶³⁹. Le droit du créancier passe ainsi d'un droit à une prestation à un droit à

⁶³³ R. LIBCHABER, *Recherches sur la monnaie en droit privé*, préf. P. Mayer, Bibliothèque de droit privé, t. 225, LGDJ, 1992, p. 122, n° 155. Cette expression est justifiée par la singularité de la monnaie, « *rétive à sa classification dans des catégories juridiques connues, alors qu'elle est au cœur des relations juridiques patrimoniales* » (C. KLEINER, *La monnaie dans les relations privées internationales*, préf. P. Mayer, Bibliothèque de droit privé, t. 516, LGDJ, 2010, p. 3, n° 3).

⁶³⁴ G. SOUSI, « La spécificité juridique de l'obligation de somme d'argent », *RTD civ.* 1982, p. 514 s., spéc. p. 534, n° 45 : « *La seule issue possible est d'obtenir la prestation promise : seule l'idée d'exécution en nature a un sens en cas d'obligation de somme d'argent.* »

⁶³⁵ Ph. CHAUVIRÉ, « Paiement » in D. MAZEAUD, R. BOFFA, N. BLANC (dir.), *Dictionnaire du contrat*, LGDJ, 2018, p. 814 s., spéc. p. 815. Comme le remarque un auteur, « *le mot paiement disparaît de pans entiers du Droit au profit du mot exécution, alors que nul juriste n'ignore que le paiement est l'exécution même de l'obligation* » (M. MIGNOT, « La nature juridique du paiement » in M. MIGNOT, J. LASSERRE-CAPDEVILLE (dir.), *Le paiement*, coll. Droit privé et sciences criminelles, L'Harmattan, 2014, p. 9 s., spéc. p. 9).

⁶³⁶ Les hypothèses présentées ici ne concernent que les obligations contractuelles. La question ne se pose pas en matière délictuelle puisqu'il n'y a pas de conversion de l'objet de l'obligation : la créance naît lors de la survenance du dommage, elle a donc vocation à être pécuniaire dès l'origine.

⁶³⁷ V. en ce sens W. JEANDIDIER, « L'exécution forcée des obligations contractuelles de faire », *RTD civ.* 1976, p. 700 s., spéc. p. 702, n° 3 « [...] *on ne saurait trop insister sur le caractère légitime de l'attachement du créancier à la réalisation des engagements souscrits, car une indemnité pécuniaire ne remplacera jamais le fait promis.* » *Contra* Y.-M. LAITHIER, « La prétendue primauté de l'exécution en nature », *RDC* 2005, p. 161, spéc. p. 175, selon lequel l'ancien article 1134, al. 1 ne suppose en aucun cas, dans sa formulation, que l'exécution forcée en nature est la sanction de principe de l'inexécution du contrat.

⁶³⁸ Comme le confirme la modification des textes du Code civil. Alors que l'ancien article 1142 disposait que « *Toute obligation de faire ou de ne pas faire se résout en dommages et intérêts en cas d'inexécution de la part du débiteur* », l'ordonnance du 10 février 2016 a abrogé cet article et l'a remplacé par le nouvel article 1121, faisant suite à la consécration par la Cour de cassation d'un droit à l'exécution forcée (civ. 3^e, 11 mai 2005, n° 03-21136, *Bull. civ.* III, n° 103 ; CCC 2005, comm. 187, note L. LEVENEUR ; *RTD civ.* 2005, p. 596, obs. J. MESTRE et B. FAGES ; *RDC* 2006, p. 323, obs. D. MAZEAUD) et disposant que le « *créancier d'une obligation peut, après mise en demeure, 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* ».

⁶³⁹ O. DESHAYES, « Les actions ouvertes au créancier (action paulienne, action oblique, action directe, droits d'opposition) – Rapport français » in M. BÉHAR-TOUCHAIS (dir.), *Comparaison de la réforme du droit français des contrats et du régime de l'obligation avec le nouveau Code civil roumain*, vol. 2, *Régime de l'obligation*, IRJS éd., 2017, p. 155 s., spéc. p. 159.

une compensation pécuniaire. Si l'objet change, la nature du droit subsiste⁶⁴⁰. Quand bien même aurait-elle pour objet initial une prestation en nature, l'obligation, en devenant monétaire, n'est pas affectée dans sa nature⁶⁴¹. Grâce à l'« interface »⁶⁴² que constitue le concept de valeur, « *le même lien subsiste, l'obligation n'est pas novée* »⁶⁴³. Il ne nous semble même pas nécessaire de prendre parti dans la controverse entre partisans de la responsabilité contractuelle et partisans de l'exécution par équivalent pour admettre cette idée. Car même si l'inexécution donne naissance à une nouvelle obligation par le mécanisme de la responsabilité contractuelle, il faut reconnaître que l'obligation initiale subsiste dans l'obligation de réparation⁶⁴⁴, de sorte qu'« *elle ne puisse s'éteindre qu'après le paiement de l'obligation de réparation qu'elle a engendrée* »⁶⁴⁵. Pour décrire ce phénomène, d'aucuns ont recours, à juste titre, à la figure de la subrogation réelle : le droit à la prestation est *remplacé*⁶⁴⁶ par un droit à une valeur pécuniaire,

⁶⁴⁰ Il semble que le premier à avoir proposé cette présentation est le grand pandectiste allemand BRINZ, qui a contribué à renverser le paradigme volontariste de l'obligation qui prédominait jusqu'alors, fruit de la doctrine de SAVIGNY et WINDSCHEID. V. l'exposé de sa relecture de la notion d'obligation par J. PELET, *La théorie dualiste de l'obligation et son application en droit suisse*, Lausanne, C. Pache, 1937, p. 46 s., spéc. p. 53 : « *La responsabilité justifie la contrainte employée contre le débiteur, et la rattache directement à la situation juridique antérieure à l'échéance de sa dette. Au contraire, dans l'ancienne théorie, l'exécution forcée, jointe en quelque sorte de l'extérieur à l'obligation, apparaissait comme l'effet d'une volonté arbitrairement supposée du législateur, ou d'une inéluctable loi naturelle.* »

⁶⁴¹ F. ZENATI-CASTAING, T. REVET, *Manuel de droit des personnes*, coll. Droit fondamental, PUF, 2006, p. 190, n° 229 : « *La possibilité d'une exécution forcée proprement dite étant rare en matière d'obligation personnelle, l'indemnisation légale par le produit de la vente des biens du débiteur prend un caractère structurel et entre dans sa définition.* »

⁶⁴² W. DROSS, *La théorie de l'accession – Éléments pour une théorie de la revendication en valeur*, th. Nancy II, dactyl., 2000, p. 293, n° 291.

⁶⁴³ A.-S. DUPRÉ-DALLEMAGNE, *La force contraignante du rapport d'obligation*, préf. Ph. Delebecque, PUAM, 2004, p. 169, n° 194. Pour une idée similaire, décrite à l'aune de l'analyse dualiste de l'obligation, v. S. TANAGHO, *De l'obligation judiciaire – Étude morale et technique de la révision du contrat par le juge*, préf. P. Raynaud, Bibliothèque de droit privé, t. LXIV, LGDJ, 1965, p. 125, n° 55 : « *[...] la responsabilité n'est pas source d'une obligation nouvelle, car elle est par définition l'un des deux éléments d'une obligation et sert seulement à assurer la réalisation complète de celle-ci. Ainsi, la contestation du premier élément de l'obligation (la dette) n'éteint pas l'obligation tout entière, mais elle fait seulement agir le deuxième élément (la responsabilité). De même, la protection assurée par ce deuxième élément ne met pas fin à la vie de l'obligation, mais au contraire elle la fait valoir contre les obstacles. [...] Il y aura lieu d'extinction seulement quand on sort de la sphère de l'obligation, quand on tend à sa révision ou à sa modification.* » ; A. CICU, *L'obbligazione nel patrimonio del debitore*, Dott. A. Giuffrè, 1948, p. 225 : « *Il y a ainsi une substitution dans le contenu du droit de créance : cette substitution n'est pas une novation [...]. Ce ne sont pas deux droits de créance : c'est toujours le droit de créance originaire qui subit une modification de son contenu. En le modifiant, il reste un droit de créance, donc un droit personnel.* »

⁶⁴⁴ Après tout, l'inexécution n'est pas une cause d'extinction de l'obligation selon le Code civil.

⁶⁴⁵ G. FOREST, *Essai sur la notion d'obligation en droit privé*, préf. F. Leduc, Nouvelle bibliothèque de thèses, vol. 116, Dalloz, 2012, p. 267, n° 384 : « *Il n'y a pas d'extinction de l'obligation existante suivie de la naissance d'une seconde obligation. L'obligation de réparer qui naît de la violation d'une norme de droit objectif, vient s'ajouter à ce qui existe déjà. Elle peut d'ailleurs être plus étendue que l'obligation originaire [...]. Il existe entre les deux un lien qu'il est impossible de nier. Plus précisément, il semble que l'obligation primitive ne puisse s'éteindre qu'après le paiement de l'obligation de réparation qu'elle a engendrée.* »

⁶⁴⁶ Le Code des obligations libanais prévoit d'ailleurs, à son article 252, que « *les dommages-intérêts viennent se substituer, faute de mieux, à l'exécution directe de l'engagement* ».

préservant le même statut et les mêmes caractéristiques que le premier⁶⁴⁷. Dans tous les cas, le créancier obtient une contre-valeur pécuniaire en vertu du *même* droit subjectif⁶⁴⁸. Le gage général est le mécanisme qui permet, sur le plan substantiel, d'opérer cette conversion : à défaut d'être payé par le débiteur, le créancier est autorisé à se payer sur les biens de ce dernier. Mais ce substitut n'implique pas que le créancier soit titulaire d'un autre droit subjectif⁶⁴⁹. Soutenir que le gage général confère au créancier un droit distinct du droit de créance parce qu'il « *permet au créancier d'obtenir autre chose que ce qui est dû au créancier* »⁶⁵⁰ suppose de dénier à l'argent sa qualité d'« *équivalent universel* »⁶⁵¹, permettant de procéder à l'exécution de tout droit grâce à son « *utilisabilité illimitée* »⁶⁵² qui « *rend tout échange également avantageux pour les deux parties* »⁶⁵³ sans porter atteinte à la liberté individuelle du débiteur⁶⁵⁴. Un tel rôle fait du gage général une partie intégrante de l'obligation, rendant sa renonciation impossible, ce qu'il convient à présent de démontrer.

⁶⁴⁷ J. LAURENT, *La propriété des droits*, préf. T. Revet, Bibliothèque de droit privé, t. 537, LGDJ, 2012, p. 428, n° 558 : « *En somme, lorsque l'inexécution est définitive, elle entraîne la disparition du droit-prestation contractuel (puisque la prestation ne sera jamais exécutée). Subséquemment, cette disparition entraîne le remplacement du droit-prestation inexécuté par le jeu de la subrogation réelle, au profit d'un autre bien, en l'occurrence une nouvelle obligation. Cette nouvelle obligation, parce qu'elle est affectée au remplacement de la valeur du bien disparu, est acquise au créancier dans le même statut qui était celui de l'obligation subrogée [...]. Dès lors, pour le débiteur, payer des dommages et intérêts, c'est exécuter cette obligation subrogée à l'obligation initiale et, assurément, restituer en valeur le droit-prestation.* » L'auteur finit par admettre que l'idée de subrogation réelle aboutit à une conclusion proche de la thèse de l'exécution par équivalent : « [...] *l'obligation de verser des dommages et intérêts se substituant à l'obligation initiale, le débiteur qui paye cette dette exécute bien l'équi-valent (i. e. d'une valeur égale) de l'obligation contractuelle.* » (p. 429, n° 558)

⁶⁴⁸ Rapp. Soc., 4 déc. 2002, n° 00-44303, *Bull. civ. V*, n° 368 ; *RDC* 2003, p. 53, obs. Ph. STOFFEL-MUNCK ; *RTD civ.* 2003, p. 711, obs. P. JOURDAIN : « [...] *les dommages-intérêts alloués au créancier au titre de l'inexécution de l'obligation ou d'un retard dans son exécution, constituent une modalité d'exécution de l'obligation de faire ou de ne pas faire [...].* »

⁶⁴⁹ Rapp. F. ZENATI-CASTAING, T. REVET, *Cours de droit civil – Obligations – Régime*, coll. Droit fondamental, PUF, 2013, p. 137, n° 64 : « [Le droit de gage général] *est une manière pour le créancier d'obtenir, avec l'aide de la force publique, la valeur pécuniaire de la prestation, ce qui l'apparente à l'exécution forcée stricto sensu.* »

⁶⁵⁰ C. DAUCHEZ, *Le principe de spécialité en droit des sûretés réelles*, th. Paris II, dactyl., 2013, p. 110, n° 87.

⁶⁵¹ P. HÉBRAUD, « L'exécution des jugements civils », *RIDC* 1957, p. 170 s., spéc. p. 191 ; Adde T. REVET, « L'argent et la personne », *APD*, t. 42, 1997, p. 43 s., spéc. p. 45, n° 5 : « *Les différences sont certes importantes entre l'engagement de la personne et l'engagement de son argent : il n'y a qu'une équivalence, qui peut donc parfois sacrifier quelque peu l'intérêt du destinataire de la prestation personnelle, « résolue » en monnaie.* »

⁶⁵² G. SIMMEL, *Philosophie de l'argent* (1977), trad. S. Cornille et Ph. Ivernel, coll. Quadrige, PUF, 2014, p. 358.

⁶⁵³ *Ibid.*

⁶⁵⁴ T. REVET, art. préc., p. 45, n° 5.

B.- UNE GARANTIE IMPERATIVE

138. Une disposition d'ordre public ? – En tant que modalité d'exécution principale de l'obligation, le gage général est un mécanisme dont l'importance peut amener à s'interroger quant à son caractère d'ordre public. DEMOLOMBE l'a soutenu en son temps : selon lui, on ne peut déroger au mécanisme du gage général dans la mesure où il protège non seulement l'intérêt du créancier mais, au-delà, l'intérêt général⁶⁵⁵. Cette assertion mérite d'être fortement nuancée. Comme l'ont très tôt soutenu certains auteurs, et ce que la jurisprudence a confirmé⁶⁵⁶, le créancier peut valablement consentir à limiter l'assiette de son gage général⁶⁵⁷. Toutefois, un doute subsiste quant à la possibilité pour le créancier de renoncer à son gage général, donc de dissocier l'obligation de sa garantie majeure.

139. Un créancier peut-il renoncer à son gage général ? – Peu posée, la question de la possibilité d'une renonciation totale du créancier à son gage général n'en est pas moins intéressante, car elle permet non seulement de s'interroger sur la place de la volonté dans la modulation du gage général, mais aussi de vérifier quelle place occupe le gage général dans la structure de l'obligation : une obligation cessant d'être garantie par le mécanisme du gage général est-elle encore une obligation au sens civil ? Un arrêt de la Cour de cassation est venu alimenter cette discussion.

⁶⁵⁵ C. DEMOLOMBE, *Cours de Code Napoléon*, t. XVIII, *Traité des donations entre vifs et des testaments*, 2^e éd., t. I, A. Durand et L. Hachette, 1863, p. 338, n° 311 : « *Quel est le caractère de cette disposition ? n'est-elle que de droit purement privé, et n'intéresse-t-elle que les relations particulières des créanciers et des débiteurs ? Il s'en faut bien ! et l'article 2092 renferme, à notre avis, un principe essentiel de droit public autant que de droit privé. Car il est fondé sur trois motifs essentiels, en effet, et qui s'élèvent au-dessus des volontés privées ; à savoir : Sur la nécessité publique, dans l'intérêt du crédit, de la bonne foi, de la sécurité des transactions civiles et commerciales, de garantir l'exécution loyale des obligations ; Sur le principe que les créanciers doivent pouvoir exercer tous les droits de leur débiteur, en son lieu et place, excepté ceux-là seulement, qui sont exclusivement attachés à sa personne (art. 1166) ; Sur ce principe enfin, qui n'en est que la déduction, que, lorsque le débiteur a la propriété d'un bien, et qu'il est le maître d'en disposer comme bon lui semble, de la manière la plus absolue (art. 544), ses créanciers, qui sont ses ayants cause, doivent pouvoir faire vendre ce bien pour être payés, si leur débiteur ne le vend pas lui-même ; car il est impossible que le droit légitime des créanciers dépende de la fantaisie du débiteur ; Or ces trois motifs-là se rattachent certainement à l'intérêt général du pays ; Donc, on ne peut pas déroger, par des clauses particulières, à la disposition, qui en est l'expression et le produit (art. 6).* »

⁶⁵⁶ V. *infra*, n° 242.

⁶⁵⁷ V. par ex. P. PONT, *Explication théorique et pratique du Code civil*, t. X, *Des privilèges et hypothèques*, t. I, 3^e éd., Delamotte, 1876, p. 8, n° 15 : « *Du reste, la généralité du gage consacré par notre article n'est pas de l'essence même de l'obligation à laquelle le droit de gage est corrélativement attaché.* » Il ajoute : « *Dans l'hypothèse de la loi, c'est la personne du débiteur qui est obligée ; ses biens ne sont obligés qu'accessoirement à la personne.* » (p. 10, n° 17) ; H. FOUGERAT, *Du droit de gage général des créanciers sur les biens de leur débiteur*, Oudin et c^{ie}, 1897, p. 21 : « *[...] loin de poser une règle d'ordre public, l'article 2092 ne fait au contraire que régler des intérêts purement privés. Rien ne peut faire obstacle à ce que la volonté de l'homme puisse, dans une certaine mesure, y apporter des exceptions soit dans un contrat, soit dans une donation ou un legs.* »

140. L'arrêt de la chambre commerciale du 22 mai 2007. – Par cet arrêt, la chambre commerciale de la Cour de cassation a jugé :

« [...] la renonciation par le créancier au droit d'agir en paiement contre le débiteur principal n'emporte pas extinction de l'obligation principale [...] de sorte que la clause selon laquelle les parties renoncent de fait à intenter quelque action en justice que ce soit contre l'autre partie, sans pour autant renoncer aux actions à l'encontre des cautions solidaires, ne fait pas obstacle aux poursuites du créancier contre la caution solidaire [...]. »⁶⁵⁸

141. Un arrêt abondamment commenté. – Si cet arrêt⁶⁵⁹ a été controversé quant aux effets de sa solution – la caution ne pouvant se prévaloir de la renonciation du droit de poursuite consentie au débiteur principal –, c'est plutôt le fondement de sa solution qui va retenir notre attention. Les commentateurs de l'arrêt, bien que regrettant ses conséquences, constatent une « solution juridiquement impeccable »⁶⁶⁰, ou encore un « raisonnement [...] et [une] solution [...] tout à fait logiques »⁶⁶¹, en somme une décision qui n'appelle « pas réellement de critiques. Elle n'appelle que des remarques »⁶⁶². Ils n'ont pourtant pas la même analyse du fondement de la solution.

142. Une solution construite à l'aune de l'analyse dualiste de l'obligation – Pour expliquer la solution, plusieurs auteurs se sont prévalus de l'analyse dualiste de l'obligation : « le créancier avait clairement manifesté sa volonté de ce que sa renonciation à l'égard du débiteur principal soit limitée au seul droit de poursuite (*l'obligatio* ou *Haftung*) et ne concerne pas la substance même de la dette de ce dernier (*le debitum* ou *Schuld*). »⁶⁶³. Ces auteurs identifient dans la solution de la chambre commerciale le « droit à agir en paiement » auquel renonce le créancier comme l'*obligatio*. Le rapprochement nous paraît pertinent, tant il

⁶⁵⁸ Com., 22 mai 2007, n° 06-12196, *Bull. civ.* IV, n° 136 ; *D.* 2007, p.1656, note R. AVENA-ROBARDET, p. 1999, note O. DESHAYES ; *D.* 2008, p. 2104, obs. P. CROCQ ; *RTD civ.* 2007, p. 805, obs. Ph. THÉRY ; *RTD civ.* 2008, p. 333, obs. P. CROCQ ; *RTD com.* 2007, p. 833, obs. A. MARTIN-SERF ; *RTD com.* 2008, p. 172, obs. B. BOULOC ; *JCP G* 2007, I, 212, obs. Ph. SIMLER ; *RLDC* 2007, p. 33, obs. G. MARRAUD DES GROTTES ; *Banque & droit* 2007, n° 115, p. 67, obs. N. RONTCHEVSKY ; *RDBF* 2007, comm. 147, obs. A. CERLES.

⁶⁵⁹ Précisons d'emblée que cette solution n'est pas isolée : com., 27 nov. 2007, n° 06-18079, Inédit.

⁶⁶⁰ A. MARTIN-SERF, obs. préc.

⁶⁶¹ P. CROCQ, obs. préc.

⁶⁶² O. DESHAYES, note préc., n° 12.

⁶⁶³ P. CROCQ, *RTD civ.* 2008, p. 333, obs. préc. ; Adde O. DESHAYES, note préc., n° 14 ; M. BOURASSIN, V. BRÉMOND, *Droit des sûretés*, 7^e éd., Sirey, 2019, p. 93, n° 149 ; N. PICOD, *La remise de la dette en droit privé*, préf. C. Saint-Alary-Houin, Nouvelle bibliothèque de thèses, vol. 128, Dalloz, 2013, p. 58, n° 69 : « La remise de poursuites [...] affecte le seul pouvoir de contrainte du créancier, l'« obligatio ». En d'autres termes, la renonciation à un droit d'action – acte abdicatif – n'a aucun effet extinctif sur le droit de créance, l'objet abdiqué étant le droit de poursuite et non la dette. »

semble que la Cour de cassation a précisément construit sa solution à l'aune de l'analyse dualiste de l'obligation. Pourtant, nous avons montré que cette théorie explicative comportait différentes imperfections. Parmi ses écueils réside la difficulté de déterminer le contenu exact des deux éléments de l'obligation, particulièrement de l'*obligatio*⁶⁶⁴. L'expression « droit à agir en paiement » utilisée par la Cour est tout aussi équivoque⁶⁶⁵. À quelles prérogatives le créancier renonce-t-il précisément ? S'agit-il seulement du droit d'agir en justice au sens strict⁶⁶⁶ ? Auquel cas, le créancier muni d'un titre exécutoire pourrait tout de même, pour ce qui nous intéresse, pratiquer une saisie qui ne nécessite pas l'introduction d'une demande en justice. S'agit-il plus largement du droit de poursuite ? Auquel cas la faculté de saisir est également affectée, et la renonciation – entre autres prérogatives⁶⁶⁷ –, au gage général est véritable. Il semble que la doctrine incline plutôt vers la seconde interprétation⁶⁶⁸. L'admission d'une telle renonciation suscite toutefois la critique.

143. Critique de la qualification d'obligation naturelle. – Analyser une telle obligation à travers le prisme dualiste conduit à la rapprocher de la notion d'obligation naturelle, qui a été présentée par tous les tenants de l'analyse dualiste comme l'illustration de l'existence de rapports de dette – *debitum* ou *schuld* – dépourvus de rapport de contrainte – *obligatio* ou *haftung*⁶⁶⁹. Mais toute obligation dépourvue de caractère contraignant ne peut être qualifiée d'obligation naturelle. Tandis que l'obligation naturelle trouve sa source dans la conscience du

⁶⁶⁴ V. *supra*, n° 35.

⁶⁶⁵ Rappr. P. CROCQ, obs. préc. : « *L'inconvénient majeur de la solution énoncée réside beaucoup plus dans la difficulté qu'il peut y avoir à distinguer ce qui relève de la substance de la dette et ce qui relève du pouvoir de contrainte.* »

⁶⁶⁶ L'action et le droit subjectif ayant été conceptuellement séparés : v. *supra*, n° 46.

⁶⁶⁷ La faculté de se prévaloir de la compensation est, par exemple, aussi affectée.

⁶⁶⁸ V. les auteurs préc. ; comp. Ph. THÉRY, obs. préc. : si cet auteur estime que la renonciation porte sur le droit d'agir, il admet toutefois que « *la renonciation à porter une prétention devant un juge rend le droit singulièrement... désarmé* ».

⁶⁶⁹ E. A. POPA, *Les notions de « debitum » (Schuld) et d'« obligatio » (Haftung) et leur application en droit français moderne*, E. Muller, 1935, p. 312 s. ; F. K. COMPARATO, *Essai d'analyse dualiste de l'obligation en droit privé*, préf. A. Tunc, Dalloz, 1964, p. 184, n° 170 : « [...] *l'institution des obligations naturelles représente pour nous un exemple remarquable de devoir juridique dépourvu de sanction, en droit privé. S'il faut définir une institution juridique d'après ses effets, il ne fait pas de doute que l'obligation naturelle s'analyse en un simple rapport de créance et de dette, sans engagement.* » ; H., L. et J. MAZEAUD, *Leçons de droit civil*, t. II, vol. 1, *Obligations – Théorie générale*, 9^e éd. par F. CHABAS, Montchrestien, 1998, p. 16, n° 25 : « [...] *lorsque l'obligation est naturelle, on est en présence d'une dette (Schuld) sans responsabilité en cas d'inexécution et sans contrainte (Haftung).* » ; J. CARBONNIER, *Droit civil*, t. IV, *Les obligations*, 22^e éd., coll. Thémis, PUF, 2000, p. 554, n° 313 ; C. LARROUMET, S. BROS, *Traité de droit civil*, t. 3, *Les obligations – Le contrat*, 9^e éd., coll. Corpus droit privé, Economica, 2018, p. 20, n° 25 : « [...] *il peut y avoir une dette sans pouvoir de contrainte. Il existe des obligations qui ne sont pas susceptibles d'exécution forcée ; c'est le cas des obligations naturelles.* » ; Ph. MALAURIE, L. AYNÈS, Ph. STOFFEL-MUNCK, *Droit des obligations*, 10^e éd., coll. Droit civil, LGDJ, 2018, p. 744, n° 1336.

débiteur, puisqu'elle n'est « *rien d'autre qu'un sentiment* »⁶⁷⁰ qui ne se matérialise que lorsque le débiteur décide de l'exécuter⁶⁷¹, l'obligation qui nous intéresse trouve sa source dans le contrat liant le débiteur et le créancier ; il ne s'agit pas d'une « *obligation dictée par les faits* »⁶⁷² mais bel et bien d'une obligation tirée d'une norme juridique, un contrat⁶⁷³. L'obligation pour laquelle le créancier a renoncé à ses prérogatives de poursuite est donc, par sa source, une obligation civile et non une obligation naturelle⁶⁷⁴. Il en résulte une différence de régime⁶⁷⁵ : puisqu'il s'agit d'une obligation civile, le paiement du débiteur est *toujours* irrépétibile, même s'il est involontaire, au contraire du paiement de l'obligation naturelle, nécessairement volontaire^{676 677}.

144. Une obligation purement potestative. – Renoncer à toute prérogative que le droit reconnaît au créancier pour obtenir du débiteur son dû aboutit à une situation juridique singulière. La paralysie des prérogatives du créancier est, certes, jugée licite par la Cour de cassation, mais conduit à légitimer une obligation *purement potestative*⁶⁷⁸ ; en d'autres termes

⁶⁷⁰ M. JULIENNE, « Obligation naturelle et obligation civile », *D.* 2009, p. 1709 s., spéc. p. 1713, n° 22.

⁶⁷¹ Ce qui ne signifie pas nécessairement que l'obligation naturelle n'appartient pas à la sphère juridique, en réalité tout dépend de la conception du droit que l'on retient. Si l'on place le critère de la juridicité dans la vocation théorique à user de la contrainte – comme ce fut longtemps le cas chez les juristes français –, il faut en effet exclure l'obligation naturelle du champ juridique. Mais, à considérer le droit comme un phénomène psychologique – comme c'est le cas du mouvement du réalisme juridique scandinave (sur lequel v. E. MILLARD, « Réalisme » in S. RIALS, D. ALLAND (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, coll. Quadrige, Lamy-PUF, 2003, p. 1297 s., spéc. p. 1298) – ou, plus classiquement, comme l'art du juste (*jus est ars boni et aequi* selon l'adage latin), une obligation prenant naissance dans la conscience du débiteur doit être qualifiée de juridique (se prévalant d'une conception jusnaturaliste pour démontrer la juridicité de l'obligation naturelle, v. B. BEIGNIER, *L'honneur et le droit*, préf. J. Foyer, Bibliothèque de droit privé, t. 234, LGDJ, 1995, p. 533 s.).

⁶⁷² F. ZENATI-CASTAING, T. REVET, *Cours de droit civil – Obligations – Régime*, coll. Droit fondamental, PUF, 2013, p. 170, n° 86.

⁶⁷³ H. KELSEN, « La théorie juridique de la convention », *Archives de philosophie et de sociologie du droit* 1940, p. 33 s., spéc. p. 35 : « *Si la convention a « force obligatoire », si elle a l'effet d'obliger les sujets contractants à une conduite à laquelle ils n'étaient pas obligés auparavant, cela signifie que la convention a créé une norme qui n'existait pas avant la conclusion de la convention : c'est-à-dire une norme qui stipule cette conduite bien déterminée, qui est celle de la convention. C'est cette norme qui est l'effet juridique de la convention et non pas une volonté supérieure à chacun des contractants et de caractère mystique comme quelques auteurs l'affirment.* »

⁶⁷⁴ Comp. F. TERRÉ, Ph. SIMLER, Y. LEQUETTE, F. CHÉNEDÉ, *Droit civil – Les obligations*, 12^e éd., coll. Précis, Dalloz, 2018, p. 1588, n° 1511 : « [...] *une renonciation pure et simple au droit de poursuite serait évidemment dépourvue de sens ou, du moins, ravalerait l'obligation au rang d'obligation naturelle.* » ;

⁶⁷⁵ *Contra* O. DESHAYES, note préc., n° 15 : l'auteur, après avoir mené un raisonnement similaire l'ayant conduit à distinguer cette obligation d'une obligation naturelle, estime que « *cette circonstance n'appelle pas nécessairement de différence de régime, ce qui réduit à fort peu de choses l'intérêt d'une distinction.* »

⁶⁷⁶ C. civ., art. 1100, al. 2 : « [Les obligations] *peuvent naître de l'exécution volontaire ou de la promesse d'exécution d'un devoir de conscience envers autrui.* »

⁶⁷⁷ D'où il résulte que l'obligation naturelle n'opère pas un mouvement de valeur entre patrimoines : M. JULIENNE, art. préc., p. 1711, n° 9.

⁶⁷⁸ Ph. THÉRY, obs. préc. : « *L'impossibilité d'agir en justice, la paralysie des procédures d'exécution forcée dégradent l'obligation de telle manière que si l'engagement demeure licite, il devient potestatif. Or, la potestativité n'est-elle pas le contraire du droit (art. 1174 c. civ.) ?* »

une obligation par laquelle le débiteur n'est pas contraint de s'exécuter⁶⁷⁹. Une telle clause aurait dû, en toute rigueur, être réputée non écrite car privant de sa substance l'obligation essentielle du débiteur⁶⁸⁰, en l'espèce le paiement de la somme due, qui constitue la « *pièce essentielle* »⁶⁸¹ du contrat⁶⁸². Comment, alors, expliquer pareille solution ?

145. L'efficacité de la clause de renonciation en présence d'une sûreté. – Pour contrôler la licéité d'une telle clause, le juge doit vérifier si celle-ci n'a « *pas pour effet de supprimer toute sanction suffisante de l'inexécution* »⁶⁸³. Or, en l'espèce, le créancier disposait encore d'un moyen d'obtenir efficacement le paiement. En effet, la Cour a énoncé que la clause litigieuse ne faisait « *pas obstacle aux poursuites du créancier contre la caution solidaire* ». Au-delà des critiques qu'encourt l'arrêt quant à la situation de la caution⁶⁸⁴, la possibilité laissée au créancier d'activer celle-ci justifie sans doute l'admission de sa renonciation aux poursuites contre le débiteur. Garanti par un cautionnement, le débiteur principal peut faire peser la charge de la dette sur la caution et poursuivre ainsi le paiement sur un autre patrimoine. Il n'est pas

⁶⁷⁹ « *La condition purement potestative de la part du débiteur détruit l'idée même d'obligation : il y a contradiction entre : « je m'engage » et « si je veux ». En ce cas, on ne s'est pas engagé du tout.* » (B. STARCK, H. ROLAND, L. BOYER, *Droit civil – Les obligations*, 2. *Contrat*, 6^e éd., Litec, 1998, p. 443, n^o 1272) Certes, il ne s'agit pas ici d'une condition suspensive, mais l'esprit animant la prohibition des conditions purement potestatives est tout à fait transposable à notre cas.

⁶⁸⁰ C. civ., art. 1170. Si le contrat qui contient la clause est un contrat d'adhésion, l'article 1171 du Code civil aura vocation à s'appliquer, réputant non écrite toute clause créant un déséquilibre significatif entre les droits et obligations d'une partie. La disposition prohibant les conditions purement potestatives (C. civ. 1305-2) pourrait également être invoquée, bien que la clause de renonciation ne puisse être analysée en une condition potestative.

⁶⁸¹ Ph. JESTAZ, « L'obligation et la sanction – À la recherche de l'obligation fondamentale » in Ph. JESTAZ, *Autour du droit civil – Écrits dispersés, idées convergentes*, Dalloz, 2004, p. 325 s., spéc. p. 330.

⁶⁸² Rapp. Ph. DELEBECQUE, « Les renonciations à recours » in *Études offertes au doyen Philippe Simler*, Litec-Dalloz, 2006, p. 563 s., spéc. p. 571, n^o 14 : « *Du reste, certains droits peuvent être considérés comme inhérents à telle ou telle situation contractuelle ou même à l'existence d'une relation contractuelle. C'est ce qui nous fait douter de la validité des renonciations à toute action en exécution forcée, lorsque celle-ci est possible, car il s'agit de l'action contractuelle par essence. Renoncer à toute exécution dans un contrat, c'est en faire un engagement moral et non juridique.* »

⁶⁸³ G. MAIRE, *Volonté et exécution forcée de l'obligation*, préf. N. Damas et L. Perreau-Saussine, Bibliothèque de droit privé, t. 587, LGDJ, 2018, n^o 444.

⁶⁸⁴ En plus d'être profondément injuste pour la caution (ce qui a amené Monsieur THÉRY à intituler ses observations sur cet arrêt : « *comment un créancier peut être généreux avec l'argent des autres* » (obs. préc.)), la solution contredit le caractère accessoire du cautionnement. Elle est, en outre, difficilement conciliable avec la règle selon laquelle « *la remise de dette accordée au débiteur principal libère les cautions, même solidaires* » (C. civ., art. 1350-2, al. 1). Comp. l'analyse de G. FOREST, *Essai sur la notion d'obligation en droit privé*, préf. F. Leduc, Nouvelle bibliothèque de thèses, vol. 116, Dalloz, 2012, p. 493, n^o 681 : « *Lorsque le créancier renonce aux poursuites, il semble qu'il renonce à son droit d'exiger. Cette renonciation ne le prive d'aucune des prérogatives issues d'un éventuel cautionnement, dans la mesure où le caractère accessoire de cette garantie ne porte en réalité [...] que sur la dette. Tant que la dette principale se maintient, la dette de la caution survit. Or si le créancier a renoncé au droit d'exiger l'exécution de la norme principale, il lui reste toujours le droit issu de la norme accessoire, qui est distinct et indépendant du premier. Et cette norme accessoire doit être exécutée dès lors que la norme principale ne l'a pas été.* »

douteux qu'en l'absence de sûreté garantissant la créance, la potestativité de l'obligation principale qu'engendre la renonciation au droit de poursuite aurait été sanctionnée si le débiteur l'avait opposée⁶⁸⁵.

146. Transposition du raisonnement à la renonciation au gage général. – Nous avons jusqu'ici raisonné en prenant le droit de poursuite tout entier du créancier comme objet de renonciation. Le raisonnement peut tout à fait être transposé à une renonciation portant uniquement sur le gage général, dans la mesure où celui-ci constitue la modalité d'exécution principale de l'obligation. En l'absence de sûretés garantissant l'engagement, la renonciation du créancier à son gage général ne lui laisserait que des miettes de prérogatives : la compensation ne jouerait sa fonction de paiement forcé que si le créancier était, par ailleurs, tenu d'une dette à l'égard du débiteur ; la résolution pour inexécution serait un lot de consolation bien trop maigre⁶⁸⁶ ; quant au droit de rétention que le créancier pourrait opposer à son débiteur s'il détenait l'un de ses biens, il ne lui serait d'aucun secours si le débiteur était insolvable, faire pression pour obtenir le paiement d'un débiteur sans le sou étant une voie sans issue. L'acte consistant pour un créancier à renoncer au gage général dont il est titulaire sur le patrimoine de son débiteur fait de ce lien de droit une *obligation purement potestative* qui serait sanctionnée par le juge si le débiteur s'en prévalait⁶⁸⁷, ce que la doctrine s'accorde à reconnaître

⁶⁸⁵ Rappr. req., 19 janv. 1863, S. 1863, I, p. 185 : Statuant à propos d'une clause selon laquelle « *le locataire renonce à former, pendant tout le cours du bail, aucune réclamation en dommages-intérêts envers [le] bailleur, et à intenter contre lui aucune action quelconque, devant quelques tribunaux ou Cours que ce soient, pour quelque cause que ce puisse être* », la Cour de cassation a jugé qu'elle était « *en opposition manifeste avec les règles essentielles du contrat de louage et même avec le principe de tout contrat* ».

⁶⁸⁶ Si la restitution consécutive à la résolution du contrat portait sur une somme d'argent, celle-ci tomberait sous le coup de la renonciation, et si la restitution portait sur un bien en nature, celle-ci ne serait efficace que si le débiteur n'avait pas aliéné le bien. Rappr. G. MAIRE, *op. cit.*, p. 587, n° 441 : À propos d'une clause ayant pour objet de renoncer à l'exécution forcée et aux dommages et intérêts, l'auteur estime que « *le maintien de la seule résolution du contrat ne saurait suffire à préserver la force obligatoire de l'obligation en découlant. Un contractant ne saurait en effet véritablement s'engager si la seule sanction prévue en cas d'inexécution est l'impossibilité d'obtenir la prestation promise* ».

⁶⁸⁷ Le fondement textuel pourrait être trouvé, dans le nouvel article 1170 du Code civil, sanctionnant par le réputé non écrit toute clause « *qui prive de sa substance l'obligation essentielle du débiteur* ». Rappr. L. ANDREU, N. THOMASSIN, *Cours de droit des obligations*, 3^e éd., coll. Amphi LMD, Gualino, 2018, p. 635, n° 1884.

dans sa grande majorité⁶⁸⁸. L'issue de ce raisonnement permet ainsi d'établir qu'en droit positif, le gage général est *nécessaire* à la qualification d'obligation *stricto sensu*.

147. Conclusion de la section 1. – En étant le mécanisme qui, à la fois, procure à l'obligation toute sa force symbolique centrée sur le corps du débiteur, et assure la sécurité des échanges économiques en générant le crédit, le gage général ne peut être dissocié, en droit moderne, de la notion d'obligation⁶⁸⁹. Cette importance se traduit, en droit positif, par l'impossibilité pour le créancier de renoncer à son gage général sous peine de faire basculer le lien de droit l'unissant au débiteur dans la potestativité. Les conséquences à tirer, sur le plan conceptuel, sont importantes. Cette démonstration aboutit à invalider la thèse selon laquelle le gage général créerait un droit supplémentaire au droit de créance au profit du créancier. À s'en tenir à la célèbre définition donnée par JHERING du droit subjectif, ce ne sont pas, ici, deux intérêts que protège le droit, mais *un seul* : celui pour le créancier d'être payé, que ce soit par la volonté du débiteur, ou de manière contrainte par un équivalent pécuniaire prélevé sur les biens du débiteur⁶⁹⁰. L'expression usuelle de « droit de gage général », dans son sens strict, est donc

⁶⁸⁸ C. WITZ, *JCl. Civil code*, art. 2284 et 2285 : *Droit de gage général*, mars 2016, n° 61 : « [...] cette limitation ne doit pas aboutir à l'exclusion totale du droit de gage général, car l'obligation serait alors atteinte dans un de ses éléments essentiels. Que l'on retienne la nature moniste ou celle dualiste de l'obligation, il n'y a pas véritablement obligation si le patrimoine du débiteur ne répond pas de la dette ; la situation est très proche de celle de l'obligation contractée sous une condition purement potestative. » ; Ph. DUPICHOT, *Le pouvoir des volontés individuelles en droit des sûretés*, préf. M. Grimaldi, éd. Panthéon-Assas, 2005, p. 674, n° 901 : « [...] il est licite pour un créancier, à condition de ne pas priver l'engagement du créancier de toute substance, de renoncer à saisir une fraction des biens composant le patrimoine du débiteur [...] » ; A.-L. THOMAT-RAYNAUD, *L'unité du patrimoine – Essai critique*, préf. D. Tomasin, coll. Doctorat & Notariat, t. 25, Defrénois, 2007, p. 78, n° 177 : « [...] une renonciation totale, au demeurant fort invraisemblable, serait illicite car elle le soumettrait au bon vouloir du débiteur et nierait la notion même d'obligation. » ; C. JUILLET, *Les accessoires de la créance*, préf. C. Larroumet, coll. Doctorat & Notariat, t. 37, Defrénois, 2009, p. 19, n° 28 : « La seule réserve qu'il convient d'émettre concerne une convention qui priverait le créancier de la totalité de son droit de gage général. Il y aurait là une convention antinomique de ce qu'est une véritable obligation [...] ». » ; Contra B. FROMION-HÉBRARD, *Essai sur le patrimoine en droit privé*, th. Paris II, dactyl., 1998, p. 334-335, n° 385 ; M. JULIENNE, *Régime général des obligations*, 2^e éd., LGDJ, 2018, p. 298-299, n° 464 : l'auteur fait valoir que « le droit de gage général n'est pas la seule modalité de contrainte dont soit assortie l'obligation civile », d'où il résulte qu'une obligation civile dépourvue de droit de gage général « pourrait donner prise à certains moyens de droit (résolution, exception d'inexécution, etc.), même si elle ne peut fonder l'exercice d'une saisie ».

⁶⁸⁹ Son rôle est loin de se réduire au stade de la sanction de l'obligation, auquel le cantonne un auteur pour rejeter son intégration dans la notion d'obligation : G. FOREST, *Essai sur la notion d'obligation en droit privé*, préf. F. Leduc, Nouvelle bibliothèque de thèses, vol. 116, Dalloz, 2012, spéc. p. 272, n° 390.

⁶⁹⁰ Rapp. F. ROUVIÈRE, « L'obligation comme garantie », *RTD civ.* 2011, p. 1 s., spéc. p. 4, n° 5 : « [...] la finalité de l'obligation est son extinction par le paiement, c'est-à-dire par la satisfaction du créancier. [...] Comment y parvenir malgré tout en cas d'inexécution ? En appréhendant éventuellement l'actif du débiteur pour garantir l'effectivité de la satisfaction du créancier. »

erronée. Il faut, au contraire, considérer que, puisque le gage général est une garantie qui *structure* l'obligation, il est une caractéristique des droits personnels⁶⁹¹.

SECTION 2 : UNE GARANTIE NON-EGALITAIRE

148. Le caractère commun du gage général peut évoquer à certains un principe très connu, et souvent associé à la notion de gage général pour présenter la condition des créanciers chirographaires, celui d'égalité entre les créanciers. Il faut toutefois exclure toute confusion entre le gage général et le principe d'égalité entre les créanciers. Après avoir précisé le sens du principe d'égalité entre les créanciers (I), il conviendra de démontrer en quoi ce dernier est extérieur à la notion de gage général (II).

I. LE SENS DU PRINCIPE D'EGALITE ENTRE LES CREANCIERS

149. Le principe d'égalité entre créanciers est formulé par le Code civil dans son article 2285 : « *Les biens du débiteur sont le gage commun de ses créanciers ; et le prix s'en distribue entre eux par contribution, à moins qu'il n'y ait entre les créanciers des causes légitimes de préférence.* » Un certain flou règne quant au contenu donné à ce principe. D'aucuns le mentionnent pour évoquer le fait que « *tous les créanciers chirographaires d'un même débiteur ont le même droit sur son patrimoine* »⁶⁹² alors que d'autres le conçoivent comme « *cantonné aux seules situations de concours résultant d'une saisie sur un même bien ou d'une*

⁶⁹¹ V. en ce sens F. HAGE-CHAHINE, « Essai d'une nouvelle classification des droits privés », *RTD civ.* 1982, p. 705 s., spéc. p. 735 : « *Ce qui caractérise fondamentalement le droit de créance est qu'il est garanti par un droit de gage général sur le patrimoine du débiteur [...]. La responsabilité patrimoniale est la sanction de base à laquelle nul débiteur n'échappe.* » ; B. FROMION-HÉBRARD, *Essai sur le patrimoine en droit privé*, th. Paris II, dactyl., 1998, p. 336, n° 386 : « [...] le gage général contribue à établir la distinction des droits réels et des droits personnels. Analyser le droit de gage au regard de la classification fondamentale revient tout simplement à confondre les effets avec la cause. Aujourd'hui, il est acquis que le droit de gage général est un mécanisme qui participe à la notion de droit personnel. » ; *Contra* le courant doctrinal qualifiant le gage général de droit réel (v. *supra*, n° 105.).

⁶⁹² Ph. MALAURIE, L. AYNÈS, Ph. STOFFEL-MUNCK, *Droit des obligations*, 10^e éd., coll. Droit civil, LGDJ, 2018, p. 666, n° 1140.

procédure collective »⁶⁹³. Dès lors, faut-il différencier les notions de gage général et d'égalité entre créanciers ?

150. Les rapports entre égalité et concours. – Précisons d'abord le terme. Parler d'égalité dans cette matière n'a de sens que si plusieurs créanciers d'un même débiteur se concurrencent ; *l'égalité implique la pluralité*. C'est pourquoi, classiquement, la notion de concours est intimement liée à celle d'égalité des créanciers⁶⁹⁴. Les causes de préférence sont considérées comme permettant aux créanciers qui en bénéficient d'échapper à la « loi du concours ». Définir ainsi le concours revient à le concevoir uniquement comme la mise en œuvre de l'égalité énoncée par l'article 2285, qui produit deux effets : limiter le paiement au prix de la course en permettant aux créanciers de s'adjoindre à la saisie pratiquée par l'un d'eux par la voie de l'opposition⁶⁹⁵, évitant ainsi des saisies successives sur le même bien⁶⁹⁶ ; et assurer, sur le prix de vente du bien saisi, un paiement des créanciers par contribution, au marc le franc. Car l'« égalité des créanciers » ne signifie *que cela*⁶⁹⁷. Comme l'a souligné Monsieur MORVAN, « *il n'existe pas en droit privé de « principe d'égalité entre les créanciers » en général* »⁶⁹⁸. Afin d'éviter toute confusion, il est donc préférable de n'user de l'expression « *égalité entre les*

⁶⁹³ Ph. DUPICHOT, *Le pouvoir des volontés individuelles en droit des sûretés*, préf. M. Grimaldi, éd. Panthéon-Assas, 2005, p. 594, n° 781.

⁶⁹⁴ V. par ex. G. CORNU (dir.), *Vocabulaire juridique*, 9^e éd., coll. Quadrige, PUF, 2011, v° *Concours*, 3° : « *Situation de concurrence existant entre des personnes investies, sans ordre de préférence, de droits de même nature sur une même masse de biens.* » ; Ph. DELEBECQUE, « *Le droit de gage général des créanciers a-t-il un caractère égalitaire ?* » in *Mélanges en l'honneur du professeur Claude Witz*, LexisNexis, 2018, p. 247 s., spéc. p. 253, n° 18 : « [...] *pour que la question d'égalité puisse se poser, encore faut-il que les créanciers soient en concours sur les mêmes biens.* »

⁶⁹⁵ CPCE, art. L. 221-1, al. 2, et R. 221-41, al. 1.

⁶⁹⁶ D'où le célèbre adage « *Saisie sur saisie ne vaut* », sur lequel v. R. PERROT, Ph. THÉRY, *Procédures civiles d'exécution*, 4^e éd., Hors cours, Dalloz, 2013, p. 575, n° 651.

⁶⁹⁷ L. BOUGEROL-PRUD'HOMME, *Exclusivité et garanties de paiement*, préf. P. Crocq, Bibliothèque de droit privé, t. 538, LGDJ, 2012, p. 65-66, n° 85 : « [...] *le domaine d'application de cet article [2285] est clair : il est relatif au droit de gage général et à sa réalisation, cette dernière prenant la forme d'une saisie, à l'instar du mode de réalisation classique des sûretés réelles traditionnelles. Rien ne permet d'affirmer que cette égalité va au-delà de l'hypothèse ainsi visée, dans des cas où il n'y aurait ni saisie ni distribution du prix. L'article 2285 n'a en effet pas pour objet de rendre le concours entre les créanciers chirographaires impératif : si cela devait être le cas, le principe du paiement au prix de la course ne pourrait être admis. Le principe d'égalité ne joue donc que s'il y a concours, et les exceptions à interpréter limitativement correspondent aux seuls droits qui ont pour effet de déroger à cette égalité dans le concours.* »

⁶⁹⁸ P. MORVAN, *op. cit.*, p. 290, n° 327.

créanciers » que pour désigner l'égalité des créanciers chirographaires dans la distribution⁶⁹⁹, Cette précision terminologique étant donnée, il convient de se demander si la règle de l'égalité des créanciers est l'application directe du concept de gage général. Le recours à l'histoire et au droit comparé donnent des éléments de réponse.

II. UN PRINCIPE DISTINCT DU GAGE GENERAL

151. L'acceptation de l'égalité entre les créanciers étant précisée, il faut à présent démontrer en quoi ce principe ne relève pas du gage général, qu'il s'agisse de l'égalité entre créanciers chirographaires (A) comme de l'égalité entre créanciers inscrits à la procédure collective (B).

A.- LA DISTINCTION AVEC L'EGALITE ENTRE CREANCIERS CHIROGRAPHAIRES

152. Des arguments de deux ordres permettent de distinguer conceptuellement le gage général de l'égalité entre créanciers chirographaires : un premier tiré de l'histoire du droit français (1), et un second tiré du droit comparé (2).

1. UNE DISTINCTION HISTORIQUE

153. Le principe d'égalité n'est pas une conséquence de la règle du gage général. – Il est riche d'enseignements de remarquer que, à partir du XIII^e siècle et durant une longue période,

⁶⁹⁹ Comp., usant de cette expression pour désigner le caractère commun du gage : M. VASSEUR, *L'égalité entre les créanciers chirographaires dans la faillite*, préf. J. Hamel, Rousseau, 1949, p. 9-10, n° 1 : « [...] l'égalité découle alors de l'affectation de l'ensemble des biens du débiteur à la satisfaction de l'ensemble de ses créanciers. » ; D. HIEZ, *Étude critique de la notion de patrimoine en droit privé actuel*, préf. Ph. Jestaz, Bibliothèque de droit privé, t. 399, 2003, p. 249, n° 382 : « L'égalité des créanciers ou, du côté des biens du débiteur, l'égalité affectation des biens d'une personne au paiement de toutes ses dettes, ce qu'on traduit juridiquement par la notion de gage général, n'est qu'un principe général et non une règle absolue découlant de notions supérieures. » ; C. SÉJEAN-CHAZAL, *La réalisation de la sûreté*, préf. M. Grimaldi, Nouvelle bibliothèque de thèses, vol. 190, Dalloz, 2019, p. 57, n° 42-43, l'auteur distinguant l'égalité des créanciers « dans la distribution » et l'égalité des créanciers « dans l'exécution ».

plusieurs coutumes françaises⁷⁰⁰ – dont la Coutume de Paris⁷⁰¹ – reconnaissent un privilège au premier saisissant. Ce système est hérité des coutumes germaniques et s’oppose directement aux solutions du droit romain, dans la mesure où le premier des créanciers ayant sollicité une saisie sur un bien meuble du débiteur se voit octroyer un droit réel sur celui-ci, empêchant toute action des autres créanciers sur le bien. Certes, à l’origine ce privilège « *s’explique par le fait de la mainmise matérielle du créancier sur l’objet saisi* »⁷⁰², mais il a subsisté lorsque la saisie est devenue publique⁷⁰³. « *Les premiers vont devant* »⁷⁰⁴ résume LOISEL. Mais la règle est émaillée d’exceptions⁷⁰⁵ – au premier rang desquelles figure le cas de déconfiture du débiteur⁷⁰⁶ – qui permettent aux autres créanciers de former une opposition à la saisie pratiquée par l’un d’eux et d’obtenir sur le prix du bien saisi un paiement par contribution, « *au sol la livre* »⁷⁰⁷. Ce sont les mouvements conjugués de la redécouverte du droit romain, du renforcement de la puissance publique et de la naissance d’un droit reprenant les préceptes romains et les adaptant aux besoins du commerce dans les Républiques d’Italie du Nord qui signent la résurgence du principe d’égalité entre les créanciers⁷⁰⁸ et, corrélativement, la disparition progressive d’une règle profitant dans les faits aux créanciers les plus à l’affût⁷⁰⁹. Tranchant avec les « *courants contradictoires* »⁷¹⁰ de l’Ancien droit – empreint de droit germanique et ultérieurement de droit

⁷⁰⁰ Ce n’est pas le cas des coutumes de l’Ouest qui observent un ordre tiré de la date des créances dès le XIII^e siècle : J.-Ph. LÉVY, A. CASTALDO, *Histoire du droit civil*, 2^e éd., coll. Précis, Dalloz, 2010, p. 1037, n° 696.

⁷⁰¹ Coutume de Paris, art. 178 : « *Le creancier qui fait premier arrester & saisir valablement, ou prendre par execution aucuns meubles appartenans à son debiteur, doit estre le premier payé.* »

⁷⁰² J. BRISSAUD, *Manuel d’histoire du droit privé*, A. Fontemoing, 1908, p. 551.

⁷⁰³ F. PATOU, *Commentaire sur les coutumes de la ville de Lille, et de sa châtellenie*, t. II, 1788, p. 191 : « *On lui [le créancier saisissant] donne cette préférence, tant à cause de sa diligence, que parce qu’il semble avoir imprimé par sa saisie, un caractère plus fort sur le meuble, que les autres créanciers par leurs hypothèques, lesquelles n’étant souvent que l’ouvrage de la loi ou l’effet d’une convention, n’empêchent point l’aliénation d’un meuble, au lieu que la saisie l’empêche.* » ; Plus tranché, v. G. DAVOT, *Traité de droit français à l’usage du duché de Bourgogne & des autres pays qui ressortissent au Parlement de Dijon*, t. VII, 1757, p. 566 : « *Le premier saisissant l’emporte, en ce que c’est un gage judiciaire qui dépossède le débiteur [...].* »

⁷⁰⁴ A. LOISEL, *Institutes coutumières*, 1637, livre III, titre VII, règle X.

⁷⁰⁵ À tel point que DUMOULIN semble s’en moquer lorsqu’il commente l’article 178 de la Coutume de Paris : « *Cet article 178 ne reçoit pas seulement trois, ny quatre, ny cinq exceptions, ou sortes de dettes exceptées ; mais il en reçoit sept...* » (C. DUMOULIN, *Coutumes de la prévosté et vicomté de Paris*, t. I, 1709, p. 325)

⁷⁰⁶ Coutume de Paris, article 179 : « *En cas de déconfiture, nulle préférence sur meubles.* »

⁷⁰⁷ A. LOISEL, *Institutes coutumières*, op. cit., livre IV, titre VI, règle XIV : « *En déconfiture, tous créanciers viennent à contribution au sol la livre, sur les meubles ; & les chirographaires & céduliers, sur les immeubles.* »

⁷⁰⁸ J.-P. HAEHL, « Histoire des techniques d’exécution collectives en droit commercial », *Annales de la faculté de droit de Lyon*, L’hermès, 1980, p. 11 s., spéc. p. 23, n° 17.

⁷⁰⁹ J. BRISSAUD, op. cit., p. 518 : « *Ce système de poursuites individuelles [...] prêtait à des collusiones frauduleuses entre le débiteur et certains créanciers ; il favorisait le créancier le plus dur ou le plus malhonnête et sacrifiait sans raison la masse des autres.* »

⁷¹⁰ J.-P. HAEHL, art. préc., p. 23, n° 17.

romain – le Code civil consacre ce principe à l'article 2093⁷¹¹, faisant ainsi primer l'idée d'une « communauté d'intérêt »⁷¹² des créanciers sur celle de l'individualisme primaire.

154. Des systèmes divergents dans les autres États européens. – Pour autant, ce choix n'est pas partagé par tous les systèmes juridiques, certains ayant conservé la règle du privilège du premier saisissant. Le Benelux, l'Italie ou encore la Finlande partagent le système français de la *par condicio creditorum*⁷¹³, tandis que l'Allemagne ou le Royaume-Uni donnent la priorité au créancier qui a été le plus diligent et classent ainsi les créanciers selon l'ordre chronologique de réalisation de leur droit par saisie⁷¹⁴. Dans le système allemand, il est conféré au premier saisissant un droit de gage (*Pfändungspfandrecht*) sur le bien saisi, duquel dérive un droit de préférence⁷¹⁵. Ces divergences expliquent d'ailleurs les difficultés rencontrées par l'Union européenne dans l'harmonisation du droit de l'exécution.

155. Conclusion sur les rapports entre gage général et égalité des créanciers. – Ces éléments tendent ainsi à considérer l'égalité des créanciers comme un principe certainement lié au gage général, mais qui n'en est pas une émanation ni une conséquence⁷¹⁶, contrairement à la

⁷¹¹ Ce que la jurisprudence rendue les années suivant 1804 a dû préciser : Bruxelles, 11 déc. 1806, *Journal du Palais* 1807 (IIe semestre), p. 525 : « [...] **le législateur n'a point voulu continuer le privilège que précédemment la saisie judiciaire donnait aux créanciers sur les meubles dont la justice était saisie, que, tandis que le titre des privilèges est en grande partie sur le titre des privilèges et le titre 8 des arrêts et exécutions, cout. de Paris, l'art. 178 de cette coutume, portant premier saisissant, chose mobilière, préféré, se trouve omis dans le Code actuel, [...] Ordonne la distribution des deniers provenus de la vente des choses saisies, par contribution [...].** » (Nous soulignons)

⁷¹² M. GRÉGOIRE, *Théorie générale du concours des créanciers en droit belge*, Université libre de Bruxelles, Bruylant, 1992, p. 46, n° 72.

⁷¹³ Locution latine plutôt utilisée par les juristes italiens pour désigner le principe d'égalité des créanciers.

⁷¹⁴ F. RONFINI, « Les grandes lignes du droit de l'exécution dans les pays de l'Union européenne » in *Vers l'harmonisation en Europe du droit de l'insolvabilité et des garanties*, Revue de la faculté de droit de l'Université libre de Bruxelles, vol. 24, Bruylant, 2001, p. 43 s., spéc. p. 72-73.

⁷¹⁵ G. TARZIA, « La distribution des deniers dans l'exécution forcée en Europe », *RIDC* 1999, p. 331 s., spéc. p. 332-333.

⁷¹⁶ M. VASSEUR, *L'égalité entre les créanciers chirographaires dans la faillite*, préf. J. Hamel, Rousseau, 1949, p. 11 : « [...] la règle de l'article 2093 cependant ne s'impose pas d'évidence à l'esprit. On aurait pu concevoir que les droits des créanciers sur le patrimoine de leur débiteur fussent hiérarchisés en fonction de leur date [...]. »

présentation qui en est classiquement faite⁷¹⁷, « *dogme que le juriste moderne s'abstient prudemment de discuter, faute de pouvoir en discerner le fondement avec exactitude* »⁷¹⁸. Preuve en est l'existence d'un système concurrent dans lequel le gage général est en vigueur, mais fait primer le créancier premier saisissant, règle jadis appliquée en France, et qui l'est toujours dans d'autres États. DEMOGUE, se méfiant toujours des dogmes produits par la science juridique, l'avait bien relevé⁷¹⁹. Il n'a pas hésité à critiquer le principe de l'ancien article 2093, « *tiré du droit romain par pure idée d'imitation, sans idée de finalité préconçue* » et « [substituant] à un droit d'une certaine force un droit bien plus vague sur un dividende des plus aléatoires »⁷²⁰. Ce principe est selon lui la manifestation d'une tendance à la sécurité statique, qui n'est plus en phase avec une civilisation en demande de sécurité dynamique⁷²¹, et milite dès lors en faveur de la règle *prior tempore potior jure*. Que sa position suscite ou non l'adhésion, elle a le mérite de montrer que gage général et égalité des créanciers doivent être conceptuellement distingués ; « *bien qu'il y ait entre eux une évidente corrélation et une étroite compénétration, le droit de gage général et l'idée d'égalité sont des notions distinctes qui ont des enfants respectifs* »⁷²².

⁷¹⁷ C. AUBRY, C. RAU, *Cours de droit civil français d'après la méthode de Zachariae*, t. VI, 4^e éd., Marchal et Billard, 1873, p. 249, § 580 : « *Les divers créanciers d'une même personne ayant, en vertu du gage qui leur compète, des droits égaux sur les biens compris dans son patrimoine, il en résulte que, si le prix de vente de ces biens est insuffisant pour les payer tous intégralement, ce prix doit se partager entre eux au marc le franc de leurs créances respectives [...]* » ; A.-L. THOMAT-RAYNAUD, *L'unité du patrimoine : essai critique*, préf. D. Tomassin, coll. Doctorat & Notariat, t. 25, Defrénois, 2007, p. 87, n° 199 : « *L'indivisibilité du gage implique l'égalité des créanciers entre eux sur le patrimoine, quant à l'exercice du droit de gage [...]* » ; Ph. MALAURIE, L. AYNÈS, Ph. STOFFEL-MUNCK, *Droit des obligations*, 10^e éd., coll. Droit civil, LGDJ, 2018, p. 665-666, n° 1140 : « *Le créancier a pour garantie, mais pour garantie seulement, le patrimoine du débiteur [...]. Ce qui produit trois conséquences : [...] 3 tous les créanciers chirographaires d'un même débiteur ont le même droit sur son patrimoine, quelle que soit la date de naissance de leur créance [...]* » ; Ph. DELEBECQUE, « *Le droit de gage général des créanciers a-t-il un caractère égalitaire ?* » in *Mélanges en l'honneur du professeur Claude Witz*, LexisNexis, 2018, p. 247 s., spéc. p. 247 : « *En reconnaissant un droit de gage sur l'ensemble des biens du débiteur, les textes insistent sur l'aspect général de cette prérogative qui appelle pourtant bien des nuances. Le second caractère de ce droit tient à son aspect égalitaire.* »

⁷¹⁸ R. PERROT, préf. in J. BRISSAUD, *Le créancier « premier saisissant » dans l'ancien droit français*, Travaux et recherches de l'Université Paris II, PUF, 1972, p. 7.

⁷¹⁹ Et bien avant lui le commentateur belge de R.-T. TROPLONG, *Le droit civil expliqué dans l'ordre du code – Des privilèges et hypothèques*, éd. augmentée par M. SPINNAEL, t. I, Société typographique belge, Bruxelles, 1844, p. 33, note 1 : « *Il faut remarquer que les dispositions des art. 2092 et 2093 n'appartiennent pas à la matière des hypothèques proprement dites. Ce sont des principes généraux de droit, dont le premier n'est qu'une paraphrase de la maxime ancienne : Qui s'oblige oblige le sien ; dont l'autre, loin d'être un corollaire de cette maxime, énonce un principe tout à fait distinct et indépendant du premier. [...] c'est donc pour exclure, dans ce cas, l'application de la règle : Qui potior est tempore, potior est jure, qu'est formulé l'art. 2093.* » (Nous soulignons)

⁷²⁰ R. DEMOGUE, *Les notions fondamentales du droit privé – Essai critique*, A. Rousseau, 1911, p. 385.

⁷²¹ R. DEMOGUE, *op. cit.*, p. 390 : « *Le créancier doit pouvoir obtenir de son débiteur le maximum de sécurité.* »

⁷²² M. CABRILLAC, « *Les ambiguïtés de l'égalité entre les créanciers* » in *Mélanges en hommage à André Breton et Fernand Derrida*, Dalloz, 1991, p. 31 s., spéc. p. 38.

156. L'égalité n'est pas imposée par la nature personnelle du droit de créance. – Si la plupart du temps, aucune justification n'est donnée au rapport de causalité qui est opéré entre la règle du gage général et l'égalité entre les créanciers⁷²³, certains auteurs s'en sont tout de même expliqués. Michel VASSEUR, dans sa thèse de doctorat, a rattaché le fondement juridique de l'égalité des créanciers chirographaires au caractère personnel du droit de créance : « *le débiteur, parce qu'il est une personne douée de liberté, peut valablement souscrire des engagements en nombre indéfini ; aucune disposition légale ne lui enjoint de les limiter à la valeur de son patrimoine* »⁷²⁴. Partant, la date de naissance de l'obligation importe peu, « *à l'égard de la personne du débiteur, le créancier premier en date n'a pas un droit plus fort que le créancier dernier en date, parce qu'en s'engageant, le débiteur n'aliène en aucune manière sa liberté pour l'avenir* »⁷²⁵. Or, comme « *le patrimoine est en droit français l'émanation de la personnalité* »⁷²⁶, ces remarques sont transposables au droit de gage général des créanciers. Nous n'avons pas de critiques à opposer à ce raisonnement, si ce n'est qu'il prouve une seule chose : la date de naissance des obligations n'a pas d'influence sur le contenu des droits des créanciers, leur vocation au gage général est commune. À notre sens, l'auteur ne démontre en rien le fondement juridique de la règle du paiement des créanciers par contribution, au marc le franc. Date de naissance de l'obligation et date de l'acte de saisie sont deux événements bien différents. Ce n'est pas parce que la date de naissance de l'obligation n'a aucune incidence sur la teneur du droit du créancier sur le patrimoine du débiteur que, nécessairement, le premier saisissant ne peut bénéficier d'un droit de préférence sur les autres créanciers. La différence se faisait déjà dans l'Ancien droit⁷²⁷.

D'autres auteurs ont fondé l'égalité entre créanciers chirographaires sur le caractère personnel du droit de créance. Cette règle de répartition se serait imposée dès lors que le gage

⁷²³ V. par ex. Ph. DELEBECQUE, « Le droit de gage des créanciers sur le patrimoine de leur débiteur a-t-il un caractère général ? » in *Mélanges en l'honneur de François Collart-Dutilleul*, Dalloz, 2017, p. 299 s., spéc. p. 299 : « *Le caractère égalitaire du droit de gage des créanciers est tout aussi important : il fonde le principe d'égalité des créanciers, du moins entre les créanciers chirographaires.* »

⁷²⁴ M. VASSEUR, *op. cit.*, p. 15, n° 4.

⁷²⁵ *Ibid.*

⁷²⁶ *Ibid.*

⁷²⁷ A. ESMEIN, *Études sur les contrats dans le très ancien droit français*, Larose et Forcel, 1883, p. 185 : « [...] ce qui donnait la préférence, c'était non pas l'antériorité de l'obligation, mais l'antériorité des poursuites. »

général a été intégré à la structure de l'obligation par le Code civil⁷²⁸. L'argument n'emporte pas notre conviction, dans la mesure où les droits étrangers octroyant un privilège au premier saisissant connaissent, bien sûr, la règle d'engagement du patrimoine en garantie des dettes⁷²⁹. *L'intégration de cette garantie légale sur le patrimoine du débiteur au sein de la notion d'obligation ne contraint en rien le législateur à régler la question du concours entre créanciers par l'égalité*. Les créanciers d'un même débiteur ont, sur le patrimoine de ce dernier, une « *vocation commune mais pas forcément égalitaire* »⁷³⁰.

157. Illustrations de la vocation non-égalitaire des créanciers au gage général. – Pour s'en convaincre, il suffit de songer à l'hypothèse du créancier diligent qui fait saisir un bien de son débiteur et se paie sur son prix de vente sans qu'aucun autre créancier n'ait formé d'opposition dans les délais ; ce paiement ne donne lieu à aucune voie de recours tant qu'il n'est pas frauduleux. Un tel « *privilège de fait* »⁷³¹ montre bien que gage général et égalité entre créanciers ne vont pas de pair, la réalisation du gage général pouvant très bien s'avérer

⁷²⁸ F. ZENATI-CASTAING, T. REVET, *op. cit.*, p. 134 : « *Si le droit de saisir fait partie de l'obligation, tout créancier jouit de ce droit et l'exerce avec les autres sur un pied d'égalité, même si le débiteur n'est pas en état de déconfiture.* » ; Adde F. POLLAUD-DULIAN, « Le principe d'égalité dans les procédures collectives », *JCP G* 1998, doct. 138, n° 12.

⁷²⁹ Et le raisonnement selon lequel le gage général implique nécessairement l'égalité des créanciers en cas de concours n'est pas non plus évident pour les commentateurs de l'époque de la création du Code civil. Traitant du privilège du premier saisissant, v. le commentaire anonyme de Bruxelles, 11 déc. 1806, préc. : « *Ce nantissement, tout imparfait qu'il était, puisqu'il n'y avait point de dépossession du débiteur autrement que par la vente, ni de tradition réelle entre les mains du créancier [...] paraissait, jusqu'à un certain point, susceptible des effets du [nantissement] véritable, surtout si l'absence de la déconfiture ne laissait point à craindre que de l'exercice de la préférence il dût résulter, pour les créanciers postérieurs, des pertes, des inconvénients. Sous l'empire du Code civil, le gage judiciaire n'a pas conservé ses avantages. [...] tout ce qui reste du droit ancien en cette partie se réduit aux frais de poursuite accordés intégralement à celui qui en fait l'avance, et qu'il doit prélever avant toute distribution.* »

⁷³⁰ M. CABRILLAC, art. préc., p. 38, n° 18 ; Adde B. FROMION-HÉBRARD, *Essai sur le patrimoine en droit privé*, th. Paris II, 1998, p. 368, n° 417 : « *En résumé, si les créanciers chirographaires ont tous la vocation à être désintéressés sur l'ensemble des biens de leur débiteur, ce qui procède même de l'article 2092 du Code civil, cette vocation est de nature égalitaire selon l'article 2093.* » Et, poursuivant en note : « *Ainsi faut-il distinguer l'idée du droit de gage général de celle d'égalité des créanciers chirographaires.* » ; R. A. MACDONALD, J.-F. MENARD, « *Credo, credere, credidi, creditum : essai de phénoménologie des sûretés réelles* » in *Mélanges offerts au professeur François Frenette : Études portant sur le droit patrimonial*, Presses universitaires de Laval, 2006, p. 309 s., spéc. p. 322 : « *C'est là un deuxième principe fondamental, celui de l'égalité des créanciers, qu'il ne faut pas confondre avec le premier, celui de l'assiette universelle. En effet, l'usage québécois amalgame souvent les deux principes dans l'expression « gage commun des créanciers » [...].* » ; V. implicitement, dans la présentation de l'adage *Qui s'oblige oblige le sien* par H. ROLAND, L. BOYER, *Adages du droit français*, 4^e éd., Litec, 1999, § 377, p. 749 s., spéc. p. 750 : Lorsqu'ils évoquent la consécration de cet adage par le Code civil, les auteurs ne font nullement référence à l'égalité des créanciers chirographaires : « *Le Code civil exprime formellement la règle dans son article 2092 : « Quiconque s'est obligé personnellement, est tenu de remplir son engagement sur tous ses biens mobiliers et immobiliers, présents et à venir. » Et l'article 2093 ajoute, en une formule contractée et imagée, que « les biens du débiteur sont le gage commun de ses créanciers. »* » L'ancien article 2093 est sciemment tronqué de manière à tenir séparé le principe d'égalité des créanciers chirographaires.

⁷³¹ B. FROMION-HÉBRARD, *op. cit.*, p. 367, n° 417.

inégalitaire en dehors de toute cause de préférence. De la même manière, une voie d'exécution comme la saisie-attribution est un moyen de réaliser le gage général du créancier en soustrayant le saisissant à tout concours avec les autres créanciers⁷³².

Cette distinction du gage général et de l'égalité entre créanciers chirographaires s'avère utile dans la compréhension de différents mécanismes du droit privé, comme nous allons le constater.

2. UNE DISTINCTION UTILE

158. Rattachement de certaines règles au principe d'égalité entre créanciers. – Dès lors que le principe d'égalité entre créanciers est détaché de la notion de gage général, il est possible de déterminer les « *enfants respectifs* »⁷³³ engendrés par chacun et, ainsi, de retirer de la sphère du gage général des règles qui ont pu y être intégrées.

159. La détermination de la portée du *numerus clausus* des sûretés réelles. – C'est le cas du *numerus clausus* des sûretés réelles, règle selon laquelle les sûretés réelles sont limitativement énumérées par la loi. Elle est fondée sur la fin de l'article 2285 du Code civil⁷³⁴, qui prévoit de manière limitative les exceptions à la règle du paiement par contribution : « *et le prix s'en distribue entre eux par contribution, à moins qu'il n'y ait entre les créanciers des causes légitimes de préférence* », ces dernières étant, selon l'article 2323, les privilèges et hypothèques. Rattacher strictement cette règle à l'égalité entre créanciers permet de cantonner son champ d'application : comme l'a mis en exergue Monsieur CROCQ, « *pour qu'il y ait préférence, il faut qu'il y ait concours [...] et le principe du numerus clausus, pour s'appliquer, suppose nécessairement que l'on soit dans une telle hypothèse de concours car telle est la limite de son domaine d'application* »⁷³⁵. Délimiter précisément la règle de l'égalité entre créanciers permet donc de déterminer la portée du *numerus clausus* des sûretés réelles, qui ne s'applique qu'à l'égard des droits ayant pour effet de déroger à l'égalité dans le concours par le droit de

⁷³² Sur laquelle, v. *infra*, n° 216.

⁷³³ M. CABRILLAC, art. préc., p. 38, n° 18.

⁷³⁴ L. AYNÈS, P. CROCQ, A. AYNÈS, *Droit des sûretés*, 13^e éd., coll. Droit civil, LGDJ, 2019, p. 240, n° 406 : « [...] *les sûretés réelles sont limitativement énumérées par la loi, en raison du caractère impératif de la règle de l'égalité entre les créanciers énoncée à l'article 2285 du Code civil* [...] »

⁷³⁵ P. CROCQ, *Propriété et garantie*, préf. M. Gobert, Bibliothèque de droit privé, t. 248, LGDJ, 1995, p. 202, n° 253.

préférence⁷³⁶, excluant ainsi les garanties permettant au créancier d'être payé hors concours comme les propriétés-sûretés⁷³⁷.

160. La subordination de créance, renonciation à l'égalité entre créanciers. – Distinguer égalité entre créanciers et gage général donne aussi l'occasion de donner une qualification adéquate à la pratique contractuelle des subordinations de créance. Héritée de l'ingénierie financière anglo-saxonne, « *la subordination est une opération dans laquelle le créancier subordonné (le « junior creditor») accepte d'être payé en second rang derrière un autre créancier (le « senior creditor»), l'un et l'autre de ces créanciers étant chirographaires (« unsecured creditors») »*⁷³⁸. Elle a pu être présentée comme une limitation du droit de gage général envers le créancier qui y consent⁷³⁹ ou comme un renforcement du droit de gage général pour le créancier qui en bénéficie⁷⁴⁰. Or, cette technique contractuelle a pour objet d'établir un ordre entre les créanciers en concours – y compris les créanciers chirographaires – dans la distribution du produit de la saisie. Si elle porte atteinte à une institution, c'est donc bien plutôt à l'égalité entre créanciers qu'au gage général. Se prévalant d'une analyse dualiste, Monsieur DUPICHOT distingue ainsi deux « *limitations du pouvoir de contrainte des créanciers*

⁷³⁶ C. GIJSBERS, « Défense d'un *numerus clausus* des sûretés réelles » in L. ANDREU (dir.), *Liberté contractuelle et droit réels*, Institut universitaire Varenne, 2015, p. 233 s., spéc. p. 239 : « [...] le tour de faveur attaché à la sûreté arrache son titulaire à la règle d'égalité posée à l'article 2285 du Code civil : la part qui lui est taillée dans l'actif du débiteur vient directement en diminution de celle qui serait revenue à ses concurrents en l'absence de sûreté. »

⁷³⁷ L. BOUGEROL-PRUD'HOMME, *Exclusivité et garanties de paiement*, préf. P. Crocq, Bibliothèque de droit privé, t. 538, LGDJ, 2012, p. 65-66, n° 85.

⁷³⁸ L. FAUGEROLAS, « La subordination des créances », *JCP E* 1991, n° 42, 84, n° 1.

⁷³⁹ C. JUILLET, *Les accessoires de la créance*, préf. C. Larroumet, coll. Doctorat & Notariat, t. 37, Defrénois, 2009, p. 18, n° 27 : « Sur le plan des principes, le droit de gage général porte sur tous les biens du débiteur et permet au créancier chirographaire de venir concourir au marc le franc sur leur valeur. Seulement, il peut arriver que l'une ou l'autre de ces règles soit tenue en échec afin notamment, de faire bénéficier les autres créanciers d'une garantie indirecte. D'une part, certains biens sont parfois soustraits du droit de gage général du créancier ; d'autre part, certains créanciers, que l'on peut appeler infra-chirographaires, cessent d'être admis au concours au marc le franc. Dans le premier cas, on parle de restriction au droit de gage général alors que dans le second, le terme générique le plus approprié semble être celui de subordination de créance. » L'auteur manque de cohérence dans la mesure où il classe dans les « *limitations du droit de gage général* » (titre du paragraphe) les subordinations de créances et les « *restrictions au droit de gage général* ». La différence de sens entre « limitation » et « restriction » nous échappe.

⁷⁴⁰ G. ANSALONI, « Des renonciations à recours dans les financements structurés », *RDBF* 2010, étude 18, n° 33 : « [...] l'accord des parties organisant une subordination des créances peut élever le droit de gage général au rang de privilège. Dans les rapports entre créanciers seniors et subordonnés, tout se passe alors comme si les créanciers seniors étaient titulaire d'un rang prioritaire sur l'actif du débiteur. » Outre le fait que le privilège ne se substitue pas au droit de gage général, il est erroné de voir comme un renforcement de ce dernier le fait pour un créancier d'obtenir un meilleur rang de paiement, considération qui ne relève que de la question de l'ordre de distribution ; Adde Y. CHAPUT, A. CERMOLACCE, V. PERRUCHOT-TRIBOULET, *JCl. Banque-Crédit-Bourse*, fasc. 790 : *Sûretés négatives*, 2009, n° 7 : « Loin de porter atteinte au droit des tiers, le créancier accroît l'assiette du droit de gage général. »

concurrents »⁷⁴¹ : la limitation du droit de gage général en est une limitation « *horizontale* » en ce qu'elle affecte l'étendue du patrimoine répondant de la dette⁷⁴², et la subordination des créances est une limitation « *verticale* » du pouvoir de contrainte en ce qu'elle affecte le rang de paiement⁷⁴³. Aussi l'acte du créancier *junior* doit-il être considéré pour lui comme une renonciation à la règle de l'article 2285 du Code civil⁷⁴⁴ et un accessoire de sa créance malgré son caractère négatif⁷⁴⁵, alors que le bénéfice qu'en tire le créancier *senior* peut être qualifié de « *garantie réelle* »⁷⁴⁶ – et non de sûreté réelle en raison du *numerus clausus*.

161. Une clarification du privilège de séparation des patrimoines. – Pour achever la démonstration de l'utilité de la distinction entre le gage général et l'égalité entre créanciers, il faut mentionner le privilège de séparation des patrimoines en matière successorale⁷⁴⁷, parfois présenté comme un attribut du gage général. Or, l'article 878 n'introduit pas une véritable séparation entre la masse successorale et le patrimoine de l'héritier⁷⁴⁸, il règle seulement une question de concours en donnant la *préférence* aux créanciers du défunt sur les créanciers personnels de l'héritier sur l'actif successoral. L'hypothèse est donc celle de créanciers en concours sur *la même assiette*, et constitue ainsi une atteinte au principe d'égalité entre créanciers. Aussi n'y a-t-il pas lieu de relier le privilège de séparation des patrimoines au gage général et à sa protection.

⁷⁴¹ Ph. DUPICHOT, *Le pouvoir des volontés individuelles en droit des sûretés*, préf. M. Grimaldi, éd. Panthéon-Assas, 2005, p. 674, n° 900.

⁷⁴² *Ibid.*

⁷⁴³ Ph. DUPICHOT, *op. cit.*, p. 675-676, n° 904.

⁷⁴⁴ V. en ce sens, M. GRÉGOIRE, *Théorie générale du concours des créanciers en droit belge*, Université libre de Bruxelles, Bruylant, 1992, p. 36, n° 58 et les références citées ; L. FAUGEROLAS, art. préc., n° 33.

⁷⁴⁵ L. FAUGEROLAS, art. préc., n° 46 : « A priori, une telle définition paraît totalement antinomique avec la notion même de subordination, puisque celle-ci dessert, plutôt qu'elle ne sert, la créance qu'elle concerne. À la limite, on pourrait même considérer que la subordination est un processus au service exclusif des autres créanciers. [...] Son anti-symétrique existe pourtant bien : la contre-préférence est, peut-on dire, un accessoire « négatif » de la créance. »

⁷⁴⁶ Ph. DUPICHOT, *op. cit.*, p. 677-678, n° 905 : « De la subordination des uns résulte en effet une garantie réelle non exclusive pour les autres, le caractère réel de la garantie procédant de ce que les sommes ayant fait l'objet d'un prêt subordonné resteront dans le patrimoine du débiteur tant que le créancier garanti n'aura pas été désintéressé. » ; Rapp. F.-X. LUCAS, « La subordination des créances à l'épreuve de la procédure collective », *Rev. proc. coll.* 2013, dossier 19, n° 7 : « La convention de subordination en définitive n'est rien d'autre qu'une « cause légitime de préférence ». »

⁷⁴⁷ C. civ., art. 878.

⁷⁴⁸ Contrairement à ce qui a pu être soutenu au XIX^e siècle par un auteur qualifiant l'action du créancier successoral contre l'héritier d'action réelle sur les biens successoraux : M. LAFONTAINE, « D'une antinomie », *Rev. crit. lég. jur.* 1859, p. 334.

162. En somme, aucun lien conceptuel n'unit le gage général et l'égalité entre créanciers chirographaires. La distinction s'avère d'autant plus évidente en matière de procédures collectives, où le principe d'égalité des créanciers s'est étendu à une acception plus procédurale.

B.- LA DISTINCTION AVEC L'EGALITE ENTRE CREANCIERS INSCRITS A LA PROCEDURE COLLECTIVE

163. La dilution du principe d'égalité. – L'étude de la jurisprudence révèle que la référence au principe d'égalité entre les créanciers est cantonnée à un domaine bien précis, celui des procédures collectives⁷⁴⁹. La Cour de cassation a ainsi récemment affirmé que le principe d'égalité des créanciers ne s'appliquait « *qu'à compter de l'ouverture de la procédure collective* »⁷⁵⁰. Ce principe, constant depuis le XIX^e siècle, est utilisé par la jurisprudence de deux manières : soit dans un sens global, correspondant au principe directeur des procédures collectives selon lequel dès le jugement d'ouverture, tous les créanciers voient leurs poursuites individuelles paralysées et doivent se soumettre à la discipline collective de la procédure⁷⁵¹ ; soit dans un sens plus restreint, compris comme l'égalité entre les créanciers chirographaires au stade de la répartition des paiements⁷⁵².

164. Une acception différente de l'égalité entre créanciers. – Toutefois, l'évolution du droit positif, et plus précisément des procédures collectives, rend la notion de concours bien plus large que la conception égalitariste que l'on en a eue jusqu'ici. Alors qu'auparavant, seuls les créanciers chirographaires étaient soumis à l'obligation de produire leur créance à compter du jugement, l'article 40 de la loi du 19 juillet 1967 dispose désormais : « *À compter du jugement qui prononce le règlement judiciaire ou la liquidation des biens, tous les créanciers,*

⁷⁴⁹ De manière plus générale, Monsieur MORVAN relève que « *le concept d'égalité n'a accédé au rang de principe de droit privé qu'au prix d'une concrétisation aiguë de sa signification et d'une délimitation serrée de son domaine d'application. A l'heure actuelle, le concept pur d'égalité n'entre dans la composition d'un principe que dans le champ restreint d'une procédure collective, de la question des salaires ou d'une société par actions* » (P. MORVAN, *Le principe de droit privé*, préf. J.-L. Souriaux, éd. Panthéon-Assas, 1999, p. 290, n° 327).

⁷⁵⁰ Com., 8 mars 2017, n° 15-20288, Inédit.

⁷⁵¹ V. par ex. com., 11 mai 2010, n° 09-13106, Inédit : « [...] aucune considération ne peut justifier qu'à la faveur d'une simple clause, un créancier puisse être soustrait au principe d'égalité qui veut que tous les créanciers subissent dans les mêmes conditions les effets de la procédure collective s'agissant du paiement des dettes nées antérieurement à son ouverture [...] »

⁷⁵² F. POLLAUD-DULIAN, « Le principe d'égalité dans les procédures collectives », *JCP G* 1998, doct. 138., n° 21 s.

privilégiés ou non, y compris le Trésor public, doivent produire leurs créances entre les mains du syndic qui les vérifie. » De la même manière, les créanciers munis de sûretés réelles spéciales sont soumis à la suspension des poursuites individuelles à compter du jugement déclaratif⁷⁵³. De ces deux solutions, il résulte que « *l'égalité devant la procédure a [...] vu son champ d'application s'étendre à des créanciers non soumis à la règle du paiement au marc le franc* »⁷⁵⁴. Prendre en compte cette évolution suppose d'élargir la conception traditionnelle du concours et, partant, de donner une acception différente à l'égalité des créanciers : les créanciers n'ont, certes, pas tous les mêmes droits sur le patrimoine du débiteur, mais *ils sont égaux sur le plan procédural* en ce sens qu'ils « *doivent emprunter la même voie pour réaliser leur droit* »⁷⁵⁵. En somme, la procédure impose à tous les créanciers d'un même débiteur de partir de la même ligne de départ au même moment, bien qu'ils ne franchissent pas tous en même temps la ligne d'arrivée, « *l'expression « en concours » ne signifiant pas nécessairement « au marc le franc »* »⁷⁵⁶. Le principe d'égalité des créanciers en matière de procédure collective doit donc être entendu comme une « *égalité d'accès de tous les créanciers à leur gage commun* »⁷⁵⁷, partant une égalité à « *contenu procédural* »⁷⁵⁸. Assurément, l'égalité procédurale sert l'effectivité du gage général en imposant une discipline qui assure une répartition optimale de l'actif du débiteur, à l'abri des manœuvres de créanciers peu scrupuleux. Mais ce principe est-il pour autant une application – une conséquence – de la règle du gage général⁷⁵⁹ ? Il nous semble que, en droit commun comme en droit des entreprises en difficulté, le même souci de coordination des actions des créanciers innerve le principe d'égalité des créanciers, il est donc à rapprocher de l'article 2285, dont nous avons montré qu'il était conceptuellement distinct du gage général. Il n'en est pas pour autant l'application directe du principe du Code civil, puisque celui-ci n'est qu'une reprise du principe romain qui dirigeait les procédures collectives, de la *venditio bonorum* à la *distractio bonorum*. C'est donc plutôt l'égalité des créanciers du débiteur en faillite qui a influencé l'égalité des créanciers de droit commun – puisqu'elle l'a précédée

⁷⁵³ Ass. plén., 13 févr. 1976, D. 1976, p. 237, concl. R. SCHMELCK, note F. DERRIDA.

⁷⁵⁴ L. BOUGEROL-PRUD'HOMME, *op. cit.*, p. 38, n° 46.

⁷⁵⁵ L. BOUGEROL-PRUD'HOMME, *op. cit.*, p. 39, n° 49.

⁷⁵⁶ P. ANCEL, « L'exécution par la puissance publique », *RTD civ.* 1993, p. 139, n° 18.

⁷⁵⁷ M. SÉNÉCHAL, *L'effet réel de la procédure collective : essai sur la saisie collective du gage commun des créanciers*, préf. M.-H. Monsérié-Bon, Litec, 2002, p. 19, n° 9.

⁷⁵⁸ *Ibid.*

⁷⁵⁹ V. en ce sens F. POLLAUD-DULIAN, art. préc., n° 25 : « *Le droit de gage, l'assiette générale des droits des créanciers, en tant que titulaires de droits personnels, est bien conçu égalitairement, ce qui conduit notamment à réintégrer les éléments d'actifs qui en ont été distraits en période suspecte et à figer le passif à l'ouverture. Mais lorsqu'il s'agit de déterminer la vocation au paiement effectif, l'égalité qui est une égalité de traitement, suppose que l'on se trouve dans les mêmes conditions pour bénéficier des mêmes droits.* »

dans le temps –, et en ce sens il faut reconnaître à ce principe directeur des procédures collectives son caractère d'« *institution propre au droit de la "faillite"* »⁷⁶⁰.

165. Conclusion de la section 2. – Au terme de ces développements, une conclusion s'impose : le principe d'égalité entre les créanciers chirographaires, c'est-à-dire l'égalité qui s'applique en situation de concours entre créanciers au stade de la distribution du prix de la vente forcée, doit être tenu pour extérieur à la notion de gage général. Cette règle n'est pas consubstantielle au gage général, comme nous l'enseigne l'histoire, et comme le confirme le choix de législations étrangères qui, tout en consacrant le gage général, ont opté pour le système du privilège conféré au premier saisissant. Cette distinction conceptuelle s'avère, par ailleurs, utile afin de relier à la question de l'égalité entre les créanciers des mécanismes traditionnellement présentés comme intéressant le gage général. Pour autant, notre propos ne consiste pas à discuter la proximité de ces deux notions sur le plan pratique. Si elles sont habituellement présentées ensemble dans les manuels, c'est parce qu'elles structurent, toutes deux, la condition du créancier chirographaire. La même distinction doit être, enfin, opérée entre le gage général et l'égalité entre créanciers inscrits à une procédure collective, puisque cette règle issue du droit romain a elle-même inspiré le principe d'égalité entre les créanciers chirographaires.

166. Conclusion du chapitre 1. – L'aspect commun du gage général est bien une caractéristique de cette garantie. Il a été démontré qu'en tant que garantie conférée à tout créancier, et grevant le patrimoine de tout débiteur, il constitue une partie intégrante de l'obligation. Sur le plan conceptuel, le gage général est le cœur de la symbolique de l'obligation et de sa fonction économique. Sur le plan technique, il est la modalité d'exécution de base de l'obligation, quel que soit son objet, ce qui en fait un élément indispensable à la qualification d'obligation. Il faut donc en conclure que le gage général ne confère pas de droit supplémentaire

⁷⁶⁰ M. SÉNÉCHAL, *op. cit.*, p. 17, n° 7 : « [...] la saisie du bien du débiteur en vertu du droit de gage général n'existe pas moins dans les procédures civiles d'exécution que dans les procédures collectives. Le droit de gage général ne peut donc pas rendre compte à lui seul d'institutions propres au droit de la "faillite" comme les nullités de la période suspecte ou l'arrêt des poursuites individuelles. Ces institutions sont des manifestations du caractère collectif de la procédure. » ; Adde F. POLLAUD-DULIAN, art. préc., n° 12 : « C'est que l'égalité est également un principe fonctionnel, lié au caractère collectif de la procédure. Cela explique que le même principe n'ait pas été retenu dans le traitement du surendettement des particuliers, en l'absence d'un caractère vraiment collectif de la procédure... » ; M.-J. REYMOND DE GENTILE, *Le principe de l'égalité entre les créanciers chirographaires et la loi du 13 juillet 1967*, préf. G. Lagarde, Bibliothèque de droit commercial, t. 25, Sirey, 1973, p. 1, n° I : « Le marc le franc n'est certes pas spécifique de la faillite. On le trouve dans toute procédure de distribution par contribution. [...] Ce qui, en revanche, est spécifique de la faillite, c'est le renforcement de l'idée d'égalité par le caractère collectif de la « saisie » : tous les biens sont immobilisés, tous les créanciers sont rassemblés afin que le paiement ne soit pas le prix de la course. »

au créancier, et qu'il constitue bien plutôt une caractéristique du droit personnel. Mais il est nécessaire de circonscrire le sens qui est donné à son caractère commun. À ce titre, il a été réfuté tout lien conceptuel entre le gage général et l'égalité entre créanciers chirographaires. Le gage général ne préjuge pas de la règle à appliquer en cas de concours entre créanciers au stade de la distribution. Un détour par l'histoire et par le droit comparé permet de s'apercevoir que l'égalité entre créanciers chirographaires n'est pas un principe déduit du gage général, il en est distinct. L'identification de la notion doit être poursuivie, en mettant en exergue la seconde caractéristique de cette garantie.

CHAPITRE 2 : UNE GARANTIE AFFECTANT UN ENSEMBLE DE BIENS

167. Le caractère commun que présente le gage général, nécessaire afin de capter l'essence de cette notion, ne suffit pas pour délimiter cette dernière. En effet, il ne s'agit pas de la seule garantie reconnue à tout titulaire d'un droit de créance aux fins de pallier l'inexécution du débiteur. C'est précisément sur ce point que l'analyse dualiste de l'obligation, comme nous l'avons vu, s'est avérée insatisfaisante dans l'identification du gage général : en faisant de la contrainte une des deux composantes de l'obligation, une telle analyse en vient à fondre dans une catégorie des prérogatives reconnues au créancier dont la nature et le régime diffèrent⁷⁶¹. Un second critère permet, à notre sens, d'isoler le gage général parmi ces différentes garanties de l'obligation. Le gage général a pour caractéristique d'affecter un ensemble de biens à la satisfaction du créancier. Avant de montrer que cette assiette de garantie est caractéristique du gage général (Section 2), il convient d'établir la spécificité de la technique de garantie du gage général par rapport à des mécanismes voisins (Section 1).

⁷⁶¹ V. *supra*, n° 36.

SECTION 1 : UNE TECHNIQUE DE GARANTIE SPECIFIQUE

168. Si la qualification de garantie à l'égard du gage général est tout à fait pertinente, elle ne suffit pas à distinguer ce dernier d'autres mécanismes protecteurs de l'obligation. L'originalité du gage général réside dans la technique par laquelle il protège le droit du créancier : *c'est exclusivement sur l'assiette du gage – une universalité de droit – que portent toutes les prérogatives contenues dans le gage général, dont elles visent à protéger la valeur ou à la réaliser.* Voilà le critère qui permet, d'une part, de distinguer le gage général d'autres prérogatives du créancier (I) et, d'autre part, d'identifier les véritables attributs du gage général, qui en constituent autant de manifestations (II).

I. UN CRITERE DISTINCTIF DU GAGE GENERAL

169. Le critère selon lequel le gage général garantit l'exécution de l'obligation en donnant au créancier une emprise sur un patrimoine du débiteur permet de le distinguer parmi d'autres prérogatives du créancier avec lesquelles le gage général a pourtant pu être associé. Il convient de revenir sur ces différentes notions que sont la compensation (A), l'action directe (B), le droit de rétention (C) et l'action en responsabilité pour insuffisance d'actif (D) afin de démontrer que chacune garantit le paiement du créancier par un mécanisme distinct de celui du gage général.

A.- LA DISTINCTION AVEC LA COMPENSATION

170. La thèse de la compensation analysée comme une saisie. – La compensation est présentée avant tout comme un *mode d'extinction des obligations* de personnes liées réciproquement, comme le confirme la lecture de l'article 1347 du Code civil. Dans l'analyse de ce mécanisme et de sa fonction évidente de garantie, certains auteurs ont comparé la compensation à un pouvoir conféré à chaque partie de s'approprier la créance de l'autre⁷⁶². Approfondissant ce raisonnement, Monsieur JULIENNE a conçu la compensation en partie

⁷⁶² F. TERRÉ, Ph. SIMLER, Y. LEQUETTE, F. CHÉNEDÉ, *Droit civil – Les obligations*, 12^e éd., coll. Précis, Dalloz, 2018, p. 1750-1751, n° 1678 ; J. FRANÇOIS, *Traité de droit civil*, t. IV, *Les obligations – Régime général*, 4^e éd., coll. Corpus Droit privé, Economica, 2017, p. 64, n° 65.

comme une saisie de créance⁷⁶³. Pour étayer sa thèse, l'auteur se prévaut notamment de l'impossibilité, sans le consentement du créancier, de compenser des créances insaisissables⁷⁶⁴. Cette qualification lui permet ainsi de considérer, au sein de l'opération de nantissement, le débiteur comme un tiers entrant en conflit avec le créancier nanti pour l'acquisition de la créance nantie, et de le soumettre ainsi à l'article 2361 du Code civil⁷⁶⁵. Qualifier la compensation de saisie⁷⁶⁶ devrait ainsi, en toute rigueur, faire de la compensation un attribut du gage général, l'une de ses manifestations. Cette analyse nous semble cependant contestable.

171. Un mécanisme moins créateur qu'extinctif. – Il convient, d'abord, de remarquer que même si cette explication peut susciter l'intérêt, elle se heurtera toujours au droit positif qui ne retient pas la compensation parmi les procédures civiles d'exécution. Si la compensation était une saisie *stricto sensu*, elle devrait en effet être pratiquée par un huissier de justice, seul habilité à procéder à ces mesures⁷⁶⁷. Cette absence de la compensation parmi les procédures civiles d'exécution s'explique par le fait qu'à la différence d'une saisie, la compensation ne sollicite à aucun moment l'assiette de garantie du créancier. Elle « traduit moins une appropriation de la créance de l'autre partie qu'un dénouement du lien obligatoire, par disparition »⁷⁶⁸. Il nous semble, en effet, abusif de considérer la compensation comme une appropriation de créance, donc comme étant une opération créatrice. Une telle analyse revient à complexifier un mécanisme censé précisément simplifier le dénouement de la relation juridique entre deux personnes tenues l'une envers l'autre. Il est bien plus fidèle à l'esprit de ce mécanisme destiné, selon les mots de POTHIER, à « éviter[r] un circuit inutile »⁷⁶⁹, de concevoir la compensation

⁷⁶³ M. JULIENNE, *Le nantissement de créance*, préf. L. Aynès, coll. Recherches juridiques, Economica, 2012, p. 68, n° 95, cet auteur estimant que la compensation a « un double visage, en ce qu'elle tient autant de l'exécution de sa dette par un débiteur que de la saisie d'une créance par ce dernier, agissant alors en qualité de créancier ».

⁷⁶⁴ C. civ., art. 1347-2.

⁷⁶⁵ M. JULIENNE, *op. cit.*, p. 70 s., n° 99 s.

⁷⁶⁶ Retenant également cette analyse : L. AYNÈS, note sous civ. 1^{re}, 5 févr. 2009, *D.* 2009, p. 842, n° 14 ; P. AMSELEK, « La compensation entre les dettes et les créances des personnes publiques », *RDP* 1988, p. 1485, rééd. in P. AMSELEK, *Études de droit public*, préf. Y. Gaudemet, éd. Panthéon-Assas, 2009, p. 547 s., spéc. p. 574.

⁷⁶⁷ CPCE, art. L. 122-1.

⁷⁶⁸ D. R. MARTIN, L. ANDREU, *JCl. Civil code*, art. 1347 à 1348-2, Fasc. 10 : *Régime général des obligations. – Compensation. – Conditions de la compensation*, mars 2017 (actualisation août 2019), n° 4.

⁷⁶⁹ R.-J. POTHIER, *Traité des obligations*, rééd. Dalloz, 2011, p. 309, n° 623.

comme une « *soustraction juridique* »⁷⁷⁰, donc comme un mécanisme purement extinctif⁷⁷¹. De surcroît, le traitement de la compensation comme une saisie n'est en rien nécessaire à l'explication de son régime : l'impossibilité de compenser des créances insaisissables est seulement une faveur qu'accorde le législateur au débiteur, qui est *identique* à celle qui motive l'impossibilité de saisir ces mêmes créances⁷⁷².

B.- LA DISTINCTION AVEC L'ACTION DIRECTE

172. Présentation ponctuelle de l'action directe comme un attribut du gage général. – Il n'est pas rare que l'action directe soit incluse parmi les attributs du gage général en doctrine⁷⁷³ ou dans certaines législations étrangères⁷⁷⁴. Cette présentation, jamais justifiée à notre connaissance, peut s'expliquer par la fonction de garantie de la créance que partagent le gage général et l'action directe. La technique que cette dernière sollicite pour procurer le paiement au créancier est toutefois bien différente de celle mobilisée par le gage général.

173. Une garantie créant un droit propre au profit du créancier. – L'action directe est censée permettre au créancier d'« *agir directement en paiement de sa créance contre un*

⁷⁷⁰ H., L., J. MAZEAUD, *Leçons de droit civil*, t. II, vol. 1, *Obligations – Théorie générale*, 9^e éd. par F. CHABAS, Montchrestien, 1998, p. 1182, n° 1142.

⁷⁷¹ Rapp. C. JUILLET, *Les accessoires de la créance*, préf. C. Larroumet, coll. Doctorat & Notariat, t. 37, Defrénois, 2009, p. 108, n° 174 : « *La compensation n'ajoute rien aux prérogatives du créancier. Elle n'est qu'un mode d'extinction des obligations [...].* » ; Ph. THÉRY, « Variations sur le droit de poursuite du créancier » in *Mélanges en l'honneur du professeur Laurent Aynès – Liberté, justesse, autorité*, LGDJ, 2019, p. 471 s., spéc. p. 482 : « [...] *il s'agit d'un mécanisme extinctif étranger au droit de poursuite, qui constitue davantage une dispense de paiement qu'un double paiement [...].* »

⁷⁷² « *Ainsi, la règle de l'impossible saisie ou compensation des créances insaisissables pourrait traduire la volonté du législateur d'assurer le paiement effectif de ces dettes, résultat que contrediraient tant l'admission d'une saisie que celle d'une compensation, lesquelles doivent donc se trouver empêchées, par identité de motifs.* » (D. R. MARTIN, L. ANDREU, *op. cit.*, n° 4)

⁷⁷³ M. RAIMON, *Le principe de l'unité du patrimoine en droit international privé – Etude des nationalisations, des faillites et des successions internationales*, préf. G. Khairallah, Bibliothèque de droit privé, t. 359, LGDJ, 2002, p. 53, n° 102 qui mentionne « *les actions protectrices du droit de gage général, c'est-à-dire l'action paulienne, l'action oblique ou les actions directes* » ; Ph. DELEBECQUE, F.-J. PANSIER, *Droit des obligations – Régime général*, 8^e éd., Objectif droit – Cours, LexisNexis, 2016, p. 79-80, n° 81 : Les auteurs traitent des actions oblique, paulienne et directe regroupées par la réforme de 2016 et dont les dispositions « *s'inscrivent dans le prolongement des articles 2284 et 2285 du Code civil [...]. Elles auraient donc leur place dans les articles 2286 et suivants, si ces derniers articles n'étaient pas déjà consacrés à d'autres prérogatives des créanciers* ». Lors de l'annonce du plan, les auteurs énoncent que parmi les mesures conservatoires, outre l'action oblique et l'action paulienne, « *les actions en déclaration et les actions directes sont de la même veine* » (*op. cit.*, p. 80, n° 81) ; L. TRANCHANT, V. ÉGÉA, *Droit des obligations*, 24^e éd., coll. Les mémentos, Dalloz, 2020, p. 227.

⁷⁷⁴ Ainsi le Code des obligations civiles et commerciales sénégalais, dans une section consacrée aux « *droits du créancier sur le patrimoine du débiteur* » (Livre II, Titre I, Chapitre II, Section II), envisage l'action directe (art. 204).

débiteur de son débiteur »⁷⁷⁵. Contrairement à l'action oblique qui permet également d'agir contre le débiteur de son débiteur mais dont le produit tombe dans le patrimoine de celui-ci – raison pour laquelle cette dernière est parfois qualifiée d'action « indirecte »⁷⁷⁶ –, l'action directe a pour effet immédiat le paiement⁷⁷⁷. Un tel effet évoque celui de la saisie-attribution⁷⁷⁸, qui procure au créancier de manière exclusive⁷⁷⁹ la propriété d'une créance de son débiteur et *in fine* le paiement de la créance par le sous-débiteur. Il faut néanmoins distinguer ces deux institutions. Tout d'abord, l'action directe n'est pas une procédure civile d'exécution et, par

⁷⁷⁵ C. civ., art. 1341-3. Précisons qu'il ne s'agit que d'une sorte d'action directe, qui ne visent pas toutes le paiement.

⁷⁷⁶ V. par ex. L. DULEY, *De la détermination des droits et actions que le créancier est susceptible d'exercer par voie oblique*, th. Dijon, 1935, *passim*.

⁷⁷⁷ F. ROUVIÈRE, « L'obligation comme garantie », *RTD civ.* 2011, p. 1 s., spéc. p. 17, n° 23 : « [...] l'action directe, au lieu de se contenter d'être conservatoire, va tarir le risque d'insolvabilité à la source en permettant directement au créancier d'être satisfait. Ce n'est plus l'assiette de la garantie qui est en cause, mais son objet. »

⁷⁷⁸ L. JOSSERAND, *Cours de droit civil positif français*, t. II, *Théorie générale des obligations – Les principaux contrats du droit civil – Les sûretés*, 3^e éd., Sirey, 1939, p. 972, n° 1602 : « [...] l'action directe est autrement dérogoratoire aux principes généraux ; grâce à elle, le créancier saisit un bien qui n'est pas dans le patrimoine de son débiteur, mais celui du débiteur de celui-ci, dans celui d'un sous-débiteur ; par elle, on voit se prolonger le droit de gage de l'article 2092, qui, dépassant ses limites naturelles, va frapper un bien situé dans un tiers patrimoine [...] ; l'action directe est un procédé de paiement, une sorte de voie d'exécution, donc tout autre chose qu'un privilège. »

⁷⁷⁹ Comp. P. CROCQ, *Propriété et garantie*, préf. M. Gobert, Bibliothèque de droit privé, t. 248, LGDJ, 1995, p. 256, n° 303 : « Le caractère exclusif d'un droit signifie non pas que seul le titulaire du droit peut exercer celui-ci (ce caractère est commun à l'ensemble des droits subjectifs et en ce sens tous les droits devraient être qualifiés d'exclusifs ce qui ôterait tout intérêt à la notion d'exclusivité) mais que le titulaire du droit est seul à jouir de toutes les prérogatives reconnues par la loi sur l'objet du droit. L'exclusivité, en ce sens, est la plénitude de pouvoir caractéristique du droit de propriété. C'est parce que le propriétaire n'a aucun droit à faire valoir contre autrui que l'on peut qualifier son droit d'exclusif et c'est aussi cette absence de rapport juridique avec autrui qui donne au propriétaire sa maîtrise du bien, sa plénitude de pouvoirs. [...] Dire que l'action directe est un droit exclusif supposerait qu'aucun autre que son titulaire n'ait de prérogatives sur la créance concernée. Or, ceci et inexact puisque la créance appartient au débiteur : son droit existe même son exercice est paralysé par l'indisponibilité. En outre, figurant dans le patrimoine du débiteur, la créance fait bien partie de l'objet du droit de gage général des créanciers même si ceux-ci ne peuvent l'exercer. [...] Nous sommes donc bien dans une hypothèse de concours et il serait plus juste de parler de préférence absolue que d'exclusivité. » L'auteur considère que ce raisonnement peut être transposé à la saisie-attribution (p. 12, n° 11). Cette analyse est contestable, et il suffit d'un exemple pour s'en rendre compte : lorsqu'une victime exerce une action directe contre l'assureur de responsabilité de son débiteur, et que ce dernier est en procédure collective, la jurisprudence décide de manière constante que le créancier n'a pas à respecter les formalités de déclaration des créances : « La victime d'un dommage a un droit exclusif sur l'indemnité due par l'assureur de l'auteur responsable du dommage et n'est pas tenue, dès lors, de se soumettre à la procédure de vérification de sa créance pour faire reconnaître dans son principe et dans son étendue la responsabilité de l'assuré en redressement ou en liquidation judiciaire et demander paiement à l'assureur par voie d'action directe. » (ch. mixte, 15 juin 1979, *Bull. mixte*, n° 2 ; *D.* 1979, p. 561, note F. DERRIDA ; *RGAT* 1979, p. 364, note BESSON) Comme le précise Monsieur BEIGNIER, le droit de la victime « ne porte que sur l'indemnité due par l'assureur et non sur le patrimoine de l'assuré seul assujéti à la procédure collective puisque unique gage des créanciers » (B. BEIGNIER, *Droit des assurances*, coll. Domat droit privé, Montchrestien, 2011, p. 682, n° 574). Autrement dit, contrairement à ce qu'avait soutenu Pierre CROCQ, la créance « ne tombe pas dans le patrimoine du débiteur » (civ. 1^{re}, 21 janv. 1997, n° 94-16157, *Bull. civ.* I, n° 27 ; *Deffrénois* 1997, p. 741, note Ph. DELEBECQUE) dès lors il n'y pas de concours, l'expression d'exclusivité étant donc justifiée.

suite, ne nécessite pas l'obtention d'un titre exécutoire⁷⁸⁰ ni la mise en œuvre d'une contrainte pratiquée par la voie d'un huissier de justice. En outre, la technique de l'action directe paraît similaire à celle de la saisie-attribution mais est, en réalité, bien différente : là où la saisie-attribution procède à un transfert de propriété de la créance du patrimoine du débiteur intermédiaire vers le patrimoine de son créancier, l'action directe n'a pas cet effet translatif, elle rend le bénéficiaire titulaire de la sous-crédance dès sa naissance⁷⁸¹. L'action directe ne mobilise donc pas le patrimoine du débiteur gage du créancier, elle « *permet au créancier de passer par-dessus la tête de son débiteur* »⁷⁸² en exerçant un droit propre. C'est cette particularité qui explique que certaines exceptions sont inopposables par le sous-débiteur, alors qu'elles le seraient si le créancier pratiquait une saisie-attribution puisqu'il ne dispose pas de plus de droits que son débiteur⁷⁸³, mais aussi que l'ouverture d'une procédure collective contre le débiteur intermédiaire est sans incidence sur l'exercice par le créancier de son action directe contre le sous-débiteur⁷⁸⁴.

174. Une garantie exorbitante du droit commun. – L'autre élément permettant de dénier toute affiliation de l'action directe au mécanisme du gage général réside dans le caractère restrictif de l'action directe⁷⁸⁵. Pour poursuivre le parallèle avec la saisie-attribution, cette

⁷⁸⁰ Pour l'action directe exercée contre l'assureur de responsabilité, la créance à l'égard du débiteur intermédiaire n'a même pas besoin d'être exigible, puisque c'est son principe même : elle suppose d'établir la responsabilité de l'assuré (F. GRÉAU, *Rép. civ.*, v° *Actions directes*, oct. 2019, n° 121).

⁷⁸¹ H., L., J. MAZEAUD, F. CHABAS, *Leçons de droit civil*, t. II, vol. 1, *Obligations – Théorie générale*, 9^e éd., Montchrestien, 1998, p. 915, n° 803 : « *La créance du tiers contre le débiteur de son débiteur, naissant directement sur sa tête, ne tombe pas dans le patrimoine de son débiteur, et, par conséquent, ne sera pas le gage des autres créanciers de son débiteur.* » ; F. ZENATI-CASTAING, T. REVET, *Cours de droit civil – Obligations – Régime*, coll. Droit fondamental, PUF, 2013, p. 297, n° 169 : Retenant une analyse originale de l'action directe en y voyant une acquisition de la sous-crédance par accession, les auteurs soulignent que « *dans l'analyse ici retenue, basée sur l'accession, il n'y a pas d'expropriation ; l'acquisition par le créancier de la sous-crédance se fait dès sa naissance* ». Mettant également en exergue le caractère propre du droit du titulaire de l'action directe, un auteur a expliqué le mécanisme de l'action directe à l'aune de l'analyse dualiste de l'obligation, estimant « *un nouveau lien d'obligation est créé par la loi entre le sous-débiteur et le créancier direct, lien qui permet au second d'agir en exécution contre le premier, et qui a pour objet la dette même du sous-débiteur envers le débiteur intermédiaire. [...] Le droit du créancier direct résulterait alors d'une obligatio nouvelle, empruntant son debitum à l'obligation liant le sous-débiteur au débiteur intermédiaire* » (L. BOUGEROL-PRUD'HOMME, *Exclusivité et garanties de paiement*, préf. P. Crocq, Bibliothèque de droit privé, t. 538, LGDJ, 2012, p. 300-301, n° 345).

⁷⁸² H., L., J. MAZEAUD, F. CHABAS, *op. cit.*, p. 914, n° 802.

⁷⁸³ J. GHESTIN, C. JAMIN, M. BILLIAU, *Traité de droit civil – Les effets du contrat*, 3^e éd., LGDJ, 2001, p. 1206, n° 1122.

⁷⁸⁴ Ch. mixte, 15 juin 1979, *Bull. civ.*, n° 1 et 2 ; D. 1979, p. 561, note F. DERRIDA et obs. A. HONORAT ; RGAT 1979, p. 364, concl. H. TOUBAS, note A. BESSON – Com., 28 oct. 1997, n° 95-20318, *Bull. civ.* IV, n° 294 ; D. 1998, somm. p. 142, obs. J. BONNARD ; LPA 20 août 1999, p. 20, note G. TEILLIAIS.

⁷⁸⁵ V. déjà A. ROUAST, note sous civ., 29 oct. 1929, DP 1930, 1, p. 33 s., spéc. p. 34 : « *L'action directe est une mesure protectrice contre l'insolvabilité du débiteur, qui met le créancier à l'abri des faits et gestes de celui-ci, en lui donnant même une situation privilégiée, puisqu'elle n'est accordée qu'à un seul créancier, en quoi elle diffère de la saisie-arrêt.* »

dernière peut être exercée par *tout créancier*, mais elle permet aussi au créancier d'appréhender *toute créance* dans le patrimoine du débiteur ; alors que l'action directe autorise seulement une certaine catégorie de créanciers à exercer leur droit sur une créance spécifique – car connexe – appartenant au débiteur⁷⁸⁶. Cette action – bien qu'il soit plus correct de parler de droit subjectif puisque le créancier n'a pas besoin d'introduire une demande en justice – serait donc plutôt à rapprocher d'une sûreté⁷⁸⁷ conférant l'exclusivité sur son objet, et à réalisation privée puisque le créancier ne passe pas par les voies d'exécution pour obtenir l'objet de la créance⁷⁸⁸. Pour cette raison, l'action directe doit être considérée comme une prérogative exceptionnelle du créancier⁷⁸⁹, constituant un droit *supplémentaire* au droit de créance⁷⁹⁰. L'action directe n'est donc ni une garantie commune, ni une garantie portant sur le patrimoine du débiteur, et doit ainsi être distinguée du gage général.

⁷⁸⁶ J. FRANÇOIS, *Traité de droit civil*, t. IV, *Les obligations – Régime général*, 4^e éd., coll. Corpus droit privé, Economica, 2017, p. 440, n° 445 : « [...] dans tous les cas, l'action directe est affectée au service d'une créance déterminée du bénéficiaire afin de lui ménager un paiement préférentiel et même hors concours. L'action directe se distingue en cela des voies d'exécution et en particulier de la saisie-attribution des créances qui assure la mise en œuvre du droit de gage général appartenant à tous les créanciers sur le patrimoine de leur débiteur. » ; W. DROSS, *JCl. Civil Code*, art. 1341-3, *Régime général des obligations. – Actions ouvertes au créancier. – Actions directes*, nov. 2016 (actualisation août 2019), n° 27. Nous excluons donc des actions directes celles qui sont parfois qualifiées d'« actions directes générales », comme l'avis à tiers détenteur. Cette dernière est en réalité une saisie-attribution avec un régime adapté à son titulaire, le Trésor public.

⁷⁸⁷ V. en ce sens P. CROCQ, *op. cit.*, p. 234-235, note 4 : « [L'action directe] améliore spécifiquement la situation de son bénéficiaire en remédiant aux insuffisances de son droit de gage général, qui ne lui confère qu'une action oblique dénuée de droit de préférence [...]. Elle n'est pas une source de profit, la créance du bénéficiaire étant la mesure de l'action directe [...]. Elle entraîne lors de sa mise en œuvre, si le sous-débiteur est solvable et s'acquitte de sa dette entre les mains du créancier [...], l'extinction totale ou partielle de la créance. Elle repose sur l'affectation, avec ou sans immobilisation, de la créance du débiteur intermédiaire à la satisfaction du créancier et confère au bénéficiaire un droit d'agir en paiement, ajouté par la loi à ses droits résultant normalement du contrat de base, droit d'agir qui est accessoire, mais non subsidiaire, de son droit de créance [...]. L'action directe est, dès lors, sans conteste une sûreté. »

⁷⁸⁸ M. COZIAN, *L'action directe*, préf. A. Ponsard, Bibliothèque de droit privé, t. 92, LGDJ, 1969, p. 291, n° 480 : « L'action directe est donc une sûreté d'un type original, de réalisation commode, puisqu'elle est exercée en dehors du contrôle de la justice, et d'une efficacité renforcée, car elle prime en fait les privilèges. » ; J. FRANÇOIS, *op. cit.*, p. 436, n° 442 ; Comp. W. DROSS, *op. cit.*, n° 25 : « Reste qu'une sûreté réelle n'a de sens et ne peut être mise en œuvre que dans le cadre d'une voie d'exécution à l'encontre du débiteur. Or la mise en jeu de l'action directe ne nécessite nullement d'une telle mesure : le créancier peut s'adresser directement au sous-débiteur, sans avoir à saisir la créance dans le patrimoine du débiteur intermédiaire et sans disposer d'un titre exécutoire. C'est cette différence qui permet de condamner toute assimilation entre l'action directe et un privilège ou une sûreté. »

⁷⁸⁹ Rapp. J. FRANÇOIS, *op. cit.*, p. 437, n° 443 : « L'action directe [...] représente un mécanisme exorbitant du droit commun. » ; J. FLOUR, J.-L. AUBERT, É. SAVAUX, *Droit civil – Les obligations*, 3. *Le rapport d'obligation*, 9^e éd., coll. Université, Sirey, 2015, p. 105, n° 106 : « L'action directe est donc, en définitive, un mode extraordinaire d'exécution privilégiée accordé à certains droits de créance [...]. »

⁷⁹⁰ C. JUILLET, *Les accessoires de la créance*, préf. C. Larroumet, coll. Doctorat & Notariat, t. 37, Defrénois, 2009, p. 194, n° 324 ; G. FOREST, *Essai sur la notion d'obligation en droit privé*, préf. F. Leduc, Nouvelle bibliothèque de thèses, vol. 116, Dalloz, 2012, p. 298 s., n° 419 s., spéc. p. 300, n° 420. Son introduction dans le Code civil à l'article 1341-3, au sein d'un chapitre consacré aux actions ouvertes au créancier suggère toutefois que l'action directe est seulement une manifestation du droit du créancier à l'exécution de l'obligation.

C.- LA DISTINCTION AVEC LE DROIT DE RÉTENTION

175. La thèse du rattachement du droit de rétention au gage général. – Faculté reconnue à un créancier de détenir un bien appartenant à son débiteur et d'en refuser la restitution tant qu'il n'a pas été payé, le droit de rétention est une institution originale, dont le fondement est au moins aussi insaisissable que celui de l'action directe. Si, le plus souvent, le droit de rétention a été rapproché de l'exception d'inexécution, de la compensation, ou encore des sûretés réelles, la question de son rattachement au gage général peut tout de même se poser ; un moyen de pression octroyé à un créancier sur l'un des biens de son débiteur ne peut-il se justifier par la garantie que le premier a sur le patrimoine du second ? C'est ce que BONNECASE a prétendu, considérant le droit de rétention et sa généralisation comme une des démonstrations selon laquelle le droit du créancier chirographaire ne porte pas sur le patrimoine considéré dans son ensemble de manière abstraite, mais sur des éléments individualisés du patrimoine :

« [Le droit de rétention] contribue à montrer ce que présente de vain l'affirmation consistant à soutenir que le créancier chirographaire ignore les éléments concrets du patrimoine de son débiteur. Il les ignore si peu que dans des hypothèses chaque jour plus nombreuses, son droit se fixe sous la forme d'un droit de rétention sur un objet particulier de ce patrimoine. »⁷⁹¹

Cette thèse selon laquelle « le droit de rétention correspond à la notion de créance chirographaire à gage individualisé »⁷⁹² peut trouver du crédit dans l'emplacement qui a été choisi par le législateur pour consacrer textuellement le droit de rétention comme institution unitaire en 2006 : l'article 2286, placé à la suite des dispositions énonçant la règle du gage général⁷⁹³. Elle est à rapprocher du raisonnement tenu par la Cour administrative d'appel de Paris dans un arrêt dans lequel elle a opposé le principe d'insaisissabilité des biens publics à la rétention de marchandises par un cocontractant de l'administration en qualifiant cette mesure

⁷⁹¹ J. BONNECASE, *Supplément au Traité théorique et pratique de droit civil de G. Baudry-Lacantinerie*, t. III, Sirey, 1926, p. 754, n° 369.

⁷⁹² J. BONNECASE, *Précis de droit civil*, t. II, 2^e éd., A. Rousseau, 1939, p. 142, n° 103.

⁷⁹³ Le choix de l'emplacement est encore plus explicite dans certaines législations étrangères, où le droit de rétention est envisagé parmi les attributs du gage général. C'est le cas du Code des obligations libanais (art. 272 s.) et du Code civil algérien (art. 200 s.).

de voie d'exécution⁷⁹⁴. Le rapprochement du droit de rétention avec les voies d'exécution est également effectué par certains auteurs⁷⁹⁵, ce qui en ferait une modalité de réalisation du gage général.

176. Une garantie à distinguer d'une voie d'exécution. – L'analyse du droit de rétention en une voie d'exécution exercée par le créancier sur un des biens du débiteur en sa détention et composant son gage général doit, selon nous, être écartée. D'abord, comme pour la compensation et l'action directe, le droit de rétention n'est pas, formellement, une procédure civile d'exécution⁷⁹⁶. C'est même tout le contraire d'une « procédure », en ce qu'elle constitue une manifestation de contrainte privée⁷⁹⁷ opérant par la « *force d'inertie* »⁷⁹⁸ du créancier, qui n'agit pas mais refuse simplement de restituer le bien du débiteur qu'il détient⁷⁹⁹. Le droit de rétention n'est donc pas *stricto sensu* une voie d'exécution. Sa technique de garantie de la créance est également bien différente de celle qui caractérise le gage général.

177. Une garantie indifférente à l'assiette du gage général du créancier. – Lorsque le créancier impayé retient un bien de son débiteur, ce n'est nullement dans le but de sauvegarder la valeur de son gage. La protection ou la réalisation du gage général n'est, en effet, pas la finalité du droit de rétention. Celui-ci est exclusivement destiné à obtenir le paiement du

⁷⁹⁴ CAA Paris, 14 oct. 2008, *Fonds de développement des archipels*, n° 06PA03339, *Rec. Lebon ; Contrats Marchés publ.* 2008, p. 17, note G. ECKERT : « [...] le principe d'insaisissabilité des biens des personnes publiques s'oppose à ce que la société entrepôts et magasins généraux de Tahiti ait pu régulièrement faire usage des voies d'exécution ouvertes par l'article 1948 du code civil précité pour contraindre le fonds d'entraide aux îles qui, de par son statut d'établissement public industriel et commercial, est une personne publique, au paiement des prestations correspondant à l'entreposage des matériaux lui appartenant pour la période allant du mois d'août 2005 au mois d'août 2006 [...] »

⁷⁹⁵ P. CROCQ, obs. sur CE, 2 juill. 2003, *RTD civ.* 2004, p. 328 : « [Le droit de rétention] se trouve à mi-chemin entre la saisie-conservatoire (car ce n'est qu'un mécanisme d'attente) et la saisie-attribution (car il confère au créancier une situation d'exclusivité sans, pour autant, lui attribuer la propriété du bien retenu et sans lui conférer le moindre droit d'agir. »

⁷⁹⁶ Tout au plus pourrait-on parler d'une voie d'exécution privée : sur cette qualification, v. A. AYNÈS, *Le droit de rétention – Unité ou pluralité*, préf. C. Larroumet, coll. Recherches juridiques, Economica, 2005, p. 29 s., n° 33 s.

⁷⁹⁷ V. not. R. DEMOGUE, *Les notions fondamentales du droit privé – Essai critique*, A. Rousseau, 1912, p. 643-644.

⁷⁹⁸ L. JOSSERAND, *Cours de droit civil positif français*, t. II, *Théorie générale des obligations – Les principaux contrats du droit civil – Les sûretés*, 3^e éd., Sirey, 1939, p. 898, n° 1471.

⁷⁹⁹ Aussi le droit de rétention a-t-il été considéré, pour cette raison, comme une mesure fruste dont l'efficacité illustrerait une tendance régressive du droit contemporain. V. B. OPPETIT, « Les tendances régressives du droit contemporain » in *Mélanges dédiés à Dominique Holleaux*, Litec, 1990, p. 317 s., spéc. p. 321 : « [...] un créancier ne peut plus guère tirer la sauvegarde certaine de ses droits que d'une situation de force à l'égard de son débiteur (la *pignoris capio* de l'ancien droit romain, qui n'est qu'une véritable voie de fait) : est-ce cela le progrès ? »

débiteur sous la pression imposée par le créancier rétenteur⁸⁰⁰, il « *ne confère pas le jus distrahendi* »⁸⁰¹. Ainsi, à la différence d'une voie d'exécution⁸⁰², il n'est pas exigé que la valeur du bien retenu soit proportionnée par rapport à la valeur de la créance du rétenteur. Cette fonction rudimentaire de levier de pression explique également que le rétenteur, face à l'absence de réaction du débiteur, soit incité à procéder à la saisie du bien qu'il retient, pour vaincre l'inertie du débiteur en obtenant le cas échéant la vente du bien et, *in fine*, le paiement de sa créance. Dans cette situation, le droit de rétention s'éteint pour que le bien soit mis sous main de justice⁸⁰³.

178. Le droit de rétention, une voie de fait. – Le pouvoir que tire le créancier du droit de rétention ne provient donc pas du gage général dont il est titulaire sur le patrimoine du débiteur. Il ne semble, pas non plus, de manière générale, être un véritable droit subjectif, notamment un droit réel⁸⁰⁴ puisqu'aucun lien de droit n'est créé entre le rétenteur et la chose⁸⁰⁵ et, dès lors, aucun pouvoir d'action n'est reconnu au rétenteur⁸⁰⁶. Cette faculté provient, en réalité, simplement d'un « *fait brut* »⁸⁰⁷ : puisque le pouvoir du rétenteur s'évanouit dès lors qu'il perd la détention du bien, c'est que son pouvoir dépend exclusivement de la situation de fait, c'est-à-dire de la détention du bien.

⁸⁰⁰ Raison pour laquelle le droit de rétention a été assimilé à une exception d'inexécution (C. AUBRY, C. RAU, *Cours de droit civil français d'après la méthode de Zachariae*, t. IV, 6^e éd. par E. BARTIN, Éd. techniques, 1942, p. 120, § 302, note 90 bis).

⁸⁰¹ C. BRENNER, *L'acte conservatoire*, préf. P. Catala, Bibliothèque de droit privé, t. 323, LGDJ, 1999, p. 81, n° 136.

⁸⁰² V. *infra*, n° 215.

⁸⁰³ Civ. 1^{re}, 10 oct. 1962, *Bull. civ.* I, n° 413 ; *D.* 1963, somm. p. 49 ; *JCP* 1962, II, 12926, note J. A.

⁸⁰⁴ Malgré ce qu'en dit la Cour de cassation : Com., 3 mai 2006, n° 04-15262, *Bull. civ.* IV, n° 106 ; *Dr. & patr.* nov. 2006, p. 95, obs. T. REVET et J.-B. SEUBE ; *RTD civ.* 2006, p. 584, obs. T. REVET : « [...] le droit de rétention est un droit réel, opposable à tous, y compris aux tiers non tenus à la dette et peut être exercé pour toute créance qui a pris naissance à l'occasion de la chose retenue [...] ». Solution réitérée : Civ. 1^{re}, 24 sept. 2009, n° 08-10152, *D.* 2009, p. 2275, obs. X. DELPECH ; *D.* 2010, p. 302, note N. BORGA ; *Dr. & patr.* sept. 2010, p. 91, note L. AYNÈS et Ph. DUPICHOT ; *JCP N* 2010, 34, obs. Ph. DELEBECQUE ; *Banque & Droit* nov. 2009, p. 64, obs. F. JACOB ; *RTD com.* 2010, p. 784, obs. A. MARTIN-SERF ; *Rev. proc. coll.* 2010, comm. 67, obs. F. PÉROCHON ; *JCP E* 2009, 2088, obs. A. AYNÈS ; *Gaz. pal.* 14 janv. 2010, p. 22, obs. M.-P. DUMONT-LEFRAND ; *RDBF* 2009, comm. 196, obs. D. LEGEAIS. La doctrine est partagée sur la question, v. not. la discussion menée par C. JUILLET, *Les accessoires de la créance*, préf. C. Larroumet, coll. Doctorat & Notariat, t. 37, Defrénois, 2009, p. 110 s., n° 176 s.

⁸⁰⁵ T. REVET, obs. préc., p. 588.

⁸⁰⁶ J. MESTRE, E. PUTMAN, M. BILLIAU, *Traité de droit civil – Droit commun des sûretés réelles*, LGDJ, 1996, p. 67, n° 72.

⁸⁰⁷ W. DROSS, *Droit civil – Les choses*, LGDJ, 2012, p. 235, n° 120-3.

D.- LA DISTINCTION AVEC L'ACTION EN RESPONSABILITE POUR INSUFFISANCE D'ACTIF

179. Une action dont le produit tombe dans le patrimoine du débiteur failli. – Le dirigeant social d'une entreprise en difficulté placée en liquidation judiciaire est susceptible de voir sa responsabilité engagée pour insuffisance d'actif s'il est établi que ses fautes de gestion ont contribué à la détresse financière de l'entreprise. Cette action a pu interroger quant à sa nature du fait de l'affectation de son produit. Puisque la collectivité des créanciers est créancière de cette indemnisation, celle-ci devrait être payée par le dirigeant directement aux créanciers sociaux⁸⁰⁸. Pourtant, il est prévu que la somme intègre le patrimoine du débiteur⁸⁰⁹. Cette déformation s'explique par la disparition de la masse qui, sous l'empire de la loi du 13 juillet 1967, recueillait l'indemnisation dans son patrimoine propre. Sa suppression a conduit à modifier l'affectation de cette somme et à l'intégrer, dès lors, dans le patrimoine du débiteur⁸¹⁰. À ce titre, il est envisageable de considérer une telle action comme un attribut du gage général⁸¹¹ car ayant pour effet de reconstituer le gage commun des créanciers inscrits à la procédure. La finalité indemnitaire de cette action empêche toutefois de la rattacher au gage général.

180. Une action néanmoins indemnitaire. – Conformément à sa dénomination, l'action en responsabilité pour insuffisance d'actif est bien une action en responsabilité civile⁸¹² dont le

⁸⁰⁸ V. en ce sens M. SÉNÉCHAL, *L'effet réel de la procédure collective : essai sur la saisie collective du gage commun des créanciers*, préf. M.-H. Monsérié-Bon, Bibliothèque de droit de l'entreprise, t. 59, Litec, 2002, p. 713, n° 660 : « [...] une action en responsabilité n'a pas pour finalité de reconstituer le gage commun des victimes d'un dommage mais le patrimoine personnel de chacune de ces victimes pour la part qui lui revient dans le préjudice total. »

⁸⁰⁹ C. com., art. L. 651-2, al. 3.

⁸¹⁰ Bien qu'il aurait été envisageable de la consigner à la Caisse des dépôts et consignations : A. MARTIN-SERF, « L'intérêt collectif des créanciers ou l'impossible adieu à la masse » in *Procédures collectives et droit des affaires – Morceaux choisis – Mélanges en l'honneur d'Adrienne Honorat*, éd. Frison-Roche, 2000, p. 143 s., spéc. p. 154.

⁸¹¹ Comp. F. ZENATI, « Le produit de l'action en comblement de passif et la masse des créanciers », *D.* 1983, p. 213 s., spéc. p. 216, n° 15 : l'auteur propose d'y voir une délégation forcée, dans laquelle la procédure collective serait le délégant, qui, par cette action, contraindrait le dirigeant – délégué – de s'obliger envers la société débitrice – délégataire. Mais l'analogie nous semble très imparfaite, car l'action en responsabilité pour insuffisance d'actif n'aboutit pas à créer une obligation entre le dirigeant et sa société.

⁸¹² Elle ne peut donc se cumuler avec une action en responsabilité civile de droit commun : com. 28 févr. 1995, n° 92-17329, *Bull. civ. IV*, n° 60 ; *D.* 1995, p. 390, note F. DERRIDA ; *RTD com.* 1995, 663, obs. J.-P. HAEHL – com., 20 juin 1995, n° 93-12810, *Bull. civ. IV*, n° 187 ; *Rev. sociétés* 1995, p. 766, obs. Y. GUYON – com., 8 avr. 2015, n° 13-28512, *Bull. civ. IV*, n° 66 ; *JCP E* 2015, 1422, obs. Ph. PETEL ; *D.* 2015, p. 862, note A. LIENHARD ; *BJE* 2015, p. 315, obs. J.-P. SORTAIS ; *Dr. et proc.*, avr. 2015, p. 16, obs. E. PUTMAN ; *RLDA*, juin 2015, p. 10, obs. B. SAINTOURENS.

titulaire est la collectivité des créanciers, et qui nécessite la démonstration d'une faute⁸¹³, d'un dommage⁸¹⁴ et d'un lien de causalité. Le produit de l'action n'étant pas une valeur qui existait dans le patrimoine de l'entreprise faillie, mais bien une somme indemnitaire, l'action ne sert donc pas, *stricto sensu*, à reconstituer ou restaurer le gage des créanciers. Il faut en déduire que cette action, si elle aboutit à faire rentrer une valeur supplémentaire dans le gage des créanciers, ne porte pas sur l'assiette du gage des créanciers, et ne peut, dès lors, être considérée comme un attribut du gage général.

II. UN CRITERE IDENTIFIANT LES ATTRIBUTS DU GAGE GENERAL

181. Mettre en évidence la spécificité de la technique de garantie du gage général permet non seulement de le distinguer des autres prérogatives du créancier, mais aussi d'en déterminer avec précision les différentes manifestations en droit positif. Si certaines sont traditionnellement présentées comme telles par la doctrine, comme c'est le cas de l'action oblique, de l'action paulienne ou des saisies, d'autres sont beaucoup plus méconnues et permettent de contempler l'étendue du domaine d'application du gage général. Ces attributs peuvent être classés selon leur fonction⁸¹⁵ : ceux intervenant en amont de l'exécution, afin de protéger le gage des créanciers (A), et ceux qui interviennent lors de l'exécution et constituent ainsi la réalisation du gage (B).

⁸¹³ Constitué par une ou plusieurs fautes de gestion imputable au dirigeant social, dont l'appréciation relève du pouvoir souverain des juges du fond. La faute ne peut toutefois être caractérisée par une simple négligence : C. com., art. L. 651-2, al. 1, *in fine*.

⁸¹⁴ Constitué par l'insuffisance d'actif de la société faillie, établie en ne tenant compte que des dettes nées antérieurement au jugement d'ouverture de la liquidation judiciaire. V. par ex. com., 29 nov. 2016, n° 15-10466, Inédit ; *Rev. proc. coll.* 2017, comm. 87, obs. A. MARTIN-SERF ; *Gaz. pal.* 28 mars 2017, p. 69, obs. T. MONTERAN.

⁸¹⁵ Classification qu'a également adopté le Code des obligations libanais, à l'article 269 : « *Le droit de gage des créanciers comporte des attributs qui sont autant de moyens mis à leur disposition pour obtenir la satisfaction à laquelle ils ont droit.*

Parmi ces moyens, les uns sont purement conservatoires, tandis que, d'autres tendent directement à l'exécution forcée, et qu'une troisième catégorie intermédiaire entre les deux précédentes, constitue la préface et les préliminaires de cette exécution. »

A.- LES ATTRIBUTS DE PROTECTION DU GAGE GENERAL

182. La liberté de disposition laissée au débiteur. – « *Si l'actif disparaît, les saisies frappent dans le vide* »⁸¹⁶ rappelait GAUDEMET. C'est pour éviter une telle situation d'échec pour les créanciers que ces derniers disposent d'un certain nombre de prérogatives destinées à protéger la valeur que représente l'assiette de leur gage. Il ne faut toutefois pas se méprendre, il ne s'agit pas d'un authentique droit de contrôle ou de surveillance⁸¹⁷ comme certains ont pu le qualifier⁸¹⁸. En tant que garantie commune portant sur une universalité de droit, le gage général ne soumet pas les biens compris dans son assiette à une affectation spéciale⁸¹⁹, les biens ne sont soumis à « *aucun usage particulier* »⁸²⁰. Instaurer un devoir pour le débiteur de conserver la valeur de son patrimoine entier aurait été « *par trop paralysant* »⁸²¹, car susceptible d'octroyer un droit de regard sur *l'intégralité* de la gestion patrimoniale⁸²² du débiteur à *tout*

⁸¹⁶ E. GAUDEMET, *Théorie générale des obligations*, Sirey, 1937, p. 400.

⁸¹⁷ L'absence de contrôle concerne non seulement les biens du débiteur, mais aussi les informations sur son patrimoine. Comme l'a démontré Monsieur GUYON dans une étude restée célèbre, « *le droit français ne reconnaît au créancier aucun droit de regard général sur les affaires de son débiteur* » (Y. GUYON, « Le droit de regard du créancier sur le patrimoine et l'activité de son débiteur considéré comme sûreté », *RJ com.* févr. 1982, p. 121 s., spéc. p. 121). En d'autres termes, le gage général du créancier « *ne lui donne pas les moyens d'en connaître l'assiette exacte* » (*Ibid.*). La composition du patrimoine du débiteur reste donc relativement secrète tant que le créancier n'est pas muni d'un titre exécutoire ou que son débiteur n'a pas été dessaisi de son patrimoine par l'ouverture d'une liquidation judiciaire (sur l'accès à l'information patrimoniale dans ces deux hypothèses, v. *infra*, n° 212. s.).

⁸¹⁸ V. par ex. S. GJIDARA, *L'endettement et le droit privé*, préf. A. Ghozi, Bibliothèque de droit privé, t. 316, LGDJ, 1999, p. 81, n° 96, évoquant un « *droit de surveillance sur l'ensemble des biens du débiteur* » ; S. PIÉDELIÈVRE, *Droit des sûretés*, 2^e éd., coll. Cours magistral, Ellipses, 2015, p. 5, n° 4, traitant des actions ouvertes au créancier permettant de « *surveiller le patrimoine de son débiteur* ».

⁸¹⁹ Comme le souligne Monsieur GUINCHARD, « *l'intérêt de l'affectation réside dans cette idée qu'elle consiste à exercer un choix entre plusieurs utilisations possibles d'un bien ; si l'usage est général, comme dans le cas du patrimoine par rapport à son titulaire, « l'affectation » perd tout son intérêt : aucune option n'y est exercée* » (S. GUINCHARD, *L'affectation des biens en droit privé français*, préf. R. Nerson, Bibliothèque de droit privé, t. CXLV, LGDJ, 1976, p. 25, n° 26).

⁸²⁰ S. GUINCHARD, *op. cit.*, p. 26, n° 27.

⁸²¹ C. GIJSBERS, *Sûretés réelles et droit des biens*, préf. M. Grimaldi, Economica, 2016, p. 225, n° 236. *Adde* J.-J. DELSOL, *Explication élémentaire du Code civil mise en rapport avec la doctrine et la jurisprudence*, 3^e éd., t. III, A. Cotillon et C^{ie}, 1878, p. 497, n° 964 : « *Il n'en pouvait être autrement, car il n'est personne qui ne soit grevé d'un passif quelconque, et si l'existence d'une dette avait suffi pour paralyser entre les mains du débiteur son droit de disposition, toutes les fortunes eussent été en quelque sorte frappées d'interdit.* »

⁸²² Cette considération explique également que les privilèges généraux ne comportent pas d'obligation de conservation à la charge du débiteur : C. BRENNER, *L'acte conservatoire*, préf. P. Catala, Bibliothèque de droit privé, t. 323, LGDJ, 1999, p. 394, n° 741, selon lequel « *la faveur qu'inspire au législateur les créances ainsi privilégiées ne justifie certainement pas cette capitis deminutio que réaliserait une obligation de conservation généralisée* ».

créancier, y compris au profit du titulaire d'une créance modique⁸²³. En somme, un tel système aurait ruiné « *l'idée économique fondamentale qui est à la base de toute l'organisation du droit personnel : le crédit* »⁸²⁴. Aussi le débiteur conserve-t-il, en dehors de toute réalisation du gage⁸²⁵, sa liberté de disposer, il n'est nullement contraint dans la gestion de son patrimoine⁸²⁶. Aucune obligation de conservation n'est mise à la charge du débiteur, au contraire de la sûreté réelle, qui offre au bénéficiaire, par la création d'un droit réel accessoire, « *une protection incontestablement supérieure à celle dont jouit un créancier chirographaire* »⁸²⁷ sur la valeur du bien grevé⁸²⁸.

183. Ainsi, qu'il s'agisse de conserver (1) ou de restaurer (2) la valeur de l'assiette du gage, seule une menace pour l'intégrité du gage des créanciers autorise ces derniers, dans d'étroites limites⁸²⁹, à porter atteinte à la liberté de disposition du débiteur.

1. LES ATTRIBUTS DE CONSERVATION DU GAGE GENERAL

184. La catégorie juridique des actes conservatoires est omniprésente parmi les attributs du gage général. Comme l'a démontré Monsieur BRENNER, l'acte conservatoire est une catégorie juridique homogène : c'est un acte finalisé, c'est-à-dire qu'il « *tend à préserver les richesses*

⁸²³ J.-P. REMPLER, *L'individu et son patrimoine*, th. Paris, A. Rousseau, 1910, p. 122-123 : « *Si la dette la plus minime qu'il soit possible de supposer : une dette de cinq centimes, par exemple, pouvait conférer au créancier le droit de prendre connaissance des affaires du débiteur, de contrôler la gestion de son patrimoine, d'entraver les actes de disposition qu'il voudrait accomplir, de se substituer à sa personne et d'agir à sa place, enfin de détruire ce que sa volonté a accompli, il n'existerait aucun rapport entre l'exigüité de la dette, et l'importance des droits du créancier.* »

⁸²⁴ E. GAUDEMET, *op. cit.*, p. 7.

⁸²⁵ La saisie emporte indisponibilité du bien visé (v. *supra*, n° 215.) et la liquidation judiciaire emporte dessaisissement du débiteur et de son patrimoine (v. *supra*, n° 219.).

⁸²⁶ V. en ce sens C. BRENNER, *L'acte conservatoire*, préf. P. Catala, Bibliothèque de droit privé, t. 323, LGDJ, 1999, p. 393-394, n° 740, selon lequel l'affectation générale qu'opère le gage général « *est, à elle seule, trop faible pour leur conférer [aux créanciers] un droit de regard et de contrôle sur les affaires de leur obligé* ».

⁸²⁷ C. GIJSBERS, *op. cit.*, p. 225, n° 236.

⁸²⁸ Le constituant est ainsi tenu de ne pas porter atteinte au bien grevé (C. civ., art. 2344 (gage) ; art. 2470 (hypothèque)), d'effectuer les actes d'entretien nécessaires (C. civ., art. 2345), et peut être également tenu de ne pas disposer du bien. Ainsi, le bail conclu sur l'immeuble grevé d'une hypothèque pour une durée supérieure à douze années est inopposable au créancier hypothécaire pour la durée supérieure aux douze premières années (Req., 8 avr. 1863, *DP* 1863, 1, p. 411). V. not. H. MICHELIN-BRACHET, *L'entretien des personnes et des biens*, préf. T. Revet, Nouvelle bibliothèque de thèses, vol. 187, Dalloz, 2019, p. 222 s., n° 294 s.

⁸²⁹ Ce qui amène certains auteurs à parler d'un simple « *droit marginal d'intervention contre le débiteur* » reconnu au créancier : L. ANDREU, N. THOMASSIN, *Cours de droit des obligations*, 3^e éd., coll. Amphi LMD, Gualino, 2018, p. 639, n° 1894.

patrimoniales »⁸³⁰, et conditionné, en ce qu'il « *ne se conçoit pas en l'absence d'une menace, d'un péril préexistants* »⁸³¹ et y oppose une réaction « *adaptée, mesurée, proportionnée* »⁸³². Rentrent dans cette catégorie les oppositions (a), les mesures conservatoires du Code des procédures civiles d'exécution (b), l'action oblique (c) et, dans une certaine mesure, l'action en acceptation de la succession à laquelle le débiteur est successible (d).

a. LES OPPOSITIONS

185. Un attribut méconnu du gage général. – Mesure préventive par excellence, l'opposition est un moyen que la loi offre aux créanciers de « *défendre leurs intérêts contre un péril dont elle ne croit pas devoir les protéger elle-même* »⁸³³. Si le péril pour le droit du créancier peut présenter différents visages⁸³⁴, il peut notamment viser le patrimoine du débiteur. L'opposition est alors un moyen pour le créancier de préserver son gage général en faisant obstacle à la conclusion d'un acte juridique. Un tel attribut du gage général est rarement présenté comme tel⁸³⁵ en raison de sa relative absence d'unité. Si certaines oppositions s'avèrent être de véritables mesures protectrices du gage, d'autres ont des fonctions bien différentes. Il convient donc de relier au gage général uniquement l'opposition au partage successoral et les oppositions en droit des sociétés.

186. L'effet d'indisponibilité de l'opposition au partage successoral. – Lors d'une succession ou d'un changement de régime matrimonial, l'étape du partage peut être l'occasion pour les copartageants de porter frauduleusement atteinte aux droits des créanciers personnels de certains, par exemple en attribuant le plus de biens insaisissables possibles à un copartageant insolvable. C'est pour parer à cette éventualité que les créanciers personnels des copartageants,

⁸³⁰ C. BRENNER, *L'acte conservatoire*, préf. P. Catala, Bibliothèque de droit privé, t. 323, LGDJ, 1999, p. 121, n° 233.

⁸³¹ C. BRENNER, *op. cit.*, p. 219, n° 436.

⁸³² *Ibid.*

⁸³³ M. GRIMALDI, « L'opposition en droit patrimonial de la famille », *LPA* 4 avr. 2007, p. 15, n° 2.

⁸³⁴ On le retrouve dans beaucoup de branches du droit privé. Pour diverses illustrations, v. les différentes contributions sur le sujet dans *LPA*, 4 avril 2007.

⁸³⁵ V. toutefois C. GIJSBERS, *Sûretés réelles et droit des biens*, préf. M. Grimaldi, coll. Recherches juridiques, Economica, 2016, p. 219, n° 229. Dans la doctrine roumaine, il semble que le rapprochement soit plus fréquent : F. A. BAIAS, T. COLTAN, « Action paulienne, action oblique, action directe, droits d'opposition – Rapport roumain » in M. BÉHAR-TOUCHAIS (dir.), *Comparaison de la réforme du droit français des contrats et du régime de l'obligation avec le nouveau Code civil roumain*, vol. 2, *Régime de l'obligation*, IRJS éd., 2017, p. 167 s., spéc. p. 198.

munis d'une créance au moins certaine en son principe⁸³⁶, « peuvent s'opposer à ce qu'il y soit procédé hors de leur présence »⁸³⁷ tant que le partage n'est pas consommé⁸³⁸. L'opposition leur permet alors d'intervenir aux opérations et vérifier la conformité du partage, sans pour autant pouvoir le diriger et décider eux-mêmes de la répartition des lots⁸³⁹. Consciente de la faiblesse de ses effets, la jurisprudence a rapproché l'opposition au partage d'une saisie conservatoire⁸⁴⁰ en jugeant que la part du copartageant débiteur est frappée d'indisponibilité⁸⁴¹, empêchant ainsi ce dernier de céder sa part⁸⁴². L'opposition n'a toutefois qu'un effet relatif : elle bénéficie au seul créancier opposant⁸⁴³. La nature préventive de l'opposition en la matière explique que le partage successoral soit en principe « hors du domaine de la fraude paulienne »⁸⁴⁴, les créanciers ne pouvant attaquer un partage frauduleux sur le fondement de l'article 1341-2 du Code civil⁸⁴⁵.

187. L'effet d'inopposabilité de l'opposition en droit des sociétés. – Dans la vie d'une société, plusieurs événements peuvent avoir des incidences non négligeables sur son patrimoine, donc sur le gage de ses créanciers, particulièrement lorsqu'il se produit une

⁸³⁶ V. par ex., pour un créancier admis à faire opposition alors que sa créance n'est liquidée qu'après partage : civ. 1^{re}, 16 juin 1981, n° 80-12.768, *Bull. civ. I*, n° 212 ; *D.* 1982, p. 123, obs. M. VASSEUR.

⁸³⁷ C. civ., art. 882.

⁸³⁸ « C'est en effet à ce moment que les biens sortent de la masse indivise et entrent dans le patrimoine du copartageant débiteur. L'attribution des lots assure le passage de la propriété indivise à la propriété privative. » (S. MAZEAUD-LEVEUR, *JCl. Civil code*, art. 882, fasc. unique : *Successions. – Paiement des dettes, Créanciers opposants*, oct. 2014, n° 32)

⁸³⁹ Ph. MALAURIE, C. BRENNER, *Droit des successions et des libéralités*, 8^e éd., coll. Droit civil, LGDJ, 2018, p. 607, n° 1031.

⁸⁴⁰ C. BRENNER, *op. cit.*, p. 156, n° 309 : « On peut en effet craindre qu'un débiteur, par une simple cession de droits, ne soustraie frauduleusement son aboutissement aux poursuites de ses créanciers. N'était l'indisponibilité, de telles fraudes risqueraient de demeurer impunies et la protection de l'article 882 une garantie illusoire. »

⁸⁴¹ Civ., 18 juill. 1899, *DP* 1900, 1, p. 17, note DE LOYNES, *GAJC*, t. 1, n° 117. Malgré la constance de cette solution, la loi du 23 juin 2006 ne l'a pas consacrée dans le Code civil.

⁸⁴² V. par ex. civ. 1^{re}, 8 nov. 2005, n° 03-21123, Inédit.

⁸⁴³ Civ., 6 juill. 1858, *DP* 1858, 1, p. 414.

⁸⁴⁴ L. SAUTONIE-LAGUIONIE, *La fraude paulienne*, préf. G. Wicker, Bibliothèque de droit privé, t. 500, LGDJ, 2008, p. 270, n° 403.

⁸⁴⁵ L'ancien article 1167 du Code civil qui fondait l'action paulienne précisait d'ailleurs, dans son alinéa 2 : « [Les créanciers] doivent néanmoins, quant à leurs droits énoncés au titre "Des successions" et au titre "Du contrat de mariage et des régimes matrimoniaux", se conformer aux règles qui y sont prescrites. » En effet, à la différence des actes conservatoires, l'action paulienne a un effet curatif puisqu'elle restaure le gage des créanciers en révoquant l'acte frauduleux (v. *infra*, n° 197. Elle n'est donc ouverte aux créanciers que lorsque leur droit d'opposition au partage a été rendu inopposable, soit parce que le partage a été opéré malgré leur opposition (C. civ., art. 882 *in fine*), soit parce qu'ils n'ont pas été en mesure d'exercer leur droit d'opposition (Fruit d'une interprétation extensive de l'article 882 opérée par la jurisprudence : civ. 1^{re}, 6 mars 1996, n° 93-17910, *Bull. civ. I*, n° 125 ; *Defrénois* 1996, p. 1438, note G. CHAMPENOIS ; *JCP G* 1996, I, 3962, obs. G. WIEDERKEHR (pour un partage simulé, réalisant une donation déguisée à laquelle l'article 882 n'est pas applicable) – civ. 1^{re}, 16 juin 1981, *Bull. civ. I*, n° 212, *D.* 1984, p. 124, note LEROY (pour un partage hâtif)).

« *mutation importante de l'être moral de la société* »⁸⁴⁶. Transmission de patrimoine, réduction de capital, autant de décisions pouvant modifier considérablement la solvabilité du débiteur. Pour autant, les créanciers ne sont pas prémunis contre tous ces événements. Comme le remarque Monsieur GERMAIN, c'est lorsque « *la mutation résulte d'un choix pur de la volonté de la personne morale* »⁸⁴⁷ que le droit des sociétés juge légitime de munir les créanciers de prérogatives de conservation de leur gage⁸⁴⁸. Apparue dès 1966, l'opposition peut être formée par le créancier⁸⁴⁹ d'une société à l'occasion d'un projet de fusion-absorption⁸⁵⁰, par le créancier de la société scindée à l'occasion d'un projet de scission si le projet exclut la solidarité entre les deux sociétés⁸⁵¹, par le créancier d'une société projetant une réduction de capital non motivée par des pertes⁸⁵², par le créancier de la société dissoute ou celui de la société subsistante⁸⁵³ lors d'une dissolution causée par la réunion de toutes les parts sociales en une seule main – une dissolution-confusion⁸⁵⁴ – ou, enfin, par le créancier d'un EIRL effectuant une donation du patrimoine affecté⁸⁵⁵. Statuant sur l'opposition, le juge peut, soit la rejeter, soit ordonner le remboursement des créances ou la constitution de garanties si la société⁸⁵⁶ en offre et si elles sont jugées suffisantes. Dans tous les cas, l'opposition n'a pas pour effet d'interdire la poursuite de l'opération⁸⁵⁷, mises à part l'opération de réduction de capital⁸⁵⁸ et celle de

⁸⁴⁶ M. GERMAIN, « L'opposition en droit des sociétés », *LPA* 4 avril 2007, p. 21.

⁸⁴⁷ M. GERMAIN, art. préc.

⁸⁴⁸ Mais il arrive que le législateur veuille protéger le créancier plus efficacement qu'en lui donnant un droit d'opposition. C'est ainsi que la loi du 15 juin 2010 ayant créé l'EIRL prévoyait la possibilité de rendre la constitution de l'EIRL opposable aux créanciers antérieurs, moyennant une information individualisée et la faculté pour ces derniers de former opposition (C. com., ancien art. L. 526-12 al. 2). Cette possibilité a été supprimée par la loi *Sapin II* (n° 2016-1691 du 9 décembre 2016).

⁸⁴⁹ Les créanciers obligataires bénéficiant d'une protection spécifique, nous ne traiterons ici que de la protection des créanciers non-obligataires.

⁸⁵⁰ C. com., art. L. 236-14.

⁸⁵¹ C. com., art. L. 236-21, al. 2, renvoyant à l'article L. 236-14 pour le régime de l'opposition. Les sociétés parties à un apport partiel d'actif peuvent, d'un commun accord, soumettre leur opération au régime de la scission, rendant alors le droit d'opposition applicable (C. com., art. L. 236-22).

⁸⁵² C. com., art. L. 223-34 (pour les SARL) ; C. com., art. L. 225-205 (pour les sociétés anonymes).

⁸⁵³ M. GERMAIN, V. MAGNIER, *Traité de droit des affaires*, t. 2, *Les sociétés commerciales*, 21^e éd., LGDJ, 2014, p. 118, n° 1621 : « [La procédure d'opposition] paraît prévue pour les créanciers de la société qui disparaît mais elle peut certainement être étendue aux créanciers de la société subsistante dès lors que l'article 1844-5 vise « les créanciers », sans distinction. »

⁸⁵⁴ C. civ., art. 1844-5, al. 3.

⁸⁵⁵ C. com., art. L. 526-17, III, al. 4.

⁸⁵⁶ Société absorbante dans le cas d'une fusion-absorption.

⁸⁵⁷ Pour la fusion-absorption, C. com., art. L. 236-14, al. 4.

⁸⁵⁸ C. com., art. L. 223-34, al. 3 *in fine* (pour les SARL) : « *Les opérations de réduction du capital ne peuvent commencer pendant le délai d'opposition.* » ; C. com., art. L. 225-205, al. 3 (pour les sociétés d'actions) : « *Les opérations de réduction du capital ne peuvent commencer pendant le délai d'opposition ni, le cas échéant, avant qu'il ait été statué en première instance sur cette opposition.* »

dissolution-confusion⁸⁵⁹ pour lesquelles l'opposition a un effet suspensif. Si la société ne procède pas au remboursement du créancier opposant ou ne lui offre pas de garanties, la fusion est *inopposable* à ce créancier⁸⁶⁰. Une telle sanction, dont l'effet est relatif, permet au créancier opposant d'ignorer les conséquences de l'opération. Il échappe ainsi au concours avec les autres créanciers sur les biens qui composaient son gage initial⁸⁶¹, quitte à maintenir une masse de biens dont le titulaire a disparu, comme c'est le cas de la société absorbée à l'occasion d'une fusion-absorption⁸⁶². Ces deux oppositions ont, en somme, un effet conservatoire du gage général qui conduit à les considérer comme des attributs de cette garantie.

b. LES MESURES CONSERVATOIRES DU CODE DES PROCEDURES CIVILES D'EXECUTION

188. Une finalité commune. – Reconnues à tout créancier depuis une loi du 12 novembre 1955, les deux mesures conservatoires que l'on retrouve dans le Code des procédures civiles d'exécution sont la saisie conservatoire et la sûreté judiciaire. Ces deux mesures ont pour fonction de protéger le gage général lorsque l'intégrité de celui-ci est en péril et compromet ainsi le paiement du créancier⁸⁶³, raison pour laquelle elles profitent à tout titulaire d'une créance qui paraît fondée en son principe⁸⁶⁴. L'objectif est ainsi, par des mécanismes différents,

⁸⁵⁹ C. civ., art. 1844-5, al. 3 : « *La transmission du patrimoine n'est réalisée et il n'y a disparition de la personne morale qu'à l'issue du délai d'opposition ou, le cas échéant, lorsque l'opposition a été rejetée en première instance ou que le remboursement des créances a été effectué ou les garanties constituées.* »

⁸⁶⁰ C. com., art. L. 236-14, al. 3.

⁸⁶¹ Y. GUYON, *Droit des affaires*, t. 1, *Droit commercial général et Sociétés*, 9^e éd., Economica, 1996, p. 658, n° 632 : « *Il ne s'agit plus de les protéger contre un changement de débiteur mais de leur éviter le concours avec les créanciers de la société absorbée.* »

⁸⁶² Y. GUYON, *op. cit.*, p. 659, n° 634 : « [...] *dans des hypothèses assez exceptionnelles, la fusion ne met pas entièrement fin à l'existence de la société absorbée. Le cas se rencontre notamment lorsque la fusion, réalisée malgré l'opposition des créanciers, leur est déclarée inopposable, de telle manière qu'ils conservent un droit propre sur le patrimoine de la société absorbée.* » Aussi est-il inexact de soutenir que le mécanisme de l'opposition est « *directement inspiré du bénéfice de séparation des patrimoines* » (R. RAFFRAY, *La transmission universelle du patrimoine des personnes morales*, préf. F. Deboissy, Nouvelle bibliothèque de thèses, vol. 108, Dalloz, 2011, p. 100, n° 110).

⁸⁶³ L'article L. 511-1 CPCE parle de « *circonstances susceptibles d'en menacer le recouvrement* ». La disparition du terme « *urgence* » à la suite de la réforme des procédures civiles d'exécution par la loi du 9 juillet 1991 n'est en effet pas innocente, puisque l'expression désormais utilisée peut « *englober l'urgence et le péril. Toute référence au temps semble désormais écartée. L'accent est davantage mis sur la probabilité du péril. La formule employée paraît donc plus large, ce qui peut être interprété comme permettant de pratiquer plus facilement une mesure conservatoire* » (S. PIÉDELIEVRE, F. GUERCHOUN, *Rép. pr. civ.*, v° *Saisies et mesures conservatoires*, sept. 2012, n° 55).

⁸⁶⁴ CPCE, art. L. 511-1.

de stopper l'hémorragie de valeur dans l'assiette du gage du créancier afin de préserver ses chances de paiement⁸⁶⁵ et de contraindre le débiteur à s'exécuter volontairement⁸⁶⁶.

189. L'effet d'indisponibilité de la saisie conservatoire. – Dotée d'un effet plus radical que la sûreté judiciaire, la saisie conservatoire rend les biens visés par la mesure « *indisponibles* »⁸⁶⁷. Elle a ainsi une indéniable parenté avec la saisie à fin d'exécution, à la différence notable que dans son régime, l'indisponibilité n'est pas une phase intermédiaire mais « *une fin en soi appelée à se perpétuer, jusqu'au jour où la saisie conservatoire pourra être convertie en une mesure d'exécution forcée* »⁸⁶⁸. L'indisponibilité consécutive à l'acte de saisie ne frappe pas le bien lui-même, mais frappe *le droit* qu'a le débiteur sur ce bien⁸⁶⁹. Plus précisément, elle constitue une limitation du pouvoir de disposition du débiteur, composante de son droit de propriété, sans pour autant remettre en cause ce dernier⁸⁷⁰. La limitation « *n'affectant que l'efficacité du pouvoir* »⁸⁷¹ du débiteur, la sanction civile attachée à

⁸⁶⁵ Rappr. G. CUNIBERTI, *Les mesures conservatoires portant sur des biens situés à l'étranger*, préf. H. Muir Watt, Bibliothèque de droit privé, t. 341, LGDJ, 2000, p. 10, n° 12 : « [Les mesures conservatoires] portent en effet plus sur une universalité que sur une pluralité de biens. La fonction d'une mesure conservatoire n'est pas de rendre indisponibles un ou plusieurs biens donnés ; elle est bien plus de garantir qu'un patrimoine pourra faire face aux obligations contractées par son titulaire. » ; J.-J. ANSAULT, *Procédures civiles d'exécution*, coll. Manuel, LGDJ, 2019, p. 267, n° 245 : « [Les mesures conservatoires] visent, chacune à leur manière, à empêcher que le débiteur annihile les possibilités d'exécution de son créancier en disposant des biens désignés par lui comme cible potentielle des poursuites futures. »

⁸⁶⁶ C'est précisément ce qui distingue la contrainte de l'exécution, v. E. PUTMAN, « La contrainte dans le droit de l'exécution », *RRJ* 1994-2, p. 341 s., spéc. p. 341 : « *Contraindre le débiteur, c'est alors l'amener à agir, à s'exécuter. La contrainte serait ainsi le contraire de l'exécution : la saisie intervient quand la pression a été inefficace à entraîner l'exécution par le débiteur. L'exécution forcée sanctionnerait l'échec de la contrainte.* »

⁸⁶⁷ CPCE, art. L. 521-1, al. 2.

⁸⁶⁸ R. PERROT, Ph. THÉRY, *Procédures civiles d'exécution*, 3^e éd., coll. Hors cours, Dalloz, 2013, p. 921, n° 1171. Comp. F. PARAISO, *Le risque d'inexécution de l'obligation contractuelle*, préf. C. Atias, coll. de l'IDA, PUAM, 2011, p. 213, n° 313 : « *Nonobstant le bon sens, l'assimilation du régime des saisies conservatoires à ceux des voies d'exécution en font ainsi moins des instruments de maîtrise du risque d'inexécution que des formes préparatoires de la sanction de l'inexécution.* »

⁸⁶⁹ D. BERRA, *Le principe de libre disposition des biens en droit civil : contribution à la notion d'indisponibilité juridique*, th. Nancy II, dactyl., 1969, p. 943. Adde C. BRENNER, « La saisie des biens immatériels » in Y. DESDEVEISES (dir.), *Les saisies spéciales*, coll. Droit et procédures, EJT, 2009, p. 101 s., spéc. p. 101 : « [...] *le droit de l'exécution forcée, contrairement à une idée reçue que favorise un langage elliptique, se réalise dans la saisie des droits non pas des choses [...].* »

⁸⁷⁰ Il a d'ailleurs été récemment confirmé que l'effet d'indisponibilité de la saisie conservatoire ne portait pas une atteinte disproportionnée au droit de propriété du débiteur : Civ. 2^e, 12 avr. 2018, n° 17-15527, publié au Bulletin.

⁸⁷¹ D. BERRA, *op. cit.*, p. 972.

l'indisponibilité ne peut donc être la nullité⁸⁷², mais l'inopposabilité⁸⁷³, renforcée, sur le plan pénal, par le délit de détournement d'objets saisis⁸⁷⁴. Si cet effet est particulièrement contraignant pour le débiteur, il ne s'explique pas par la constitution d'un droit réel consécutif à la saisie⁸⁷⁵, comme certains l'ont naguère soutenu⁸⁷⁶. C'est la mise en péril de l'assiette du gage des créanciers qui justifie cette entrave faite à la liberté de disposition du débiteur⁸⁷⁷.

190. La nature hybride de la sûreté judiciaire. – Les sûretés judiciaires conservatoires forment une institution hybride, raison pour laquelle elles sont « *toujours restées en marge du droit des voies d'exécution et n'y ont jamais été à proprement parler intégrées* »⁸⁷⁸. Par leur technique, elles sont sans aucun doute des sûretés. La seule incohérence⁸⁷⁹ dans leur régime –

⁸⁷² N. FRICERO, *Rép. pr. civ.*, v° Saisie-vente, déc. 2011 (actualisation juin 2012), n° 89 ; F. VINCKEL, *JCl. Voies d'exécution*, Fasc. 440 : Acte de saisie, n° 78 ; contra R. PERROT, *Cours de voies d'exécution*, Licence 4^e année, Les cours de droit, 1970, p. 78 : « la nullité dont il s'agit est relative, car elle est destinée à protéger le créancier : lui seul, par conséquent, est en mesure de l'invoquer. » ; Ph. HOONAKKER, *Procédures civiles d'exécution*, 8^e éd., coll. Paradigme, Bruylant, 2018, p. 127, n° 200.

⁸⁷³ R. LAUBA, « Opérations de saisie » in S. GUINCHARD, T. MOUSSA (dir.), *Droit et pratiques des voies d'exécution*, 9^e éd., Dalloz action 2018/2019, n° 714.62.

⁸⁷⁴ CP, art. 314-6. Cette infraction protège autant le gage ainsi cristallisé du créancier que le respect des actes émis par l'autorité publique (v. en ce sens R. OLLARD, *La protection pénale du patrimoine*, préf. V. Malabat, Nouvelle bibliothèque de thèses, Dalloz, 2010, p. 122, n° 186).

⁸⁷⁵ Contrairement au droit allemand, selon lequel le créancier acquiert, par la saisie, un droit de gage sur le bien, dont les effets sont les mêmes que celui d'un gage conventionnel (Zivilprozessordnung, § 804).

⁸⁷⁶ Cette analogie a fait l'objet, il y a plus d'un siècle, l'objet d'une controverse entre deux grands civilistes français de ce temps, LABBÉ et BEUDANT, à l'occasion d'un arrêt de la chambre des requêtes qui a jugé la saisie d'un immeuble par un créancier hypothécaire opposable à l'acquéreur de cet immeuble dont la transcription de la vente était intervenue après la transcription de la saisie (Req., 25 juil. 1877, S. 1877, I, p. 441, note J.-E. LABBÉ ; DP 1878, I, p. 49, note C. BEUDANT). Le premier estime qu'« un effet juridique quelconque produit sur un bien, qui affecte la propriété d'un bien et qui est désormais indépendant de la volonté du propriétaire, mérite le nom de droit réel » (J.-E. LABBÉ, note préc., p. 442), tandis que le second conteste cette idée et explique la solution par la mise sous main de justice du bien saisi (C. BEUDANT, note préc., p. 51). La thèse du droit réel conféré par la saisie a été poursuivie à l'occasion d'un Décret-loi du 17 juin 1938 portant réforme de la procédure de saisie immobilière (DP 1938, 4, p. 340), et disposant que les aliénations non transcrites au moment de la transcription du commandement ne peuvent être opposées aux créanciers saisissants même non-inscrits. Commentant ce décret, HÉBRAUD a considéré qu'il « consacra[i]t la doctrine de Labbé » (P. HÉBRAUD, « La réalisation des droits des créanciers dans la saisie immobilière », DH 1939, p. 23).

⁸⁷⁷ Rappr. D. BERRA, *op. cit.*, p. 959 : « En fait, l'indisponibilité joue le rôle d'une sûreté mais elle ne constitue pas en elle-même un droit réel. La privation des pouvoirs et notamment du pouvoir de disposition du saisi procure seulement une garantie très sûre aux créanciers [...] » ; Ph. MALAURIE, L. AYNÈS, *Droit des biens*, avec le concours de M. JULIENNE, 8^e éd., coll. Droit civil, LGDJ, 2019, p. 123, n° 369 : « Sans doute la nature du droit du créancier ne se trouve-t-elle pas modifiée (il demeure un créancier chirographaire), mais il bénéficie désormais de la protection résultant des règles de la publicité foncière ; il ne s'agit pas tant de lui permettre d'opposer son droit aux tiers, que de faire en sorte que les droits des tiers ne lui préjudicient pas. »

⁸⁷⁸ M. DONNIER, J.-B. DONNIER, *Voies d'exécution et procédures de distribution*, 9^e éd., coll. Manuel, LexisNexis, 2017, p. 166, n° 426.

⁸⁷⁹ R. PERROT, obs. sur civ. 3^e, 2 nov. 1983, RTD civ. 1984, p. 175 : « L'assimilation de l'inscription provisoire d'hypothèque judiciaire à une véritable saisie conservatoire a toujours été une source de confusion et d'incohérence si l'on veut bien considérer que la conservation d'un gage immobilier et la conservation des meubles d'un débiteur s'inscrivent dans des perspectives très différentes et ne requièrent pas en tout cas les mêmes moyens techniques. »

l'indisponibilité du bien objet de l'inscription⁸⁸⁰ – a été supprimée par la loi du 9 juillet 1991, et l'article L. 531-2 du Code des procédures civiles d'exécution dispose désormais : « *Les biens grevés d'une sûreté judiciaire demeurent aliénables.* » La sûreté judiciaire n'est donc pas une saisie mais bien une *sûreté*, ce que la jurisprudence rappelle ponctuellement⁸⁸¹. À ce titre, « *le créancier titulaire de la sûreté judiciaire jouit des mêmes droits que le titulaire d'une sûreté conventionnelle ou légale* »⁸⁸² sur le montant de la somme conservée. Autrement dit, il bénéficie d'un droit de suite et d'un droit de préférence sur la somme conservée⁸⁸³. Toutefois, les sûretés judiciaires sont bien des mesures conservatoires⁸⁸⁴. Cette nature explique ainsi qu'elles puissent bénéficier à *tout créancier* et qu'elle ne puissent porter que sur les biens présents du débiteur⁸⁸⁵, car « *si le débiteur acquiert des biens ultérieurement, où est le péril dans le recouvrement, ou la menace sur la consistance du droit de gage général* »⁸⁸⁶ ? Dans le même sens, il est à relever que le débiteur peut demander au juge une réduction de l'assiette de la sûreté lorsque la valeur des biens « *est manifestement supérieure au montant des sommes garanties* »⁸⁸⁷. Certes, cette disposition existe aussi en matière d'hypothèque légale, d'où elle

⁸⁸⁰ C. civ., ancien art. 2092-3, al. 3. Cette disposition faisait remarquer à d'éminents auteurs que « *l'hypothèque judiciaire conservatoire est plus qu'une hypothèque, c'est un prélude à la saisie immobilière et une sorte de saisie conservatoire de l'immeuble* » (G. MARTY, P. RAYNAUD, *Droit civil*, t. III, vol. 1, *Les sûretés – La publicité foncière*, Sirey, 1971, p. 175, n° 283). Cet alinéa 3 avait toutefois déjà été « *gommé* » (R. PERROT, obs. préc., p. 175) par la Cour de cassation, qui ne retenait que le premier alinéa pour affirmer que « *l'indisponibilité, aux termes de l'art. 2092-3 c. civ., ne résulte que de la saisie* » : civ. 3^e, 2 nov. 1983, *D.* 1984, p. 46, *RTD civ.* 1984, p. 174, obs. R. PERROT.

⁸⁸¹ Civ. 2^e, 2 déc. 2010, n° 09-17495, *Bull. civ.* II, n° 199 : Une caisse de mutualité sociale agricole prend deux inscriptions provisoires de nantissement judiciaire sur des parts sociales dont était titulaire son débiteur. Ce dernier réclame leur mainlevée, en l'absence de l'agrément de l'ensemble des associés prévu par les statuts en cas de cession de parts sociales. Rejetant le pourvoi, la Cour de cassation approuve la cour d'appel d'avoir énoncé que « *l'inscription provisoire de nantissement est une mesure de sûreté judiciaire, et non une saisie, que les dispositions statutaires prévoyant l'agrément des associés en cas de cession des parts sociales nanties ne peuvent entraver la prise de cette sûreté ...* » – civ. 2^e, 16 déc. 2010, n° 09-70735, *Bull. civ.* II, n° 211 : l'inscription de nantissement judiciaire ne peut être assimilée à une saisie, aussi n'est-elle pas interruptive de prescription – com., 11 juin 2014, n° 13-13643, *Bull. civ.* IV, n° 106 ; *D.* 2014, p. 1326 et 1610, obs. P. CROCQ ; *D.* 2015, p. 1343, obs. A. LEBORGNE ; *RTD civ.* 2014, p. 693, obs. P. CROCQ ; *JCP G* 2014, n° 37, 925, note J.-J. BARBIERI ; *JCP E* 2014, act. 1380, note C. LEBEL, *RDBF* 2014, comm. 135, obs. D. LEGEAIS et comm. 176, obs. S. PIÉDELIÈVRE ; *Procédures* 2014, comm. 232, obs. R. PERROT, admettant l'inscription d'une hypothèque judiciaire sur un immeuble déclaré insaisissable.

⁸⁸² CPCE, art. R. 532-8.

⁸⁸³ Même s'il n'a pas accompli la publicité définitive avant la mise en vente du bien, la part qui lui revient est consignée et lui est remise s'il accomplit les formalités de publicité définitive dans les délais prévus.

⁸⁸⁴ Rapp. Y. DESDEVISES, « L'exécution négociée avant l'obtention du titre exécutoire » in C. BRENNER (dir.), *Le droit de l'exécution forcée : entre mythe et réalité*, coll. Droit et procédures, EJT, 2007, p. 113 s., spéc. p. 116 : « [...] en théorie plus sûretés que saisies, leur mise en œuvre réalise en réalité une toute autre pression sur le débiteur que les sûretés conventionnelles et peut parfois conduire s'il n'est pas trop tard à une discussion sur les modalités d'une exécution que l'on qualifiera encore de volontaire. »

⁸⁸⁵ Civ. 3^e, 13 févr. 1991, n° 88-18887, *Bull. civ.* III, n° 55. À propos de cet arrêt, v. les explications de R. PERROT, Ph. THÉRY, *op. cit.*, p. 971, n° 1239.

⁸⁸⁶ R. PERROT, Ph. THÉRY, *op. cit.*, p. 971, n° 1239.

⁸⁸⁷ CPCE, art. R. 532-9.

tire même son inspiration. Mais, d'une part, cette disposition s'applique pour *toutes* les sûretés judiciaires et pas seulement l'hypothèque ; d'autre part, l'écart excessif entre la valeur du bien grevé et le montant des sommes garanties est « *plus exigeant* »⁸⁸⁸ à établir en matière d'hypothèque légale, la valeur des immeubles grevés devant excéder le double du montant des créances « *augmenté du tiers de ce montant* »⁸⁸⁹. Cette différence d'appréciation met en exergue la différence de finalité entre la sûreté judiciaire et ses homologues conventionnel et légal : la sûreté judiciaire est, comme tout acte conservatoire, un « *acte nécessaire* » dans la mesure où il « *réalise dans les meilleures conditions une fin particulière dont on peut dire qu'elle est en elle-même nécessaire : éviter la perte d'un bien* »⁸⁹⁰ du patrimoine du débiteur et, plus largement, éviter l'évaporation de ce même patrimoine. Elle doit ainsi être également considérée comme un attribut du gage général.

C. L'ACTION OBLIQUE

191. Un attribut historique du gage général. – S'il est une règle qui est instinctivement associée au gage général et à sa protection, c'est – avec l'action paulienne – l'action oblique. L'association se fait dès l'Ancien droit, l'action oblique étant alors conçue comme une conséquence naturelle de l'adage *Qui s'oblige oblige le sien*⁸⁹¹. La filiation est encore celle-ci en 1804 : malgré l'emplacement choisi par les rédacteurs – évoquant l'action oblique comme

⁸⁸⁸ R. PERROT, Ph. THÉRY, *op. cit.*, p. 982, n° 1258.

⁸⁸⁹ C. civ., art. 2444, al. 2.

⁸⁹⁰ C. BRENNER, *L'acte conservatoire*, préf. P. Catala, Bibliothèque de droit privé, t. 323, LGDJ, 1999, p. 99, n° 186.

⁸⁹¹ A.-M. POUILLAIN DU PARC, *Principes du droit français suivant les maximes de Bretagne*, t. VII, 1769, p. 282, n° 134-135 : « *Tout ce que nous allons dire a pour fondement le principe général que, qui s'oblige oblige sous ses biens, présents & futurs, meubles, immeubles, actions & droits. Ce principe, fondé sur l'équité, en produit deux autres. 1° En général les créanciers peuvent exercer toutes les actions personnelles, réelles & mixtes, qui appartiennent à leur débiteur, à l'exception des droits absolument personnels, tels que le retrait lignager & la choisie, qui ne pouvant pas être cédés à des étrangers, ne peuvent être exercés par eux.* »

une exception à l'effet relatif des conventions⁸⁹² –, les travaux préparatoires confirment que l'ancien article 1166 – actuel article 1341-1 – accorde au créancier une prérogative de protection de son gage général : « *Ce gage serait illusoire, déclare BIGOT DE PRÉAMENEU, si au préjudice de ses créanciers il négligeait d'exercer ses droits. Ils doivent donc être admis à agir directement. Leur intérêt et la crainte de la fraude établissent leur qualité.* »⁸⁹³ Le patrimoine du débiteur étant le gage commun de ses créanciers, il semble logique d'admettre que les droits patrimoniaux, en raison de leur valeur pécuniaire, fassent partie de ce gage⁸⁹⁴.

⁸⁹² L'ancien article 1165 énonçait l'effet relatif des conventions, et suivait l'article 1166 s'ouvrant par l'adverbe « *Néanmoins* », soulignant bien que cette disposition était pensée comme une exception à la règle précédente. Le texte est désormais placé dans le nouveau titre consacré au régime général des obligations, au sein d'un chapitre qui contient les principales actions ouvertes au créancier. Si ce nouvel emplacement a le mérite de ne plus cantonner le pouvoir de substitution à la sphère contractuelle, certains auteurs ont pu regretter que ce texte, avec celui consacré à l'action paulienne, ne soient pas placés à la suite des articles 2284 et 2285 du Code civil : « *il eût été plus logique de placer les dispositions en cause sous des articles 2285-1 et suivants.* » (Ph. DELEBECQUE, « L'action oblique et l'action paulienne : *nihil novi sub sole* », *Dr. & patr.* juill. 2015, p. 65) ; Rapp. H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, t. III, 2^e éd., Bruylant, 1950, p. 90-91 : « [...] l'idée générale de la conservation du patrimoine du débiteur, sous sa triple manifestation de l'action oblique, de l'action paulienne, et l'action en déclaration de simulation, se rattache plus logiquement à l'étude du droit de gage général dont dispose le créancier qu'à celle des effets des obligations. »

⁸⁹³ P. A. FENET, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, t. XIII, Videcoq, 1836, p. 238.

⁸⁹⁴ La présentation de l'action oblique comme une conséquence, une manifestation, du gage général est majoritaire : C. DEMOLOMBE, *Traité des contrats et des obligations conventionnelles en général*, t. II, Durand & Pedone Lauriel – Hachette et cie, 1845, p. 61, n° 56 : « *le droit, pour les créancier, d'exercer les actions de leur débiteur, est une conséquence du principe que tous les biens, qui composent son patrimoine, forment le gage de leurs créances.* » ; F. LAURENT, *Principes de droit civil français*, t. XVI, Bruylant-Christophe – A. Durand & Pedone Lauriel, 1875, p. 443, n° 383 : « *Les droits et actions qui appartiennent au débiteur font partie de son patrimoine ; or, les biens du débiteur sont le gage de ses créanciers, donc ils ont aussi pour gage les droits ou actions qui sont compris dans ces biens.* » ; T. HUC, *Commentaire théorique & pratique du Code civil*, t. VII, F. Pichon, 1894, p. 250, n° 182 : « *L'art. 1166 est une application du principe que les biens du débiteur sont le gage commun de ses créanciers.* » ; R. DEMOGUE, *Traité des obligations en général*, t. VII, A. Rousseau, 1933, p. 299, n° 920 : « *Elle est le complément du droit de saisie reconnu aux créanciers par les articles 2092 et 2093 Civ.* » ; E. GAUDEMET, *Théorie générale des obligations*, Sirey, 1937, p. 401 s., qui traite de l'« *exercice des actions du débiteur* » dans un paragraphe intitulé « *Des droits qui se rattachent au droit de gage général* » ; L. JOSSERAND, *Cours de droit civil positif français*, t. II, *Théorie générale des obligations – Les principaux contrats du droit civil – Les sûretés*, 3^e éd., Sirey, 1939, p. 419, n° 662 : « [...] l'action exercée par les créanciers faisait partie de leur gage, puisqu'elle constituait un élément du patrimoine de leur débiteur ; ce gage, il faut qu'ils puissent l'utiliser, le réaliser ; et c'est à quoi ils s'emploient lorsqu'ils agissent aux lieu et place du débiteur. » C. AUBRY, C. RAU, *Cours de droit civil français d'après la méthode de Zachariae*, 6^e éd. par E. BARTIN, t. IV, Ed. techniques, 1942, p. 180, note 4 : « [...] l'article 1166 n'est que la conséquence et la sanction du droit de gage conféré aux créanciers par l'article 2092. » ; G. RIPERT, J. BOULANGER, *Traité élémentaire de droit civil de Planiol*, 4^e éd., t. II, LGDJ, 1952, p. 480, n° 1383 : « *Le droit d'agir, que la loi leur reconnaît dans l'art. 1166, est ainsi la conséquence du droit, improprement appelé droit de gage, qu'elle leur donne dans l'art. 2092 ; il en est la garantie et la sanction.* » ; Ph. MALAURIE, L. AYNÈS, Ph. STOFFEL-MUNCK, *Droit des obligations*, 10^e éd., coll. Droit civil, LGDJ, 2018, p. 675, n° 1149 : « [L'action oblique] montre bien que le gage général de l'article 2285 est une garantie, conférant au créancier des prérogatives particulières. » ; F. ROUVIÈRE, « L'obligation comme garantie », *RTD civ.* 2011, p. 1 s., spéc. p. 14, n° 19 : « [...] elle est expression de la garantie elle-même en ce qu'elle traduit la protection du gage général du créancier. »

192. Un effet de consolidation de la valeur du gage. – Se substituer au débiteur dans l'exercice de ses droits patrimoniaux permet au créancier de « *transformer des éléments potentiels en éléments réels* »⁸⁹⁵ au sein du patrimoine du débiteur, puisque cet attribut du gage général a pour particularité de profiter à tous les créanciers du débiteur. Avant que le droit ne soit exercé, sa valeur n'en existe pas moins dans le patrimoine du débiteur⁸⁹⁶. On ne peut donc pas affirmer que l'action oblique a pour effet d'augmenter le gage des créanciers⁸⁹⁷, celle-ci permet simplement au créancier substituant de *consolider* la valeur de l'assiette du gage général⁸⁹⁸, « *donner corps aux fluctuations bénéfiques que [le créancier] pouvait légitimement escompter* »⁸⁹⁹.

193. Une nature conservatoire. – Une partie non négligeable de la doctrine présente le fait pour le créancier de pouvoir exercer les droits de son débiteur négligent, sinon comme une voie d'exécution⁹⁰⁰, du moins comme une mesure trop grave pour être considérée comme

⁸⁹⁵ F. FERRARA, note sous Udienza, 7 maggio 1904, *Il Foro Italiano* 1904, p. 1401 s., spéc. p. 1404 : « *Il creditore con l'esercizio dell'azione surrogatoria vuole trasformare gli elementi potenziali in elementi reali del patrimonio [...].* »

⁸⁹⁶ Ce qui permet de le distinguer d'une faculté, que ne peut exercer le créancier par la voie oblique.

⁸⁹⁷ *Contra* F. LAURENT, *op. cit.*, p. 444-445, n° 384 : « [...] *dans le cas de l'article 1166, les créanciers, en vertu du droit de gage qui leur appartient, agissent sur les biens de leur débiteur ; leur but est d'augmenter ce gage en exerçant un droit que le débiteur néglige d'exercer [...].* »

⁸⁹⁸ V. en ce sens P. DELNOY, « Pour une vision nouvelle de l'action oblique – Essai », *Annales de la faculté de droit de Liège* 1969, n° 14, p. 437 s., spéc. p. 461.

⁸⁹⁹ C. BRENNER, *op. cit.*, p. 177, n° 353.

⁹⁰⁰ J.-E. LABBÉ, « De l'exercice des droits d'un débiteur par son créancier », *Rev. crit. lég. jur.* 1856, t. IX, p. 208 s., p. 217-218 : « [...] *de la part d'un créancier, exercer les droits de son débiteur, c'est mettre la main sur un de ses biens, c'est commencer une poursuite d'exécution forcée, [...] c'est une manière de réaliser un gage non moins que la saisie et la mise en vente.* »

conservatoire en ce qu'elle porte une atteinte sérieuse à la liberté du débiteur⁹⁰¹. Ils affirment à ce titre que le droit du créancier exerçant la voie oblique doit être exigible⁹⁰². Or, il nous semble que la fonction précitée de l'action oblique n'est pas si attentatoire que le présentent ces auteurs. Certes, la liberté de disposition du débiteur est affectée, mais cette atteinte est justifiée par la compromission des droits du créancier que provoque l'inaction du débiteur⁹⁰³. En outre, il n'y a aucune véritable opposition d'intérêts entre les deux parties. « *Tant le créancier que le débiteur doivent souhaiter que le patrimoine de ce dernier soit aussi solide que possible : il s'agit pour le second de sa propriété, pour le premier, de sa garantie.* »⁹⁰⁴ Enfin, le fait qu'elle puisse être le préalable à une saisie n'est pas de nature à lui enlever son caractère conservatoire⁹⁰⁵, de la même manière que les mesures conservatoires du Code des procédures

⁹⁰¹ C. DEMOLOMBE, *op. cit.*, p. 99-100, n° 100 : « *Un acte conservatoire ! celui qui substitue à l'initiative personnelle du débiteur l'initiative de son créancier, et qui, sans sa volonté et peut-être contre sa volonté, met en mouvement, dans son patrimoine, une action, dont le résultat sera toujours, non pas de maintenir et de conserver, mais au contraire, d'en modifier et d'en changer, plus ou moins notablement, la composition ! Non, ce n'est point là un acte, que l'on puisse appeler conservatoire ! [...] Nous répliquons qu'il constitue, au contraire, un acte de poursuite et d'exécution sui generis, et que c'est bien en effet, pour leur procurer le moyen d'obtenir leur paiement, que la loi autorise les créanciers à l'exercer.* » ; E. COLMET DE SANTERRÉ, *Cours analytique de Code Napoléon*, t. V, E. Plon et c^{ie}, 1865, p. 119-120, n° 89 bis. III. : « *On dit, il est vrai, que le créancier ne cherche pas à s'approprier le droit du débiteur, qu'il ne l'en dépossède pas. Mais conserver le droit du débiteur malgré lui, le forcer d'agir quand il veut rester passif, substituer dans les affaires de ce débiteur une direction et une volonté étrangères à sa direction et à sa volonté, n'est-ce pas commencer déjà une sorte d'expropriation, une réalisation du gage ?* » ; G. RIPERT, J. BOULANGER, *op. cit.*, p. 484, n° 1398 : « *Si ce n'est pas encore une voie d'exécution véritable, c'est tout au moins une immixtion dans les affaires du débiteur, qui prépare et facilite l'emploi des voies d'exécution et la réalisation du gage.* » ; A. COLIN, H. CAPITANT, *Traité de droit civil*, par L. JULLIOT DE LA MORANDIÈRE, t. II, Dalloz, 1959, p. 770, n° 1358, qui nient la nature conservatoire de l'action oblique « *car le créancier, en usant de cet article, s'immisce dans le patrimoine de son débiteur, et tend à réaliser une valeur appartenant à ce dernier* » ; H. DE PAGE, *op. cit.*, p. 198, n° 183 : « [L'action oblique] comporte en principal une immixtion dans les affaires de celui-ci [...]. Elle est, en ce sens, agressive, et non pas simplement expectative, conservatoire. »

⁹⁰² F. LAURENT, *op. cit.*, p. 451, n° 393.

⁹⁰³ Le préjudice dont il est nécessaire de rapporter l'existence est généralement résumé comme étant l'insolvabilité du débiteur, La jurisprudence n'a pourtant jamais été aussi catégorique. Certes, la Cour de cassation a souvent retenu que la compromission des droits du créancier était caractérisée par l'insolvabilité notoire du débiteur mais elle n'a jamais affirmé que le préjudice subi par le créancier était exclusivement établi par une telle situation. Il semble même que, de plus en plus, la jurisprudence retienne une appréciation clémente du péril que subit le créancier. Ainsi, il a pu être jugé que « *le péril de la créance (résultait) de la volonté délibérée du débiteur de ne pas l'honorer* » (civ. 1^{re}, 23 mai 2006, n° 05-18065, *Bull. civ. I*, n° 65), ou « *qu'aucun document ne permettait d'établir que (le débiteur) puisse recouvrer son dû sur un actif autre* » que celui faisant l'objet du partage demandé par le créancier (civ. 1^{re}, 2 déc. 1992, n° 90-16964, *Bull. civ. I*, n° 294 ; *RTD civ.* 1993, p. 824, obs. J. MESTRE), ou encore du fait que le débiteur ait « *disparu sans laisser d'adresse* » (civ. 2^e, 10 avr. 1996, n° 94-19958, Inédit), ou encore, plus récemment, de « *tentatives de recouvrement infructueuses et (de) l'inertie* » du débiteur (civ. 3^e, 4 mai 2016, n° 14-28243, *Bull. civ. III*, n° 850 ; *JCP G* 2016, 1051, obs. G. LOISEAU. *Rapp. civ.* 1^{re}, 19 déc. 2012, n° 11-27683, Inédit ; *LEDB* févr. 2013, p. 4, note M. MIGNOT).

⁹⁰⁴ P. DELNOY, art. préc., p. 497.

⁹⁰⁵ V. en ce sens J.-P. REMPLER, *L'individu et son patrimoine*, A. Rousseau, 1910, p. 180 ; E. BONNIER, « De la nature du droit établi par l'article 1166 », *Revue pratique de droit français*, t. I, 1856, p. 97 s., spéc. p. 100.

civiles d'exécution. Ces considérations incitent à percevoir l'action oblique comme un acte authentiquement conservatoire du gage général⁹⁰⁶.

d. L'ACTION EN ACCEPTATION DE LA SUCCESSION A LAQUELLE LE DEBITEUR EST
SUCCESSIBLE

194. Une action tantôt conservatoire, tantôt restauratrice du gage. – La dichotomie entre conservation et restauration du gage ne permet pas de classer pertinemment le pouvoir conféré aux créanciers à l'article 779 du Code civil. Ce texte dispose que « *les créanciers personnels de celui qui s'abstient d'accepter une succession ou qui renonce à une succession au préjudice de leurs droits peuvent être autorisés en justice à accepter la succession du chef de leur débiteur, en son lieu et place* ». L'action évoque en premier lieu la voie oblique puisque le créancier exerce, en vertu de son gage général sur le patrimoine du débiteur, le droit d'option de ce dernier⁹⁰⁷, bien qu'il soit attaché à sa personne⁹⁰⁸. Deux aspects du régime de cette action se rapprochent toutefois plus de l'action paulienne. D'une part, l'article 779 s'applique autant contre l'héritier négligeant d'accepter que contre celui qui y *renonce*. Cette voie n'est donc pas seulement un remède à l'inertie du débiteur, mais peut aussi prendre les traits d'une action *révocatoire*, à la manière de l'action paulienne : l'héritier étant censé continuer la personne du défunt, il acquiert des droits sur la succession dès le décès, dont la renonciation, si elle porte

⁹⁰⁶ Qualification que tend à confirmer une étude menée par un auteur des différents arrêts invoqués pour mettre en exergue l'exigence posée par la jurisprudence d'une créance certaine, liquide et exigible pour se substituer au débiteur par la voie oblique. À l'issue de son étude, Monsieur AUDIT conclut que l'utilisation de la notion d'exigibilité par ces arrêts ne renvoie pas à la reconnaissance volontaire ou judiciaire de cette créance mais simplement au caractère certain de la créance : P.-E. AUDIT, « Les conditions relatives à la créance dans l'exercice de l'action oblique », *RRJ* 2016-2, p. 583.

⁹⁰⁷ Il s'agit bien d'un droit et non d'une faculté, puisque la succession est en droit français, basée sur un système de continuation de la personne. « *La conséquence de cette analyse est que, dans la pureté des principes, l'acquisition par continuation ne nécessite aucune manifestation de volonté [...]. L'acquisition par continuation s'opère de plein droit.* » (F. ZENATI-CASTAING, T. REVET, *Cours de droit civil – Successions*, coll. Droit fondamental, PUF, 2012, p. 157) Il en résulte que l'héritier, avant même qu'il exerce son option, est *déjà* titulaire de droits sur la succession, dès le décès du *de cuius*. Ainsi les créanciers, en acceptant, « *ne font que confirmer une situation qui existe depuis l'ouverture de la succession* » (H., L. et J. MAZEAUD, F. CHABAS, *Leçons de droit civil*, t. IV, *Successions – Libéralités*, 5^e éd. par L. LEVENEUR et S. LEVENEUR, Montchrestien, 1999, p. 382, n° 1076).

⁹⁰⁸ Com., 3 mai 2006, n° 04-10115, *Bull. civ.* IV, n° 109 ; D. 2006, p. 1368, obs. A. LIENHARD et 2253, obs. F.-X. LUCAS ; *JCP G* 2006, I, 185, obs. R. CABRILLAC ; *JCP N* 2006, 1267, note J.-P. GARCON et 1373, note F. VAUVILLÉ ; *AJ fam.* 2006, p. 332, obs. F. BICHERON ; *RJPF* 2006-9/48, note J. CASEY ; *Defrénois* 2006, p. 1904, obs. D. GIBIRILA.

sur une succession solvable, « *constitue bien un acte d'appauvrissement* »⁹⁰⁹, portant préjudice aux créanciers dès lors que l'héritier est insolvable⁹¹⁰. D'autre part, l'effet d'une telle action est *relatif* : si l'héritier a renoncé à la succession, cet acte est inopposable au créancier agissant, et son acceptation en lieu et place de son débiteur ne vaut qu'à son égard⁹¹¹, ce qui lui permet de réaliser son gage sur les biens successoraux⁹¹². Il s'agit donc d'une véritable fusion des actions oblique et paulienne⁹¹³, ce qui en fait, de toute évidence, un attribut du gage général.

2. LES ATTRIBUTS DE RESTAURATION DU GAGE GENERAL

195. Outre des attributs permettant au créancier de mettre à l'abri de la gestion dispendieuse de son débiteur des biens du patrimoine de ce dernier, il en est d'autres qui permettent au créancier de « remonter le temps » pour protéger son gage, en droit commun (a) et en droit des entreprises en difficulté (b).

⁹⁰⁹ M. GRIMALDI, *Droit des successions*, 7^e éd., coll. Manuel, LexisNexis, 2017, p. 374, n° 478 ; *contra* A. SÉRIAUX, *JCl. Civil code*, art. 768 à 781 : *Successions. – L'option de l'héritier. – Dispositions générales*, mars 2014, n° 69 : « [...] l'action de l'article 779 vise à rendre inopposable aux créanciers, non un appauvrissement frauduleux, mais un défaut d'enrichissement. »

⁹¹⁰ Il est en effet nécessaire pour le créancier agissant d'établir l'insolvabilité au moins apparente de son débiteur au jour de la renonciation : civ. 1^{re}, 19 déc. 2012, n° 11-25578, *Bull. civ. I*, n° 271 ; *AJ fam.* 2013, p. 141, note C. VERNIÈRES ; *Deffrénois* 2013, p. 478, obs. D. AUTEM ; *JCP N* 2013, 1261, note J. MASSIP ; *RJPF* 2013-3/39, p. 41, note D. MARTEL.

⁹¹¹ C. civ., art. 779, al. 2.

⁹¹² Civ. 1^{re}, 14 nov. 2006, n° 03-30230, *Bull. civ. I*, n° 492 ; *AJ fam.* 2006, p. 468, note F. BICHERON ; *RTD civ.* 2007, p. 600, obs. M. GRIMALDI ; *RJPF* 2007, p. 45, note J. CASEY ; *LPA* 26 juin 2007, note G. YILDIRIM ; *JCP G* 2008, I, 108, n° 2, obs. R. LE GUIDEC.

⁹¹³ V. en ce sens M. GRIMALDI, *op. cit.*, p. 374, n° 478 ; A. SÉRIAUX, *op. cit.*, n° 69, la qualifiant d'action « *mi-paulienne, mi-oblique* » ; L. SAUTONIE-LAGUIONIE, *La fraude paulienne*, préf. G. Wicker, Bibliothèque de droit privé, t. 500, LGDJ, 2008, p. 483, n° 696 ; Comp. M. PLANIOL, G. RIPERT, *Traité pratique de droit civil français*, 2^e éd., t. IV, *Successions*, par J. MAURY et H. VIALLETON, LGDJ, 1956, p. 403, n° 262, estimant que « l'art. 788 [actuel art. 779] est spécialement écrit pour confirmer l'application de l'action paulienne à la matière des renonciations à succession » ; F. TERRÉ, Y. LEQUETTE, S. GAUDEMET, *Droit civil – Les successions – Les libéralités*, 4^e éd., coll. Précis, Dalloz, 2013, p. 672-673, n° 753, estimant que pour vaincre l'inaction du successible, les créanciers personnels « *ont recours à l'action oblique* », alors qu'ils ont « *recours successivement à l'action paulienne et à l'action oblique* » lorsque le successible a renoncé à la succession.

a. LES ATTRIBUTS DE DROIT COMMUN

196. En droit commun, les créanciers subissant un appauvrissement de leur gage général par un acte du débiteur conclu en fraude de leurs droits (α), ou par un acte dissimulé (β), ont le pouvoir d'opposer aux tiers leur garantie et d'ignorer ainsi l'acte litigieux⁹¹⁴.

 α . L'ACTION PAULIENNE

197. Un effet de reconstitution du gage. – Instinctivement rapprochée du gage général, tout comme l'action oblique, et présentée comme telle par une doctrine quasi-unanime⁹¹⁵, l'action paulienne protège le gage des créanciers à un stade plus avancé que ne le fait l'action oblique. Visant les aliénations consenties par le débiteur provoquant son insolvabilité⁹¹⁶, l'action paulienne n'a, en effet, pas pour fonction de prévenir un dépérissement du gage mais d'y *remédier* en révoquant un acte d'appauvrissement effectué par le débiteur en fraude des droits

⁹¹⁴ Le délit d'organisation frauduleuse d'insolvabilité (CP, art. 314-7) aurait pu être abordé à ce stade. Mais, comme un auteur l'a démontré, il s'agit moins d'une infraction protectrice du gage général que d'une « *infraction dirigée contre l'autorité des décisions de justice* » (R. OLLARD, *La protection pénale du patrimoine*, préf. V. Malabat, Nouvelle bibliothèque de thèses, vol. 98, Dalloz, 2010, p. 110 s., n° 160 s., spéc. p. 115, n° 171). Aussi peut-on, tout au plus, considérer que le délit d'organisation frauduleuse de l'insolvabilité a un effet dissuasif sur les débiteurs désireux d'échapper au paiement de leurs créanciers en dilapidant leur patrimoine.

⁹¹⁵ La présentation différente qu'ont pu en faire certains auteurs s'explique par la diversification qu'a connue l'action paulienne dans ses fonctions, la jurisprudence ayant admis son utilisation pour sanctionner des actes commis en fraude de droits spéciaux, personnels ou réels (civ. 1^{re}, 15 oct. 1980, *Bull. civ. I*, n° 257 ; *RTD civ.* 1981, p. 631, obs. F. CHABAS – Civ. 1^{re}, 18 juill. 1995, *Bull. civ. I*, n° 324 ; *Deffrénois* 1995, art. 36210, obs. Ph. DELEBECQUE ; *D.* 1996, p. 391, note E. AGOSTINI, p. 208, obs. S. PIÉDELIÈVRE – civ. 3^e, 6 oct. 2004, *Bull. civ. III*, n° 163 ; *D.* 2004, p. 3098, note G. KESSLER ; *Deffrénois* 2005, art. 38142, p. 612, obs. R. LIBCHABER ; *RTD civ.* 2005, p. 121, obs. J. MESTRE et B. FAGES ; *Gaz. pal.*, 5 avr. 2005, p. 12, note B. ROMAN). Certains en ont conclu à la division de la notion d'action paulienne (A. GROUBER, *De l'action paulienne en droit civil français contemporain*, th. Paris, 1913, p. 521 s.), ou à sa dilution soit dans une théorie générale de la fraude (J. VIDAL, *Essai d'une théorie générale de la fraude en droit français*, préf. G. Marty, Dalloz, 1957, p. 381), soit dans la théorie de l'abus de droit (L. JOSSERAND, *Cours de droit civil positif français*, t. II, *Théorie générale des obligations – Les principaux contrats du droit civil – Les sûretés*, 3^e éd., Sirey, 1939, p. 433, n° 687), soit dans la responsabilité (J. RADOUANT, *DP* 1939, 2, p. 81, spéc. p. 84), ou encore à l'unité de la notion, fondée sur la force obligatoire de l'engagement qui assujettit le débiteur et lui impose un devoir d'exécution de bonne foi (L. SAUTONIE-LAGUIONIE, *La fraude paulienne*, préf. G. Wicker, Bibliothèque de droit privé, t. 500, LGDJ, 2008, p. 74 s., n° 115 s.).

⁹¹⁶ L'insolvabilité n'étant pas à entendre dans un sens comptable : c'est « *moins le bilan théorique du débiteur, que la possibilité pour le créancier qui agit de récupérer en fait toute sa créance* » (M. PLANIOL, G. RIPERT, *Traité pratique de droit civil français*, t. VII, par P. ESMEIN, J. RADOUANT, G. GABOLDE, LGDJ, 1954, p. 258, n° 928) que vont considérer les juges pour apprécier la solvabilité du débiteur. C'est donc sur le plan de l'effectivité que l'atteinte au droit de créance va être jugée : L. SAUTONIE-LAGUIONIE, *op. cit.*, p. 302, n° 440.

de son créancier⁹¹⁷, qui devient inopposable à l'égard de ce dernier⁹¹⁸. Aussi le bien objet de l'acte frauduleux ne réintègre-t-il pas le patrimoine du débiteur, comme dans le cas de la voie oblique, mais se trouve en proie à une saisie pratiquée par le créancier paulien entre les mains du tiers complice, à concurrence du montant de sa créance⁹¹⁹. C'est cet aspect du régime de l'action paulienne, faisant d'elle une véritable manifestation de l'opposabilité du gage général aux tiers⁹²⁰, qui a conduit certains auteurs à rapprocher l'action paulienne d'un droit de suite⁹²¹. L'action paulienne n'a donc pas une vocation exécutoire puisqu'elle n'aboutit pas au paiement, tout au plus est-elle susceptible de préparer l'exécution⁹²². Elle n'a pas non plus une finalité

⁹¹⁷ V. en ce sens C. BRENNER, *L'acte conservatoire*, préf. P. Catala, Bibliothèque de droit privé, t. 323, LGDJ, 1999, p. 102, n° 194 : « [...] il ne s'agit pas de conservation : le créancier ne cherche pas à éviter l'amoindrissement de son gage, il entend obtenir qu'une amputation d'ores et déjà réalisée lui soit déclarée inopposable ; l'action n'est pas préventive, elle est curative ; elle n'est pas conservatoire ; mais révocatoire. »

⁹¹⁸ Le même régime s'applique à l'article 622 du Code civil relatif à la renonciation du débiteur à son usufruit, lequel est une application de l'action paulienne, en témoigne l'exigence posée par la jurisprudence d'une fraude du renonçant aux droits de ses créanciers : req., 11 nov. 1878, *DP* 1879, 1, p. 416 ; *S.* 1880, 1, p. 28.

⁹¹⁹ Civ. 1^{re}, 30 mai 2006, n° 02-31495, *Bull. civ. I*, n° 268 ; *D.* 2006, p. 2717, note G. FRANÇOIS ; *JCP G* 2006, II, 10150, note R. DESGORCES ; *Deffrénois* 2006, p. 1863, obs. R. LIBCHABER : Pour condamner une cour d'appel ayant ordonné le retour des sommes données par le débiteur ayant agi en fraude des droits de son créancier, la Cour de cassation rappelle que « l'inopposabilité paulienne autorise le créancier poursuivant, par décision de justice et dans la limite de sa créance, à échapper aux effets d'une aliénation opérée en fraude de ses droits, afin d'en faire éventuellement saisir l'objet entre les mains du tiers ». Et, pour que cette saisie soit véritablement efficace, la jurisprudence étend le bénéfice de l'inopposabilité à l'adjudicataire du bien saisi : civ. 1^{re}, 29 janv. 2002, n° 98-20155, *Bull. civ. I*, n° 27 ; *Deffrénois* 2002, p. 1096, obs. Ph. THÉRY ; *D.* 2002, p. 2153, note G. FRANÇOIS et p. 2505, obs. B. MALLET-BRICOUT – civ. 3^e, 9 juill. 2003, n° 02-10609, *Bull. civ. III*, n° 142 ; civ. 1^{re}, 12 juill. 2005, n° 02-18298, *Bull. civ. I*, n° 318 ; *D.* 2005, p. 2653, note P.-Y. GAUTIER ; *RLDC* 2005, comm. 812, obs. C. LE GALLOU.

⁹²⁰ J. DERRUPPÉ, *La nature juridique du droit du preneur à bail et la distinction des droits réels et des droits de créance*, préf. J. Maury, Dalloz, 1952, p. 391, n° 344 : « Par son résultat, l'action paulienne constitue donc une action en inopposabilité de l'acte frauduleux au créancier poursuivant ; ou, en l'envisageant sous l'angle opposé, une action en opposabilité du droit de gage général du créancier poursuivant au tiers acquéreur. » ; R. BLASSELLE, *Essai sur la notion d'action paulienne – L'opposabilité du droit de gage général*, th. Paris II, dactyl., 1994, p. 273 s. ; W. DROSS, *Droit civil – Les choses*, LGDJ, 2012, p. 297, n° 152-3 : « Le droit des créanciers chirographaires étant occulte, il est normal que le droit de gage général qui l'assortit accessoirement soit en principe inopposable à l'acquéreur. L'exigence de la démonstration d'une fraude permet en revanche de le rétablir pleinement. »

⁹²¹ C. DEMOLOMBE, *Traité des contrats et des obligations conventionnelles en général*, t. II, Durand & Pedone Lauriel – Hachette et cie, 1845, p. 151, n° 146 ; E. COLMET DE SANTERRE, *Cours analytique de Code Napoléon*, t. V, E. Plon et c^{ie}, 1865, p. 128, n° 82 bis. II ; M. CHAUVEAU, « Classification nouvelle des droits réels et personnels », *Rev. crit. lég. jur.* 1931, p. 539 s., spéc. p. 550, n° 10 : L'auteur soutient que le droit de suite n'est pas de l'essence du droit réel, et prend pour exemple l'action paulienne comme exemple d'un droit de suite assortissant le droit personnel ; C. BRENNER, « L'action paulienne et la défense du droit de poursuite des créanciers contre les actes de soustraction ou d'appauvrissement » in *Les poursuites contre les tiers non débiteurs*, Actes du colloque organisé par l'AAPPE, 16 sept. 2011 (disponible sur <https://aappe.fr/wp-content/uploads/2016/07/aappe-colloque-16-09-2011-site-aappe.pdf>), p. 65 s., spéc. p. 76, parlant de « droit de suite improvisé » ; W. DROSS, *op. cit.*, p. 296-297, n° 152-3, l'auteur qualifiant l'action paulienne de « droit de suite » doté d'une « physionomie particulière » ; M. MIGNOT, *Droit des sûretés et de la publicité foncière*, 3^e éd., coll. Cours, LGDJ, 2017, p. 21, n° 5.

⁹²² H., L., J. MAZEAUD, F. CHABAS, *Leçons de droit civil*, t. II, vol. 1, *Obligations – Théorie générale*, 9^e éd., Montchrestien, 1998, p. 1067, n° 998 : « [...] l'action paulienne n'est pas une mesure d'exécution, en ce sens que le créancier reste tenu d'opérer les saisies. »

indemnitaire⁹²³, puisque son effet consiste ni plus ni moins, pour le créancier, à rétablir l'assiette de son gage afin de préserver ses chances de paiement, et non à réparer un quelconque préjudice⁹²⁴.

198. Un effet se retrouvant dans les applications particulières de l'action paulienne. – L'action paulienne et l'effet de reconstitution du gage général qu'elle provoque ne se retrouve pas seulement à l'article 1341-2 du Code civil, mais aussi dans d'autres textes constituant, selon une doctrine concordante, des « *applications particulières* »⁹²⁵ de l'action paulienne, constituant donc autant d'autres attributs du gage général. Il en est ainsi à propos du débiteur renonçant à son usufruit⁹²⁶, renonçant au bénéfice de la prescription acquise⁹²⁷, abandonnant de manière anticipée la jouissance des biens grevés d'une libéralité graduelle au profit du second gratifié⁹²⁸, effectuant un changement de régime matrimonial⁹²⁹, ou encore transférant des biens dans un patrimoine fiduciaire en fraude des droits de ses créanciers⁹³⁰. Une dernière application, plus particulière que les autres, doit être évoquée : la débiteur ayant recours à la forme de l'EIRL

⁹²³ Contrairement à ce qu'a semblé affirmer la Cour de cassation dans un arrêt : civ. 1^{re}, 15 juill. 2015, n° 13-21174, *Bull. civ. I*, n° 5 ; *D.* 2015, p. 611, note J. FRANÇOIS ; *RDC* 2015, p. 479, note M. LATINA. Dans cet arrêt, elle approuve une cour d'appel d'avoir condamné les donataires d'un bien immobilier frauduleusement sorti du gage général du créancier, et l'ayant par la suite cédé, « à payer à la société, en réparation de son préjudice, une indemnité équivalente à l'engagement de caution du donateur ».

⁹²⁴ B. ROMAN, « La nature juridique de l'action paulienne », *Deffrénois* 2005, p. 655 s., spéc. p. 674, n° 35 : « [...] il paraît délicat de considérer que le créancier demande la réparation d'un préjudice alors qu'il veut simplement obtenir le rétablissement du droit de gage général dont il bénéficie sur le patrimoine du débiteur [...] » ; F. ROUVIÈRE, « L'obligation comme garantie », *RTD civ.* 2011, p. 1 s., spéc. p. 10, n° 15 : « L'action paulienne a un effet particulier qui consiste à rétablir l'assiette de la garantie telle qu'elle existait avant les actes frauduleux du débiteur : il s'agit bien de conserver l'actif. » La Cour de cassation a également eu l'occasion de l'affirmer, en énonçant que l'inopposabilité paulienne permet au créancier poursuivant de « restaurer son droit de gage général » sur l'objet de l'aliénation frauduleuse (civ. 1^{re}, 9 avr. 2014, n° 12-23022, *Bull. civ. I*, n° 64 ; *D.* 2015, p. 536, obs. S. AMRANI-MEKKI ; *Rev. sociétés* 2015, p. 119, note J.-J. ANSAULT).

⁹²⁵ L. SAUTONIE-LAGUIONIE, *Rép. civ.*, v° *Action paulienne*, nov. 2016 (actualisation déc. 2019), n° 3 ; Adde W. DROSS, *JCl. Civil code*, art. 1341-2, *Régime général des obligations. – Actions ouvertes au créancier. – Action paulienne*, nov. 2016 (actualisation août 2019), n° 4. L'article 779 du Code civil est également considéré comme une application particulière de l'action paulienne, mais nous avons choisi de l'envisager à part entière en raison de son hybridité : v. *supra*, n° 194.

⁹²⁶ C. civ., art. 622. Dans cette hypothèse, l'effet n'est pas l'inopposabilité mais, plus radicalement, l'annulation de l'acte.

⁹²⁷ C. civ., art. 2253. Cette action est la combinaison d'une action paulienne et d'une action oblique : la renonciation opérée en fraude des droits des créanciers est inopposable à ces derniers, qui peuvent alors invoquer ou opposer la prescription acquise. V. en ce sens R. T. TROPLONG, *Droit civil expliqué – De la prescription*, 4^e éd., t. I, C. Hingray, 1857, p. 125-126 ; F. LAURENT, *Principes de droit civil français*, t. XXXII, Bruylant-Christophe – A. Durand & Pedone Lauriel, 1878, p. 220, n° 210 ; W. DROSS, obs. sur civ. 3^e, 5 nov. 2015, *RTD civ.* 2016, p. 150.

⁹²⁸ C. civ., art. 1050, al. 3.

⁹²⁹ C. civ., art. 1397, al. 9. Ce texte renvoie expressément à l'article 1341-2.

⁹³⁰ C. civ., art. 2025, al. 1. On peut également y ajouter la disposition relative au patrimoine affecté à l'agent des sûretés : C. civ., art. 2488-10, al. 1.

afin de soustraire des biens en fraude des droits de ses créanciers, personnels comme professionnels⁹³¹. Il s'agit bien d'une hypothèse dans laquelle le créancier peut agir, mais l'effet ne profite, dans ce cas, pas seulement au créancier paulien : la déclaration d'affectation est frappée d'une inopposabilité *absolue*, provoquant la réunion des patrimoines⁹³².

Bien que souvent associée à l'action paulienne, l'action en déclaration de simulation, qui constitue aussi un attribut du gage général, doit en être distinguée.

β. L'ACTION EN DECLARATION DE SIMULATION

199. Une action jumelée à l'action paulienne. – Souvent présentée dans le sillage de l'action paulienne, l'action en déclaration de simulation n'en est toutefois pas, comme on a pu le prétendre naguère, une variété. Elle présente, certes, des traits semblables : « *dans les deux cas un créancier cherche à se faire payer sur un bien aliéné par son débiteur.* »⁹³³ Il est d'ailleurs fréquent qu'à la suite d'une action en déclaration de simulation, une action paulienne soit intentée lorsque l'acte secret revêt un caractère frauduleux⁹³⁴.

⁹³¹ L'hypothèse est donc à distinguer de la fraude ne visant que le transfert particulier d'un bien vers le patrimoine affecté de l'EIRL ou vers le patrimoine personnel par désaffectation. Dans ce cas, c'est bien l'action paulienne de l'article 1341-2 qui s'appliquera, provoquant l'inopposabilité de cet acte à l'égard du créancier poursuivant. Rapp. J. PRIEUR, « EIRL ou société : quels critères de choix ? », Dossier *Le patrimoine professionnel d'affectation (premières analyses de l'EIRL)*, *Dr. & patr.* avr. 2010, p. 64 s., spéc. p. 67.

⁹³² C. com., art. L. 526-12, II, al. 2 : « [L'EIRL] est également responsable sur la totalité de ses biens et droits en cas de fraude [...] ». V. en ce sens E. DINH, « L'EIRL, un hybride en droit français », *JCP E* 2010, 1979, spéc. n° 21. Comp. Ph. THÉRY, « Le passif – Situation générale », Dossier *Le patrimoine professionnel d'affectation (premières analyses de l'EIRL)*, *Dr. & patr.* avr. 2010, p. 85 s., spéc. p. 87 : « *On pense à la fraude paulienne, mais l'existence de deux patrimoines conduit à ouvrir à chaque catégorie de créanciers le droit d'exercer une action paulienne contre un acte frauduleux affectant le patrimoine sur lequel il a un droit de poursuite. Il doit donc s'agir d'une autre fraude.* »

⁹³³ M. PLANIOL, G. RIPERT, *Traité pratique de droit civil français*, t. VII, par P. ESMEIN, J. RADOUANT, G. GABOLDE, LGDJ, 1954, p. 305, n° 971.

⁹³⁴ J. MESTRE, obs. sur civ. 2^e, 14 déc. 1983, *RTD civ.* 1985, p. 369 s., spéc. p. 370.

200. Une action qui n'est pas propre aux créanciers. – Mais il est aujourd'hui acquis que simulation et fraude ne se recourent pas⁹³⁵. À la différence de cette dernière, la simulation n'est, en principe, pas sanctionnée, les tiers pouvant choisir de se prévaloir de l'acte apparent ou de l'acte occulte⁹³⁶. Dissimuler la réalité d'un acte juridique par un acte apparent n'obéit, en effet, pas toujours à un mobile condamnable⁹³⁷. Il en résulte que le régime de ces deux actions diffère sensiblement. D'abord quant au champ d'application *ratione personae* : en ce qu'elle a, avant tout, pour objet de faire apparaître l'acte secret⁹³⁸, l'action en déclaration de simulation peut être exercée non seulement par un créancier, mais plus généralement par tout tiers⁹³⁹ ayant intérêt à invoquer l'acte secret⁹⁴⁰. Cette action n'est donc pas propre au créancier, elle est un

⁹³⁵ La distinction est toutefois inopérante en matière fiscale, pour laquelle l'abus de droit englobe tant les actes fictifs que les actes frauduleux : CE, ass. plén., 10 juin 1981, n° 19079, *Dr. fisc.* 1981, comm. 2187, concl. LOBRY : « l'administration [...] doit, pour pouvoir écarter comme ne lui étant pas opposables certains actes passés par le contribuable, établir que ces actes ont un caractère fictif ou, à défaut, qu'ils n'ont pu être inspirés par aucun motif autre que celui d'éviter ou atténuer les charges fiscales que l'intéressé, s'il n'avait pas passé ces actes, aurait normalement supportées eu égard à sa situation et à ses activités réelles [...] » L'énonciation du Conseil d'État a été reprise telle quelle par la Cour de cassation : com., 19 avr. 1988, n° 86-19079, *Bull. civ.* IV, n° 134. Cette jurisprudence conduit à considérer que « la distinction de la simulation et de la fraude à la loi a perdu de son attrait au plan du droit fiscal puisque la répression est désormais fondue dans une même procédure » (F. DEBOISSY, *La simulation en droit fiscal*, préf. M. Cozian, Bibliothèque de droit privé, t. 276, LGDJ, 1997, p. 74, n° 196). Soulignant la difficulté d'établir des passerelles entre droit civil et droit fiscal quant à la simulation, « tant les philosophies et les techniques juridiques effectivement appliquées sont différentes », v. M.-A. SABRIAU-PEREZ, « La notion fiscale de simulation à l'épreuve du droit civil », *Gaz. pal.* 4 oct. 2005, p. 2.

⁹³⁶ C. civ., art. 1201 : « Lorsque les parties ont conclu un contrat apparent qui dissimule un contrat occulte, ce dernier, appelé aussi contre-lettre, produit effet entre les parties. Il n'est pas opposable aux tiers, qui peuvent néanmoins s'en prévaloir. »

⁹³⁷ L. JOSSERAND, *Les mobiles dans les actes juridiques du droit privé*, Dalloz, 1928, rééd. CNRS, 1984, p. 241, n° 193 : « [...] parmi les mensonges juridiques, il en est qui sont condamnables, voire criminels, d'autres qui rentrent dans la catégorie des péchés véniels, tandis que certains sont indifférents à la morale et que d'autres procèdent d'un raffinement de délicatesse et d'un scrupule de conscience. Il semble donc que le mobile doive être en pareille matière tout à fait décisif et qu'il commande souverainement aux destinées juridiques de l'acte adultéré sous son influence. »

⁹³⁸ M. DAGOT, *La simulation en droit privé*, préf. P. Hébraud, Bibliothèque de droit privé, t. 73, LGDJ, 1967, p. 276, n° 282 : Comparant l'action en déclaration de simulation à l'action paulienne, l'auteur relève que « l'action paulienne réalise une immixtion dans le patrimoine d'autrui puisqu'elle concerne un acte réellement voulu, alors que l'action en déclaration de simulation s'attaque simplement à une apparence ».

⁹³⁹ Notons que l'acceptation de tiers est ici différente de celle retenue à propos de la date certaine, puisque, dans le cadre de la simulation, le créancier chirographaire est considéré comme un tiers. En effet, « leur intérêt de ne pas se voir opposer les contre-lettres est évident, dans la mesure où celles-ci portent atteinte à leur droit de gage général. Cela démontre à l'évidence que les créanciers chirographaires ne sauraient être assimilés aux ayants cause universels » (C. LARROUMET, S. BROS, *Traité de droit civil*, t. 3, *Les obligations – Le contrat*, 9^e éd., coll. Corpus droit privé, Economica, 2018, p. 842, n° 765). L'acte apparent est, en effet, opposable à ces derniers. Sur la contestation de l'assimilation du créancier chirographaire à un ayant cause universel, v. *supra*, n° 57.

⁹⁴⁰ C. OPHÈLE, *Rép. civ.*, v° *Simulation*, juin 2012 (actualisation avril 2016), n° 68 : « L'action oblique et l'action paulienne sont en effet réservées aux créanciers, qui cherchent à reconstituer ou à préserver le patrimoine de leur débiteur alors que l'action en déclaration de simulation peut être intentée par un tiers non créancier de l'une des parties à la simulation, voire par l'un des participants à l'opération. »

« *instrument juridique en quelque sorte neutre* »⁹⁴¹, à la différence des autres attributs du gage général évoqués.

201. Une action essentielle à la protection du gage général. – Pour autant, cette action ne peut être exclue du giron du gage général, tant elle s'avère utile à la préservation de celui-ci. La simulation préjudiciable au gage des créanciers peut porter sur *l'existence même de l'acte* : la vente simulée, par laquelle le débiteur fait fictivement sortir un bien de son patrimoine et, partant, du gage de ses créanciers, alors qu'il en garde l'usage, est le cas de figure typique justifiant l'exercice de l'action en déclaration de simulation par le créancier. La simulation peut aussi porter sur *l'identité des parties* : prenons l'exemple d'un débiteur qui acquiert, par l'intermédiaire d'un proche ou d'une société fictive – prête-nom –, un bien. L'achat est effectué avec ses propres deniers, et il a l'usage effectif de ce bien. Pourtant, ce bien n'est pas, en apparence, intégré à son patrimoine, ce qui réduit le gage de ses créanciers. La simulation peut enfin porter sur *la nature de l'acte* : dans l'hypothèse d'une donation déguisée en vente, le créancier du donateur a tout intérêt à lever le voile juridique couvrant cette opération en invoquant la réalité de la vente pour, bien souvent, intenter ensuite une action paulienne si les conditions sont réunies.

202. Un effet d'inopposabilité de l'acte ostensible. – Son effet permet au créancier de se prévaloir de la contre-lettre et, partant, de rendre l'acte ostensible *inopposable* à son égard⁹⁴². De cette manière, le bien soustrait du gage général se retrouve à la merci du créancier agissant, pour qui l'objet de la simulation est exclusivement la propriété du débiteur. Le créancier fait alors suivre cette action par une autre mesure. La plus radicale est bien sûr la saisie, mais il peut aussi être judicieux de la faire suivre par une action paulienne lorsque la simulation s'avère frauduleuse : après avoir été autorisé à se prévaloir de l'acte secret, le créancier intente une action paulienne contre cet acte amputant frauduleusement son gage afin d'obtenir qu'il lui soit inopposable⁹⁴³.

⁹⁴¹ C. BRENNER, *L'acte conservatoire*, préf. P. Catala, Bibliothèque de droit privé, t. 323, LGDJ, 1999, p. 138, n° 273.

⁹⁴² D. BASTIAN, *Essai d'une théorie générale de l'inopposabilité*, Sirey, 1929, p. 205.

⁹⁴³ Le cas de figure typique est le partage réalisant une donation déguisée. Dans ce cas, l'action en déclaration de simulation permet de débusquer la donation déguisée et d'agir en inopposabilité paulienne contre cet acte : Paris, 21 mars 1984, *D.* 1986, p. 131, note G. POTIRON ; civ. 1^{re}, 6 mars 1996, n° 93-17910, *Bull. civ.* I, n° 125 ; *Deffrénois* 1996, p. 1438, note G. CHAMPENOIS ; *JCP G* 1996, I, 3962, obs. G. WIEDERKEHR.

203. Un authentique attribut du gage général. – En somme, l'action en déclaration de simulation, lorsqu'elle est exercée par un créancier, a pour but de « *faire constater la consistance exacte du patrimoine du débiteur* »⁹⁴⁴ et, à ce titre, porte sans nul doute sur le patrimoine du débiteur assiette du gage du créancier. Elle doit être considérée comme un attribut du gage général, ce qu'une partie non négligeable de la doctrine ne manque pas de relever⁹⁴⁵ en présentant l'action en déclaration de simulation aux côtés des actions paulienne et oblique⁹⁴⁶, plutôt qu'au stade des effets du contrat comme le suggère son emplacement dans le Code civil⁹⁴⁷.

⁹⁴⁴ H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, t. III, 2^e éd., Bruylant, 1950, p. 192.

⁹⁴⁵ C'est également le cas de certaines législations étrangères. Ainsi, le Code civil algérien, dans un chapitre consacré au gage général et intitulé « *De la garantie des droits des créanciers* » (Livre II, Titre II, Chapitre III), envisage l'action en déclaration de simulation (art. 198 et 199). De même, le Code des obligations civiles et commerciales sénégalais, dans une section consacrée aux « *droits du créancier sur le patrimoine du débiteur* » (Livre II, Titre I, Chapitre II, Section II), envisage l'action en déclaration de simulation (art. 209).

⁹⁴⁶ L. JOSSERAND, *Cours de droit civil positif français*, t. II, 3^e éd., Sirey, 1939, p. 441 s., n° 706 s. ; C. AUBRY, C. RAU, *Cours de droit civil français d'après la méthode de Zachariae*, 6^e éd. par E. BARTIN, t. IV, Ed. techniques, 1942, p. 218, § 313 ; G. RIPERT, J. BOULANGER, *Traité élémentaire de droit civil de Planiol*, 4^e éd., t. II, LGDJ, 1952, p. 489 s., n° 1457 s. ; H. DE PAGE, *op. cit.*, p. 192 : « *les articles 1166 et 1167 sont incomplets. Le créancier ne dispose pas de deux moyens techniques pour assurer la conservation de son gage, mais bien de trois. En plus de l'action oblique (ou subrogatoire) et de l'action paulienne, il y a encore l'action en déclaration de simulation [...].* » ; A. COLIN, H. CAPITANT, *Traité de droit civil*, par L. JULLIOT DE LA MORANDIÈRE, t. II, Dalloz, 1959, p. 788 s., n° 1392 s. ; G. MARTY, P. RAYNAUD, *Droit civil*, t. II, *Les obligations*, Sirey, 1962, p. 248, n° 279 ; H., L. et J. MAZEAUD, F. CHABAS, *Leçons de droit civil*, t. II, vol. 1, *Obligations – Théorie générale*, 9^e éd., Montchrestien, 1998, p. 1071, n° 1011 ; M. CABRILLAC, C. MOULY, S. CABRILLAC, Ph. PÉTEL, *Droit des sûretés*, 10^e éd., LexisNexis, 2015, p. 2, n° 2 ; F. K. COMPARATO, *Essai d'analyse dualiste de l'obligation*, préf. A. Tunc, Dalloz, 1964, p. 95, n° 69 ; M. COZIAN, *L'action directe*, préf. A. Ponsard, Bibliothèque de droit privé, t. 92, LGDJ, 1969, p. 35, n° 50 ; S. CIMAMONTI, *L'effectivité des droits du créancier chirographaire en droit contemporain*, th. Aix-Marseille, dactyl., 1990, p. 330, n° 295 ; I. PRETELLI, *La protection du droit de gage général en droit international privé (l'action oblique, l'action paulienne et l'action en déclaration de simulation)*, th. Paris II, dactyl., 2005 ; B. HAFTEL, *La notion de matière contractuelle en droit international privé : Etude dans le domaine du conflit de lois*, th. Paris II, dactyl., 2008, n° 1260 ; C. GIJSBERS, *Sûretés réelles et droit des biens*, préf. M. Grimaldi, coll. Recherches juridiques, Economica, 2016, p. 218, n° 229.

⁹⁴⁷ L'article 1201 étant situé dans le Titre III, Chapitre IV du Code civil, consacré aux effets du contrat. Beaucoup de manuels respectent cette présentation : Ph. MALAURIE, L. AYNÈS, Ph. STOFFEL-MUNCK, *Droit des obligations*, 10^e éd., coll. Droit civil, LGDJ, 2018, p. 413 s., n° 765 s. ; F. ZENATI-CASTAING, T. REVET, *Cours de droit civil – Contrats – Théorie générale, Quasi-contrats*, coll. Droit fondamental, PUF, 2014, p. 303 s., n° 167 s. ; F. TERRÉ, Ph. SIMLER, Y. LEQUETTE, F. CHÉNEDÉ, *Droit civil – Les obligations*, 12^e éd., coll. Précis, Dalloz, 2018, p. 791 s., n° 724 s., qui relèvent justement que « *le choix du lieu où la simulation est traitée présente une part d'artifice* » (p. 792, n° 724). Certains envisagent la simulation au stade de la formation du contrat : Ph. MALINVAUD, D. FENOUILLET, M. MEKKI, *Droit des obligations*, 14^e éd., coll. Manuel, LexisNexis, 2017, p. 275 s., n° 308 s.

b. LES ATTRIBUTS DE DROIT DES ENTREPRISES EN DIFFICULTE

204. Lorsqu'une liquidation judiciaire est ouverte à son encontre, le débiteur se trouve, comme on le verra, dessaisi de son patrimoine. Aussi le liquidateur, représentant de la collectivité des créanciers, dispose-t-il de prérogatives plus énergiques que celles de droit commun afin de restaurer la véritable consistance de l'assiette du gage commun. Il s'agit de certaines nullités de la période suspecte (α), ainsi que des actions en extension de procédure (β).

α . DES NULLITES DE LA PERIODE SUSPECTE

205. Une parenté avec les nullités de la période suspecte à relativiser. – S'il a été soutenu que le mécanisme de la période suspecte du droit des procédures collectives devait être rattaché au gage général⁹⁴⁸, l'affirmation doit être relativisée. Le mécanisme de la période suspecte évoque naturellement la fraude paulienne, ce qui n'a rien d'étonnant au vu de l'origine romaine de cette dernière⁹⁴⁹. Les nullités de la période suspecte sanctionnent en effet, bien souvent, des aliénations faites par le débiteur en fraude des droits de ses créanciers, démontrant la communauté de fondement avec la fraude paulienne⁹⁵⁰. Mais leur finalité est plus étendue puisqu'un certain nombre d'entre elles ne sont pas destinées à restaurer l'assiette de la

⁹⁴⁸ M. CABRILLAC, « Les ambiguïtés de l'égalité entre les créanciers » in *Mélanges en hommage à André Breton et Fernand Derrida*, Dalloz, 1991, p. 31 s., spéc. p. 38, n° 19 : « Les nullités de la période suspecte, volontiers présentées comme une application de l'idée d'égalité, apparaissent beaucoup plus comme fondées sur le principe du gage général. » ; Rapp. J. MESTRE, E. PUTMAN, M. BILLIAU, *Traité de droit civil – Droit commun des sûretés réelles*, LGDJ, 1996, p. 106-107, n° 120-121, classant l'action en nullité de la période suspecte parmi les actions visant à la « reconstitution du droit de gage général ».

⁹⁴⁹ « Le droit contemporain conserve une réminiscence de la dimension collective de l'action paulienne avec les actions en nullité de la période suspecte, qui permettent de combattre les actes frauduleux du débiteur faisant l'objet d'une procédure collective. » (F. ZENATI-CASTAING, T. REVET, *Cours de droit civil – Obligations – Régime*, coll. Droit fondamental, PUF, 2013, p. 145, n° 69) La *fraus creditorum* est, en effet, apparue en droit romain dans le cadre de la *venditio bonorum*. Sur l'histoire romaine de l'action paulienne, v. J. MACQUERON, *Histoire des obligations – Le droit romain*, Centre d'histoire institutionnelle et économique de l'Antiquité romaine, Aix-en-Provence, 1971, p. 357 s.

⁹⁵⁰ L. SAUTONIE-LAGUIONIE, *La fraude paulienne*, préf. G. Wicker, Bibliothèque de droit privé, t. 500, LGDJ, 2008, p. 274, n° 409 ; C. BOILLOT, « Les perspectives renouvelées des rapports entre action paulienne et nullités de la période suspecte à travers l'avant-projet Catala et la réforme du 26 juillet 2005 » in *Études offertes à Geneviève Viney*, LGDJ, 2008, p. 113 s., spéc. p. 114. La Cour de cassation l'a elle-même affirmé, pour rejeter le pourvoi formé contre un arrêt d'appel ayant jugé recevable l'action du liquidateur sur le fondement de l'ancien article 1167 du Code civil alors que la demande était, en première instance, fondée sur la nullité de la période suspecte : « [...] [ces deux actions] visant à voir exclure tout effet de ces actes à l'égard des créanciers au nom et dans l'intérêt desquels agissait le liquidateur, [...] tendaient aux mêmes fins [...] » (com., 19 mars 2002, n° 99-12812, Inédit)

procédure, mais à assurer un traitement égalitaire des créanciers⁹⁵¹. Il faut en outre, relever que le période suspecte existe également dans le redressement judiciaire ; or, dans cette procédure, la reconstitution de l'actif du débiteur que poursuivent les nullités de la période suspecte ne sert pas à désintéresser les créanciers – objectif « *relégué à l'arrière-plan* »⁹⁵² –, mais à permettre, en priorité, au débiteur de poursuivre son activité. S'il est donc un fondement unique à donner à la théorie de la période suspecte, c'est bien plutôt dans le caractère collectif de la procédure qu'il faut le trouver. De la même manière que la règle de l'arrêt des poursuites, l'instauration d'une période suspecte est indispensable afin d'assurer, sur un plan procédural, l'égalité des créanciers inscrits, et permettre *in fine* une répartition équitable de l'actif du débiteur lors d'une liquidation judiciaire. Expliquer les nullités de la période suspecte par le caractère collectif de la procédure confirme ainsi le caractère original de ce mécanisme, propre au droit de la faillite⁹⁵³.

206. Les nullités de la période suspecte restaurant l'assiette du gage commun. – Il demeure que certaines des nullités de la période suspecte de l'article L. 632-1 du Code de commerce, lorsqu'elles sont exercées dans le cadre d'une liquidation judiciaire, sont destinées à restaurer le gage de la procédure aux fins d'apurement du passif⁹⁵⁴. Parmi les actes intervenus depuis la date de cessation des paiements⁹⁵⁵ et considérés comme étant nuls de plein droit, plusieurs constituent des atteintes au gage de la procédure. C'est le cas des actes à titre gratuit translatifs de propriété, emportant disparition d'un bien sans contrepartie⁹⁵⁶ ; des contrats notablement déséquilibrés, la contrepartie dérisoire reçue par le débiteur établissant la mauvaise foi des parties⁹⁵⁷ ; de la conclusion d'un contrat de fiducie, qui emporte le transfert de biens

⁹⁵¹ Citons pêle-mêle le paiement de dettes non échues (C. com., art. L. 632-1, 3°), la constitution de sûretés garantissant des dettes antérieures (C. com., art. L. 632-1, 6°), la mise en œuvre d'une mesure conservatoire postérieure à la cessation des paiements (C. com., art. L. 632-1, 7°), le paiement de dettes échues lorsque le créancier avait connaissance de l'état de cessation des paiements du débiteur (C. com., art. L. 632-2).

⁹⁵² P.-M. LE CORRE, *Droit et pratique des procédures collectives*, 10^e éd., Dalloz action 2019/2020, n° 821.11.

⁹⁵³ M. SÉNÉCHAL, *L'effet réel de la procédure collective – Essai sur la saisie collective du gage commun des créanciers*, préf. M.-H. Monsérié-Bon, Bibliothèque de droit de l'entreprise, t. 59, Litec, 2002, p. 17, n° 7 : « *Le droit de gage général ne peut [...] pas rendre compte à lui seul d'institutions propres au droit de la « faillite » comme les nullités de la période suspecte ou l'arrêt des poursuites individuelles. Ces institutions sont des manifestations du caractère collectif de la procédure. Elles sont le mode d'être de l'effet réel dans une procédure collective et lient ainsi l'effet réel à la grande question de l'intérêt collectif des créanciers [...].* »

⁹⁵⁴ Faisant également la distinction entre les nullités sanctionnant un appauvrissement du gage des créanciers, et celles sanctionnant une violation de l'égalité entre créanciers, v. Ph. PÉTEL, *Procédures collectives*, 9^e éd., coll. Cours, Dalloz, 2017, p. 204 s., n° 371 s.

⁹⁵⁵ Date qui ne peut être antérieure de plus de dix-huit mois à la date du jugement d'ouverture de la procédure (C. com., art. L. 631-8, al. 2).

⁹⁵⁶ C. com., art. L. 632-1, I, 1°.

⁹⁵⁷ C. com., art. L. 632-1, I, 2°.

vers un patrimoine d'affectation, extérieur au gage de la procédure⁹⁵⁸ ; lorsque le débiteur est un EIRL, du changement d'affectation d'un bien⁹⁵⁹, ce qui peut se matérialiser par une désaffectation faisant ainsi revenir le bien vers le patrimoine personne, ou le passage d'un patrimoine affecté à un autre⁹⁶⁰ ; enfin, lorsque le débiteur est un entrepreneur individuel, de la déclaration d'insaisissabilité⁹⁶¹. Dès lors qu'il est établi que l'acte est antérieur à la date de la cessation des paiements⁹⁶², il encourt la nullité sans qu'il ne soit besoin de prouver la fraude. Sanction plus énergique, la nullité de l'acte conduit à faire réintégrer le bien aliéné dans le patrimoine du débiteur et, par conséquent, dans le gage de la procédure⁹⁶³.

β. *L'EXTENSION DE PROCEDURE POUR FICTIVITE OU CONFUSION DES PATRIMOINES*

207. Les actions en extension de procédure collective doivent également être associées au mécanisme du gage général. L'extension peut être obtenue par le liquidateur⁹⁶⁴ sur deux fondements distincts : la confusion des patrimoines et la fictivité de la société⁹⁶⁵.

208. L'extension pour fictivité, une action en déclaration de simulation spéciale. – L'action en extension pour fictivité de la société a pour objectif d'attaquer une apparence, de la même manière que l'action en déclaration de simulation. L'analogie entre fictivité et simulation a, toutefois, été contestée en doctrine. Là où l'action en déclaration de simulation laisse une option aux créanciers de se prévaloir de l'acte apparent ou de la contre-lettre, et fait prévaloir, en cas de conflit, l'apparence, l'extension de procédure pour fictivité de la société fait toujours prévaloir la situation occulte, ne laissant aucune option aux créanciers. Mais la raison de cette

⁹⁵⁸ C. com., art. L. 632-1, I, 9°.

⁹⁵⁹ C. com., art. L. 632-1, I, 11°.

⁹⁶⁰ L. SAUTONIE-LAGUIONIE, « L'EIRL et les nullités de la période suspecte », *BJE* 2011, p. 82.

⁹⁶¹ C. com., art. L. 632-1, I, 12°.

⁹⁶² La preuve se rapporte par tout moyen si l'acte est de nature commerciale. Si l'acte est de nature civile, il semble que celui-ci ne nécessite pas date certaine, la collectivité des créanciers n'ayant plus de personnalité et ne pouvant, dès lors, être considérée comme tiers par rapport au débiteur.

⁹⁶³ C. com., art. L. 632-4, *in fine* : « [L'action en nullité] a pour effet de reconstituer l'actif du débiteur. »

⁹⁶⁴ En pratique, peu d'actions en extension aboutissent : v. *infra*, n° 271.

⁹⁶⁵ C. com., art. L. 621-2, al. 2. Il est vrai que la confusion des patrimoines est souvent la manifestation de la fictivité d'une société, mais il faut se garder d'assimiler ces deux causes d'extension de la procédure. Deux personnes peuvent en effet confondre leur patrimoine tout en ayant une véritable existence propre, et *vice versa*, la fictivité d'une société ne se caractérise pas nécessairement par une confusion de son patrimoine avec celui du maître de l'affaire, l'objectif du montage étant précisément d'éviter la confusion des deux masses. V. en ce sens J.-F. BARBIERI, « Confusion des patrimoines et fictivité des sociétés », *LPA* 25 oct. 1996, p. 9, spéc. p. 10 : « [...] le maître de l'affaire est souvent attentif à séparer clairement les comptabilités afin de parfaire l'apparence d'une dissociation patrimoniale. »

différence est à trouver dans les impératifs de la procédure collective. Celle-ci ne peut, en effet, admettre un traitement différencié des créanciers à ce stade. « *L'unicité de procédure est le seul moyen d'éviter l'arbitraire s'attachant à la répartition des éléments d'actif entre les différents patrimoines apparents qui n'en forment en réalité qu'un. Les impératifs du droit des affaires conduisent à substituer à l'analyse du droit civil, qui s'intéresse à des rapports individuels, une vision globale de la défaillance de ce qui constitue une entreprise unique reposant sur un patrimoine unique.* »⁹⁶⁶ Sans assimiler cette action à la déclaration de simulation, il est donc tout à fait pertinent d'envisager l'action en extension de la procédure collective pour fictivité de société comme une variété d'action en déclaration de simulation⁹⁶⁷.

209. Un effet de reconstitution du gage. – Cette qualification nous semble d'autant plus pertinente que l'extension pour fictivité de société n'aboutit pas, contrairement à sa dénomination, à étendre le gage des créanciers de la procédure, mais à le *reconstituer*. Lorsque l'extension de procédure est prononcée pour fictivité de la société débitrice, l'écran que constitue la société fictive tombe et redonne ainsi ses contours réels au patrimoine du maître de l'affaire. En cohérence avec sa nature d'action en déclaration de simulation, cette extension de procédure « [constate] *l'inopposabilité afin d'étendre la procédure de liquidation au véritable maître de l'affaire* »⁹⁶⁸. En d'autres termes, l'écran que constitue la société fictive est ignoré par la procédure, qui rétablit la cohérence du patrimoine du débiteur, donc de son gage. La finalité de cette action incite ainsi à la considérer comme un attribut du gage général.

210. L'effet similaire de l'extension pour confusion des patrimoines. – Lorsque l'extension de la procédure collective est prononcée pour confusion des patrimoines, l'assiette

⁹⁶⁶ M. DE GAUDEMARIS, « Théorie de l'apparence et sociétés », *Rev. sociétés* 1991, p. 465 s., spéc. n° 15.

⁹⁶⁷ V. en ce sens P. DIENER, « La « défiscalisation » par entreprises fictives dans les départements d'outre-mer après la loi n° 91-1322 du 30 déc. 1991 de finances pour 1992 », *D.* 1992, p. 181 : « *La société fictive étant une société simulée, l'action en dénonciation de fictivité est une action en déclaration de simulation qui tend à confondre l'apparence non conforme à la réalité.* » ; D. PORACCHIA, obs. sur com., 19 févr. 2002, *Dr. & patr.*, juill. 2002, p. 102 : « *L'action en extension de la procédure collective, variété de l'action en déclaration de simulation (dans son fondement tout au moins), ne peut faire apparaître que la réalité dissimulée par la société fictive.* » ; N. MATHEY, note sous com., 9 juin 2009, *Rev. sociétés* 2009, p. 781.

⁹⁶⁸ M. COZIAN, A. VIANDIER, F. DEBOISSY, *Droit des sociétés*, 31^e éd., coll. Manuel, LexisNexis, 2018, p. 91, n° 244. Rappr. L. COMANGES, « Le dangereux paradoxe de la nullité des sociétés fictives », *BJS* 2003, p. 12, spéc. n° 19 : « *La sanction utile et logique de la fictivité reste dans la transparence de l'écran formé par la personne morale fictive.* » ; D. PORACCHIA, obs. préc. : « [L'action en extension de la procédure collective] *tend seulement à écarter cette société pour appréhender les patrimoines qu'elle dissimule et donc, finalement, faire réapparaître la réalité qu'elle abrite. On se rapproche d'une action en déclaration de simulation.* »

du gage est également reconstituée⁹⁶⁹, mais crée une situation originale. Dans ce cas de figure, à un gage unique correspondent deux débiteurs puisque leur personnalité respective est intacte^{970 971}. Cette originalité fait de la confusion des patrimoines un mécanisme véritablement dérogoire⁹⁷² en ce que l'assiette de la procédure est étendue au patrimoine d'un tiers qui n'est *pas personnellement obligé*⁹⁷³. L'extension pour confusion des patrimoines crée ainsi un « *regroupement temporaire des actifs et des dettes de plusieurs personnes* »⁹⁷⁴ justifié par la

⁹⁶⁹ L'action s'applique aussi à l'EIRL : C. com., art. L. 621-2, al. 3. Dans ce cas, il ne s'agit pas, à proprement parler, d'une confusion des patrimoines, mais plutôt d'une *réunion* des patrimoines (F.-X. LUCAS, *Manuel de droit de la faillite*, 2^e éd., coll. Droit fondamental, PUF, 2018, p. 127, n° 125).

⁹⁷⁰ Effet que la Cour de cassation a déjà énoncé : com., 30 juin 2009, n° 08-15715, Inédit ; *Dr. sociétés* 2009, comm. 209, obs. J.-P. LEGROS ; *Rev. proc. coll.* 2010, comm. 45, obs. B. SAINTOURENS ; *Dr. & patr.*, oct. 2010, p. 89, obs. C. SAINT-ALARY-HOUIN : « [...] *par l'effet de l'extension de la procédure collective de la SARL à la SCI, en raison de la confusion de leurs patrimoines, les deux sociétés s'étaient trouvées réunies en une procédure collective unique avec patrimoine commun et unicité d'actifs et de passif, sans pour autant que l'extension fasse disparaître la personnalité morale de chacune des sociétés, ni acquérir à l'ensemble concerné une existence juridique propre [...]* » Certaines solutions retenues par ailleurs par la Cour de cassation sont toutefois inconciliables avec le maintien de deux personnalités : c'est, par exemple, le cas d'une extension à la caution d'une procédure ouverte contre le débiteur principal, pour laquelle il a été jugé que l'obligation issue du cautionnement s'éteignait par confusion (com., 17 févr. 2009, n° 07-16558, *Bull. civ.* IV, n° 23 ; *Gaz. pal.* 26 avr. 2009, p. 16, note F. REILLE ; *D.* 2009, p. 2207, note Y. DAGORNE-LABBÉ ; *RDBF* 2009, comm. 86, obs. A. CERLES ; *Rev. proc. coll.* 2009, comm. 103, obs. B. SAINTOURENS ; *RTD com.* 2009, p. 615, obs. A. MARTIN-SERF).

⁹⁷¹ Mis à part lorsque le patrimoine auquel est étendue la procédure est une indivision, qui n'a pas la personnalité juridique. Dans ce cas, l'extension conduit « *à la saisie de l'ensemble des quotes-parts indivises* », ce qui revient à « *recomposer, pour les besoins de la procédure collective, l'appropriation unique des biens indivis* » (S. DELRIEU, *Indivision et procédures collectives*, préf. C. Saint-Alary-Houin, coll. Doctorat & Notariat, t. 47, Defrénois, 2010, p. 159, n° 264).

⁹⁷² F. REILLE, *La notion de confusion des patrimoines, cause d'extension des procédures collectives*, préf. Ph. Pétel, Bibliothèque de droit de l'entreprise, t. 74, Litec, 2007, p. 7, n° 3.

⁹⁷³ P.-M. LE CORRE, « Le sort des créances en cas d'extension d'une procédure collective », *D.* 2002, p. 1122 : « *Les créanciers de la procédure la première ouverte resteront créanciers de cette procédure. Ils ne deviendront pas créanciers de la seconde structure, cependant que les actifs de cette dernière seront réunis aux actifs de la structure la première déclarée en redressement ou en liquidation judiciaire.* » ; F. REILLE, *op. cit.*, p. 590, n° 669 : « [...] *l'extension de procédure pour confusion n'a pas, en elle-même, pour effet de créer un droit de créance des créanciers contre la personne qui n'est pas originellement leur débiteur.* » ; A. BÉZERT, *Les effets de l'extension de la procédure collective pour confusion des patrimoines*, th. Montpellier I, dactyl., 2017, p. 268, n° 339 : « *Affirmer que l'extension de la procédure collective pour confusion des patrimoines fait naître un droit personnel à l'égard de l'ensemble des personnes confuses en biens par le truchement du droit de gage du créancier n'est par conséquent pas satisfaisant. Reconnaître la naissance d'un droit personnel est en effet différent de reconnaître une modification des modalités d'exécution d'une obligation existante.* » Si nous sommes en accord avec le constat formulé au début de l'extrait par cet auteur, nous ne souscrivons toutefois pas à son explication, qui conduit à concevoir le gage général, mécanisme de droit commun, comme une institution indépendante de l'obligation. Sur la réfutation de cette conception, v. *supra*, n° 119. s.

⁹⁷⁴ Ph. PÉTEL, « La vie après la confusion des patrimoines » in *Liber amicorum – Mélanges en l'honneur de Philippe Merle*, Dalloz, 2013, p. 577 s., spéc. p. 583. La nature de cette masse peut être discutée. Il ne s'agit pas d'une indivision (com., 13 févr. 2001, n° 98-16109, Inédit ; *Dr. sociétés* 2001, comm. 112, note J.-P. LEGROS), ni d'une société créée de fait en l'absence d'intention des débiteurs (Ph. PÉTEL, art. préc., p. 583). Le recours à la théorie de l'apparence semble être la qualification la plus satisfaisante (C. SAINT-ALARY-HOUIN, obs. sur com., 5 févr. 2013, *BJE* 2013, p. 153, n° 13).

restauration des contours « authentiques » du patrimoine du débiteur, gage des créanciers. Pour cette raison, cette action doit également être considérée, comme un attribut du gage général.

B.- LES ATTRIBUTS DE REALISATION DU GAGE GENERAL

211. S'il est permis aux créanciers de protéger la valeur que représente l'assiette de leur gage commun, c'est aussi – et surtout – afin de leur permettre de procéder, dans la foulée, à une exécution sur cette assiette⁹⁷⁵. Le moyen permettant au créancier de réaliser son gage général est, bien sûr, la saisie, modèle des procédures civiles d'exécution, qu'elle se ponctue par une vente ou par une attribution du bien saisi au créancier (2). La saisie se décline sous une forme particulière lorsque le débiteur fait l'objet d'une liquidation judiciaire, puisque son exercice est alors collectif, et frappe l'intégralité du patrimoine (3). Ces mesures nécessitent toutefois, au préalable, une collecte d'informations sur le patrimoine du débiteur, qu'il convient d'évoquer à part entière tant elle est indispensable à la réalisation du gage général (1).

1. L'ACCES AUX INFORMATIONS PATRIMONIALES

212. Un attribut indispensable à l'effectivité du gage général. – L'information relative aux biens composant le patrimoine du débiteur est primordiale pour le créancier. Comme le relève Madame CIMAMONTI, elle est « *une condition essentielle du passage de la reconnaissance à l'effectivité des droits du créancier, lorsque le débiteur ne s'exécute pas spontanément* »⁹⁷⁶. En d'autres termes, les informations relatives aux biens saisissables du

⁹⁷⁵ Ainsi, en droit commun, l'inscription d'une sûreté judiciaire ou la pratique d'une saisie conservatoire doivent être suivies, à peine de caducité, dans le délai d'un mois, d'une procédure tendant à l'obtention d'un titre exécutoire si le créancier n'en était pas déjà muni (CPCE, art. L. 511-4 et R. 511-7). Lorsque le créancier agit par la voie oblique, il peut décider d'associer à l'exercice de son pouvoir de substitution une action en paiement sur le produit de son intervention (v. par ex., récemment civ. 1^{re}, 4 oct. 2017, n° 12-29390, Inédit ; LPA, 16 mai 2018, note C. MASSON), figure qualifiée d'« *action oblique directe* » (J. MESTRE, obs. sur Paris, 31 mai 1990, RTD civ. 1991, p. 738, spéc. p. 739). Lorsque le créancier agit par la voie paulienne, l'inopposabilité de l'acte frauduleux qui s'en suit permet au créancier paulien de pratiquer une saisie du bien objet de l'acte entre les mains du tiers bénéficiaire (Civ. 1^{re}, 30 mai 2006, n° 02-31495, Bull. civ. I, n° 268 ; D. 2006, p. 2717, note G. FRANÇOIS ; JCP G 2006, II, 10150, note R. DESGORCES ; Defrénois 2006, p. 1863, obs. R. LIBCHABER). Il n'est pas besoin de mentionner les attributs de restauration du gage général à la disposition du liquidateur, dans la mesure où la liquidation judiciaire est elle-même une saisie, comme on va le voir.

⁹⁷⁶ S. CIMAMONTI, *L'effectivité des droits du créancier chirographaire en droit contemporain*, th. Aix-Marseille, dactyl., 1990, p. 185, n° 148.

débiteur sont la condition *sine qua non* à la saisissabilité *de fait* de ces biens⁹⁷⁷. Si la quête de ces informations n'a, longtemps, pas posé de problèmes au créancier, le mouvement de dématérialisation des actifs a bouleversé la donne⁹⁷⁸. Propriétaire de moins en moins de « *biens au soleil* »⁹⁷⁹, le débiteur est aujourd'hui riche d'une « *fortune [qui] se fait plus abstraite et, du même coup, plus discrète en même temps que plus mobile ; et pour cette raison, elle devient infiniment plus difficile à débusquer* »⁹⁸⁰. Il incombe alors au droit de concilier plusieurs objectifs « *souvent contradictoires* »⁹⁸¹ : l'effectivité du droit de créance d'un côté, le respect de la vie privée et des secrets professionnels concernés de l'autre.

213. Un accès reconnu au créancier muni d'un titre exécutoire. – Afin de ne pas faire du titre exécutoire une « *lettre morte* »⁹⁸², il est ainsi reconnu aux huissiers de justice porteurs d'un tel titre un accès direct à de nombreuses informations patrimoniales. Les personnes publiques doivent lui communiquer les renseignements qu'elles détiennent permettant de déterminer l'adresse du débiteur, l'identité et l'adresse de son employeur ou de tout tiers débiteur ou dépositaire de sommes liquides ou exigibles et la composition de son patrimoine immobilier⁹⁸³. Les établissements bancaires⁹⁸⁴ doivent aussi coopérer en indiquant les comptes bancaires que le débiteur a ouverts ainsi que leur lieu⁹⁸⁵.

214. Un accès élargi en contexte de liquidation judiciaire. – Cet accès est encore élargi lorsque le débiteur est dessaisi de son patrimoine par l'ouverture d'une liquidation judiciaire.

⁹⁷⁷ Rappr. A. VERBEKE, « Information sur le patrimoine. Nécessité d'un droit d'exécution équilibré » in G. DE LEVAL, L. CHABOT, A. VERBEKE, R. PERROT, *Le rôle social et économique de l'huissier de justice*, Story-Scientia, 2000, p. 160 s., spéc. p. 179 : « *Si le créancier n'a pas le droit de tout mettre en œuvre pour savoir localiser les biens de son débiteur, comment alors prendre ce patrimoine comme objet de recouvrement ?* »

⁹⁷⁸ Mouvement auquel il faut ajouter la mondialisation des échanges qui a favorisé la migration des biens vers les États étrangers. Sur la difficulté pour les créanciers d'accéder à l'information relative à ces biens, v. *infra*, n° 352.

⁹⁷⁹ R. PERROT, « Rapport français » in Travaux de l'Association Henri Capitant, *L'effectivité des décisions de justice (Journées françaises)*, t. XXXVI, Economica, 1987, p. 105 s., spéc. p. 106, n° 4.

⁹⁸⁰ *Ibid.*

⁹⁸¹ S. PIÉDELIÈVRE, « Accès à l'information et accès à l'exécution » in A. LEBORGNE, E. PUTMAN (dir.), *Les obstacles à l'exécution forcée : permanence et évolutions*, coll. Droit et Procédures, EJT, 2009, p. 104 s., spéc. p. 107, n° 222.

⁹⁸² Exposé des motifs de la proposition de loi relative à l'exécution des décisions de justice et exercice de certaines professions réglementées, déposée par M. Laurent Bêteille le 15 oct. 2008.

⁹⁸³ CPCE, art. L. 152-1.

⁹⁸⁴ Ne sont toutefois pas concernés les établissements de paiement en ligne tels que Paypal, qui ne sont pas référencés dans le fichier FICOBA : M. MALET, « La trentaine déclinante des procédures civiles d'exécution », *Lexbase Hebdo éd. privée*, 26 sept. 2019.

⁹⁸⁵ CPCE, L. 152-2. L'emplacement de ces textes dans le code est d'ailleurs évocateur : ils sont intégrés à un titre consacré aux « *difficultés d'exécution* », soulignant « *l'étroitesse des relations entre l'accès aux renseignements et l'effectivité de l'exécution* » (L. LAUVERGNAT, « Consécration de l'accès direct aux renseignements sur le débiteur poursuivi », *D.* 2012, p. 888).

Afin de connaître la consistance exacte du patrimoine du débiteur et évaluer les « chances [...] de règlement des créanciers »⁹⁸⁶, le liquidateur établit un inventaire et réalise une prise de vue du patrimoine du débiteur⁹⁸⁷. À cette fin, le liquidateur peut obtenir de tiers – administrations publiques, établissements de crédit – les renseignements de nature à lui donner une exacte information sur la situation patrimoniale du débiteur⁹⁸⁸, de la même manière que l’huissier de justice se prévalant d’un titre exécutoire. Mais à la différence de ce dernier, le liquidateur a le pouvoir d’obtenir de tout tiers détenteur les documents et livres comptables du débiteur⁹⁸⁹, sans qu’il puisse être valablement opposé par l’expert-comptable, le secret professionnel auquel il est soumis, ou son droit de rétention sur les documents pour exiger le paiement de ses honoraires dus avant le jugement d’ouverture⁹⁹⁰. En outre, le débiteur étant propriétaire des informations qui lui sont transmises par courrier⁹⁹¹, ces biens font également l’objet du dessaisissement frappant le débiteur, ce qui justifie leur appréhension par le liquidateur⁹⁹². Ce dernier peut donc détourner le courrier⁹⁹³ adressé au débiteur⁹⁹⁴ afin d’obtenir des informations relatives aux biens et aux sources de revenus du débiteur⁹⁹⁵. En somme, l’accès à ces informations patrimoniales est primordial dans la réalisation du gage général, il s’agit d’un attribut incontournable. Le créancier détenteur d’un titre exécutoire peut, une fois enquis de la situation patrimoniale de son débiteur, déterminer quels biens il compte saisir.

⁹⁸⁶ M. LAROCHE, obs. sur com., 25 oct. 2017, *Act. proc. coll.* 2017, repère 297.

⁹⁸⁷ C. com., art. L. 622-6, al. 1.

⁹⁸⁸ C. com., art. L. 622-6, al. 3.

⁹⁸⁹ C. com., art. L. 622-5.

⁹⁹⁰ A. JACQUEMONT, R. VABRES, T. MASTRULLO, *Droit des entreprises en difficulté*, 10^e éd., coll. Manuel, LexisNexis, 2017, p. 205, n° 318.

⁹⁹¹ Approche retenue par V. PELTIER, *Le secret des correspondances*, préf. Ph. Conte, PUAM, 1999, *passim*. L’auteur, après avoir admis l’appropriation de l’information, propose une analyse de la correspondance sous ce prisme, qu’elle refuse de voir comme un transfert de propriété, mais plutôt comme un « partage de l’exclusivité au profit des correspondants » (p. 334, n° 435).

⁹⁹² Et quand bien même l’on refuserait de concevoir l’information comme un bien, le détournement de courrier peut également s’expliquer par la sorte d’incapacité frappant le débiteur dessaisi, qui justifie « un amoindrissement des prérogatives liées à la personnalité et, parmi elles, du droit au secret des correspondances » (V. PELTIER, *op. cit.*, p. 526, n° 674). Il ne s’agit pas, toutefois, d’une incapacité *stricto sensu* : v. *infra*, n° 219.

⁹⁹³ Y compris le courrier électronique (C. com., art. L. 641-15, al. 3), pour lequel il s’agit moins d’un détournement que d’un « droit de consultation » (P.-M. LE CORRE, *Droit et pratique des procédures collectives*, 10^e éd., Dalloz Action 2019/2020, n° 552.521).

⁹⁹⁴ Cette prérogative ne s’applique toutefois pas au débiteur qui exerce une activité pour laquelle il est soumis au secret professionnel (C. com., art. L. 641-15, al. 4).

⁹⁹⁵ Comme le remarque Monsieur LE CORRE, « la pratique révèle que le détournement du courrier peut s’avérer très utile au liquidateur pour découvrir l’existence d’actifs ou de créanciers dont il n’avait pas connaissance auparavant et dont il n’aurait jamais appris l’existence autrement » (P.-M. LE CORRE, *op. cit.*, n° 552.511). Bien qu’une telle prérogative soit attentatoire à la vie privée du débiteur, elle a été jugée conforme à la Convention européenne des droits de l’homme dès lors qu’elle est étroitement encadrée (CEDH, 20 juin 2000, *Foxley c. Royaume-Uni*, n° 33274/96, spéc. § 43).

2. LA SAISIE

215. La saisie-vente, manifestation la plus visible du gage général. – La manifestation « *la plus évidente* »⁹⁹⁶ – car la plus tangible – du gage général reste le pouvoir donné au créancier de saisir tout bien de son débiteur pour en obtenir la vente forcée⁹⁹⁷, aussi est-il courant que le gage général soit résumé au « droit de saisir »⁹⁹⁸. Le mécanisme est, dans cette situation, sans équivoque : la saisie pratiquée sur un bien du débiteur le rend indisponible⁹⁹⁹, afin qu'en

⁹⁹⁶ Ph. THÉRY, « Variations sur le droit de poursuite du créancier » in *Mélanges en l'honneur du professeur Laurent Aynès – Liberté, justesse, autorité*, LGDJ, 2019, p. 471 s., spéc. p. 472.

⁹⁹⁷ Rapp. F. ZENATI-CASTAING, T. REVET, *Cours de droit civil – Obligations – Régime*, coll. Droit fondamental, PUF, 2013, p. 154, n° 77 : « *Le pouvoir de vendre est l'attribut primordial du droit de gage général. C'est à travers l'exercice de cet attribut que le créancier parvient à obtenir la compensation de l'impayé dont il est victime.* »

⁹⁹⁸ L'on pourrait objecter, comme l'a fait un auteur, que l'agent des sûretés (v. *infra*, n° 231.) est une hypothèse dans laquelle une personne a le pouvoir de saisir le bien d'un débiteur en vertu de la sûreté dont elle est titulaire et non en vertu du gage général attaché à la créance. C'est alors la sûreté qui serait « *source du pouvoir de contrainte* » (M. JULIENNE, « L'agent des sûretés : portée pratique et théorique d'une réforme », *RDC* 2017, p. 461, spéc. n° 15 s.). Il s'agit cependant d'une hypothèse dans laquelle la titularité de la sûreté est purement « *artificielle* » (D. ROBINE, « Le nouvel agent des sûretés français : une attrayante figure en clair-obscur », *RDBF* 2017, étude 12, spéc. n° 17) puisque l'agent des sûretés agit, certes en son nom propre, mais pour le compte des créanciers qui l'ont engagé, « *en miroir des créanciers qu'il sert* » (B. MALLET-BRICOUT, Commentaire de l'ordonnance n° 2017-748 du 4 mai 2017 relative à l'agent des sûretés, *RTD civ.* 2017, p. 740). Ainsi, l'agent des sûretés a, certes, le pouvoir de réaliser les sûretés, donc de saisir les biens du débiteur sans être son créancier, mais il « *n'a pas vocation à être le bénéficiaire final des sûretés* » (D. ROBINE, art. préc.), le produit revenant irrémédiablement aux créanciers. L'originalité de l'hypothèse nous semble donc exclure d'y voir une véritable dissociation du pouvoir de saisir et du gage général.

⁹⁹⁹ « *Le droit de gage général n'assumerait pas sa fonction première de garantie si le débiteur pouvait éternellement se dérober en disposant des biens choisis par son créancier. Il faut bien qu'à un moment donné la situation soit cristallisée pour que l'exécution puisse avoir lieu.* » (F. PLANCKEEL, *Indisponibilités et théorie du droit – Contribution à la redéfinition du système juridique*, th. Lille II, dactyl., 2004, p. 551, n° 364)

l'absence de paiement volontaire du débiteur, la vente du bien soit poursuivie¹⁰⁰⁰ et que le prix qui en a été tiré serve à payer le créancier saisissant. Le paiement n'étant cependant pas une fin justifiant tous les moyens, l'exercice de la saisie est soumis à une exigence de proportionnalité¹⁰⁰¹ : la mesure ne peut « excéder ce qui se révèle nécessaire pour obtenir le paiement de l'obligation »¹⁰⁰², sous peine, pour le créancier, de subir la mainlevée de sa saisie et d'être condamné à indemniser le débiteur¹⁰⁰³.

216. Une qualification s'appliquant aussi à la saisie-attribution. – Une saisie aux modalités d'exécution différentes a été introduite par la loi du 9 juillet 1991 s'agissant de l'exécution sur les créances. La saisie-attribution détonne, en effet, dans les procédures civiles d'exécution, dans la mesure où elle opère transfert de propriété de la créance au profit du saisissant, concomitamment à l'acte de saisie¹⁰⁰⁴, ce qui rend inutile l'étape d'indisponibilité de la créance dans le déroulement de la saisie-attribution. Cet effet attributif est au bénéfice

¹⁰⁰⁰ Il faut souligner que cette vente n'est pas nécessairement forcée, tant s'en faut. En matière mobilière, la vente judiciaire a été reléguée au rang de moyen de réalisation subsidiaire de la saisie-vente. La procédure de réalisation de la saisie-vente est ainsi entièrement dévolue, dans un premier temps, à trouver une issue amiable. Ce n'est qu'à défaut de conclusion (CPCE, art. R. 221-31), ou de réalisation (CPCE, art. R. 221-32, al. 3) d'une vente à l'initiative du débiteur que l'issue judiciaire s'ouvre aux créanciers saisissants. En matière immobilière, la vente amiable concurrence de plus en plus la vente forcée, bien qu'elle ne soit jamais déjudicialisée dans la mesure où la vente amiable doit être autorisée par le juge à l'audience d'orientation. L'issue amiable est désormais également privilégiée après le jugement d'orientation autorisant une vente par adjudication : si plusieurs arrêts de la Cour de cassation avaient posé la solution contraire en faisant prévaloir l'autorité de la chose jugée sur un accord de volontés entre débiteur, créancier et acquéreur (civ. 2^e, 9 avr. 2015, n^o 14-16878, *Bull. civ. II*, n^o 96 ; *D.* 2015, p. 1928, note Ph. THÉRY et C. BRENNER ; *JCP N* 2015, 1109, note F. VAUVILLÉ ; *Bulletin d'actualité Lamy Droit de l'exécution forcée*, juill. 2015, p. 1, note J.-J. ANSAULT ; *Gaz. pal.* 28 mai 2015, p. 12, note S. PIÉDELIÈVRE, et 5 sept. 2015, p. 19, obs. C. BRENNER ; *Bull. CRIDON Paris*, 15 sept. 2015, p. 6, note C. HOUIN-BRESSAND ; *Dr. & patr.*, nov. 2015, p. 81, obs. P. CROCQ ; *Procédures* 2015, comm. 186, note C. LAPORTE ; *RDC* 2016, p. 61, note M. JULIENNE), celle-ci avait été fortement contestée par une partie de la doctrine (V. en particulier Ph. THÉRY et C. BRENNER, note préc.), ce qui a incité la Cour de cassation à finalement faire prévaloir l'accord de volontés (civ. 2^e, 7 déc. 2017, n^o 16-21356, publié au Bulletin, *D.* 2018, p. 1223, obs. A. LEBORGNE et p. 1684, note C. BRENNER et Ph. THÉRY ; *Procédures* 2018, comm. 42, note C. LAPORTE ; *RDBF* 2018, comm. 17, note S. PIÉDELIÈVRE ; *LEDC*, févr. 2018, p. 5, note S. PELLET ; *AJDI* 2018, p. 377, note F. COHET), solution que la loi de réforme pour la justice du 23 mars 2019 a entérinée : L. n^o 2019-222, *JORF* 24 mars 2019, art. 14, ajoutant un alinéa à l'article L. 322-1 du CPCE disposant qu'en cas d'accord entre le débiteur et les créanciers concernés, les biens « peuvent également être vendus de gré à gré après l'orientation en vente forcée et jusqu'à l'ouverture des enchères ».

¹⁰⁰¹ Sur le sujet, v. not. l'étude classique de J. MESTRE, « Réflexions sur l'abus du droit de recouvrer sa créance » in *Mélanges offerts à Pierre Raynaud*, Dalloz-Sirey, 1985, p. 439.

¹⁰⁰² CPCE, art. L. 111-7. En application de ce principe de proportionnalité, le régime de plusieurs types de saisie est affecté d'un principe de subsidiarité de la mesure : CPCE, art. L. 221-2 (local servant à l'habitation) ; art. L. 311-5 (immeuble) ; art. L. 311-8, al. 1 (immeuble d'un mineur ou d'un majeur protégé) ; art. L. 161-1 (biens de l'entrepreneur individuel nécessaires à son activité).

¹⁰⁰³ CPCE, art. L. 121-2. La Cour de cassation a d'ailleurs eu l'occasion de casser l'arrêt d'une cour d'appel qui n'avait pas recherché, comme il le lui était demandé, si la saisie litigieuse était proportionnée au montant de la dette : civ. 2^e, 10 mai 2007, n^o 05-13628, Inédit.

¹⁰⁰⁴ CPCE, art. L. 211-2, al. 1.

exclusif du créancier, lequel échappe à tout concours¹⁰⁰⁵. Certains, pour qualifier la saisie-attribution, opèrent une analogie avec la délégation imparfaite en raison de l'adjonction d'un nouveau rapport d'obligation au rapport initial entre créancier poursuivant et débiteur¹⁰⁰⁶. Mais il nous semble que cette voie d'exécution opère bien plutôt un *effet translatif*. L'effet de cette saisie ne correspond pas à une simple indication de paiement, faisant persister l'obligation entre le saisissant et le débiteur. La saisie *transporte* la créance¹⁰⁰⁷ du patrimoine du débiteur vers celui du créancier poursuivant¹⁰⁰⁸, opérant paiement de la créance cause de la saisie à due concurrence¹⁰⁰⁹. Une telle qualification permet ainsi d'expliquer pourquoi une créance chirographaire saisie par le Trésor public « *conserve ce caractère à l'égard du Trésor public* »¹⁰¹⁰. Aussi cette voie d'exécution mérite-t-elle bien la qualification de « *cession légale* »¹⁰¹¹ de créance et constitue, par conséquent une « *expression du droit de gage général* »¹⁰¹².

217. L'attribution en nature, une modalité d'exécution étrangère au gage général. –

L'exercice du gage général ayant pour finalité de procurer au créancier un paiement *monétaire*,

¹⁰⁰⁵ CPCE, art. L. 211-2, al. 2. D'aucuns, pour expliquer cet effet original, l'ont qualifié de *privilege du premier saisissant* (M. BANDRAC, « Procédures civiles d'exécution et droit des sûretés », *RTD civ.* 1993, p. 49, n° 27 ; E. PUTMAN, « La saisie-attribution », *LPA* 6 janv. 1993, p. 67). L'analogie est cependant erronée : qualifier la situation d'un créancier saisissant de « privilégiée » implique qu'il se retrouve en concours avec d'autres créanciers, à l'égard desquels il est préféré. Or le mécanisme de l'attribution fait échapper le créancier au concours : il ne s'agit pas de préférence mais d'exclusivité : V. en ce sens N. CAYROL, *JCl. Procédure civile*, fasc. 1600-5 : *Saisie-attribution – Généralités*, juin 2016, n° 61 ; L. CAMENSULI-FEUILLEARD, *La dimension collective des procédures civiles d'exécution*, préf. Y. Desdevises, Nouvelle bibliothèque de thèses, vol. 73, Dalloz, 2008, p. 59, n° 77.

¹⁰⁰⁶ L. CAMENSULI-FEUILLEARD, *op. cit.*, p. 57, n° 73 : « *L'effet est [...] très voisin du mécanisme de la saisie-attribution, puisque la créance initiale est maintenue mais un nouvel engagement s'y adjoint, ayant à terme une fonction extinctive.* »

¹⁰⁰⁷ Ce qui inclut ses accessoires (CPCE, art. L. 211-2, al. 1). Curieusement, la jurisprudence a limité cette transmission aux seuls accessoires « *exprimés en argent* » (Civ. 2^e, 7 avr. 2011, n° 10-15969, *Bull. civ.* II, n° 88 ; *D.* 2011, p. 1152, note V. AVENA-ROBARDET ; *JCP G* 2011, 683, note C. JUILLET ; *D.* 2011, p. 2153, obs. J.-M. S. et L. L.-G. ; *Dr. et proc.* 2011, p. 184, note A. LEBORGNE ; *RTD civ.* 2011, p. 594, obs. R. PERROT (pour refuser au créancier saisissant le privilège du prêteur de deniers dont bénéficiait le débiteur), excluant ainsi la transmission des sûretés et privilèges grevant la créance saisie dont bénéficiait le débiteur à l'encontre du tiers saisi.

¹⁰⁰⁸ C'était la solution de la jurisprudence sous l'empire de la saisie-arrêt : « [...] *le jugement de validité a pour effet de dessaisir le débiteur des sommes saisies-arrêtées pour en faire attribution exclusive et transport au saisissant qui, dans les limites où la saisie a été autorisée et validée, devient ainsi créancier direct du tiers saisi [...].* » (Civ., 15 janv. 1923, *DP* 1925, I, p. 183 ; *S.* 1923, I, p. 197).

¹⁰⁰⁹ E. GLASSON, R. MOREL, A. TISSIER, *Traité théorique et pratique d'organisation judiciaire, de compétence et de procédure civile*, 3^e éd., t. IV, Sirey, 1932, p. 291, n° 1128 : « *Sans doute il n'y a pas encore paiement effectif, mais il y a, ce qui est équivalent, attribution d'un titre de paiement exécutoire contre le tiers saisi.* »

¹⁰¹⁰ Com., 16 juin 1998, n° 95-16864, *Bull. civ.* IV, n° 201.

¹⁰¹¹ C. LARROUMET, note sous ch. mixte, 22 nov. 2002, *D.* 2003, p. 445 ; Ph. THÉRY, « Régime général de l'obligation et procédures civiles d'exécution », *RLDC* mars 2014, p. 93 s., spéc. p. 94.

¹⁰¹² Ph. THÉRY, *Sûretés et publicité foncière*, 2^e éd., coll. Droit fondamental, PUF, 1998, p. 22, n° 6.

l'attribution en nature d'un bien du débiteur est un mode d'exécution en principe exclu, ce qui s'explique par des considérations pratiques¹⁰¹³. Il est vrai qu'une telle issue existe en matière de saisie immobilière, lorsque, exceptionnellement, le créancier poursuivant acquiert lui-même le bien saisi, faute d'enchérisseur lors de l'adjudication¹⁰¹⁴, mais il s'agit d'un mécanisme *subsidaire*¹⁰¹⁵ et en aucun cas d'un banal mode alternatif d'exécution pour le créancier poursuivant. Cette modalité d'exécution existe aussi pour le paiement de la prestation compensatoire¹⁰¹⁶ et est également confinée à une application subsidiaire : selon le Conseil constitutionnel, elle « *ne saurait être ordonnée par le juge que dans le cas où, au regard des circonstances de l'espèce, les autres modalités d'exécution ne paraissent pas suffisantes pour garantir le versement de cette prestation* »¹⁰¹⁷.

Longtemps exclue également de la réalisation des sûretés réelles¹⁰¹⁸, l'attribution en nature a finalement été admise à l'occasion de l'ordonnance du 23 mars 2006, par la voie

¹⁰¹³ V. en ce sens J.-J. DELSOL, *Explication élémentaire du Code civil mise en rapport avec la doctrine et la jurisprudence*, 3^e éd., t. III, A. Cotillon et C^{ie}, 1878, p. 497, n° 963 : « *Il faut remarquer que les créanciers n'ont pas droit sur les biens mêmes du débiteur, mais sur le prix qui doit en provenir. La loi exige toujours leur conversion en argent au moyen des enchères publiques, et cette disposition est doublement utile, d'abord en ce qu'elle facilite les liquidations, et ensuite en ce qu'elle sauvegarde les intérêts du débiteur, en mettant un frein à l'avidité de ses créanciers qui auraient toujours tenté de s'approprier à vil prix les biens qui leur servent de gage commun.* » ; Adde F. ZENATI-CASTAING, T. REVET, *Cours de droit civil – Obligations – Régime*, coll. Droit fondamental, PUF, 2013, p. 142, n° 67 : « *Il est concevable d'attribuer des biens du débiteur à un créancier impayé mais il est plus commode pour l'exercice collectif du gage de procéder à une vente, cela permet de répartir le prix et dispense d'une expertise.* »

¹⁰¹⁴ CPCE, art. R. 322-56. Cette disposition a été déclarée conforme à la Constitution au motif qu'elle poursuit l'objectif d'intérêt général d'« *aboutissement de la procédure* » et ne porte pas une atteinte disproportionnée au droit de propriété du débiteur en ce qu'elle est *subsidaire*, l'attribution de l'immeuble ne se faisant *qu'à défaut* d'enchère : Cons. const., 16 déc. 2011, DC n° 2011-206 ; D. 2012, p. 1509, obs. A. LEBORGNE ; RFDC 2012, p. 418, obs. O. SALATI ; RFDA 2012, p. 632, obs. C. NIVARD, § 6 et 7.

¹⁰¹⁵ Aspect retenu par le Conseil constitutionnel pour confirmer la constitutionnalité de cette disposition : « [...] *l'adjudication d'office au créancier poursuivant au montant de la mise à prix initiale n'intervient qu'à défaut de toute enchère ; que, dans ces conditions, l'atteinte portée aux droits du débiteur saisi ne revêt pas un caractère disproportionné au regard du but poursuivi* [...] » (Cons. const., 16 déc. 2011, préc., § 7).

¹⁰¹⁶ C. civ., art. 274, 2°.

¹⁰¹⁷ Cons. const. 13 juill. 2011, n° 2011-151 QPC, AJ fam. 2011, p. 426, obs. N. RÉGIS ; RTD. civ. 2011, p. 565, obs. T. REVET et p. 750, obs. J. HAUSER ; JCP N 2011, 1297, note J. MASSIP ; Dr. fam. 2011, comm. 148, note V. LARRIBAU-TERNEYRE ; Gaz. pal. 12-13 août 2011, p. 22, note E. MULON ; LPA 30-31 août 2011, note R. OUEDRAOGO, § 8.

¹⁰¹⁸ L'interdiction du pacte commissaire et des clauses de voie parée est en effet un héritage du droit romain, qui avait initialement pour but de prévenir les pratiques usuraires (J.-Ph. LÉVY, A. CASTALDO, *Histoire du droit civil*, 2^e éd., coll. Précis, Dalloz, 2010, p. 1106, n° 757) et de respecter le monopole de la contrainte légitime dont dispose l'État. Cette prohibition a perduré en droit français mais était l'objet de critiques, parce qu'elle entravait le crédit de manière peu justifiée à l'époque moderne (G. WIEDERKEHR, « Pacte commissaire et sûretés conventionnelles » in *Études offertes à Alfred Jauffret*, Faculté de droit et de science politique d'Aix-Marseille, 1974, p. 661 s., spéc. p. 662).

conventionnelle et par la voie judiciaire¹⁰¹⁹. Si l'analyse majoritaire consiste à expliquer ce mode de réalisation spécifique par la nature de droit réel accessoire de la sûreté réelle¹⁰²⁰, un auteur, à l'opposé, nie l'originalité de ce mode de réalisation et considère que « *c'est dans le rapport d'obligation et non dans la sûreté réelle que réside la faculté de se payer de force sur les biens du débiteur, ce paiement dû-t-il revêtir, comme au cas présent, une forme originale* »¹⁰²¹. En d'autres termes, l'attribution en nature du bien grevé serait, selon cette analyse, une manifestation du gage général¹⁰²². Nous contestons ce rapprochement. D'abord, il est indéniable que ces modes de réalisation consistant à attribuer la propriété d'un bien en paiement sont propres aux sûretés réelles et ne bénéficient pas aux créanciers chirographaires¹⁰²³. Ensuite, le régime applicable au pacte comissoire et à l'attribution judiciaire est loin d'être identique à celui d'une procédure civile d'exécution. Au contraire, le droit positif marque bien l'exorbitance de ce mode de réalisation : à titre d'exemple, lorsque le débiteur est placé en liquidation judiciaire, le créancier gagiste est admis à demander au juge-commissaire l'attribution judiciaire du bien, malgré l'arrêt des poursuites individuelles¹⁰²⁴. L'avant-projet de réforme du droit des sûretés réalisé par l'association Henri Capitant propose

¹⁰¹⁹ C. civ., art. 2347 et 2348 (pour le gage) ; art. 2365 (pour le nantissement) ; art. 2458 et 2459 (pour l'hypothèque) ; art. 2388 renvoyant aux dispositions précitées (pour l'antichrèse).

¹⁰²⁰ M. GRIMALDI, « Vers une réforme des sûretés », *RJ com.* 2005, p. 467 s., spéc. p. 476 : « [...] le créancier muni d'une sûreté réelle a déjà la main sur le bien affecté à la garantie de sa créance, de sorte qu'il paraît possible de lui reconnaître le bénéfice d'une exécution simplifiée : de lui permettre de se payer sur le bien sans avoir à le faire vendre en justice. » ; Ph. DUPICHOT, *Le pouvoir des volontés individuelles en droit des sûretés*, préf. M. Grimaldi, éd. Panthéon-Assas, 2005, p. 538, n° 715 : « [...] on peut penser que l'existence d'un droit réel sur la chose, caractéristique des sûretés réelles traditionnelles, légitime plus facilement l'éviction des voies d'exécution et la possible mise à l'écart du juge : le droit réel n'est-il pas par définition un droit qui porte directement sur une chose et dont l'usage ne requiert en principe nulle intermédiation, pas même judiciaire ? » ; P.-F. CUIF, « L'attribution judiciaire de l'immeuble hypothéqué : spécificité et efficacité », *RLDC* mars 2010, p. 25 s., spéc. p. 27 : « [L'attribution judiciaire] semble dès lors constituer le prolongement du droit réel portant sur le bien grevé, dans la mesure où le créancier hypothécaire, parce qu'il dispose d'un droit réel de garantie sur le bien, peut en demander au juge la transmutation en un véritable droit de propriété. » ; M. DOLS-MAGNEVILLE, *La réalisation des sûretés réelles*, th. Toulouse I, dactyl., 2013, p. 98, n° 80 : « Les modes de réalisation spécifiques sont des mesures de contraintes autorisées par la loi, propres au créancier muni d'une sûreté réelle, fondées sur le droit réel du créancier et qui tendent à la satisfaction du créancier. »

¹⁰²¹ C. GIJSBERS, *Sûretés réelles et droit des biens*, préf. M. Grimaldi, coll. Recherches juridiques, Economica, 2016, p. 208, n° 218.

¹⁰²² C'est la qualification de droit réel accessoire prêtée aux sûretés réelles que Monsieur GIJSBERS conteste, plus généralement. Selon cet auteur, la sûreté réelle n'aurait pas pour objet de procurer à son bénéficiaire l'accès aux utilités économiques du bien grevé puisque le créancier n'a accès à la valeur d'échange du bien que par l'intermédiaire de son gage général, donc de son seul droit de créance (C. GIJSBERS, *op. cit.*, p. 21 s., n° 23 s.). En outre, la sûreté réelle aurait un effet qui dépasse le seul devoir imposé aux tiers de respecter le droit du titulaire du droit réel, puisque ses prérogatives que sont les droits de suite et de préférence s'exercent *contre* les tiers (C. GIJSBERS, *op. cit.*, p. 114 s., n° 117 s.).

¹⁰²³ Monsieur GIJSBERS nous semble, sur ce point, évasif. L'auteur se contente de qualifier ces modes de réalisation de « *privilèges d'exécution* », tout en estimant qu'ils « *restent dans le périmètre de la réglementation du rapport d'obligation* » (C. GIJSBERS, *op. cit.*, p. 215, n° 225).

¹⁰²⁴ C. com., art. L. 641-20-1, al. 2.

d'ailleurs d'étendre cette disposition à tout titulaire d'une sûreté réelle et à la réalisation du pacte commissaire¹⁰²⁵. Il faut donc, à notre sens, bel et bien admettre l'originalité de ces modes de réalisation, dont l'explication la plus cohérente doit être trouvée dans la nature de droit réel accessoire de la sûreté réelle¹⁰²⁶.

3. LA LIQUIDATION JUDICIAIRE

218. La liquidation judiciaire, seule saisie collective du droit de l'insolvabilité. – Si le droit de l'insolvabilité a pour finalité initiale d'organiser le paiement des créanciers du débiteur failli en saisissant l'intégralité de son patrimoine, cette finalité a, depuis la fin du XX^e siècle, été supplantée par celle de redressement du débiteur¹⁰²⁷. Il en a résulté une diversification des procédures collectives pouvant être ouvertes contre une entreprise en difficulté, n'ayant pas pour fonction de réaliser le gage des créanciers. S'agissant d'abord de la procédure de sauvegarde judiciaire, celle-ci provoque, certes, l'arrêt des poursuites individuelles¹⁰²⁸, et vise notamment à apurer le passif du débiteur¹⁰²⁹. Mais son but premier est de faire bénéficier le débiteur « *d'un certain répit pour réorganiser son entreprise* »¹⁰³⁰. Elle est donc ouverte à la demande du débiteur lui-même¹⁰³¹, ce qui finit d'exclure de la qualifier de saisie collective¹⁰³². Il en résulte que la sauvegarde n'opère aucun effet réel : le débiteur n'est pas dessaisi de son

¹⁰²⁵ L'avant-projet préconise ainsi l'ajout d'un troisième alinéa à l'article L. 643-1 du Code de commerce, rédigé ainsi : « *Le créancier titulaire d'une sûreté réelle retrouve, à compter du jugement de liquidation judiciaire, la faculté de demander l'attribution judiciaire du meuble ou de l'immeuble grevé ou, le cas échéant, de se prévaloir d'un pacte commissaire.* » (<http://henricapitant.org/storage/app/media/pdfs/travaux/avant-projet-de-reforme-du-droit-des-suretes.pdf>)

¹⁰²⁶ Si certains auteurs ont émis le souhait que l'attribution d'un bien en nature devienne une modalité d'exécution de droit commun (Ph. HOONAKKER, « La civilisation de l'exécution forcée » in C. BRENNER (dir.), *Le droit de l'exécution forcée : entre mythe et réalité*, coll. Droit et Procédures, EJT, 2007, p. 63 s., spéc. p. 78-79, n° 116), il ne semble pas qu'une telle innovation soit envisagée en droit français.

¹⁰²⁷ Sur cette évolution, v. *infra*, n° 331.

¹⁰²⁸ C. com. art. L. 622-21, I et II.

¹⁰²⁹ C. com., art. L. 620-1, al. 1 *in fine*.

¹⁰³⁰ C. SAINT-ALARY-HOUIN, *Droit des entreprises en difficulté*, 11^e éd., coll. Domat droit privé, LGDJ, 2018, p. 447, n° 692.

¹⁰³¹ C. com., art. L. 620-1, al. 1.

¹⁰³² V. en ce sens J.-L. VALLENS, « La sauvegarde n'a pas d'effet réel », *RTD com.* 2010, p. 794 s., spéc. p. 795.

patrimoine¹⁰³³, dont il garde la libre disposition¹⁰³⁴, ce dernier est seulement « *surveillé* » dans la gestion de son entreprise par l'administrateur judiciaire désigné ou, au pire des cas, « *assisté* » pour les actes de gestion¹⁰³⁵. Le mécanisme du gage général n'est donc pas mis en œuvre par cette procédure¹⁰³⁶. Celle de redressement judiciaire se rapproche déjà plus d'une liquidation judiciaire, d'abord parce qu'elle est ouverte à la suite de la cessation de paiement de l'entreprise en difficulté¹⁰³⁷, ensuite parce que l'une des finalités que lui assigne le législateur est l'apurement du passif¹⁰³⁸. Cependant, cette finalité n'est, là encore, que de second ordre puisque, par définition, la procédure de redressement judiciaire a pour objectif premier d'assurer le sauvetage financier de l'entreprise en difficulté. Elle n'est donc pas une saisie collective¹⁰³⁹ au sens strict¹⁰⁴⁰ et, par suite, ne constitue pas une manifestation du gage général. Il n'est, dès lors, pertinent d'user de la qualification de saisie collective qu'à l'égard de la liquidation judiciaire, laquelle a pour finalité exclusive d'apurer le passif du débiteur en

¹⁰³³ Contra F.-X. LUCAS, D. 2018, pan. p. 1829 : « *On perd trop souvent de vue que la sauvegarde, comme toute procédure collective, emporte un dessaisissement du débiteur, lequel n'est plus totalement maître de ses biens après le jugement d'ouverture.* » ; M. JEANTIN, P. LE CANNU, *Droit commercial – Entreprises en difficulté*, 7^e éd., coll. Précis, Dalloz, 2007, p. 213, n° 302, qualifiant l'effet de la procédure de sauvegarde et de la procédure de redressement judiciaire de « *dessaisissement partiel* ».

¹⁰³⁴ C. com. art. L. 622-3 : « *Le débiteur continue à exercer sur son patrimoine les actes de disposition et d'administration, ainsi que les droits et actions qui ne sont pas compris dans la mission de l'administrateur.* »

¹⁰³⁵ C. com., art. L. 622-1, II.

¹⁰³⁶ Rapp. M.-H. MONSÉRIÉ-BON, « L'effet réel » in P.-M. LE CORRE (dir.), *Les grands concepts du droit des entreprises en difficulté*, coll. Thèmes et commentaires, Dalloz, 2018, p. 63 s., spéc. p. 69 : « *Les biens du débiteur ne sont pas affectés au paiement des créanciers. Ainsi, l'effet réel dans sa fonction de détermination du périmètre de la procédure demeure mais il est alors déconnecté de l'idée de saisie. Par l'effet réel, les biens sont soumis aux règles de la procédure de sauvegarde qui sont dans ce cas plutôt protectrices des intérêts du débiteur. Certains pourront alors considérer qu'il n'y a plus vraiment d'effet réel au sens strict.* »

¹⁰³⁷ C. com., art. L. 631-1, al. 1.

¹⁰³⁸ C. com., art. L. 631-1, al. 2 : « *La procédure de redressement judiciaire est destinée à permettre la poursuite de l'activité de l'entreprise, le maintien de l'emploi et l'apurement du passif.* »

¹⁰³⁹ F. MACORIG-VENIER, « *Clauses d'inaliénabilité et procédure collective* », RLDA mai 2003, p. 39 : « *Alors que souvent, tout autant par commodité de langage, il est vrai, qu'en raison du poids de la tradition historique, on les qualifie de procédures collectives (sous entendu de saisie collective des biens du débiteur, en vue du règlement du passif, au moins pour la liquidation), ce qualificatif apparaît inadapté à la procédure de redressement judiciaire, dont l'objectif est le sauvetage de l'entreprise, ainsi que le précise l'article L. 621-1 du Code de commerce, le paiement des créanciers n'étant qu'un objectif second, de telle sorte que les ventes réalisées en exécution d'un plan de cession ne s'apparentent en rien à des voies d'exécution.* »

¹⁰⁴⁰ À moins d'admettre que le droit des entreprises en difficulté a ajouté un deuxième sens au terme « *saisie* ». V. en ce sens Y. CHAPUT, « *Les cessions forcées, sauvegardes de la compétitivité* » in *Le droit comparé des affaires au XXI^e siècle – Mélanges à la mémoire de Claude Ducouloux-Favard*, Bruylant, 2017, p. 355 s., spéc. p. 358 : L'auteur précise qu'au sens traditionnel de saisie des biens s'est ajouté la saisie entendue comme « *la géométrie variable des pouvoirs de gestion du débiteur, qui peut être totalement ou partiellement « dessaisi » du « management » au profit d'organes de la procédure, dont l'administrateur judiciaire* ». Il ajoute : « *[...] le concept même de saisie, en droit de la sauvegarde, se dégage du droit de gage général des créanciers dès lors que la procédure n'est plus liée à une liquidation judiciaire stricte.* »

organisant le paiement des créanciers inscrits à la procédure¹⁰⁴¹. Comme l'a judicieusement relevé un auteur, « *le droit commercial n'a fait qu'organiser l'exercice concurrent par les créanciers de leur droit de gage général sur leur débiteur déconfit* »¹⁰⁴².

219. L'effet d'indisponibilité générale du dessaisissement. – Que le débiteur surendetté soit une entreprise ou un particulier, le jugement d'ouverture de la procédure de liquidation judiciaire produit le même effet : à la date du jugement, le débiteur est dessaisi de l'administration et de la disposition de ses biens, et les droits et actions du débiteur concernant son patrimoine sont exercés par le liquidateur jusqu'à la clôture de la procédure¹⁰⁴³. Bien que le terme soit différent, cet effet de la procédure évoque inévitablement l'indisponibilité frappant les biens faisant l'objet d'une saisie¹⁰⁴⁴ : la différence étant, d'une part, l'objet de la saisie – étendu à l'intégralité du patrimoine réalisable au profit de l'intérêt collectif des créanciers¹⁰⁴⁵ – et l'auteur de la saisie – la collectivité des créanciers inscrits à la procédure¹⁰⁴⁶, dont les droits sont, selon la formule de LABBÉ, « *réunis en faisceau* »¹⁰⁴⁷. L'étendue de cette indisponibilité est telle que le dessaisissement a pu être considéré comme une cause d'incapacité d'exercice

¹⁰⁴¹ V. toutefois, à propos des atteintes au gage général opérées au profit du débiteur failli en droit contemporain, v. *infra*, n° 335.

¹⁰⁴² F. ZENATI, « Le produit de l'action en comblement du passif et la masse des créanciers », *D.* 1983, p. 213 s., spéc. p. 217, n° 21.

¹⁰⁴³ C. com., art. L. 641-9, I, al. 1 ; C. consomm., art. L. 742-15.

¹⁰⁴⁴ J.-P. SÉNÉCHAL, note sous civ. 2^e, 7 janv. 2016, *BJE* 2016, p. 172 : « À titre principal, le dessaisissement n'est qu'une conséquence de l'indisponibilité des biens du débiteur requise pour la protection du gage commun des créanciers. Le débiteur ne peut pas continuer à gérer ses biens car les risques de fraude sont trop importants et comme la saisie collective est, contrairement à une procédure civile d'exécution, universelle, l'indisponibilité généralisée suppose que le patrimoine du débiteur soit géré par un mandataire de justice. »

¹⁰⁴⁵ Ce que la doctrine faillitiste qualifie de « gage commun » (J. VALLANSAN, « Le gage commun » in P.-M. LE CORRE (dir.), *Les grands concepts du droit des entreprises en difficulté*, coll. Thèmes et commentaires, Dalloz, 2018, p. 19 s., spéc. p. 25 ; B. FERRARI, *Le dessaisissement du débiteur en liquidation judiciaire – Contribution à l'étude de la situation du débiteur sous procédure collective*, th. Nice, dactyl., 2019, p. 92, n° 125), qui ne correspond pas exactement à l'assiette du gage général lorsque le débiteur est *in bonis*.

¹⁰⁴⁶ Avant la loi du 15 janvier 1985, cette communauté constituait la « masse » des créanciers. Cette entité existait depuis le droit romain mais n'avait aucune origine légale. Elle était considérée comme étant la conséquence de l'organisation collective de la procédure, la « clé de voûte de la construction » (B. SOINNE, *Traité des procédures collectives*, 2^e éd., Litec, 1997, p. 32, n° 32). La jurisprudence avait fini par lui reconnaître la personnalité morale (Com., 17 janv. 1956, *JCP* 1956, II, 9605, obs. GRANGER), ce qui la rendait titulaire d'un patrimoine autonome par rapport aux créanciers inscrits (par com., 27 oct. 1964, *D.* 1965, p. 129, note M. CABRILLAC ; *RTD com.* 1965, p. 179, obs. R. HOUIN). La loi du 25 janvier 1985 a fait disparaître la notion de masse du droit des procédures collectives, ce qui n'a, pour autant, pas remis en cause le caractère collectif de la procédure dans la mesure où les créanciers restent encore soumis à une discipline collective : suspension des poursuites individuelles et pouvoir de représentation des organes de la procédure en témoignent. Pis, la loi de 1985 a plusieurs fois fait référence dans ses dispositions à l'« intérêt des créanciers », ouvrant la porte à une « métépsychose de la masse des créanciers » (M. CABRILLAC, « L'impertinente réapparition d'un condamné à mort ou la métépsychose de la masse des créanciers » in *Propos impertinents de droit des affaires – Mélanges en l'honneur de Christian Gavalda*, Dalloz, 2001, p. 69).

¹⁰⁴⁷ J.-E. LABBÉ, note sous Civ., 8 mars 1859, *Journal du Palais* 1859, p. 545 s., spéc. p. 547.

du débiteur failli¹⁰⁴⁸. La sanction frappant un acte conclu en violation du dessaisissement reflète la finalité de cette mesure. Puisqu'il s'agit, en faisant représenter le débiteur dans son activité patrimoniale par le liquidateur, de protéger la collectivité des créanciers, la sanction frappant l'acte conclu en violation du dessaisissement ne doit bénéficier qu'à la procédure ; l'acte est donc inopposable à cette dernière¹⁰⁴⁹.

220. La réalisation des actifs aux fins de paiement des créanciers inscrits. – Tous les biens compris dans ce gage commun étant considérés comme *saisis*, il en résulte que le liquidateur peut procéder directement à la phase de réalisation de ces actifs en poursuivant leur vente, qu'il s'agisse du fonds de commerce de l'entreprise faillie¹⁰⁵⁰, de ses immeubles¹⁰⁵¹ ou de ses meubles¹⁰⁵². La cession d'actifs isolés doit toutefois être distinguée d'un nouveau mode de réalisation des actifs. La cession d'entreprise, jusqu'ici réservée au redressement judiciaire, a en effet été étendue à la liquidation judiciaire¹⁰⁵³. Bien que qualifiée de cession et effectuée dans le cadre d'une liquidation judiciaire, cette opération ne doit pas tromper : elle ne constitue en rien une réalisation du gage général des créanciers mais « *poursuit les mêmes buts que celle de sauvegarde ou de redressement : maintenir l'activité et sauver des emplois par l'organisation d'une exploitation apte à y parvenir* »¹⁰⁵⁴, en cédant l'entreprise et son patrimoine, donc son passif également. Seule la cession d'actifs isolés doit donc être considérée comme une réalisation du gage général.

¹⁰⁴⁸ V. en ce sens J. VALLANSAN, « Le dessaisissement de la personne physique en liquidation judiciaire » in *Professeur, avocat, juge au service du droit des affaires – Mélanges en l'honneur de Daniel Tricot*, Litec-Dalloz, 2011, p. 599 s., spéc. p. 603 : « *Le principe du dessaisissement adossé à celui de l'unité du patrimoine le place alors dans une situation proche de celle de la tutelle.* » ; C. SAINT-ALARY-HOUIN, « L'inopposabilité à la procédure collective » in P.-M. LE CORRE (dir.), *Les grands concepts du droit des entreprises en difficulté*, coll. Thèmes et commentaires, Dalloz, 2018, p. 47 s., spéc. p. 54 : « [...] *le dessaisissement s'apparente bien à une incapacité d'exercice fondée sur la défense de l'intérêt des créanciers et de l'intérêt général.* » *Contra not.* B. FERRARI, *op. cit.*, p. 37 s., n° 37 s., qui rejette méthodiquement toutes les tentatives d'assimilation du dessaisissement à une incapacité du débiteur. La jurisprudence va également dans le sens d'un refus d'assimilation : v. récemment com., 26 févr. 2020, n° 18-18283, publié au Bulletin ; *Gaz. pal.* 13 juill. 2020, note B. FERRARI.

¹⁰⁴⁹ Sanction qui postule une référence à un sujet de droit, et confirme ainsi que, malgré la disparition de la notion de masse des créanciers, la procédure collective est en quelque sorte personnifiée : M. CABRILLAC, art. préc., p. 71, n° 4.

¹⁰⁵⁰ C. com., art. R. 642-38.

¹⁰⁵¹ C. com., art. L. 642-18.

¹⁰⁵² C. com., art. L. 642-19. Sur les actifs incorporels de réalisation, v. É. ANDRÉ, « L'appréhension des actifs incorporels de l'entreprise en difficulté », *BJE* juill. 2020, p. 42.

¹⁰⁵³ C. com., art. L. 642-1, al. 1.

¹⁰⁵⁴ J. THÉRON, *L'intervention du juge dans les transmissions de biens*, préf. C. Saint-Alary-Houin, Bibliothèque de droit privé, t. 499, LGDJ, 2008, p. 253, n° 282. *Adde* J.-P. SÉNÉCHAL, « La réforme de la liquidation judiciaire », *LPA* 10 juin 2004, p. 43 : « [...] *en intégrant le plan de cession, sans en modifier le régime juridique dans la liquidation judiciaire, le projet prive cette dernière de la seule finalité qui puisse lui être spécifique, à savoir la distribution du gage commun des créanciers.* »

221. Conclusion de la section 1. – Ainsi caractérisée par une technique de garantie spécifique – l’affectation du patrimoine du débiteur en garantie de la créance –, la notion de gage général voit son contenu précisé. Ce critère permet, d’abord, de distinguer le gage général des autres garanties d’exécution dont dispose le créancier et que l’analyse dualiste de l’obligation confondait en les regroupant dans une même catégorie, l’*obligatio*. Ce critère permet, ensuite, de relier au gage général divers mécanismes du droit positif et de procéder ainsi à une liste des attributs du gage général, en réalité bien plus étendue que ne laisse penser la traditionnelle présentation des manuels de droit des obligations, n’évoquant que les actions paulienne et oblique. Un dernier éclairage doit être porté sur la notion de gage général pour l’identifier avec acuité, et concerne son assiette.

SECTION 2 : UNE ASSIETTE DE GARANTIE SPECIFIQUE

222. Déterminer la spécificité de la technique de garantie du gage général a permis de mieux cerner les contours de la notion. Il faut continuer à préciser, en s’intéressant à l’assiette du gage général. Comme nous allons le voir, le gage général affecte le patrimoine du débiteur – qui n’est pas nécessairement son patrimoine *personnel* –, ce qui permet de le distinguer des sûretés réelles (I). L’étendue de cette assiette n’est toutefois pas immuable, puisqu’il est reconnu un pouvoir à la volonté des parties dans sa délimitation (II).

I. UNE ASSIETTE COMPOSEE D’UN ENSEMBLE DE BIENS

223. La composition de l’assiette du gage général mérite, d’abord, d’être explicitée dans la mesure où le patrimoine personnel n’est pas la seule universalité à pouvoir être affectée (A). Sa spécificité mérite, ensuite, d’être établie en comparant l’assiette de garantie du gage général avec l’assiette de garantie des sûretés réelles (B).

A.- COMPOSITION DE L’ASSIETTE

224. Le gage général est susceptible d’affecter d’autres universalités de droit que le patrimoine personnel du débiteur, qu’il faut évoquer (1). L’emprise du gage général au sein de

l'universalité doit également être précisée, puisque seul l'actif saisissable que contient l'universalité est affecté au paiement du créancier (2).

1. LES DIFFERENTS ENSEMBLES DE BIENS POUVANT ETRE AFFECTES

225. L'hypothèse classique : l'engagement du patrimoine personnel du débiteur. – À s'en tenir à la lecture de l'article 2284 du Code civil, il ne fait aucun doute que le débiteur, par l'obligation à laquelle il est tenu, engage son patrimoine personnel. L'image démocratisée par AUBRY et RAU et enseignée dans toutes les facultés de droit depuis plus d'un siècle est celle d'un débiteur qui, en engageant *tous* ses biens, engage symboliquement sa personne. C'est la particularité de cette assiette qui donne sa raison d'être à l'épithète associée constamment au gage de l'article 2284 : il est *général*. La garantie portant sur une universalité, son assiette est évolutive : les biens que le débiteur aliène quittent le gage de ses créanciers, tandis que ceux qu'il acquiert après la naissance de l'obligation l'intègrent. Si, dans la majorité des rapports d'obligation, le gage général affecte le patrimoine personnel de son débiteur, cette assiette n'est cependant pas la seule envisageable. Il arrive que le créancier voie son gage général porter sur une autre masse de biens que le patrimoine personnel de son débiteur dans des cas strictement prévus par la loi, ce qui ne se traduit nullement par un changement de la nature du droit du créancier¹⁰⁵⁵.

226. L'existence d'universalités de droit au sein du patrimoine personnel. – Comme l'avaient déjà reconnu AUBRY et RAU eux-mêmes, si une personne ne peut avoir qu'un patrimoine, qui constitue sa « *projection dans le monde économique* »¹⁰⁵⁶, le contenu de celui-ci peut être divisé et ainsi contenir en son sein un ou plusieurs ensembles de biens auxquels est attaché un passif propre¹⁰⁵⁷, que l'on qualifie d'universalités de droit. Une universalité de droit

¹⁰⁵⁵ Rapp. J. MESTRE, E. PUTMAN, M. BILLIAU, *Traité de droit civil – Droit commun des sûretés réelles*, LGDJ, 1996, p. 93, n° 103 : « *En droit positif, même s'il existe [...] diverses situations où une masse de biens déterminée ne répond que de certaines dettes, l'affectation de cette masse de biens au paiement de ces dettes se traduit seulement par une limitation de « l'engagement » du débiteur.* »

¹⁰⁵⁶ M.-L. MATHIEU, *Droit civil – Les biens*, 3^e éd., coll. Université, Sirey, 2013, p. 22-23, n° 65.

¹⁰⁵⁷ V. *supra*, n° 76.

étant affectée à une finalité spéciale, par opposition au patrimoine personnel¹⁰⁵⁸, les créanciers dont le droit est né à l'occasion de cette finalité auront pour gage cette masse de biens. L'autonomie que la loi confère à ces différentes universalités de droit¹⁰⁵⁹ par rapport au patrimoine personnel est plus ou moins importante, comme nous allons le constater.

227. L'hérédité en cas d'acceptation à concurrence de l'actif net. – L'illustration la plus ancienne de cette divisibilité est la masse successorale dont devient titulaire l'héritier acceptant la succession à concurrence de l'actif net¹⁰⁶⁰. L'acceptation de la succession engendre le transfert de la propriété de la masse successorale¹⁰⁶¹ et, corrélativement, des dettes attachées à ce patrimoine¹⁰⁶². À la différence de l'acceptant pur et simple, il n'est pas tenu indéfiniment des dettes de la succession, mais à concurrence de la valeur des biens dont il a hérité¹⁰⁶³. En effectuant ce choix, l'héritier tient donc, à la différence de l'acceptant pur et simple, la masse

¹⁰⁵⁸ En effet, l'affectation que poursuit le patrimoine d'une personne est *générale*, il s'agit de satisfaire ses besoins. Mais le recours à la notion d'affectation n'est, dans ce cas, pas nécessaire. En effet, comme le remarque Monsieur GUINCHARD, « *l'intérêt de l'affectation réside dans cette idée qu'elle consiste à exercer un choix entre plusieurs utilisations possibles d'un bien ; si l'usage est général, comme dans le cas du patrimoine par rapport à son titulaire, « l'affectation » perd tout son intérêt : aucun option n'y est exercée* » (S. GUINCHARD, *L'affectation des biens en droit privé français*, préf. R. Nerson, Bibliothèque de droit privé, t. CXLV, LGDJ, 1976, p. 25, n° 26).

¹⁰⁵⁹ La patrimoine de l'armateur, jadis appelé la « fortune de mer », ne sera pas abordé dans la mesure où les réformes qu'il a subies ne permettent plus de le qualifier d'universalité de droit : v. J. CALAIS-AULOY, « Que reste-t-il de la notion de patrimoine de mer ? » in *Études offertes à Alfred Jauffret*, Faculté de droit et de science politique d'Aix-Marseille, p. 173 ; Ph. DELEBECQUE, *Droit maritime*, 14^e éd., coll. Précis, Dalloz, 2020, p. 155, n° 185 : « *Aujourd'hui, la limitation de responsabilité à l'égard des créances indemnitaires [...] se calcule d'après le tonnage du navire, ce qui change les perspectives et ne permet plus d'envisager la limitation de responsabilité comme une sorte de patrimoine affecté.* »

¹⁰⁶⁰ Que le Code civil a qualifiée d'acceptation sous bénéfice d'inventaire jusqu'en 2006.

¹⁰⁶¹ M. GRIMALDI, *Droit des successions*, 7^e éd., LexisNexis, 2017, p. 491, n° 617; *contra* G. WICKER, *Les fictions juridiques – contribution à l'analyse de l'acte juridique*, préf. J. Amiel-Donat, Bibliothèque de droit privé, t. 253, LGDJ, 1997, p. 193, qui le qualifie, en raison de son absence de liberté, d'« *administrateur, détenteur et non pas propriétaire des biens qui la composent* ». On rétorquera à cet auteur que si la propriété peut, en effet, être conçue comme un espace de liberté, les exceptions à cette liberté sont nombreuses. Il ne résulte pas de ces diverses entraves une dénaturation de la propriété, comme l'avait déjà magistralement démontré le marquis de VAREILLES-SOMMIÈRES : « *La propriété étant le droit de tirer d'une chose sous ses services sauf exceptions, il peut arriver que les exceptions soient assez nombreuses pour la réduire à un rôle peu actif et en faire un droit de mince valeur, moins avantageux que tel ou tel des droits qui la restreignent.* » (M^{is} de VAREILLES-SOMMIÈRES, « La définition et la notion juridique de la propriété », *RTD civ.* 1905, p. 443 s., spéc. p. 480, n° 69)

¹⁰⁶² Certains auteurs ont naguère soutenu que l'héritier n'était pas tenu personnellement mais réellement à l'égard des créanciers successoraux (L. A. MARINIER, « De la date certaine dans les actes sous seing privé », *Revue pratique de droit français*, t. X, 1860, p. 539 s., spéc. p. 545 ; Ph. MALAURIE, *Successions et libéralités*, fasc. I, Licence et Maîtrise 1983-1984, Les cours de droit, p. 161, n° 94). Leur qualification se fondait sur la faculté donnée à l'héritier acceptant sous bénéfice d'inventaire d'abandonner la masse héréditaire aux créanciers successoraux en paiement de leurs créances, à la manière du tiers acquéreur de l'immeuble hypothéqué. Cette justification n'est cependant plus valable puisque la faculté d'abandon a été supprimée en 2006, remplacée par la faculté pour l'héritier bénéficiaire de « *demander au juge de désigner toute personne qualifiée en qualité de mandataire successoral à l'effet de le substituer dans la charge d'administrer et de liquider la succession* » (C. civ., art. 814-1).

¹⁰⁶³ C. civ., art. 791, 3°.

héréditaire *isolée* de son patrimoine personnel¹⁰⁶⁴ : à l'actif successoral est corrélé un passif qui lui est propre car ayant une origine commune¹⁰⁶⁵. Les créanciers de l'héritier n'ont, dès lors, aucun droit sur cette masse tant que dure la liquidation¹⁰⁶⁶, et *vice versa*, les créanciers successoraux n'ont aucun droit sur le patrimoine personnel de l'héritier. Au vrai, le droit de ces derniers n'est pas modifié par le décès de leur débiteur, ils sont toujours titulaires d'un droit de créance, et leur gage général porte toujours sur la même assiette¹⁰⁶⁷, seule l'identité de leur débiteur ayant changé. Cette subsistance dépend toutefois de la bonne administration de l'héritier. Ainsi, tout acte de l'héritier susceptible de remettre en cause cette cloison patrimoniale aboutit à étendre, plus ou moins radicalement, le gage des créanciers successoraux sur son patrimoine personnel¹⁰⁶⁸.

228. L'indivision. – Alors que le Code de 1804 semblait dénier un quelconque passif de l'indivision en faisant peser les dettes nées à l'occasion de l'indivision – particulièrement l'indivision successorale – sur les copropriétaires¹⁰⁶⁹, la jurisprudence a, par le célèbre arrêt *Frécon*¹⁰⁷⁰, reconnu l'autonomie du passif de l'indivision, consacrée par le législateur en

¹⁰⁶⁴ C. civ., art. 791, 1°.

¹⁰⁶⁵ L'homogénéité de cet ensemble résulte de l'origine commune de ses éléments, et non de leur finalité commune, ce qui empêche, selon un auteur, de qualifier cette universalité de droit de patrimoine affecté *stricto sensu* : R. BOFFA, *La destination de la chose*, préf. M.-L. Mathieu-Izorche, coll. Doctorat & Notariat, t. 32, Deffrénois, 2009, p. 408, n° 553.

¹⁰⁶⁶ Après le désintéressement intégral des créanciers successoraux, le reliquat de l'actif successoral se fond dans le patrimoine personnel de l'héritier, donc dans le gage de ses créanciers (C. civ., art. 798, al. 2).

¹⁰⁶⁷ V. en ce sens S. GUINCHARD, *op. cit.*, p. 31, n° 35 : « [...] ce droit de gage général ils l'ont toujours eu, ce n'est pas le bénéfice d'inventaire qui leur attribue. »

¹⁰⁶⁸ S'il a vendu un bien de la succession pour un prix inférieur à sa valeur ou s'il n'a pas déclaré cette vente, l'héritier peut voir son patrimoine personnel engagé au profit des créanciers successoraux à concurrence de la différence entre la valeur du bien et le prix payé (C. civ., art. 794, al. 3) ou à concurrence du prix de la vente (C. civ., art. 795, al. 2). Le manquement de l'héritier à son obligation de rendre compte de son administration aux créanciers successoraux ou d'informer du lieu de situation d'un bien subsistant dans la succession justifie également une extension du gage des créanciers successoraux au patrimoine personnel de l'héritier, à concurrence de la valeur de la masse successorale (C. civ., art. 800, al. 3). Enfin, l'héritier qui *nie* l'autonomie du patrimoine successoral en ne versant pas la contre-valeur du bien de la succession qu'il a aliéné ou conservé ou en omettant volontairement de mentionner dans l'inventaire des éléments actifs ou passifs de la succession, ou encore en recelant des biens de la succession est *déchu* du bénéfice de l'acceptation à concurrence de l'actif net (C. civ., art. 800, al. 4 et art. 778). Dès lors, il est réputé avoir accepté purement et simplement la succession, ce qui le rend indéfiniment responsable des dettes successorales.

¹⁰⁶⁹ C. civ., ancien art. 1220 : « L'obligation qui est susceptible de division doit être exécutée entre le créancier et le débiteur comme si elle était indivisible. La divisibilité n'a d'application qu'à l'égard de leurs héritiers, qui ne peuvent demander la dette ou qui ne sont tenus de la payer que pour les parts dont ils sont saisis ou dont ils sont tenus comme représentant le créancier ou le débiteur. »

¹⁰⁷⁰ Req., 24 déc. 1912, S. 1914, 1, p. 201 ; DP 1915, 1, p. 45 ; GAJC, t. I, 13^e éd., n° 108.

1976¹⁰⁷¹, ce qui a fini de faire de l'indivision une universalité de droit¹⁰⁷². Une telle évolution a donné naissance aux « créanciers de l'indivision », catégorie qui comprend les créanciers dont le droit est né avant la naissance de l'indivision ou à l'occasion de sa gestion ou de sa conservation¹⁰⁷³. Il faut préciser qu'en plus d'être créanciers de l'indivision, ceux-ci sont en quelque sorte « *aussi des créanciers personnels des indivisaires* »¹⁰⁷⁴, ce qui est une conséquence de l'absence de personnalité juridique de l'indivision : l'obligation ne lie pas le créancier à l'indivision, mais à un ou des indivisaires. Aussi les créanciers de l'indivision ont-ils pour gage supplémentaire le patrimoine personnel de chaque indivisaire¹⁰⁷⁵.

229. L'OPCVM non personnifié. – Appropriation plurale d'un portefeuille de valeurs mobilières, l'organisme de placement collectif de valeurs mobilières (OPCVM)¹⁰⁷⁶ est destiné à offrir aux investisseurs un placement ayant l'avantage, d'une part de présenter un risque moindre puisque divisé entre les souscripteurs et, d'autre part, d'être géré par des professionnels. « [A]u lieu de gérer personnellement son portefeuille, l'épargnant réalise un investissement dans un OPCVM qui se chargera de gérer ladite épargne en investissant dans

¹⁰⁷¹ C. civ., art. 815-17, al. 1.

¹⁰⁷² J.-L. BERGEL, S. CIMAMONTI, J.-M. ROUX, L. TRANCHANT, *Traité de droit civil – Les biens*, 3^e éd., LGDJ, 2019, p. 580-581, n° 496 ; W. DROSS, *Droit civil – Les choses*, LGDJ, 2012, p. 333, n° 174. La personnalité juridique n'a pas été reconnue à l'indivision, ce que contestent certains auteurs, qui estiment que le processus de personnification de l'indivision est achevé depuis qu'elle a été dotée d'une possibilité d'expression propre par l'institution de la loi de la majorité : F. ZENATI-CASTAING, T. REVET, *Les biens*, 3^e éd., coll. Droit fondamental, PUF, 2008, p. 531, n° 356.

¹⁰⁷³ Il est à noter qu'un indivisaire peut être lui-même créancier de l'indivision. Lorsque le solde de l'indivision est en faveur d'un indivisaire, une modalité d'exécution exorbitante lui est accordée : le prélèvement (C. civ., art. 815-17, al. 3 ; art. 1470, al. 2). Cette méthode se justifie dans cette hypothèse car le créancier est alors, en plus d'être titulaire d'un droit personnel, propriétaire d'une partie de la masse (V. en ce sens J.-P. SÉNÉCHAL, R. LE GUIDEC, « Le droit de poursuite des créanciers de l'indivision », *JCP N* 1985, 100344, spéc. n° 17 ; W. DROSS, *op. cit.*, p. 340, n° 178-1).

¹⁰⁷⁴ C. LARROUMET, B. MALLET-BRICOUT, *Traité de droit civil*, t. 2, *Les biens, droits réels principaux*, 6^e éd., Economica, 2019, p. 172, n° 287

¹⁰⁷⁵ Même s'il s'agit d'une créance née du fonctionnement de l'indivision contractée par un seul indivisaire, qui est ainsi obligé, elle peut tout de même obliger les autres indivisaires par le jeu de la représentation (W. DROSS, *op. cit.*, p. 334, n° 175-1). Les indivisaires ne sont pas tenus solidairement (Civ. 3^e, 20 janv. 1993, n° 90-15112, *Bull. civ.* III, n° 8 ; D. 1994, somm. p. 122, obs. C. ATIAS ; *Defrénois* 1994, p. 437, obs. L. AYNÈS ; *RTD civ.* 1993, p. 845, obs. P.-Y. GAUTIER – Civ. 1^{re}, 29 nov. 2005, n° 03-11385, *Bull. civ.* I, n° 460 ; *Dr. & patr.* nov. 2006, p. 93, obs. J.-B. SEUBE et T. REVET), ce qui contraint les créanciers de l'indivision à diviser leurs poursuites.

¹⁰⁷⁶ Loi n° 79-594 du 13 juillet 1979 relative aux fonds commun de placement (*JORF* 14 juill. 1979, p. 1829) ; Loi n° 88-1201 du 23 décembre 1988 relative aux organismes de placement collectif en valeurs mobilières et portant création des fonds communs de créances (*JORF* 31 déc. 1988, p. 16736).

des valeurs mobilières. »¹⁰⁷⁷ Lorsque l'OPCVM n'est pas doté de la personnalité juridique¹⁰⁷⁸, il dispose tout de même d'un passif propre : les créanciers dont le droit est né à l'occasion de la conservation ou de la gestion du fonds commun voient leur gage cantonné à l'actif de ce fonds¹⁰⁷⁹, ce qui exclut tout engagement du patrimoine personnel des porteurs de parts¹⁰⁸⁰. Contrairement à ce que prévoit le Code monétaire et financier¹⁰⁸¹, il ne s'agit pas d'une copropriété des porteurs de parts¹⁰⁸² mais d'un patrimoine reprenant la technique fiduciaire¹⁰⁸³ : le fiduciaire à sa tête est le gestionnaire du fonds, qui exerce la propriété dans l'intérêt collectif des porteurs de parts¹⁰⁸⁴. Cette universalité de droit peut être elle-même subdivisée lorsque l'OPCVM comporte plusieurs compartiments. Dans ce cas, le compartiment constitue une véritable « cellule autonome »¹⁰⁸⁵, une universalité de droit¹⁰⁸⁶ dans laquelle « *les actifs [...] ne répondent que des dettes, engagements et obligations et ne bénéficient que des créances qui concernent ce compartiment* »¹⁰⁸⁷.

230. La fiducie. – La fiducie française, consacrée par la loi du 19 février 2007, consiste, pour le constituant, à *transférer* des biens, droits ou sûretés, présents ou futurs, à un ou plusieurs fiduciaires qui, « *les tenant séparés de leur patrimoine propre, agissent dans un but déterminé*

¹⁰⁷⁷ T. BONNEAU, *Droit bancaire*, 13^e éd., coll. Précis Domat droit privé, LGDJ, 2019, p. 800, n^o 1009.

¹⁰⁷⁸ L'organisme peut être doté de la personnalité juridique et prendre la forme d'une société commerciale à statut particulier : la SICAV (sur laquelle v. M. STORCK, « La SICAV, une société par actions à personnalité morale limitée » in *Le droit des affaires à la confluence de la théorie et de la pratique – Mélanges en l'honneur du Professeur Paul Le Cannu*, Dalloz – LGDJ, 2014, p. 399). Les OPCVM non personnifiés sont le fonds commun de placement (FCP), le fonds commun de titrisation (FCT) et le fonds de placement immobilier (FPI).

¹⁰⁷⁹ CMF, art. L. 214-6.

¹⁰⁸⁰ CMF, art. L. 214-8-5 (FCP) ; art. L. 214-184 (FCT) ; art. L. 214-83, al. 2 (FPI).

¹⁰⁸¹ CMF, art. L. 214-8 (FCP) ; art. L. 214-180 (FCT) ; art. L. 214-71 (FPI).

¹⁰⁸² Les souscripteurs ont, certes, acquis une part, mais celle-ci ne leur donne aucun pouvoir sur les biens composant le fonds, seul l'émetteur étant chargé de la gestion. La propriété d'une part d'OPC ne procure aucune propriété, même concurrente, sur les biens gérés par le fonds, ce que confirme le caractère négociable de ces titres : v. en ce sens F. ZENATI-CASTAING, T. REVET, *op. cit.*, p. 111, n^o 63 ; *Contra* T. BONNEAU, « Fonds communs de placement, de créances et droit civil », *RTD civ.* 1991, p. 1 s., spéc. p. 29, n^o 56, l'auteur soutenant une copropriété du fonds commun entre les porteurs de parts, dont l'absence de prérogatives s'expliquerait par une incapacité d'exercice les frappant ; M. STORCK, « De la nature juridique des fonds communs de placement » in *Liber amicorum – Mélanges en l'honneur du Professeur Gilles Goubeaux*, Dalloz-LGDJ, 2009, p. 509 s., spéc. p. 515, qui voit dans le droit du porteur de part une « *juxtaposition d'un droit de créance sous forme de parts de FCP, et d'une copropriété sur le patrimoine collectif affecté au fonds* ».

¹⁰⁸³ Un auteur relève justement que cette figure a été pensée par le législateur comme une imitation de l'*opened investment trust* : Ph. JESTAZ, commentaire de la loi n^o 79-594 du 13 juillet 1979, *RTD civ.* 1980, p. 180 s., spéc. p. 182.

¹⁰⁸⁴ V. en ce sens Ph. JESTAZ, art. préc. ; F. ZENATI-CASTAING, T. REVET, *op. cit.*, p. 111-112, n^o 63 ; H. DE VAUPLANE, « La fiducie avant la fiducie : le cas du droit bancaire et financier », *JCP E* 2007, 2051, spéc. n^o 12.

¹⁰⁸⁵ I. RIASSETTO, M. STORCK, « Les compartiments d'OPC entre indépendance et dépendance » in *Mélanges AEDBF France VII*, RB éd., 2018, p. 351 s., spéc. p. 353.

¹⁰⁸⁶ I. RIASSETTO, M. STORCK, art. préc., p. 355 s.

¹⁰⁸⁷ CMF, art. L. 214-5, I, al. 1.

au profit d'un ou plusieurs bénéficiaires »¹⁰⁸⁸. Afin de ne pas bouleverser les classifications continentales, cette masse de biens est rattachée à un propriétaire, le fiduciaire¹⁰⁸⁹, qui ne peut exercer son droit que dans l'intérêt du bénéficiaire, ce qui explique que ces biens n'intègrent pas le patrimoine du fiduciaire¹⁰⁹⁰. La mise à l'écart des biens fiduciaires est confirmée par l'article 2025 du Code civil qui établit une corrélation entre l'actif fiduciaire et le passif : « le patrimoine fiduciaire ne peut être saisi que par les titulaires de créances nées de la conservation ou de la gestion de ce patrimoine. »¹⁰⁹¹ Ces créanciers ont donc pour débiteur le fiduciaire et pour unique gage le patrimoine fiduciaire. Et bien que le patrimoine du constituant puisse être également engagé en cas d'insuffisance du patrimoine fiduciaire¹⁰⁹² – sorte de cautionnement légal des dettes fiduciaires¹⁰⁹³ – il demeure que le patrimoine fiduciaire est une universalité de droit puisque son actif reste exclusivement affecté à la garantie de l'activité assignée à la fiducie¹⁰⁹⁴.

231. Le patrimoine affecté de l'agent des sûretés. – À la suite du patrimoine fiduciaire, il convient de mentionner un autre patrimoine affecté qui lui est semblable, créé par l'ordonnance du 4 mai 2017 afin de faciliter la mission de l'agent des sûretés. Chargé d'administrer les

¹⁰⁸⁸ C. civ., art. 2011.

¹⁰⁸⁹ F. ZENATI-CASTAING, T. REVET, *op. cit.*, p. 417, n° 261 ; W. DROSS, *op. cit.*, p. 220, n° 112 ; P. CROCQ, « Propriété fiduciaire, propriété unitaire » in Travaux de l'Association Henri Capitant, *La fiducie dans tous ses états*, Journées nationales, t. XV, coll. Thèmes et commentaires, Dalloz, 2011, p. 8 s. ; F. DANOS, « La qualification des droits des différentes parties à une opération de fiducie » in *Liber amicorum – Mélanges en l'honneur de Philippe Merle*, Dalloz, 2012, p. 137 s., spéc. p. 147 s., n° 9 s. ; *contra* R. LIBCHABER, « Une fiducie française, inutile et incertaine... » in *Mélanges en l'honneur de Philippe Malaurie – Liber amicorum*, Defrénois, 2005, p. 303 s., spéc. p. 319, n° 14 et B. MALLET-BRICOUT, « Fiducie et propriété » in *Liber amicorum Christian Larroumet*, Economica, 2009, p. 297 s., spéc. p. 313, émettant l'idée selon laquelle le fiduciaire serait titulaire d'un droit réel *sui generis* sur les biens fiduciaires ; R. BOFFA, *La destination de la chose*, préf. M.-L. Mathieu-Izorche, coll. Doctorat & Notariat, t. 32, Defrénois, 2008, p. 272-273, n° 397, soutenant que le fiduciaire est titulaire d'un pouvoir et non d'un droit.

¹⁰⁹⁰ De cette manière, la figure du patrimoine sans maître est évitée, à la différence, par exemple, de la fiducie québécoise. Selon l'article 1261 du Code civil du Québec, « le patrimoine fiduciaire, formé des biens transférés en fiducie, constitue un patrimoine d'affectation autonome et distinct de celui du constituant, du fiduciaire ou du bénéficiaire, sur lequel aucun d'entre eux n'a de droit réel ». Pour une critique de la théorie du patrimoine sans maître, v. F. ZENATI-CASTAING, « L'affectation québécoise, un malentendu porteur d'avenir. Réflexions de synthèse », *Revue juridique Thémis* 48-2, 2014, p. 623 s., spéc. p. 639 s.

¹⁰⁹¹ C. civ., art. 2025, al. 1.

¹⁰⁹² C. civ., art. 2025, al. 2. Les parties peuvent également stipuler que le patrimoine engagé sera celui du fiduciaire, bien que les probabilités que ce dernier consente à une telle stipulation soient minces, voire inexistantes (C. LARROUMET, « La loi du 19 février 2007 sur la fiducie – Propos critiques », *D.* 2007, p. 1350, spéc. n° 16 ; comp. C. WITZ, *JCl. Civil code*, art. 2011 à 2030 - Fasc. 10 : *Fiducie. – Introduction et constitution*, mars 2012 (actualisation juin 2012), n° 49).

¹⁰⁹³ La condition d'insuffisance de l'actif fiduciaire évoque en effet le bénéfice de discussion de la caution non solidaire (C. KUHN, « Une fiducie française », *Dr. & patr.*, avr. 2007, p. 32 s., spéc. p. 42).

¹⁰⁹⁴ C. KUHN, art. préc., p. 41 ; *contra* R. BOFFA, *op. cit.*, p. 414, n° 560-1 (conséquence du refus de l'auteur de considérer que le constituant transfère la propriété des biens mis en fiducie au fiduciaire).

multiples sûretés constituées au bénéfice d'une pluralité de créanciers en devenant leur seul titulaire¹⁰⁹⁵, l'agent des sûretés acquiert la qualité de fiduciaire¹⁰⁹⁶ en étant à la tête d'un patrimoine affecté à l'exercice de sa mission, composé des droits et biens qu'il a acquis dans ce cadre¹⁰⁹⁷, notamment par la réalisation des sûretés. Les seuls créanciers ayant pour gage ce patrimoine sont donc ceux dont le droit est né de la conservation ou de la gestion de ces droits et biens¹⁰⁹⁸. La stricte corrélation entre l'actif et le passif de cette masse en fait ainsi une véritable universalité de droit.

232. L'EIRL. – Il faut enfin évoquer, parmi les patrimoines affectés introduits récemment en droit français, l'EIRL. La volonté du législateur, lorsqu'il a créé le statut d'entrepreneur individuel à responsabilité limitée, a été de donner à l'entrepreneur la possibilité d'avoir, aux côtés de son patrimoine personnel, un véritable patrimoine professionnel affecté à son activité. Cela se traduit, juridiquement, par une masse de biens participant à l'exercice de l'activité de

¹⁰⁹⁵ C. civ., art. 2488-6, al. 2.

¹⁰⁹⁶ Si la nature de la fonction de l'agent des sûretés a suscité des débats (v. la discussion menée par S. LAVAL, « Pour une réforme de l'agent des sûretés », *Dr. & patr.* avr. 2016, p. 28), l'ordonnance du 4 mai 2017 a eu pour mérite de clarifier le mécanisme, comme le confirme le Rapport au Président de la République : « *la nature juridique du mécanisme est explicitée : l'agent des sûretés se voit reconnaître les pouvoirs d'un fiduciaire puisqu'il devient titulaire des sûretés et garanties, qui sont transférées dans un patrimoine d'affectation distinct de son patrimoine propre, qu'il gèrera dans l'intérêt des créanciers bénéficiaires.* » (*JORF* n° 0106 du 5 mai 2017, texte n° 90) Il est toutefois précisé qu'il s'agit d'un « *fiduciaire spécial* », ce qui signifie que les dispositions de la fiducie de droit commun ne s'appliquent à l'agent des sûretés qu'en l'absence de dispositions spéciales. Faut-il en déduire que le second alinéa de l'article 2025 instituant l'engagement du patrimoine du constituant en cas d'insuffisance du patrimoine fiduciaire est applicable à l'agent des sûretés ? Rien n'est moins sûr, puisque le Rapport indique également que « *seules quelques règles sont fixées dans le code civil, une large place étant laissée à la liberté contractuelle, afin d'assurer la souplesse de cet instrument et son adaptation aux besoins de la pratique financière* ». Soulignant cette incertitude quant à l'articulation avec le droit commun de la fiducie, v. B. MALLET-BRICOUT, Commentaire de l'ordonnance n° 2017-748 du 4 mai 2017 relative à l'agent des sûretés, *RTD civ.* 2017, p. 740 ; comp. D. ROBINE, « Le nouvel agent des sûretés français : une attrayante figure en clair-obscur », *RDBF* 2017, étude 12, spéc. n° 11, D. LEGEAIS, « Un nouveau droit pour l'agent des sûretés : une bonne nouvelle pour les notaires », *JCP N* 2017, act. 863, et M. JULIENNE, « L'agent des sûretés : portée pratique et théorique d'une réforme », *RDC* 2017, p. 461, qui écartent toute application des articles 2011 et suivants du Code civil à l'agent des sûretés.

¹⁰⁹⁷ C. civ., art. 2488-6, al. 3.

¹⁰⁹⁸ C. civ., art. 2488-10.

l'entrepreneur¹⁰⁹⁹ devenant, par le dépôt d'une déclaration, *affectée* à l'activité professionnelle de l'entrepreneur. Il en résulte ce qu'un auteur a qualifié de « *séquençage synchronique* »¹¹⁰⁰ : deux assiettes de garantie distinctes sont ainsi constituées pour les créanciers dont le droit est né *après* le dépôt de la déclaration : les créanciers dont le droit est né à l'occasion de l'activité professionnelle de l'EIRL¹¹⁰¹ ont pour gage le patrimoine affecté, tandis que les autres créanciers ont pour gage le patrimoine personnel de l'entrepreneur¹¹⁰². Mais le séquençage est également « *diachronique* »¹¹⁰³ : les créanciers antérieurs à la déclaration d'affectation ne peuvent se voir opposer ce cloisonnement patrimonial, et continuent ainsi de bénéficier d'un gage sur l'intégralité des biens, peu importe leur affectation, dont est propriétaire l'entrepreneur¹¹⁰⁴. Pour les créanciers auxquels la déclaration d'affectation est opposable,

¹⁰⁹⁹ Les biens dont l'entrepreneur individuel est propriétaire, et qui sont *nécessaires* à l'exercice de son activité professionnelle figurent obligatoirement dans le patrimoine professionnel (C. com., art. L. 526-6, al. 2). Ces biens ne sont pas, pour autant, affectés de plein droit : leur affectation relève d'une manifestation de volonté de l'entrepreneur qui doit, lors de la création de l'EIRL, les mentionner dans la déclaration d'affectation (C. com., art. L. 526-7), ou, si le bien est affecté ultérieurement, dans le bilan comptable (C. com., art. L. 526-8-1, al. 1). En outre, l'entrepreneur peut décider d'affecter librement la part des revenus de son activité (C. com., art. L. 526-18) et les biens *utiles* à l'exercice de son activité professionnelle (C. com., art. L. 526-6, al. 2). Leur affectation n'est pas irréversible puisque l'entrepreneur peut les « désaffecter » par un simple retrait en comptabilité, ce qui entraîne leur rapatriement dans le patrimoine personnel de l'entrepreneur (C. com., art. L. 525-8-1). Les biens venant en remplacement des biens affectés – créances, indemnités, biens acquis en remploi – sont, par l'effet de la subrogation réelle, affectés de plein droit à l'activité professionnelle de l'EIRL (C. com., art. L. 526-8-1, al. 2).

¹¹⁰⁰ Ph. THÉRY, « Le passif – Situation générale », Dossier *Le patrimoine professionnel d'affectation (premières analyses de l'EIRL)*, *Dr. & patr.* avr. 2010, p. 85 s., spéc. p. 86.

¹¹⁰¹ Étant entendu que « *les dettes dont le paiement forcé doit être poursuivi sur les biens professionnels ne peuvent qu'être les dettes nées de l'exploitation de ces biens. [...] L'exploitation doit s'entendre au sens de « conservation et gestion* » » (T. REVET, « Rapport introductif », Dossier *L'EIRL : la nouvelle donne pour l'entrepreneur*, *Dr. & patr.* avr. 2011, p. 44 s., spéc. p. 48).

¹¹⁰² C. com., art. L. 526-12, I, 1^o et 2^o. La règle est également évoquée dans le Code des procédures civiles d'exécution, à l'article L. 161-2.

¹¹⁰³ Ph. THÉRY, art. préc., p. 86.

¹¹⁰⁴ C. com., art. L. 526-12, I, *a contrario*. Cette dernière règle est le fruit d'une modification du régime de l'EIRL intervenue à l'occasion de la loi Sapin II du 9 décembre 2016 (L. n° 2016-1691). Avant l'entrée en vigueur de cette loi, l'effet de la déclaration d'affectation pouvait rétroagir et être ainsi opposé aux créanciers antérieurs, à condition, pour l'EIRL, de le notifier à ces derniers, qui avaient alors la faculté de s'y opposer. Statuant sur la loi du 15 juin 2010, le Conseil constitutionnel a jugé, à propos de cette faculté d'opposition, que « *sous cette réserve, le deuxième alinéa de l'article L. 526-12 du code de commerce ne porte pas atteinte aux conditions d'exercice du droit de propriété des créanciers garanti par les articles 2 et 4 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789* » (Cons. const., 10 juin 2010, n° 2010-607 DC, § 9). On en déduit que, sans cette faculté d'opposition, le cantonnement du gage des créanciers antérieurs aurait, selon le Conseil, porté atteinte aux conditions d'exercice du droit de propriété des créanciers. V. en ce sens les observations, sur cette décision, de T. REVET, *RTD civ.* 2010, p. 584 s., spéc. p. 587 : « *[...] si en cours de vie d'une créance, le débiteur pouvait, par un aménagement intra-patrimonial, vider le droit de gage général de tel créancier, il donnerait à son engagement un caractère facultatif qui le priverait plus que d'utilité : d'existence.* »

l'EIRL constitue donc, sans aucun doute, une universalité de droit¹¹⁰⁵, l'actif de cette masse constituant l'assiette de leur gage général.

233. Refus de qualifier la communauté des époux d'universalité de droit. – Les études consacrées aux régimes matrimoniaux présentent souvent la communauté comme une universalité de droit à des fins pédagogiques¹¹⁰⁶ en précisant que l'absence de personnalité juridique ne permet de qualifier la communauté d'universalité de droit que par analogie¹¹⁰⁷. Si l'absence de personnalité juridique n'empêche pas de qualifier une masse de biens d'universalité de droit, il nous semble que le refus de qualifier ainsi la communauté des époux est plutôt à trouver dans l'absence de véritable corrélation entre l'actif et le passif. Celle-ci ne se retrouve que très imparfaitement, comme en témoigne la situation des revenus de l'époux. Alors que ces biens sont censés être communs, ils se retrouvent tantôt intégrés dans le gage des créanciers personnels de l'époux¹¹⁰⁸, tantôt retranchés du gage des créanciers communs¹¹⁰⁹, ce

¹¹⁰⁵ J.-D. PELLIER, « La nature juridique du patrimoine affecté de l'entrepreneur individuel à responsabilité limitée », *RTD com.* 2010, p. 43 s., spéc. p. 56, n° 12 ; A.-M. LEROYER, commentaire de loi n° 2010-658 du 15 juin 2010, *RTD civ.* 2010, p. 632 s., spéc. p. 635 ; B. MALLET-BRICOUT, « L'affectation d'un patrimoine : fonctionnement et cessation » in F. TERRÉ (dir.), *EIRL – L'entrepreneur individuel à responsabilité limitée*, coll. Droit 360°, Litec, 2011, p. 41 s., spéc. p. 46.

¹¹⁰⁶ V. toutefois J. CARBONNIER, *Droit civil*, t. III, *Les biens*, 18^e éd., coll. Thémis, PUF, 1998, p. 107, classant la communauté comme une universalité de droit « car elle est constituée inséparablement d'actif et de passif » ; R. CABRILLAC, *Droit des régimes matrimoniaux*, 10^e éd., Précis Domat, LGDJ, 2017, p. 116-117, n° 141 : « L'idée de patrimoine d'affectation [...] rendrait peut-être mieux compte de la réalité de la communauté. »

¹¹⁰⁷ J. FLOUR, G. CHAMPENOIS, *Les régimes matrimoniaux*, Armand Colin, 1995, p. 215, n° 251 : « Trois patrimoines distincts, des biens qui passent de l'un dans l'autre, des créances et des dettes qui naissent entre eux : tout cela est très concret. Même s'il ne s'agit que de métaphores – ce qui est loin d'être certain –, il faut convenir que ce sont des métaphores commodes. » ; I. DAURIAC, *Droit des régimes matrimoniaux et du PACS*, 4^e éd., 2015, p. 237, n° 442 : « [...] il est indispensable pour répartir le passif de raisonner comme si trois patrimoines distincts étaient confrontés au paiement d'une seule et même dette. » L'auteur précise en note : « La communauté n'ayant pas la personnalité morale, ce détournement indispensable est pourtant théoriquement inexact. » ; Comp. B. BEIGNIER, S. TORRICELLI-CHRIFI, *Droit des régimes matrimoniaux, du pacs et du concubinage*, 6^e éd., coll. Cours, LGDJ, 2018, p. 131, n° 94 : « A priori, il paraît évident qu'au regard de la masse constituant l'actif on trouve celle du passif et que les deux s'équilibrent. Néanmoins, il faut tout de suite écarter de l'esprit cette tentation, vision d'une trop rigoureuse symétrie. Contrairement à ce qui est l'une des règles de fond du droit comptable, l'actif n'est pas le répondant du passif dans le droit des régimes matrimoniaux. »

¹¹⁰⁸ Comme c'est le cas des dettes de l'époux antérieures au mariage, de celles grevant les successions et libéralités recueillies par l'époux pendant le mariage (C. civ., art. 1410 et 1411, al. 1), des emprunts et des cautionnements contractés par l'époux (C. civ., art. 1415).

¹¹⁰⁹ Les gains et salaires de l'époux qui n'est pas partie au rapport d'obligation sont en effet insaisissables par les créanciers autres que ménagers (C. civ., art. 1414), tout comme lorsque l'époux consent expressément au cautionnement ou à l'emprunt contracté par son conjoint (C. civ., art. 1415, *in fine*).

qui leur donne un statut original de « *semi-communs* »¹¹¹⁰. Pour cette raison, la communauté des époux ne peut être qualifiée d'universalité de droit *stricto sensu*¹¹¹¹.

234. L'assiette du gage général est donc loin de se réduire au seul patrimoine personnel du débiteur. Il convient toutefois de souligner que, quelle que soit l'ensemble de biens engagé par le débiteur, seul l'actif saisissable est en proie aux poursuites des créanciers.

2. UNE ASSIETTE COMPOSEE DE L'ACTIF SAISSISSABLE

235. Une (trop) faible emprise du créancier sur les biens insaisissables. – La généralité de l'assiette du gage ne doit pas faire oublier que la loi frappe d'insaisissabilité certains biens. Il n'est pas question d'en faire la liste, les insaisissabilités sont si nombreuses et protègent des valeurs si diverses¹¹¹² qu'une telle entreprise reviendrait à dresser un inventaire indigeste et sans véritable intérêt. C'est plutôt une remarque générale que nous souhaitons formuler à propos des biens insaisissables. Si, par définition, ces biens ne peuvent faire l'objet d'une saisie, il ne faut pas en déduire hâtivement que le créancier n'a aucune emprise dessus. La jurisprudence admet, en effet, de manière constante la possibilité pour le créancier d'inscrire une sûreté judiciaire sur un bien insaisissable¹¹¹³. Le but de l'insaisissabilité étant de préserver le bien de l'indisponibilité que provoque la saisie, la sûreté judiciaire n'y contrevient pas puisque le bien

¹¹¹⁰ Ph. MALAURIE, L. AYNÈS, *Droit des régimes matrimoniaux*, coll. Droit civil, LGDJ, 2017, p. 227, n° 512.

¹¹¹¹ C. ATIAS, *Droit civil – Les biens*, 12^e éd., LexisNexis, 2014, p. 16, n° 22 : « *Il arrive que la loi soumette certains biens à un régime particulier et les affecte au paiement de certaines dettes (C. civ., art. 1413 à 1415) : il n'y a pourtant pas là de véritable fractionnement du patrimoine.* » ; R. BOFFA, *La destination de la chose*, préf. M.-L. Mathieu-Izorche, coll. Doctorat & Notariat, t. 32, Defrénois, 2008, p. 409, n° 555 : « *La communauté n'est pas constitutive d'un patrimoine distinct composé d'un actif corrélé avec un passif.* » Ultérieurement, l'auteur a qualifié la communauté légale de « *copropriété sui generis* » (R. BOFFA, *Droit civil*, 2^e éd., coll. CRFPA, LGDJ, 2018, p. 269, n° 553).

¹¹¹² V. *supra*, n° 128.

¹¹¹³ Civ. 1^{re}, 9 oct. 1985, n° 84-13306, *Bull. civ.* I, n° 252 ; *RTD civ.* 1986, p. 622, obs. J. PATARIN (à propos d'une hypothèque judiciaire inscrite sur un immeuble frappé d'une clause d'inaliénabilité) – Civ. 2^e, 17 févr. 1983, n° 81-15566, *Bull. civ.* II, n° 42 (à propos d'une hypothèque judiciaire inscrite sur un immeuble indivis par un créancier personnel d'un indivisaire) – Civ. 2^e, 2 déc. 2010, n° 09-17495, *Bull. civ.* II, n° 199 ; *JCP G* 2011, 770, n° 13, obs. Ph. DELEBECQUE ; *Dr. sociétés* 2011, comm. 47, note H. HOVASSE ; *Dr. rural*, comm. 61, note T. TAURAN (à propos d'un nantissement judiciaire inscrit sur des parts sociales dont la cession est soumise à agrément des associés) – Com., 11 juin 2014, n° 13-13643, *Bull. civ.* IV, n° 106 ; *D.* 2014, p. 1326 et 1610, obs. P. CROCQ ; *D.* 2015, p. 1343, obs. A. LEBORGNE ; *RTD civ.* 2014, p. 693, obs. P. CROCQ ; *JCP G* 2014, 925, note J.-J. BARBIERI ; *JCP E* 2014, act. 1380, note C. LEBEL ; *RDBF* 2014, comm. 135, note D. LEGEAIS et comm. 176, note S. PIÉDELIÈVRE ; *Procédures* 2014, comm. 232, obs. R. PERROT (à propos d'une hypothèque judiciaire inscrite sur un immeuble objet d'une déclaration d'insaisissabilité).

grevé demeure aliénable¹¹¹⁴, le créancier bénéficie simplement d'un droit de préférence¹¹¹⁵. Ce raisonnement peut tout à fait être transposé aux autres attributs de protection du gage général ne provoquant pas l'indisponibilité du bien visé¹¹¹⁶. Ainsi, le créancier doit pouvoir agir par la voie paulienne pour obtenir l'inopposabilité de l'aliénation frauduleuse d'un bien insaisissable, tout comme il doit pouvoir exercer les droits patrimoniaux tendant au recouvrement de valeurs insaisissables que le débiteur néglige d'exercer¹¹¹⁷. Sans pouvoir réaliser son gage sur ces valeurs, le créancier a toutefois le pouvoir de prévenir leur disparition et de conserver ses chances d'être payé en gardant le débiteur à flot¹¹¹⁸.

236. Conséquence : exclusion des biens insaisissables de l'assiette du gage. – Force est, tout de même, de reconnaître que l'emprise qu'a le créancier sur les biens insaisissables reste très limitée, son arme principale qu'est la saisie lui étant retirée. À quoi bon s'assurer que le débiteur reste solvable si celui-ci persiste à refuser le paiement au créancier ? Le peu d'efficacité des moyens d'action du créancier sur ces biens nous incite donc à les considérer comme extérieurs à l'assiette du gage général¹¹¹⁹. La composition de cette dernière ayant été précisée, il faut à présent en démontrer sa spécificité.

¹¹¹⁴ CPCE, art. L. 531-2.

¹¹¹⁵ CPCE, art. R. 532-8.

¹¹¹⁶ Rappr. S. MILLEVILLE, *Les restrictions au droit de disposer*, th. Paris II, dactyl., 2008, p. 587, n° 1017 : « Si l'insaisissabilité interdit la saisie, elle n'interdit donc qu'elle et du point de vue de la constitution de droit personnels ou de droits réels, tant principaux qu'accessoires, rien ne semble distinguer le bien insaisissable de celui qui demeure saisissable. »

¹¹¹⁷ Majoritairement, la doctrine se prononce en sa défaveur, en fondant cette solution sur la nature d'acte préparatoire à l'exécution qui caractérise l'action oblique : à quoi bon réaliser une valeur si celle-ci ne peut pas être prélevée dans le patrimoine par une mesure d'exécution (L. JOSSERAND, *Cours de droit civil positif français*, t. II, *Théorie générale des obligations – Les principaux contrats du droit civil – Les sûretés*, 3^e éd., Sirey, 1939, p. 421, n° 666 ; J. FRANÇOIS, *Traité de droit civil*, t. IV, *Les obligations – Régime général*, 4^e éd., coll. Corpus droit privé, Economica, 2017, p. 388, n° 394) ? Cette vision de l'action oblique nous semble trop réductrice : v. *supra*, n° 193. Le droit roumain, quant à lui, admet l'exercice par la voie oblique de droits insaisissables : F. A. BAIAST, T. COLTAN, « Action paulienne, action oblique, action directe, droits d'opposition – Rapport roumain » in M. BÉHAR-TOUCHAIS (dir.), *Comparaison de la réforme du droit français des contrats et du régime de l'obligation avec le nouveau Code civil roumain*, vol. 2, *Régime de l'obligation*, IRJS éd., 2017, p. 167 s., spéc. p. 174.

¹¹¹⁸ Rappr. P. DELNOY, « Pour une vision nouvelle de l'action oblique – Essai », *Annales de la faculté de droit de Liège* 1969, n° 14, p. 437 s., spéc. p. 487-488 : « [...] entre le moment où l'action oblique aura obtenu du débiteur le paiement de la pension alimentaire ou le paiement de l'indemnité faisant suite à l'accident de travail, et celui où le créancier saisira, le débiteur principal aura pu vivre grâce à ces sommes ; il n'aura donc pas été obligé d'emprunter ou de vendre des biens par sa subsistance. » ; Adde S. CIMAMONTI, *L'effectivité des droits du créancier chirographaire en droit contemporain*, th. Aix-Marseille III, dactyl., 1990, p. 324, n° 290.

¹¹¹⁹ Comme le dispose expressément le Code civil roumain, au second alinéa de l'article 2324 (version traduite in *Nouveau Code civil roumain – Traduction commentée*, Juriscope-Dalloz, 2013) : « Ne peuvent faire l'objet de la garantie mentionnée au premier alinéa les biens insaisissables. »

B.- SPECIFICITE DE L'ASSIETTE

237. Une assiette différente de celle d'une obligation réelle. – L'assiette universelle du gage général est un des critères permettant de distinguer l'obligation personnelle et l'obligation réelle¹¹²⁰. Cette dernière ne liant le débiteur « *qu'à raison de la propriété qu'il a de la chose dont une ou plusieurs utilités forment l'objet de la prestation* »¹¹²¹, le titulaire du droit réel a une emprise sur le seul bien grevé, et en aucun cas sur le patrimoine du débiteur¹¹²². Si, au premier abord, cette distinction est marquée du coin de l'évidence, il convient de s'attarder sur une obligation réelle en particulier – la sûreté réelle traditionnelle¹¹²³ – dont la fonction est de garantir l'exécution de l'obligation et dont l'assiette peut, dans certaines hypothèses, se rapprocher de celle du gage général attaché à l'obligation personnelle.

238. Une assiette différente de celle d'une sûreté réelle. – L'entrée en vigueur du Code civil en France a été l'occasion de rompre avec la pratique des hypothèques générales grevant l'ensemble des immeubles du débiteur, en exigeant que l'acte constitutif de l'hypothèque déclare spécialement la nature et la situation de chacun des immeubles sur lesquels

¹¹²⁰ Distinction que « *la doctrine française utilise assez peu* » (C. LARROUMET, « Obligation réelle et obligation personnelle », *RDA* févr. 2013, p. 89 s., spéc. p. 89, n° 1) et qui a été popularisée par les travaux de GINOSSAR (S. GINOSSAR, *Droit réel, propriété et créance – Élaboration d'un système rationnel des droits patrimoniaux*, LGDJ, 1960). Selon les travaux de cet auteur, la structure du droit réel – hors propriété – s'analyse, comme pour le droit personnel, en un rapport d'obligation, dont le débiteur est le propriétaire de la chose grevée et dont le contenu est une abstention.

¹¹²¹ F. ZENATI-CASTAING, T. REVET, *Manuel de droit des personnes*, coll. Droit fondamental, PUF, 2006, p. 189, n° 229. Adde Ph. CHAUVIRÉ, *L'acquisition dérivée de la propriété – Le transfert volontaire des biens*, préf. T. Revet, Bibliothèque de droit privé, t. 547, LGDJ, 2013, p. 414, n° 678 : « *La spécificité du droit réel par rapport au droit personnel réside précisément dans la désignation du sujet passif, qui n'est autre que le propriétaire actuel du bien grevé.* »

¹¹²² C. LARROUMET, art. préc., p. 92, n° 6 : « *Parce que l'existence d'une telle obligation n'est justifiée que par la seule existence d'un droit réel sur la chose qui en est l'objet, propriété ou droit réel sur la chose d'autrui, l'obligation n'existe, en réalité, que par la chose et sur la chose. Dès lors, son exécution ne peut être poursuivie que sur la chose et il ne saurait être question qu'elle puisse donner lieu à un droit de gage général du créancier sur le patrimoine de son débiteur.* » ; Adde B. FROMION-HÉBRARD, *Essai sur le patrimoine en droit privé*, th. Paris II, dactyl., 1998, p. 337, n° 386.

¹¹²³ Ne sont pas comprises dans cette acception les propriétés-sûretés. Nous qualifions la sûreté réelle d'obligation réelle, analyse qui n'est pas partagée par certains auteurs : v. not. W. DROSS, *Droit civil – Les choses*, LGDJ, 2012, p. 233 s., n° 120 s., analysant la sûreté réelle en un démembrement de la valeur d'échange ; C. GIJSBERS, *Sûretés réelles et droit des biens*, préf. M. Grimaldi, coll. Recherches juridiques, Economica, 2016, dont la conception est résumée *supra*, n° 217.

l'hypothèque est consentie¹¹²⁴. Étendu implicitement aux sûretés mobilières¹¹²⁵, le principe de spécialité de l'assiette de la sûreté réelle a pour but de « *préserver la liberté d'engagement de la personne, tout autant que la liberté de ses transactions* »¹¹²⁶. En empêchant le constituant de grever par un seul acte l'ensemble de ses biens meubles ou l'ensemble de ses immeubles, le droit français incite seulement ce dernier à prendre conscience de la mesure de son engagement, à ne pas gaspiller son crédit. Il est toujours possible, pour le constituant, de grever d'une sûreté l'ensemble de ses biens, mais « *il ne pourrait le faire qu'au moyen d'une manifestation de volonté particulière à chaque [bien]* »¹¹²⁷. Il est vrai que le principe de spécialité des sûretés réelles a été assoupli à l'occasion de l'ordonnance du 23 mars 2006, qui a introduit la possibilité de constituer un gage ou un nantissement sur un ensemble de biens, présents ou futurs¹¹²⁸, venant rejoindre les sûretés préexistantes sur des universalités de fait déterminées¹¹²⁹. Ce principe, néanmoins, « *demeure debout* »¹¹³⁰ puisque l'assiette de garantie doit être identifiée¹¹³¹ et ne peut, dès lors, porter sur des biens indéterminés, à la différence de la *floating*

¹¹²⁴ C. civ., ancien art. 2129, transféré par l'ordonnance du 23 mars 2006 à l'article 2418.

¹¹²⁵ « *Quoique l'article 2074 [actuel art. 2336] n'énonce pas expressément le principe de la spécialité du gage conventionnel, l'exigence de déclaration de « l'espèce et la nature des biens donnés en gage » peut être considérée comme impliquant une telle spécialité.* » (J. MESTRE, E. PUTMAN, M. BILLIAU, *Traité de droit civil – Droit commun des sûretés réelles*, LGDJ, 1996, p. 299, n° 324)

¹¹²⁶ C. DAUCHEZ, *Le principe de spécialité en droit des sûretés réelles*, th. Paris II, dactyl., 2013, p. 163, n° 146.

¹¹²⁷ Ph. DUPICHOT, *Le pouvoir des volontés individuelles en droit des sûretés*, préf. M. Grimaldi, éd. Panthéon-Assas, 2005, p. 510, n° 669.

¹¹²⁸ C. civ., art. 2333 (gage) et art. 2355 (nantissement).

¹¹²⁹ Citons pêle-mêle le warrant sur stocks de choses fongibles, le gage de stock, le nantissement de fonds de commerce, de fonds artisanal, de fonds agricole, le nantissement de compte-titres, et les sûretés sur « flux » de créances.

¹¹³⁰ R. BOFFA, « L'ensemble de biens comme objet de sûreté » in *Études en l'honneur du professeur Marie Laure Mathieu – Comprendre : des mathématiques au droit*, Bruylant, 2019, p. 75 s., spéc. p. 78, n° 7. Adde Y. BLANDIN, *Sûretés et bien circulant – Contribution à la réception d'une sûreté réelle globale*, préf. A. Ghazi, Bibliothèque de droit privé, t. 567, LGDJ, 2016, spéc. n° 184 ; Comp. P. CROCQ, « Le principe de spécialité des sûretés réelles : chronique d'un déclin annoncé », *Dr. & patr.* avr. 2001, p. 63, estimant que « *l'utilisation de la notion d'« universalité » permet, en fait, d'échapper à ce principe, ce qui peut être considéré comme un premier signe de son déclin* ».

¹¹³¹ C. civ., art. 2336 (gage) et art. 2356 (nantissement).

charge anglo-saxonne¹¹³². Aussi une sûreté réelle ne peut-elle avoir pour assiette qu'une universalité de fait, mais en aucun cas une universalité de droit^{1133 1134}, laquelle a pour caractéristique d'organiser la corrélation de l'actif et du passif qu'elle contient¹¹³⁵.

239. Refus de qualifier le privilège général de droit réel accessoire. – On pourrait opposer à cette assertion l'existence des privilèges pleinement généraux, dont l'assiette s'étend à l'ensemble du patrimoine du débiteur¹¹³⁶. Toutefois, leur qualification de sûreté réelle est, pour le moins, douteuse. Le privilège, en droit romain, n'était rien d'autre qu'une cause de préférence attachée à la qualité juridique du créancier ou à la cause de la créance¹¹³⁷ ; en somme, comme le remarquait BONNECASE, « une « propriété » [au sens philosophique du terme], c'est-à-dire une qualité dépourvue par elle-même d'une portée quelconque et venant se greffer soit sur

¹¹³² Créée à la fin du XIX^e siècle, cette sûreté a pour assiette l'ensemble du patrimoine du constituant, actif présent et futur. « Tant que n'apparaît pas un événement qui « cristallise » la security (et la transforme en fixed charge), elle ne grève aucun bien particulier de la société. » (A.-M. TOLEDO, *Notion de sûreté et droit du commerce international*, th. Paris I, dactyl., 1997, p. 296, n° 530) Ainsi le débiteur (*chargor*) est libre de disposer de ses biens, pour autant que l'acte qu'il conclut soit autorisé par la convention (M.-F. PAPANDRÉOU-DETERVILLE, *Le droit anglais des biens*, avant-propos C. Witz, préf. G. Samuel, Bibliothèque de droit privé, t. 418, LGDJ, 2004, p. 398, n° 583). Lorsque cet événement déterminé se produit – ouverture d'une procédure collective, manquement du constituant à ses engagements, ... –, la *floating charge* « cesse d'être une sûreté qui plane sur un patrimoine et grève au contraire des biens particuliers » (A.-M. TOLEDO, *op. cit.*, p. 298, n° 536). S'il est acquis qu'en droit anglais, cette sûreté confère à son titulaire un droit réel dès sa constitution, grevant tout bien du patrimoine du débiteur, en quelque main qu'il soit (M.-F. PAPANDRÉOU-DETERVILLE, *op. cit.*, p. 401, n° 587), le mécanisme de cette sûreté générale a déjà été comparé à celui du gage général : M.-F. PAPANDRÉOU-DETERVILLE, *op. cit.*, p. 397, n° 581 ; G. ANSALONI, « Des renonciations à recours dans les financements structurés », *RDBF* 2010, étude 18, spéc. n° 33.

¹¹³³ L'assertion vaut également pour la fiducie-sûreté, puisque celle-ci ne peut grever l'ensemble de l'actif du patrimoine fiduciaire : C. civ., art. 2372-1. Pour Monsieur BOFFA, « ces réserves textuelles montrent que nous sommes assez loin d'avoir une sûreté générale qui pourrait porter sur un ensemble de biens, mobiliers ou immobiliers, présents ou futurs, corporels ou incorporels » (R. BOFFA, art. préc., p. 88, n° 20). Comp. Ph. DUPICHOT, « Le nouveau droit français des sûretés : bréviaire à l'attention des juristes étrangers » in *Mélanges en l'honneur de Camille Jauffret-Spinosi*, Dalloz, 2013, p. 277 s., spéc. p. 286, n° 18 : « [...] la fiducie-sûreté permet la constitution d'une sûreté flottante sur tous les immeubles du constituant dont la flexibilité paraît au moins équivalente à la *floating charge* britannique. »

¹¹³⁴ Il nous semble donc inconcevable de constituer un nantissement sur le patrimoine affecté de l'EIRL (V. en ce sens P. BERLIOZ, « Patrimoine d'affectation : esquisse d'un régime général » in *Le droit des affaires à la confluence de la théorie et de la pratique – Mélanges en l'honneur du Professeur Paul Le Cannu*, Dalloz – LGDJ, 2014, p. 499 s., spéc. p. 508-509), au contraire de ce qu'ont soutenu plusieurs auteurs : C. LISANTI, « Le nantissement du patrimoine affecté ? », *CDE* 2011, dossier 18 ; A. NALLET, *La notion d'universalité, étude de droit civil*, th. Lyon III, dactyl., 2019, p. 316 s., n° 626 s.

¹¹³⁵ L'universalité de fait est un ensemble de biens qui peut, certes, contenir des éléments de passif, comme l'universalité de droit, mais cette intégration de dettes « est simplement destinée à transférer sur la tête du cessionnaire la charge d'une obligation qu'il est à même de satisfaire » (A. DENIZOT, *L'universalité de fait*, préf. R. Libhaber, Institut universitaire Varenne, 2008, p. 105, n° 172). Là est le critère distinctif entre ces deux ensembles de biens. Adde F. VERN, *Les objets juridiques – Recherches en droit des biens*, préf. Ph. Jacques, Nouvelle bibliothèque de thèses, vol. 200, Dalloz, 2020, p. 568-569, n° 395-396.

¹¹³⁶ Il s'agit du privilège des frais de justice (C. civ., art. 2331, 1° et 2375, 1°), du privilège des salaires (C. civ., art. 2331, 4° et 2375, 2°), du superprivilège des salaires (CT, art. L. 3253-2 s.) et du privilège de la procédure collective (C. com., art. L. 622-17 et L. 641-13).

¹¹³⁷ R. POPLAWSKI, *La notion de privilège en droit romain et en droit civil français*, th. Bordeaux, 1913, p. 25.

un droit réel, soit sur un droit de créance »¹¹³⁸. Le privilège général, en droit contemporain, ne nous semble pas s'éloigner de cette présentation : il présente un caractère occulte, ne confère pas de droit de suite¹¹³⁹, ce qui limite sa manifestation au seul stade de la distribution du prix d'un bien visé par le privilège. Il s'agit donc, à notre sens, d'une priorité attachée à une créance¹¹⁴⁰ – qualification retenue par le droit québécois¹¹⁴¹ – et non d'un droit réel affectant le patrimoine du débiteur¹¹⁴².

240. L'assiette universelle du gage général est donc tout à fait caractéristique de cette garantie, aucune sûreté réelle n'étant susceptible de grever, en droit français, une universalité de droit. La généralité de cette assiette n'est toutefois pas immuable, puisque le créancier a le pouvoir de consentir à limiter l'assiette de son gage.

¹¹³⁸ J. BONNECASE, *Traité théorique et pratique de droit civil par G. Baudry-Lacantinerie – Supplément*, t. V, Sirey, 1930, p. 5, n° 5.

¹¹³⁹ Un seul arrêt semble avoir tranché cette question : com., 10 juin 1960, *Bull. civ.* III, n° 226.

¹¹⁴⁰ M. DAGOT, « La notion de privilège » in *Mélanges Christian Mouly*, t. II, Litec, 1998, p. 335 s., spéc. p. 341-342 : « *Le privilège général n'est qu'une règle de classement des créanciers sur les biens qui en sont l'objet, à supposer qu'ils existent concrètement au moment du règlement.* » ; M. CABRILLAC, C. MOULY, S. CABRILLAC, Ph. PÉTEL, *Droit des sûretés*, 10^e éd., coll. Manuel, LexisNexis, 2015, p. 495, n° 665, estimant que « *le privilège général participe simplement de la nature du droit de gage général, dont il n'est qu'une modalité* » ; P. TAFFOREAU, *Droit des sûretés – Sûretés personnelles et réelles*, préf. R. Cabrillac, coll. Paradigme, Bruylant, 2020, p. 470, n° 1079.

¹¹⁴¹ C. civ. q., art. 2650, al. 1 : « *Est prioritaire la créance à laquelle la loi attache, en faveur d'un créancier, le droit d'être préféré aux autres créanciers, même hypothécaires, suivant la cause de sa créance.* » Comme le précise un auteur, ce changement n'est pas simplement terminologique mais aussi conceptuel. V. D. PRATTE, « Des privilèges aux priorités : plus qu'un changement de vocabulaire », *Revue de droit de l'Université de Sherbrooke* 1992, n° 23, p. 175 s., spéc. p. 178-179 : « [La priorité] *n'accorde aucun autre droit. Elle ne confère pas un droit réel dans la chose. Celle-ci n'est pas affectée ou grevée par la priorité, la chose n'en est pas l'objet, mais simplement l'assiette. La priorité s'exerce en réalité sur le prix du bien.* » ; Y. EMERICH, « La nature juridique des sûretés réelles en droit civil et en *common law* : une question de tradition juridique ? », *Revue juridique Thémis* 44-1, 2010, p. 95 s., spéc. p. 111 : « [...] *la priorité consiste en principe seulement dans le droit (personnel) d'être payé avant d'autres créanciers sur le produit de la vente en justice, en cas de défaut du débiteur.* »

¹¹⁴² *Contra*, retenant la qualification de droit réel : J. MESTRE, E. PUTMAN, M. BILLIAU, *Traité de droit civil – Droit spécial des sûretés réelles*, LGDJ, 1996, p. 19, n° 561 ; M. BOURASSIN, V. BRÉMOND, *Droit des sûretés*, 7^e éd., coll. Université, Sirey, 2019, p. 623, n° 868 ; Ph. THÉRY, *Sûretés et publicité foncière*, 2^e éd., coll. Droit fondamental, PUF, 1998, n° 269 ; J.-D. PELLIER, *Rép. civ.*, v° *Privilèges généraux*, févr. 2019 (actualisation déc. 2019), n° 4. Ces deux derniers auteurs se fondent sur le fait que lorsque le privilège général se réalise, c'est sur un bien particulier, ce qui crée une rupture d'égalité entre les créanciers, contraire au gage général. Or, nous avons démontré que le principe d'égalité entre les créanciers était à dissocier de la notion de gage général : v. *supra*, n° 148.

II. UNE ASSIETTE MODULABLE PAR LA VOLONTE

241. Il a été précédemment démontré que le gage général était un mécanisme impératif, dans la mesure où une renonciation du créancier à sa garantie de base ferait de cette obligation un rapport potestatif. Cette impérativité n'empêche pas, pour autant, les parties de modifier volontairement le périmètre de l'assiette du gage. Il est reconnu, tout d'abord, un pouvoir au créancier de consentir à la limitation de l'assiette de son gage (A). Dans certaines hypothèses, le débiteur ainsi que le tiers cédant ont également le pouvoir de soustraire certains biens du gage des créanciers (B).

A.- LA LIMITATION CONSENTIE PAR LE CREANCIER

242. La clause de limitation du gage général, un acte abdicatif. – En matière contractuelle, la question de la renonciation suscite bien souvent la méfiance du juriste. Non seulement par sa *forme*, l'unilatéralité qu'implique la renonciation en faisant un acte juridique pour le moins isolé dans une matière où prédomine l'accord de volontés, mais surtout par l'*objet* de cet acte, qui consiste en « *l'extinction d'une prérogative par la volonté de son titulaire, alors qu'il aurait la faculté de la faire valoir* »¹¹⁴³, allant ainsi à l'encontre de la recherche du profit qui est censée animer tout contractant¹¹⁴⁴. La question de savoir si le créancier peut consentir à limiter l'assiette de son gage général s'est posée assez tôt. « *N'y aurait-il pas, s'interrogeait BATIFFOL, un lien nécessaire entre la créance et le droit de gage général ?* »¹¹⁴⁵ Si la jurisprudence est pauvre en la matière, l'on retrouve tout de même, dès la fin du XIX^e siècle, un arrêt dans lequel la Cour de cassation a reconnu que le gage général puisse être *limité* dans la convention liant le créancier et le débiteur¹¹⁴⁶. Annotant cet arrêt admettant que des associés d'une société civile puissent obtenir du créancier qu'il renonce à les poursuivre sur leurs biens

¹¹⁴³ F. DREIFUSS-NETTER, *Les manifestations de volonté abdicatives*, préf. P. Tercier, Bibliothèque de droit privé, t. 185, LGDJ, 1985, p. 47, n° 34.

¹¹⁴⁴ F. DREIFUSS-NETTER, *op. cit.*, p. 39, n° 26 : « [...] la fascination exercée par la notion à l'égard de certains jurisconsultes n'est rien d'autre qu'une réaction psychologique de méfiance devant un mécanisme qui va à l'encontre de la recherche du profit grâce à l'autonomie de la volonté [...] »

¹¹⁴⁵ H. BATIFFOL, note sur civ. 1^{re}, 15 févr. 1972, *Rev. crit. DIP* 1973, p. 77 s., spéc. p. 81.

¹¹⁴⁶ Req., 21 févr. 1883, *DP* 1883, I, p. 218 ; *S.* 1884, I, p. 361, note J.-E. LABBÉ ; *Rev. crit. lég. jur.* 1884, p. 519, obs. P. PONT.

personnels, LABBÉ, à l'instar de la chambre des requêtes¹¹⁴⁷, invoquait la liberté contractuelle pour approuver la limitation conventionnelle du gage du créancier¹¹⁴⁸. « *Et l'utilité pratique ? Le créancier en est le meilleur juge* »¹¹⁴⁹ rétorquait-il. Une telle stipulation, si elle n'est pas courante, a connu d'autres illustrations en jurisprudence. Près d'un siècle plus tard, la Cour de cassation a implicitement admis la stipulation selon laquelle une banque créancière consentait à l'égard de ses cautions à limiter son gage, « *par dérogation expresse aux prescriptions de l'article 2092 du Code civil* », à leurs biens situés en Algérie, excluant ainsi leurs biens situés en France¹¹⁵⁰. Enfin, un arrêt plus récent de la Cour de cassation à ce propos est à signaler. Dans celui-ci, il a été admis qu'une clause stipulée dans un acte de vente puisse être interprétée comme une limitation conventionnelle du gage général au seul bien faisant l'objet de la vente¹¹⁵¹. Pour qu'une telle stipulation soit efficace, il convient de qualifier l'acte de *renonciation*, emportant ainsi extinction de la prérogative visée, et non d'obligation de faire ou de ne pas faire. Cette dernière qualification serait dépourvue d'intérêt¹¹⁵² tant sa sanction – consistant en des dommages et intérêts – serait peu dissuasive¹¹⁵³.

¹¹⁴⁷ À propos de cette stipulation, la chambre des requêtes affirme qu'« *il est en général loisible à chacun de se départir des avantages ou des droits établis en sa faveur* » et que « *cette renonciation stipulée et consentie dans un contrat particulier, restreinte à ce contrat et applicable seulement entre les parties contractantes, ne constitue que l'exercice légitime de la liberté des conventions, et que n'étant pas contraire à l'ordre public, elle n'a par cela même rien d'illicite* » (DP 1883, I, p. 218).

¹¹⁴⁸ J.-E. LABBÉ, note préc., p. 362-363 : « *Y a-t-il dans la raison, dans l'esprit de notre législation, dans nos textes législatifs, rien qui s'y oppose ? Nous ne le voyons pas. La raison ne veut-elle pas que toutes les conventions honnêtes soient respectées, sanctionnées ? Est-il immoral que le créancier renonce à saisir certains biens du débiteur ? N'est-il pas juste que l'obligation née de la convention ait exactement, ni plus ni moins, la force que les parties ont déterminée ?* » L'autre commentateur, non moins fameux, de cet arrêt, Paul PONT, est aussi catégorique : « *C'est un point certain, un axiome en quelque sorte que chacun est libre, en général, de renoncer, quand et comme il lui convient, aux droits, aux garanties, aux avantages établis en sa faveur.* » (obs. préc., p. 522)

¹¹⁴⁹ J.-E. LABBÉ, note préc., p. 363.

¹¹⁵⁰ Civ. 1^{re}, 15 févr. 1972 ; Bull. civ. I, n° 50 ; Rev. crit. DIP 1973, p. 77, note H. BATIFFOL. La clause au contrat stipulait une sorte de sûreté négative sur les biens des cautions situés en Algérie. En contrepartie de la limitation du gage du créancier, les cautions s'étaient en effet engagées à ne pas disposer de tout ou partie de leur patrimoine algérien sans l'accord de la banque. Or, les cautions ont violé cet engagement en rapatriant plusieurs de leurs biens situés en Algérie vers la France. Dès lors, la cour d'appel a jugé que la limitation de gage consentie par la banque devait cesser d'avoir effet, puisqu'elle était devenue sans cause. Ce raisonnement a été approuvé par la Cour de cassation, ce qui permet de penser qu'elle admet implicitement la limitation conventionnelle de l'assiette du gage général.

¹¹⁵¹ Com., 28 juin 2011, n° 09-17201, Inédit. La clause litigieuse stipulait que « *d'une manière générale en dehors de la résiliation de la présente vente et de la perte des versements effectués, aucune action ne pourra être entreprise par la crédièntière sur d'autres biens et à l'encontre du débirentier* ».

¹¹⁵² Rapp. D. HOUTCIEFF, Rép. civ., v° *Renonciation*, déc. 2017 (actualisation mai 2018), n° 53 : « [...] *nul doute que cette obligation de ne pas faire conduirait en effet à d'inextricables difficultés quant à son opposabilité ou encore à la sanction de son inexécution.* »

¹¹⁵³ Contra B. DONDERO, *Les groupements dépourvus de personnalité juridique en droit privé – Contribution à la théorie de la personnalité morale*, préf. H. Le Nabasque, t. II, PUAM, 2006, p. 497, n° 907 : « [...] *le créancier qui s'engage à limiter ses poursuites à certains membres du groupement, à certains biens, ou à une certaine somme n'a contracté qu'une obligation de faire ou de ne pas faire.* »

243. Le cautionnement réel, une illustration ? – À cette figure de la limitation conventionnelle du gage général, il est possible de rapprocher le cautionnement réel. La proximité est évidente lorsque la limitation du gage général est expressément stipulée dans la convention¹¹⁵⁴. Il l'est moins dans les autres cas, du fait de la conception que retient la Cour de cassation de cette sûreté. La chambre commerciale avait pourtant, dans un premier temps, affirmé l'hybridité du cautionnement réel en énonçant que « *le créancier, bénéficiaire d'un cautionnement réel ou personnel, dispose à l'égard de la caution d'un droit de créance [...] ce droit étant limité aux biens affectés à la garantie de l'engagement, s'agissant d'un cautionnement réel* »¹¹⁵⁵. Cette conception, consistant en une obligation personnelle dont le gage général est conventionnellement limité à un bien sur lequel la caution consent une sûreté réelle¹¹⁵⁶, a conduit notamment la Cour de cassation à appliquer à cette sûreté l'article 1415 du Code civil¹¹⁵⁷. La jurisprudence ultérieure a pourtant invalidé, par la forme solennelle d'un arrêt de chambre mixte, cette analyse en considérant qu'une sûreté réelle consentie pour garantir la dette d'un tiers n'impliquait *aucun engagement personnel* à satisfaire à l'obligation d'autrui et

¹¹⁵⁴ C'est le cas d'une affaire dans laquelle le garant avait consenti un cautionnement à une banque puis, dans une deuxième convention, a consenti un cautionnement hypothécaire portant sur la même dette, dans laquelle il était stipulé que « *la banque s'interdit de poursuivre la caution sur un autre bien que celui désigné, voulant et entendant que la caution ne réponde de la dette garantie que sur ce bien, à l'exception de tout autre élément de son patrimoine* ». La Cour de cassation a estimé que « *par la clause litigieuse, dépourvue d'ambiguïté, la banque avait, de convention expresse, renoncé au droit de poursuite général qu'elle détenait [...] pour le recouvrement de sa créance à ce titre* » (com., 29 avr. 2002, n° 97-19269, Inédit ; *Defrénois* 2002, p. 1087, obs. Ph. THÉRY).

¹¹⁵⁵ Com., 27 oct. 1998, n° 96-14037, *Bull. civ. IV*, n° 260 ; *D.* 1999, p. 187, obs. A. HONORAT ; *JCP G* 1999, I, 103, obs. M. CABRILLAC ; *Defrénois* 1999, p. 280, obs. S. PIÉDELIÈVRE ; *RTD civ.* 1999, p. 152, obs. P. CROCQ ; *RTD com.* 1999, p. 499, obs. A. MARTIN-SERF).

¹¹⁵⁶ Pour une telle analyse du cautionnement réel, v. Ph. DUPICHOT, *Le pouvoir des volontés individuelles en droit des sûretés*, préf. M. Grimaldi, éd. Panthéon-Assas, 2005, p. 599 s., n° 786 s., l'auteur analysant le cautionnement réel comme un « *alliage d'un cautionnement, d'une sûreté réelle et d'une limitation du droit de gage général* » ; C. GIJSBERS, *Sûretés réelles et droit des biens*, préf. M. Grimaldi, coll. Recherches juridiques, Economica, 2016, p. 70, n° 73 : « *Le constituant d'une sûreté réelle pour autrui s'endette bel et bien. Il s'expose à assumer une obligation qui n'est pas la sienne, fût-ce sur un seul de ses biens. Qu'on le veuille ou non, son patrimoine est donc grevé d'une dette même si, contrairement au cautionnement classique, celle-ci n'est assortie que d'un droit de poursuite conventionnellement limité au bien affecté.* » ; comp. J.-J. ANSAULT, *Le cautionnement réel*, préf. P. Crocq, coll. Doctorat & Notariat, t. 40, *Defrénois*, 2009, *passim*, spéc. p. 623-624, n° 666 : l'auteur soutient une conception inédite du cautionnement réel : une obligation personnelle de garantir lie le garant au créancier, doublée d'une obligation réelle de règlement.

¹¹⁵⁷ Civ. 1^{re}, 15 mai 2002, n° 00-15298, 00-13527, *Bull. civ. I*, n° 127, 128 ; *D.* 2002, p. 1780, note C. BARBEROT et p. 3397, obs. L. AYNÈS ; *RTD civ.* 2002, p. 546, obs. P. CROCQ et p. 604, obs. R. LIBCHABER ; *JCP G* 2002, I, 167, obs. Ph. SIMLER ; *Defrénois* 2002, p. 1322, obs. G. CHAMPENOIS ; *Dr. fam.* 2002, comm. 90, obs. B. BEIGNIER ; *Defrénois* 2003, p. 413, obs. Ph. THÉRY.

n'était, dès lors, pas un cautionnement^{1158 1159}. Sans remettre en cause la qualification de sûreté réelle pour autrui du cautionnement réel énoncée par la jurisprudence¹¹⁶⁰, le récent avant-projet de réforme du droit des sûretés réalisé sous l'égide de l'association Henri Capitant applique au cautionnement réel un régime empruntant autant aux sûretés réelles qu'au cautionnement¹¹⁶¹.

244. Illustration issue de la garantie à première demande. – Il est courant, au sein des garanties à première demande ou des crédits documentaires, qu'une clause stipule que le donneur d'ordre renonce de manière anticipée et sans réserve à contester la validité des paiements qui seraient faits par le garant au bénéficiaire. Or, le donneur d'ordre, s'il est créancier du bénéficiaire, peut être tenté de bloquer provisoirement le paiement de la garantie en procédant à la saisie – conservatoire ou attributive – de la créance du bénéficiaire sur le garant. Dans un telle hypothèse, la Cour de cassation a d'abord considéré comme non valable

¹¹⁵⁸ Ch. mixte, 2 déc. 2005, n° 03-18210, *Bull. mixte*, n° 7 ; *D.* 2006, p. 733, note L. AYNÈS ; *JCP G* 2005, II, 10183, note Ph. SIMLER ; *RTD civ.* 2006, p. 594, obs. P. CROCQ. Pour la confirmation la plus récente : civ. 3^e, 12 avr. 2018, n° 17-17542, publié au Bulletin ; *JCP E* 2018, 1302, note D. LEGEAIS ; *JCP G* 2018, 670, note A. AYNÈS ; *Rev. proc. coll.* 2018, comm. 114, note C. GIJSBERS ; *D.* 2018, p. 1540, note A. GOUËZEL ; *RTD civ.* 2018, p. 461, obs. P. CROCQ.

¹¹⁵⁹ Au soutien de cette conception, il a été soutenu par un auteur qu'« un droit limité à un objet du patrimoine n'est plus un droit personnel » (M. MIGNOT, « Nature du cautionnement réel : quand la volonté de la Cour de cassation l'emporte sur celle des parties », *RLDC* janv. 2006, p. 25 s., spéc. p. 27 ; Adde G. PILLET, « Assimilation du cautionnement réel au cautionnement : nature des choses ou expédient ? », *JCP G* 2019, 449). L'auteur entend certainement vouloir dire que, dans une telle situation, le gage général est tellement limité que le droit n'est plus personnel. Comme nous l'avons vu, la seule limite au pouvoir des volontés individuelles sur l'assiette du gage est la renonciation pure et simple au gage général. Dès lors que la limitation laisse suffisamment de pouvoir au créancier pour que l'engagement du débiteur ne soit pas potestatif, le droit du créancier est bien un droit personnel (v. *supra*, n° 146.). Or, souvent, le bien subsistant dans l'assiette du gage est doté d'une valeur importante, sur lequel le débiteur a, en outre, consenti la création d'un droit réel accessoire au bénéfice du créancier. C'était, par exemple, le cas d'une affaire dans laquelle la garante a constitué une hypothèque sur sa maison d'habitation. Elle faisait valoir, dans les moyens au pourvoi visant à se faire appliquer les règles de proportionnalité du cautionnement, que cette maison constituait « son seul patrimoine », ses seuls revenus provenant de la location d'une partie de la maison. La Cour de cassation a toutefois rejeté le pourvoi, rappelant sa conception stricte de la sûreté réelle pour autrui (com., 7 mai 2008, n° 07-11692, *Bull. civ.* IV, n° 125 ; *D.* 2008, p. 2036, note S. PIÉDELIÈVRE ; *JCP G* 2008, I, 211, obs. Ph. DELEBECQUE ; *Dr. & patr.* oct. 2008, p. 95, obs. L. AYNÈS et Ph. DUPICHOT ; *Banque & Droit*, juill.-août 2008, p. 41, obs. F. JACOB ; *RDBF* 2008, comm. 136, obs. D. LEGEAIS ; *RTD civ.* 2008, p. 700 obs. P. CROCQ).

¹¹⁶⁰ Comp. D. HOUTCIEFF, obs. sur. civ. 3^e, 12 avr. 2018, *RDC* 2018, p. 371 : « En disposant que le créancier n'a d'action que sur le bien objet de la garantie, ce projet de texte laisse en effet entendre que la « caution réelle » ne s'engagerait que dans la double limite du montant de la somme garantie et de la valeur des biens engagés. »

¹¹⁶¹ Envisagé au sein du chapitre consacré au cautionnement, le cautionnement réel y est défini comme « une sûreté réelle constituée pour garantir la dette d'autrui », dans laquelle « le créancier n'a d'action que sur le bien qui en forme l'objet » (art. 2291). Le commentaire de cette disposition indique que « cet article constitue une innovation remarquable, mettant à néant une jurisprudence de la Cour de cassation inaugurée par un arrêt rendu en Chambre mixte le 2 décembre 2005 » (Disponible sur <http://henricapitant.org/storage/app/media/pdfs/travaux/avant-projet-de-reforme-du-droit-des-suretes.pdf>).

la saisie lorsque la créance résultait du contrat de base¹¹⁶², solution respectueuse de la nature autonome de cette garantie¹¹⁶³. De manière plus critiquable, la solution a été étendue à la saisie pratiquée par le donneur d'ordre sur le fondement d'une créance étrangère au contrat de base, en raison de l'« *indisponibilité qui résultait de la volonté des parties* »¹¹⁶⁴, alors même que l'autonomie de la garantie ne devrait être ici d'aucun secours pour le bénéficiaire¹¹⁶⁵. Fragile dans son raisonnement juridique¹¹⁶⁶, la solution s'explique certainement par l'intention de la Cour de cassation d'« *assurer la sécurité absolue du bénéficiaire* »¹¹⁶⁷. Il en résulte une sorte de limitation conventionnelle du gage général à la créance du bénéficiaire sur le garant¹¹⁶⁸. La seule limite à cette insaisissabilité est la fraude portant sur la mise en place ou l'exécution de la garantie¹¹⁶⁹.

245. Le financement de projet, une illustration pratique méconnue. – Issue de la pratique anglo-saxonne, la technique du financement de projet repose sur la participation financière de plusieurs parties à un projet de grande ampleur, généralement sous la houlette de l'État. Dans le cas typique, l'État confie à une société de projet qui a été préalablement constituée – la

¹¹⁶² Com., 14 oct. 1981, *D.* 1982, p. 301, note M. VASSEUR. Il s'agit d'un arrêt de cassation, les juges de première instance ayant autorisé la saisie en ce que la renonciation « *ne constituait pas, pour autant, sous peine de déni de justice, une sorte de carcan, qui l'aurait empêché de faire valoir un droit de créance à l'égard de son cocontractant, au point de lui interdire d'utiliser les mesures de sauvegarde légalement admises par le droit français* » (TGI Paris, réf., 13 mai 1980, *JCP G* 1981, I, 19550, note M. VASSEUR), ce qu'a confirmé la Cour d'appel de Paris (Paris, 23 janv. 1981, *D.* 1981, p. 630, note M. VASSEUR).

¹¹⁶³ Mais dont la validité a été contestée par certains auteurs, sur le fondement de la violation de l'ordre public : C. GAVALDA, J. STOUFFLET, « La lettre de garantie internationale », *RTD com.* 1980, p. 1 s., spéc. p. 16, n° 18 : « *L'opposition est le prélude à une saisie qui constitue une procédure d'ordre public à laquelle, semble-t-il, un créancier ne peut valablement renoncer à l'avance.* » ; M. CABRILLAC, B. TEYSSIÉ, obs. sur Paris, 25 mars 1982, *RTD com.* 1983, p. 103 s., spéc. p. 104 : « [...] *lorsque le donneur d'ordre justifie d'une créance contre le bénéficiaire, il ne saurait lui être interdit de procéder à une saisie conservatoire de la garantie : il n'a point formellement renoncé à cette voie de droit, et alors même que semblable renonciation serait intervenue il serait permis de douter de sa validité.* »

¹¹⁶⁴ Com., 18 mars 1986, *D.* 1986, p. 375, note M. VASSEUR, *JCP G* 1986, II, 20624, note J. STOUFFLET.

¹¹⁶⁵ M. CABRILLAC, C. MOULY, S. CABRILLAC, Ph. PÉTEL, *Droit des sûretés*, 10^e éd., LexisNexis, 2015, p. 393, n° 537

¹¹⁶⁶ S. PIÉDELIÈVRE, *Rép. com.*, v° *Garantie à première demande*, juin 2017 (actualisation mars 2019), n° 155, estimant que cet arrêt est « *loin de bénéficier d'une assise juridique irréprochable* ».

¹¹⁶⁷ Ph. SIMLER, *Cautionnement, Garanties autonomes, Garanties indemnitaires*, 5^e éd., coll. *Traité*s, LexisNexis, 2015, p. 1046, n° 1020.

¹¹⁶⁸ Rapp. Ph. SIMLER, *op. cit.*, p. 1046, n° 1020 : « *On peut donc considérer que le donneur d'ordre s'est implicitement interdit de pratiquer une saisie à quelque titre que ce soit.* »

¹¹⁶⁹ Com., 16 déc. 2008, n° 07-18729, *Bull. civ.* IV, n° 205 ; *JCP E* 2009, 1106, note J. STOUFFLET, *D.* 2009, p. 161, obs. X. DELPECH ; *RDC* 2009, p. 1204, obs. J.-B. RACINE : « [...] *en raison de l'autonomie du crédit documentaire par rapport au contrat de base, le donneur d'ordre ne peut en paralyser la réalisation, lorsqu'il est stipulé irrévocable, qu'en établissant une fraude portant sur la mise en place ou l'exécution de ce crédit documentaire ; que, dans ce cas, il peut faire obstacle à l'exécution par la banque de ses engagements en recourant à une saisie conservatoire, sous réserve de justifier d'une créance sur le bénéficiaire du crédit documentaire, paraissant fondée en son principe et des circonstances susceptibles d'en menacer le recouvrement [...]* »

société-projet ou SPV (*society purpose vehicle*) –, la mission de construire et d'exploiter le projet pour le transférer ensuite à l'État¹¹⁷⁰. « *L'idée générale du financement de projet est que les sommes empruntées par la société du projet vont essentiellement être remboursées par les flux du projet, c'est-à-dire, en langage juridique, les créances* »¹¹⁷¹, qu'il s'agisse de loyers, de redevances, ... Il s'agit donc d'une structure de financement dite « sans recours » en ce que les prêteurs ont conventionnellement renoncé à poursuivre les associés de la société-projet¹¹⁷², limitant ainsi leur gage aux actifs dégagés par la société de projet à l'occasion de l'exploitation du projet¹¹⁷³, *cashflow* sur lequel une sûreté est systématiquement constituée. Loin de prendre des risques inconsidérés, les parties au projet conditionnent leur participation à l'analyse de la capacité du projet financé à générer pendant toute la durée du crédit des revenus suffisants¹¹⁷⁴.

246. Une limitation conventionnelle globalement approuvée. – La possibilité de limiter conventionnellement le gage des créanciers ne connaît donc plus la contrariété, que ce soit dans la jurisprudence, la doctrine¹¹⁷⁵ ou la pratique contractuelle¹¹⁷⁶, et même implicitement dans la

¹¹⁷⁰ A.-M. TOLEDO-WOLFSOHN, « Financement de projet : sûretés sur les créances de la société du projet », *Dr. & patr.* juill. 2002, p. 56.

¹¹⁷¹ A.-M. TOLEDO-WOLFSOHN, *Lamy droit des sûretés*, Etude 287 : *Financement de projet et garanties sur créances*, spéc. n° 287-9.

¹¹⁷² La société de projet pouvant prendre la forme d'une société en nom collectif ou d'un groupement d'intérêt économique (F. JULIEN, « Financements sans recours » in A. GOURIO, J.-J. DAIGRE (dir.), *Droit bancaire et financier – Mélanges AEDBF France VI*, RB éd., 2013, p. 293 s., spéc. p. 298), formes dans lesquelles les associés sont tenus des dettes sociales (C. com., art. L. 221-1 (s'agissant de la SNC) ; C. com., art. L. 251-6 (s'agissant du GIE)).

¹¹⁷³ La renonciation à recours peut aussi prendre une forme structurelle, dans laquelle « *la renonciation résulte de l'interposition, entre le sponsor et les prêteurs, d'une société à risque limité. Dans ce cas, la responsabilité de l'associé étant limitée au montant de son apport en capital, il en résulte que le prêteur ne peut exiger de lui le remboursement des sommes prêtées en cas de défaillance de la société interposée* » (V. HAUBERT-McGETRICK, G. ANSALONI, *Financement de projet – Enjeux juridiques et bancabilité d'une opération*, préf. T. Bonneau, avant-propos Ph. Théry, RB éd., 2011, p. 25, n° 4).

¹¹⁷⁴ P. DENIAU, P. ROUAST-BERTIER, « Les sûretés réelles dans les financements de projet après l'ordonnance du 23 mars 2006 », *RDBF* 2008, étude 13, spéc. n° 2.

¹¹⁷⁵ V. toutefois A. WEILL, *Droit civil – Les obligations*, coll. Précis, Dalloz, 1971, n° 821 : « *Si le débiteur peut librement aliéner sans fraude des éléments de son patrimoine, il ne paraît pas pouvoir décider par convention préalable que tel ou tel bien échappera au droit de gage général ou que le droit de gage général sera limité à une catégorie déterminée de biens. Le droit de gage général a un caractère d'ordre public.* »

¹¹⁷⁶ Étudiant la technique juridique de limitation conventionnelle « horizontale » du droit de gage général, Monsieur DUPICHOT propose l'analyse suivante : « *L'utilisation de la limitation du droit de gage comme garantie conventionnelle supposera la conclusion d'une stipulation pour autrui, expresse voire même implicite, en faveur du ou des autres créanciers de l'emprunteur : l'emprunteur, en qualité de stipulant, stipulera d'un ou de plusieurs de ses créanciers, promettants, qu'ils s'engagent à limiter l'étendue de leur droit de gage général afin de ne pas entrer en concours sur les dits biens avec un ou plusieurs créanciers du débiteur, tiers bénéficiaires de la stipulation pour autrui. Cette convention constituera une garantie réelle non exclusive pour les tiers à la convention limitative dans la mesure où ceux-ci auront un concurrent de moins sur la partie des biens du débiteur ayant fait l'objet de cette limitation conventionnelle du droit de gage général.* » (Ph. DUPICHOT, *Le pouvoir des volontés individuelles en droit des sûretés*, préf. M. Grimaldi, éd. Panthéon-Assas, 2005, p. 674, n° 901)

loi¹¹⁷⁷. L'argument de l'ordre public invoqué naguère est battu en brèche par la liberté contractuelle¹¹⁷⁸. Il est d'ailleurs remarquable de constater qu'en droit québécois, ce pouvoir de la volonté sur les contours de l'assiette du gage est consacré par la loi. L'article 2645 du Code civil du Québec, après avoir posé la règle du gage général en son premier alinéa, prévoit, au second alinéa : « *Toutefois, le débiteur peut convenir avec son créancier qu'il ne sera tenu de remplir son engagement que sur les biens qu'ils désignent.* »¹¹⁷⁹ En somme, la seule limite au pouvoir de la volonté des parties est la renonciation pure et simple du créancier à son gage général, qui aboutirait à rendre l'obligation potestative¹¹⁸⁰. Dès lors que le créancier n'est pas livré au bon vouloir du débiteur et qu'il dispose d'un gage, ne serait-ce que sur une fraction du patrimoine de son débiteur, le droit personnel du créancier subsiste¹¹⁸¹. Ce raisonnement doit également s'étendre aux hypothèses dans lesquelles le débiteur lui-même ou un tiers cédant est admis à soustraire un bien du gage des créanciers.

B.- LA LIMITATION IMPOSEE AU CREANCIER

247. Le créancier n'est pas le seul à pouvoir morceler l'assiette de son gage général. À travers différents mécanismes, le législateur admet qu'un tiers ou que le débiteur lui-même puisse frapper d'insaisissabilité certains biens à l'encontre des créanciers. Ces insaisissabilités d'origine volontaire ne sont cependant pas absolues comme peuvent l'être les insaisissabilités

¹¹⁷⁷ En matière de fiducie, la possibilité formulée par le législateur de stipuler dans le contrat de fiducie que l'obligation au passif fiduciaire sera limitée au passif fiduciaire et ne pourra ainsi s'étendre de manière subsidiaire au patrimoine du constituant (C. civ., art. 2025, al. 2) a été perçue comme « *une consécration implicite mais éclatante de la clause de limitation du droit de gage* » (Ph. DUPICHOT, « Opération fiducie sur le sol français », *JCP G* 2007, act. 121).

¹¹⁷⁸ G. CAVALIER, *De la limitation du gage des créanciers*, th. Bordeaux, 1903, p. 166 : « *Les obligations ont exactement l'étendue que leur donne la volonté des parties, car elles ont leur source dans cette volonté. Sans nul doute, l'ordre public exige impérieusement le respect du droit de chacun. Mais ici le créancier n'a pas le droit de saisir tous les biens de son débiteur. Il outrepasserait les pouvoirs qu'il tient de la convention s'il prétendait se prévaloir du bénéfice de l'article 2092 après y avoir librement renoncé. Son débiteur, de la sorte, ne le paiera peut-être qu'à moitié. Il ne doit pas s'en plaindre, car il l'a bien voulu. Le contrat par ses clauses fixe souverainement les droits et les obligations de chacun. [...] L'ordre public n'est pas intéressé ici.* »

¹¹⁷⁹ La même disposition existe dans le Code civil louisianais, à l'art. 3135 : « *A written contract may provide that the obligee's recourse against the obligor is limited to particular property or to a specified class or kind of property.* »

¹¹⁸⁰ V. *supra*, n° 146.

¹¹⁸¹ Et il ne se transforme nullement, par l'effet de la limitation, en une sûreté réelle, contrairement à ce qu'ont soutenu C. BEUDANT, R. BEUDANT, P. LEREBOURS-PIGEONNIÈRE, P. VOIRIN, *Cours de droit civil français*, 2^e éd. par, t. XIII, *Les sûretés personnelles et réelles*, A. Rousseau, 1948, p. 51, n° 43, selon lesquels « *toutes les limitations du patrimoine d'exécution sont corrélatives à une sûreté réelle qu'elles engendrent ou dont elles sont la conséquence* ».

légales, ce qui amène certains auteurs à les qualifier de « *restriction de saisissabilité* »¹¹⁸². Il convient d'en présenter les principales manifestations¹¹⁸³.

248. L'insaisissabilité stipulée dans une libéralité. – Dès 1972, le législateur a donné la possibilité à un donateur ou à un testateur d'insérer, dans la libéralité, une clause stipulant l'insaisissabilité de ce bien¹¹⁸⁴. Cette clause d'insaisissabilité n'est toutefois opposable qu'aux créanciers antérieurs à la libéralité, qui ne subissent, par hypothèse, aucun appauvrissement de leur gage. Une telle insaisissabilité est, en outre, restreinte dans sa durée, bien qu'à la différence de la clause d'inaliénabilité, il n'est pas exigé qu'elle ait un caractère temporaire. Constitutive d'un « *bénéfice personnel au profit du gratifié et pour la vie de celui-ci* »¹¹⁸⁵, la clause d'insaisissabilité n'est pas une charge réelle et, par suite, cesse par l'aliénation du bien ou par le décès du gratifié.

249. L'inaliénabilité stipulée dans une libéralité. – Il a également été consacré, par égards pour la conservation du patrimoine familial, la licéité de la clause d'inaliénabilité insérée dans

¹¹⁸² P. BERLIOZ, *Droit des biens*, coll. Cours magistral, Ellipses, 2014, p. 159, n° 131.

¹¹⁸³ Nous ne développerons donc pas les cas de la clause de tontine et de la libéralité graduelle. La première confère l'acquisition du bien à l'un ou l'autre des co-acquéreurs sous la condition résolutoire de son prédécès et sous la condition suspensive de sa survie. Les co-acquéreurs sont, chacun, seulement titulaires d'un droit conditionnel, hypothétique sur le bien acquis en tontine, ce qui rend ce bien non seulement inaliénable (civ. 1^{re}, 8 janv. 2002, n° 99-15547, *Bull. civ.* I, n° 3 ; *JCP G* 2002, II, 10036, note Y. CHARTIER ; *RTD civ.* 2002, p. 542, obs. T. REVET), mais aussi insaisissable (civ. 1^{re}, 18 nov. 1997, n° 95-20842, *Bull. civ.* I, n° 315 ; *JCP G* 1998, I, 171, n° 10, obs. H. PÉRINET-MARQUET ; *Defrénois* 1998, p. 377, note H. MAZERON ; *RTD civ.* 1998, p. 432, obs. J. PATARIN et p. 946, obs. F. ZENATI). Le doute est, toutefois, permis quant à la saisissabilité des droits qu'ont chaque co-acquéreur sur le bien. Permettre leur saisie – qu'il faut exclure si le droit est teinté d'*intuitu personae* – serait une contrepartie à l'impossibilité pour les créanciers d'obtenir le partage de la tontine : C. GRIMALDI, « Mystérieuse tontine » in *Liber amicorum – Mélanges en l'honneur du professeur Gérard Champenois*, Defrénois, 2012, p. 417 s., spéc. p. 423, n° 9.

Quant à la libéralité graduelle, elle a pour particularité de mettre à la charge du gratifié une obligation de conserver le bien cédé et de le transmettre, à son décès, à un second gratifié désigné dans l'acte (C. civ., art. 1048). Puisque le grevé est propriétaire du bien au sens plein du terme (civ. 1^{re}, 6 mai 1997, n° 94-15510, *Bull. civ.* I, n° 149 ; *D.* 1997, p. 483, rapp. J. THERRY ; *RTD civ.* 1998, p. 171, obs. J. PATARIN), il est seulement tenu d'une obligation personnelle (F. ZENATI-CASTAING, T. REVET, *Les biens*, 3^e éd., coll. Droit fondamental, PUF, 2008, p. 82, n° 38 b), ce qui n'empêche pas ses créanciers, en théorie, de saisir ce bien (M. GRIMALDI, « Les libéralités graduelles et les libéralités résiduelles », *JCP N* 2006, 1387, spéc. n° 5). Toutefois, c'est l'opportunité de cette saisie pour les créanciers qui pose question. En effet, dès lors que l'appelé survit au grevé, tous les actes faisant obstacle à la transmission des biens objet de la libéralité à l'appelé sont anéantis *retroactivement*, l'appelé étant réputé, par une fiction juridique, tenir ses droits du disposant et non du grevé (C. civ., art. 1051). Le créancier qui saisit un bien transmis à son débiteur par libéralité graduelle doit donc accepter le risque d'une remise en cause de la saisie si son débiteur décède avant l'appelé, ce qui réduit à peu de chose l'intérêt d'une telle voie d'exécution et rend donc le bien « *insaisissable de fait* » (S. GUINCHARD, *L'affectation des biens en droit privé français*, préf. R. Nerson, Bibliothèque de droit privé, t. CXLV, LGDJ, 1976, p. 224, n° 258).

¹¹⁸⁴ CPCE, art. L. 112-2, 4°.

¹¹⁸⁵ R. PERROT, Ph. THÉRY, *Procédures civiles d'exécution*, 3^e éd., coll. Hors cours, Dalloz, 2013, p. 236, n° 231.

une libéralité dès lors qu'elle est temporaire et justifiée par un intérêt légitime¹¹⁸⁶, qu'il s'agisse de l'intérêt du disposant¹¹⁸⁷ ou de celui du gratifié¹¹⁸⁸. S'il n'allait pas de soi que l'inaliénabilité provoque l'insaisissabilité du bien, la jurisprudence en a pourtant jugé ainsi¹¹⁸⁹. Les explications techniques varient en doctrine¹¹⁹⁰, mais il nous semble que l'argument d'opportunité a fortement joué dans l'instauration de cette corrélation. Poser que l'inaliénabilité conventionnelle engendre l'insaisissabilité du bien permet, en effet, de donner une pleine efficacité à cette clause qui, autrement, serait partiellement privée de son utilité¹¹⁹¹. Il serait notamment aisé, pour le bénéficiaire de la clause, de détourner cette dernière en faisant saisir le bien par un créancier factice¹¹⁹². La jurisprudence a ainsi préféré faire primer l'intérêt du

¹¹⁸⁶ C. civ., art. 900-1. Ces conditions sont appréciées strictement. S'agissant du critère de temporalité, l'important consiste, pour le juge à vérifier que l'acquéreur du bien peut de son vivant recouvrer sa liberté de disposer (Civ., 24 janv. 1899, *DP* 1900, I, p. 533 ; S. 1900, I, p. 342 : « [...] *n'est pas, en effet, temporaire, en ce qui concerne le légataire, une inaliénabilité qui ne doit prendre fin qu'avec sa vie [...]*. » ; v. toutefois civ. 1^{re}, 8 janv. 1975, n° 73-11648, *Bull. civ.* I, n° 8 ; *Defrénois* 1975, p. 524, note A. PONSARD, dans lequel la Cour de cassation valide une clause dont l'inaliénabilité devait durer jusqu'au décès de la survivante des donatrices).

¹¹⁸⁷ Dans la majorité des cas, son intérêt consiste à s'assurer l'exercice d'un droit qu'il s'est réservé sur le bien. Pour un droit d'usage et d'habitation, par exemple : civ. 1^{re}, 10 juill. 1990, n° 87-16773, *Bull. civ.* I, n° 192 ; *Defrénois* 1991, p. 272, note F. LUCET ; *RTD civ.* 1991, p. 141, obs. F. ZENATI et p. 580, note J. PATARIN.

¹¹⁸⁸ Notamment pour le protéger de sa prodigalité.

¹¹⁸⁹ Req. 23 juill. 1863, *DP* 1864, 1, p. 494 – civ. 2^e, 30 juin 1993, n° 91-14775, *Bull. civ.* II, n° 241 ; *D.* 1995, p. 50, obs. M. GRIMALDI ; *RDI* 1994, p. 287, obs. Ph. DELEBECQUE et Ph. SIMLER – civ. 1^{re}, 15 juin 1994, n° 92-12139, *Bull. civ.* I, n° 211 ; *D.* 1995, p. 50, obs. M. GRIMALDI et p. 342, note A. LEBORGNE ; *RTD civ.* 1995, p. 666, obs. J. PATARIN et p. 919, obs. F. ZENATI – civ. 1^{re}, 8 févr. 2000, n° 97-20727, *Bull. civ.* I, n° 43 ; *RTD civ.* 2000, p. 383, obs. J. PATARIN et p. 812, obs. J. HAUSER – civ. 1^{re}, 11 févr. 2003, n° 01-10366, Inédit.

¹¹⁹⁰ Si certains auteurs ont soutenu que le créancier n'exerçait pas un droit propre mais les droits de son débiteur (v. *supra*, n° 55.) la plupart expliquent la solution par le fait que le débiteur est privé de son pouvoir de disposition sur le bien, ce que subissent, par ricochet, ses créanciers : v. par ex. P. CROCQ, *Propriété et garantie*, préf. M. Gobert, Bibliothèque de droit privé, t. 248, LGDJ, 1995, p. 171-172, n° 213 : « [...] *les créanciers ne peuvent obtenir en saisissant plus de droits que leur propre débiteur et seront tenus à raison des prérogative d'ordre réel grevant le bien saisi. Si celui-ci est frappé d'inaliénabilité, ils ne peuvent pas, non plus, en disposer. Dès lors, la saisie, qui a pour conséquence la vente du bien, est impossible.* » Sur cette doctrine, v. le résumé de C. FERRY, « L'insaisissabilité du bien stipulé inaliénable dans un acte à titre onéreux », *RTD civ.* 2019, p. 751, spéc. n° 15 s. Toutefois, selon l'analyse de Monsieur CHAUVIRÉ, la clause d'inaliénabilité n'affecte pas le droit du propriétaire mais « *le statut objectif de la chose* » (Ph. CHAUVIRÉ, « Voyage sur les terres de l'inaliénabilité conventionnelle » in L. ANDREU (dir.), *Liberté contractuelle et droits réels*, coll. Colloques & Essais, Institut universitaire Varenne, 2015, p. 155 s., spéc. p. 163 ; du même auteur, « Clause d'inaliénabilité » in D. MAZEAUD, R. BOFFA, N. BLANC (dir.), *Dictionnaire du contrat*, LGDJ, 2018, p. 196 s., spéc. p. 199), ce qui fait écho à un arrêt de la Cour de cassation dans lequel il est précisé que le bien frappé d'une inaliénabilité conventionnelle est hors commerce (Civ. 1^{re}, 23 févr. 2012, n° 09-13113, *Bull. civ.* I, n° 39 ; *AJDI* 2012, p. 460, obs. N. LE RUDULIER ; *Gaz. pal.* 28-29 mars 2012, p. 21, obs. C. ALBIGES ; *JCP G* 2012, 626, n° 16, obs. Ph. DELEBECQUE ; *RTD civ.* 2012, p. 346, obs. P. CROCQ ; *CCC* 2012, p. 116, obs. L. LEVENEUR ; *RLDC* mai 2012, p. 32, obs. G. MARRAUD DES GROTTES ; *Banque & Droit*, mars-avr. 2012, p. 41., obs. N. RONTCHEVSKY).

¹¹⁹¹ M. PLANIOL, G. RIPERT, *Traité pratique de droit civil français*, t. III, *Les biens*, par M. PICARD, 2^e éd., LGDJ, 1952, p. 238, n° 230 ; A. WEILL, *Droit civil – Les biens*, coll. Précis, Dalloz, 1969, p. 294, n° 354.

¹¹⁹² Rapp. A. CHERON, « La jurisprudence sur les clauses d'inaliénabilité – sa logique – ses limites », *RTD civ.* 1906, p. 339 s., spéc. p. 355 : « *Il serait trop facile au gratifié de tourner la clause par des engagements qui auraient pour conséquence l'aliénation du bien.* » ; R. PERROT, Ph. THÉRY, *op. cit.*, p. 210, n° 209 : « [...] *il serait en effet trop facile au gratifié d'éluider cette clause en simulant une vente sous les apparences d'une saisie pratiquée par l'acheteur pour paiement d'une fausse créance équivalant au montant du prix.* »

disposant et du bénéficiaire, sans pour autant porter une atteinte disproportionnée aux créanciers du bénéficiaire dans la mesure où, s'agissant d'une libéralité qui ne fait qu'enrichir leur débiteur, l'assiette de leur gage n'est pas diminuée¹¹⁹³. Cette protection est renforcée par l'impossibilité pour les créanciers d'agir en mainlevée de la clause d'inaliénabilité¹¹⁹⁴, y compris par la voie oblique¹¹⁹⁵.

250. Une solution étendue à la clause d'inaliénabilité stipulée dans un acte à titre onéreux ? – La clause d'inaliénabilité a vu son champ d'application s'étendre puisque celle-ci est également utile lorsqu'elle est insérée au sein de contrats à titre onéreux¹¹⁹⁶, particulièrement en droit des sociétés¹¹⁹⁷ pour affecter des actions émises par la société¹¹⁹⁸, ou les biens apportés par un associé. La jurisprudence avait déjà, avant 1971, affirmé la validité de telles clauses aux

¹¹⁹³ Constat qui est à nuancer car les créanciers postérieurs à l'acquisition du bien frappé de la clause d'inaliénabilité ont pu légitimement croire que ce bien était saisissable. C'est le même raisonnement qui est suivi pour rendre la clause d'insaisissabilité inopposable aux créanciers postérieurs.

¹¹⁹⁴ C. civ., art. 900-1, al. 1, *in fine* : « [...] le donataire ou le légataire peut être judiciairement autorisé à disposer du bien si l'intérêt qui avait justifié la clause a disparu ou s'il advient qu'un intérêt plus important l'exige. »

¹¹⁹⁵ La jurisprudence considère en effet que cette action est « subordonnée à des considérations personnelles d'ordre moral et familial inhérentes à la donation » et ne peut dès lors être exercée, ni par la voie oblique (civ. 1^{re}, 3 juin 1998, n° 96-12372, *Bull. civ. I*, n° 192 ; *JCP G* 1998, II, 10167, note J. CASEY ; *Defrénois* 1999, p. 93, note X. SAVATIER ; *RTD civ.* 1998, p. 677, obs. J. MESTRE et p. 963, note J. PATARIN ; *Dr. fam.* 1998, comm. 90, note B. BEIGNIER – civ. 1^{re}, 25 mai 2004, n° 02-12268, *Bull. civ. I*, n° 149 ; *Defrénois* 2004, p. 1398, obs. R. LIBCHABER ; *AJ fam.* 2004, p. 328, obs. S. DEIS-BAUQUESNE ; *Dr. fam.* 2004, comm. 129, note B. BEIGNIER – civ. 1^{re}, 8 mars 2005, n° 03-20968, *Bull. civ. I*, n° 117), ni par le liquidateur (civ. 1^{re}, 29 mai 2001, n° 99-15776 ; *Bull. civ. I*, n° 150 ; *JCP G* 2001, I, 360, n° 4, obs. M. CABRILLAC ; *JCP G* 2002, I, 178, n° 10, obs. R. LE GUIDEC ; *RJPF* 2001-11/42, note J. CASEY ; *AJ fam.* 2001, p. 27 ; *RTD civ.* 2001, p. 644, obs. J. PATARIN, et p. 882, obs. J. MESTRE et B. FAGES – civ. 1^{re}, 4 juill. 2006, n° 04-12825, *Bull. civ. I*, n° 345 ; *JCP G* 2007, I, 113, obs. M. CABRILLAC ; *RJPF* 2006-11/45, obs. J. CASEY – Limoges, 14 mai 2013, n° 12/00635).

¹¹⁹⁶ Il convient de mettre à part les clauses insérées dans des contrats de prêt interdisant à l'emprunteur d'aliéner un ou plusieurs jusqu'au complet remboursement du prêteur. Ce type de clause n'affecte pas le statut juridique du bien qui en est l'objet mais donne naissance à une obligation personnelle de ne pas faire (C. HOUIN-BRESSAND, « Les clauses d'inaliénabilité insérées dans les contrats de crédit » in *Mélanges en l'honneur du Professeur Didier R. Martin*, LGDJ, 2015, p. 243 s., spéc. p. 245, n° 5). L'effet n'est donc pas le même : soumises à l'effet relatif des contrats, « ces clauses n'empêchent pas la saisie du bien sur lequel elles portent et ne permettent pas au prêteur d'anéantir l'acte d'aliénation ou de disposition qui serait réalisé par son débiteur en méconnaissance de cette clause » (C. HOUIN-BRESSAND, art. préc., p. 246, n° 8). Une telle différence incite à classer ce type de stipulations parmi les sûretés négatives (C. HOUIN-BRESSAND, art. préc., p. 251, n° 14), et à les qualifier de « clause[s] d'incessibilité, pour [les] distinguer de la clause d'inaliénabilité » (Ph. CHAUVIRÉ, « Clause d'inaliénabilité », *op. cit.*, p. 199).

¹¹⁹⁷ Bien que certains auteurs en doutaient : v. Y. GUYON, « L'inaliénabilité en droit commercial » in *Droit et vie des affaires – Etudes à la mémoire d'Alain Sayag*, Litec, 1997, p. 267 s., spéc. p. 273, n° 11, estimant qu'il y a une « antinomie entre le blocage, qui résulte de l'inaliénabilité et le caractère négociable de ces titres ».

¹¹⁹⁸ La clause peut alors être insérée directement dans les statuts, ou dans un pacte d'actionnaires.

mêmes conditions¹¹⁹⁹, et l'a réaffirmée par la suite¹²⁰⁰, malgré le cantonnement du champ d'application de l'article 900-1 aux libéralités. Les clauses d'inaliénabilité insérées dans des contrats à titre onéreux, bien que soumises par la jurisprudence aux mêmes conditions que celles posées par l'article 900-1, ne sont pas considérées comme soumises à ce texte¹²⁰¹ mais au droit commun des contrats¹²⁰², mises à part celles qui sont prévues par une disposition spéciale¹²⁰³. S'agissant de l'effet d'une telle clause sur la saisissabilité du bien, la jurisprudence ne s'est pas prononcée. Or, il nous semble qu'en la matière, la solution en vigueur en application de l'article 900-1 ne doit pas être transposée aux clauses d'inaliénabilité insérées dans un contrat à titre onéreux. En effet, le bien a, dans cette hypothèse, intégré le patrimoine du débiteur moyennant le paiement d'un prix ; aussi, rendre insaisissable ce bien aboutirait à un appauvrissement du gage des créanciers dont le droit est né antérieurement à cette acquisition¹²⁰⁴, un bien saisissable étant remplacé par un bien qui ne l'est pas¹²⁰⁵. Loin d'être incohérente, cette dernière solution

¹¹⁹⁹ civ. 1^{re}, 16 févr. 1953, S. 1953, p. 282.

¹²⁰⁰ Civ. 1^{re}, 31 oct. 2007, n° 05-14238, *Bull. civ.* I, n° 337 ; *D.* 2008, p. 963, note A.-L. THOMAT-RAYNAUD ; *RDC* 2008, p. 248, obs. Y.-M. LAITHIER ; *RTD civ.* 2008, p. 126, obs. T. REVET ; *JCP N* 2008, 1064, note R. MORTIER ; *BJS* 2008, p. 121, note A. COURET ; *LPA* 19 sept. 2008, p. 6, note C. KUHN ; *Deffrénois* 2008, p. 1485, obs. B. THUILLIER : « [...] dès lors qu'elle est limitée dans le temps et qu'elle est justifiée par un intérêt sérieux et légitime, une clause d'inaliénabilité peut être stipulée dans un acte à titre onéreux [...] »

¹²⁰¹ J.-L. BERGEL, S. CIMAMONTI, J.-M. ROUX, L. TRANCHANT, *Traité de droit civil – Les biens*, 3^e éd., LGDJ, 2019, p. 107, n° 91 ; comp. W. DROSS, *Droit civil – Les choses*, LGDJ, 2012, p. 67, n° 35-1, qui considère que l'article 900-1 constitue le « droit commun de l'inaliénabilité ».

¹²⁰² C. FERRY, « La caducité de la clause d'inaliénabilité », *D.* 2019, p. 270 s., spéc. n° 13 s.

¹²⁰³ C'est le cas de la clause d'inaliénabilité insérée dans les statuts d'une SAS (C. com., art. L. 227-13) ou d'une société européenne (C. com., art. L. 229-11). C'est également le cas, pour peu qu'on l'analyse en une clause d'inaliénabilité, de la clause insérée dans un contrat de fiducie par laquelle le constituant interdit au fiduciaire de disposer d'un ou plusieurs biens figurant dans le patrimoine fiduciaire (C. civ., art. 2018. Opérant ce rapprochement : F. DANOS, « La diversité des restrictions conventionnelles au droit de disposer », *RDC* 2016, p. 158). Citons enfin la SICAV, pour laquelle le législateur prohibe toute stipulation d'une clause d'inaliénabilité (CMF, art. L. 214-7-3).

¹²⁰⁴ Ph. CHAUVIRÉ, « Voyage sur les terres de l'inaliénabilité conventionnelle » in L. ANDREU (dir.), *Liberté contractuelle et droits réels*, coll. Colloques & Essais, Institut universitaire Varenne, 2015, p. 155 s., spéc. p. 172 ; C. FERRY, « L'insaisissabilité du bien stipulé inaliénable dans un acte à titre onéreux », *RTD civ.* 2019, p. 751, spéc. n° 24.

¹²⁰⁵ C'est la raison pour laquelle, à l'époque où la jurisprudence n'avait pas explicitement admis les clauses d'inaliénabilité insérées dans des contrats à titre onéreux, des auteurs refusaient cette admission : E. GLASSON, R. MOREL, A. TISSIER, *Traité théorique et pratique d'organisation judiciaire, de compétence et de procédure civile*, t. IV, 3^e éd., Sirey, 1932, p. 135, n° 1058 : « [...] en cas d'aliénation à titre onéreux, la situation est différente : les biens n'entrent dans le patrimoine du débiteur qu'en échange d'autres biens qui en sortent et, si les nouveaux biens peuvent être grevés d'insaisissabilité, alors que les anciens n'en étaient pas frappés, les créanciers seront en droit de dire que leur gage général a été diminué. »

trouverait un écho dans le régime prévu par le législateur à propos des clauses d'insaisissabilité¹²⁰⁶.

251. La déclaration notariée d'insaisissabilité. – Créée par la loi Dutreil du 1^{er} août 2003, la déclaration d'insaisissabilité est une mesure de faveur réservée aux entrepreneurs individuels désireux de mettre à l'abri des saisies leur patrimoine immobilier. Si l'orientation générale dans laquelle s'inscrit cette innovation et ce qu'elle révèle des évolutions du gage général nous intéressera plus tard, il convient à ce stade de nous intéresser à cette institution d'un point de vue technique. La déclaration, émanant du seul entrepreneur individuel¹²⁰⁷ et devant être reçue par notaire à titre de validité¹²⁰⁸, consiste en un « *acte unilatéral solennel* »¹²⁰⁹ soumis à une double publicité, foncière et professionnelle¹²¹⁰. Le dispositif de la déclaration notariée d'insaisissabilité était, à l'origine, destiné à la protection d'un seul immeuble : celui dans lequel est fixée la résidence principale de l'entrepreneur individuel. Il a, par la suite¹²¹¹, été étendu à tous les biens fonciers bâtis ou non bâtis que le déclarant n'a pas affecté à son usage professionnel¹²¹², pour enfin ne plus concerner la résidence principale, laquelle est, depuis la loi du 6 août 2015, insaisissable de plein droit¹²¹³. La déclaration d'insaisissabilité peut porter sur la propriété de l'immeuble, tout comme sur un droit réel si l'entrepreneur n'en a pas la pleine propriété¹²¹⁴. L'insaisissabilité qu'engendre la déclaration doit être relativisée à un double titre : elle n'affecte que les créanciers dont les droits sont nés à l'occasion de l'activité professionnelle de l'entrepreneur, après la publication de la déclaration¹²¹⁵. En d'autres termes, le bien objet de la déclaration reste saisissable par les créanciers personnels de l'entrepreneur – le dispositif étant seulement destiné à le protéger des risques économiques inhérents à son

¹²⁰⁶ Préconisant un rapprochement des deux solutions, Ph. DELEBECQUE, « Les nouvelles procédures civiles d'exécution », *RTD civ.* 1993, p. 15, spéc. n° 31 : « [...] on voit mal comment un créancier pourrait, par une simple convention justiciable de l'article 1165 du code civil et donc incapable de nuire aux tiers, interdire aux autres créanciers de son débiteur de saisir certains biens. Cette réserve devrait retentir, en amont, sur la validité des clauses d'inaliénabilité contenues également dans des actes à titre onéreux. »

¹²⁰⁷ Plus précisément une « *personne physique immatriculée à un registre de publicité légale à caractère professionnel ou exerçant une activité professionnelle agricole ou indépendante* » (C. com., art. L. 526-1).

¹²⁰⁸ C. com., art. L. 526-2, al. 1.

¹²⁰⁹ Ph. DELEBECQUE, « L'actualité en matière de sûretés réelles », *RLDC* mai 2004, suppl., p. 33.

¹²¹⁰ C. com., art. L. 526-2.

¹²¹¹ Loi n° 2008-776 du 4 août 2008 de modernisation de l'économie (*JORF* n° 181, 5 août 2008, p. 12471).

¹²¹² C. com., art. L. 526-1, al. 2.

¹²¹³ C. com., art. L. 526-1, al. 1.

¹²¹⁴ L'expression « *ses droits sur tout bien foncier, bâti ou non bâti* » étant assez large pour englober l'usufruit, la nue-propriété, voire même le bail emphytéotique (v. en ce sens M. DAGOT, *JCl. Com.*, fasc. 51 : *Déclaration d'insaisissabilité*, nov. 2011, n° 64). Une limite a toutefois été apportée par une réponse ministérielle, selon laquelle la déclaration ne peut porter sur des parts de SCI : Rép. min. n° 52819, *JOAN Q*, 5 avr. 2005, p. 3540.

¹²¹⁵ C. com., art. L. 526-1, al. 2.

activité professionnelle – et par les créanciers professionnels dont le droit est né avant la publication de la déclaration, ceux-ci ayant pu compter ce bien dans leur gage lorsque leur droit est né. Lorsque le débiteur est en procédure collective, le dispositif est efficace puisque l'immeuble déclaré insaisissable est exclu du gage commun, ce qui laisse toutefois ce bien en proie aux poursuites individuelles des créanciers pour qui la déclaration n'est pas opposable¹²¹⁶. L'insaisissabilité déclarée survit, tout d'abord, à l'aliénation du bien lorsqu'il s'agit de la résidence principale, puisqu'il est prévu un report d'insaisissabilité sur le prix de la vente du bien, à charge toutefois pour le déclarant de réemployer les fonds pour acquérir une nouvelle résidence principale, dans un délai d'un an¹²¹⁷. Elle persiste également après la dissolution du régime matrimonial du déclarant, dès lors qu'il est attributaire du bien, et même après le décès de celui-ci, jusqu'à la liquidation de sa succession¹²¹⁸.

252. Conclusion de la section 2. – L'assiette de garantie est bel et bien une spécificité du gage général. Si cette garantie n'affecte pas toujours le patrimoine personnel du débiteur et est susceptible de porter sur d'autres patrimoines, la nature de l'assiette reste la même : il s'agit d'un ensemble de biens, dont l'affectation au paiement des créanciers en fait une universalité du droit. Cette assiette est bien propre au gage général puisqu'en vertu du principe de spécialité, aucune sûreté réelle ne peut porter sur une universalité de droit. Il ne faut, pour autant, pas en déduire que la composition de cette assiette s'impose aux parties. Elle est modulable, tant par le créancier qui peut consentir à sa limitation, que par le débiteur ou un tiers qui peuvent, dans plusieurs hypothèses, affecter la saisissabilité de certains biens.

253. Conclusion du chapitre 2. – L'identification de ce second critère finit de caractériser la notion de gage général : cette garantie affecte un ensemble de biens. Un tel critère permet de mieux situer le gage général au sein des garanties d'exécution conférées au créancier : les garanties n'affectant pas le patrimoine du débiteur en sont distinguées, tandis que les mécanismes constituant une manifestation du gage général sont, pour certains, confirmés, et pour d'autres, « révélés ». Un tel critère permet, en outre, de relever la diversité des masses de biens que le gage général est susceptible d'affecter, et la spécificité de cette assiette par rapport

¹²¹⁶ V. *infra*, n° 251.

¹²¹⁷ C. com., art. L. 526-3, al. 1. Cette disposition ne vise en effet que la résidence principale de l'entrepreneur. Si une approximation du législateur n'est pas à exclure, il nous semble toutefois que cette restriction du domaine d'application du report de prix est volontaire. Rapp. F. PÉROCHON, « L'insaisissabilité après la loi Macron », *Deffrénois* 2016, p. 532, n° 22 : l'auteur, étudiant l'hypothèse dans laquelle l'immeuble objet de la déclaration n'étant pas la résidence principale est vendu par le déclarant, affirme que « l'insaisissabilité doit prendre fin lors de la cession (sans rétroactivité peut-on penser) ».

¹²¹⁸ C. com., art. L. 526-3, al. 3.

aux sûretés réelles. Universelle, cette assiette n'en est pas moins modulable par la volonté du créancier, du débiteur ou encore d'un tiers.

CONCLUSION DU TITRE II

254. Resserrer l'analyse du gage général sur son caractère commun ainsi que son assiette nous a permis d'identifier précisément la notion. L'évocation de la dimension commune du gage général a montré que ce mécanisme était une pièce essentielle de la notion d'obligation. Non seulement il symbolise l'engagement de la personne du débiteur, mais il génère en outre le crédit public et fait ainsi de l'obligation l'instrument juridique des échanges économiques. Le gage général constitue, en somme, une caractéristique du droit personnel et, par là même, un critère de distinction de ce dernier par rapport au droit réel. L'intérêt porté, ensuite, à l'assiette du gage général nous a permis d'isoler précisément la notion. Garantie portant sur un ensemble de biens du débiteur, le gage général doit être, en cette qualité, distingué d'autres garanties dont bénéficie le créancier, et se voir attribuer différentes manifestations existant en droit positif, qui ont été exposées. Cette assiette du gage général, si elle n'est pas en toute hypothèse le patrimoine personnel du débiteur, est toujours une masse de biens appartenant au débiteur, ce qui la rend spécifique et constitue une cause supplémentaire de distinction du gage général et des sûretés réelles. En somme, ces deux critères sont la raison pour laquelle ce gage légal est dit « général »¹²¹⁹.

¹²¹⁹ V. en ce sens L. ANDREU, N. THOMASSIN, *Cours de droit des obligations*, 3^e éd., coll. Amphi LMD, Gualino, 2018, p. 633, n° 1880.

CONCLUSION DE LA PARTIE I

255. Au terme de cette première partie, il nous semble être parvenu à identifier, de manière précise, la notion de gage général. Comme il l'a été montré, les explications apportées en doctrine à cette notion ne manquent pas, mais, aussi riches et originales soient-elles, elles se trouvent confrontées à des difficultés de différents ordres. Des difficultés quant à la détermination des contours de la notion d'abord. L'originalité de la notion de gage général se dilue et se confond avec d'autres lorsqu'elle est conçue comme un élément de la dimension de contrainte de l'obligation, ou comme un droit à l'intervention de l'État qui n'a rien de propre au gage général. D'autres difficultés d'analyse du gage général tiennent au statut du créancier chirographaire : le qualifier d'ayant cause universel ou de représentant de son débiteur revient à nier que le créancier tient son gage sur le patrimoine du débiteur de la loi, laquelle a fait de l'engagement des biens par l'obligation une contrepartie de la propriété. Enfin, une dernière difficulté réside dans la tentation de résumer le gage général tantôt à un droit sur la personne, tantôt à un droit sur des biens. Analysé comme un droit sur la personne, le gage général confère au créancier plus de pouvoir qu'il n'en a, en droit positif, sur le patrimoine du débiteur. Analysé comme un droit sur les biens, le gage général est réduit à une sorte de sûreté réelle, ce qui ravale injustement le patrimoine au rang de bien et occulte l'importance du gage général dans la notion d'obligation.

256. Les difficultés d'analyse de la notion ayant été situées, il restait à proposer une identification du gage général apte à surmonter ces obstacles théoriques. Il a été fait le choix d'articuler l'identification du gage général autour de deux critères, qui nous semblent renfermer tout le contenu de cette notion : le gage général est *commun* quant à son attribution, et *universel* quant à son assiette. Mécanisme de garantie octroyé par la loi à tout créancier, le gage général est, en cette qualité, une pièce indispensable à la notion moderne d'obligation, qui symbolise l'engagement de la personne du débiteur à travers ses biens, et suscite l'indispensable confiance de la société en le système juridique, générant ainsi le crédit. Le rôle du gage général dans l'obligation en fait donc, sans surprise, une garantie impérative, à laquelle le créancier ne peut renoncer. L'attention portée au caractère commun du gage général a été l'occasion de le distinguer du principe d'égalité entre les créanciers, lequel est une règle de répartition de la distribution du prix entre créanciers en concours qui ne s'infère pas de la règle du gage général bien qu'elle lui soit souvent associée pour présenter la condition juridique du créancier

chirographaire. Seconde caractéristique de la notion, l'assiette du gage général est le patrimoine du débiteur, ou plus exactement *un* patrimoine du débiteur, une masse de biens lui appartenant. Il s'agit, d'abord, d'une technique de garantie spécifique au gage général, qui le distingue d'autres prérogatives du créancier, et qui permet d'identifier les différents attributs dont est paré le gage général en droit positif. Il s'agit, ensuite, d'une assiette de garantie tout à fait propre au gage général, puisqu'aucune sûreté réelle ne peut, aujourd'hui, grever une universalité de droit.

257. L'identification de la notion de gage général étant ainsi achevée, il convient désormais de dépasser l'approche dogmatique afin d'évaluer l'impact des évolutions du droit contemporain sur la notion. L'approche dogmatique a, en effet, les défauts de ses qualités : elle aiguise autant qu'elle limite la vision du juriste sur une notion, un principe juridique. Il s'agit donc, à présent, d'adopter un point de vue plus externe au droit, afin de déterminer si le contexte socio-économique et les tendances du droit contemporain qui en résultent ont modifié la compréhension de la notion de gage général.

PARTIE II

LES MUTATIONS DE LA NOTION

« La tâche la plus urgente de l'observateur juriste consiste à mesurer les enjeux par-delà les concepts qui les occultent. »¹²²⁰

258. Identifier la notion de gage général était un préalable indispensable pour être apte à déterminer l'impact des évolutions juridiques contemporaines sur celle-ci. La notion de gage général, comme il l'a été constaté, est une construction qui procure à l'obligation, d'une part une dimension symbolique – en engageant ses biens, le débiteur oblige sa propre personne et, par là même, répond de ses actes – et, d'autre part, une dimension instrumentale – le gage général sécurise les échanges et fonde ainsi le crédit. Que reste-t-il de cette place majeure occupée par le gage général dans le droit français ? Dans le droit privé, son domaine d'élection, les mutations sont profondes. Qu'il s'agisse de l'application du gage général relative à l'entreprise, au consommateur, ou à la famille, l'on assiste à une atténuation de la force symbolique que le gage général insuffle à l'obligation. Le débiteur est toujours tenu sur ses biens, mais tantôt l'assiette de garantie du créancier est cantonnée, morcelée, tantôt la mise en œuvre du gage général est enrayée. Cette évolution est à intégrer dans un contexte plus large de déclin de la responsabilité individuelle (Titre I). La tendance est tout autre en droit public, une matière traditionnellement étrangère à l'application du gage général en raison de l'immunité d'exécution dont bénéficie la personne publique débitrice, française ou étrangère. Les biens de cette dernière ne sont, en vérité, plus à l'abri de ses créanciers, l'immunité d'exécution étant progressivement levée pour laisser place à un système d'insaisissabilité fonctionnelle, qui fait émerger un véritable gage général grevant une masse de biens appartenant au débiteur souverain. Ici encore, l'évolution doit être reliée à un mouvement profond dépassant le droit : le déclin de la souveraineté des États qui aboutit à traiter de plus en plus ces derniers comme des personnes privées (Partie II).

¹²²⁰ Ph. JESTAZ, *Le droit*, 10^e éd., coll. Connaissance du droit, Dalloz, 2018, p. 140.

TITRE I

LA MISE A L'ÉPREUVE DE LA NOTION EN DROIT PRIVÉ

« En tous cas, que l'on considère les obstacles à l'exécution tirés du statut des biens ou ceux que l'on a tendance à rattacher à la considération des personnes, le constat est toujours le même : une césure plus ou moins profonde est établie entre le lien personnel d'obligation et l'engagement patrimonial qui est censé le doubler. »¹²²¹

259. L'ère d'un nouvel individualisme. – Analysant à la fin du XX^e siècle la « psychologie contemporaine », le philosophe Marcel GAUCHET a développé la figure et les caractéristiques de l'individu contemporain. Il serait, selon l'auteur, en rupture radicale avec la figure moderne de l'individu, car dépourvu du sentiment de précédence de la société, le lien social n'étant pour lui plus construit mais *donné*¹²²². L'individu moderne, rappelle Monsieur GAUCHET, s'est approprié consciemment la norme collective, ce dont il a résulté un « monde de la responsabilité »¹²²³ qui a exigé de l'individu qu'il se place en conscience du point de vue de l'ensemble, faisant de lui un *citoyen* au sens premier du terme¹²²⁴. Au contraire, l'individu contemporain n'est plus organisé par la précédence du social ; adopter le point de vue de l'ensemble n'a plus de sens pour lui, ce qui affecte nécessairement son rapport à la responsabilité¹²²⁵. Être soi-même, pour ce nouvel individu, ce n'est plus acquiescer un libre-arbitre, « *c'est ne pas être entravé, consciemment ou inconsciemment, dans la saisie des opportunités qui se présentent au-dehors* »¹²²⁶ ; le temps de l'individu contemporain est un

¹²²¹ C. BRENNER, « L'ineffectivité de l'exécution forcée » in C. BRENNER (dir.), *Le droit de l'exécution forcée : entre mythe et réalité*, coll. Droit et procédures, EJT, 2007, p. 43 s., spéc. p. 51-52, n° 77.

¹²²² M. GAUCHET, « Essai de psychologie contemporaine – I. Un nouvel âge de la personnalité », *Le Débat* 1998/2, p. 164 s., spéc. p. 170.

¹²²³ M. GAUCHET, art. préc., p. 176.

¹²²⁴ « *Le sommet de cette appropriation réfléchie du collectif, ce sera, naturellement, l'exercice de la citoyenneté.* » (*Ibid.*)

¹²²⁵ « [L'individu contemporain] *n'est pas organisé au plus profond de son être par la précédence du social et par l'englobement au sein d'une collectivité, avec ce que cela a voulu dire, millénairement durant, de sentiment de l'obligation et de sens de la dette. L'individu contemporain, ce serait l'individu déconnecté symboliquement et cognitivement du point de vue du tout [...].* » (M. GAUCHET, art. préc., p. 177)

¹²²⁶ *Ibid.*

temps du changement¹²²⁷. Reprendre à notre compte ces analyses ne revient en aucun cas à émettre un jugement de valeur à l'égard de cet individualisme contemporain. Il s'agit seulement de livrer quelques éléments permettant de mieux comprendre les évolutions juridiques qui vont être évoquées dans le présent titre.

260. L'adaptation du gage général. – Rédigés en 1804, les anciens articles 2092 et 2093 du Code civil s'adressent à l'individu tel qu'il est conçu à une époque encore largement empreinte de la philosophie des Lumières : un citoyen conscient de sa responsabilité dans la construction du lien social. Engager *tous* ses biens au paiement de sa dette, c'est faire peser sur sa personne la responsabilité entière de ce à quoi il est obligé¹²²⁸. La permanence de ce principe et de son contenu – inchangé dans la forme – dans le Code civil ne doit pas tromper. De part et d'autre du droit privé, le principe d'une responsabilité patrimoniale illimitée perd de sa vigueur. Les motivations profondes de ce mouvement résident sans doute notamment dans l'adaptation du droit à ce modèle contemporain de l'individu, moins conscient de son appartenance à la collectivité et, par conséquent, moins responsable. En atténuant la contrainte sur le débiteur récalcitrant, la force symbolique que procure le gage général à l'obligation¹²²⁹ s'atténue. L'on perçoit, en effet, moins la personne du débiteur derrière l'engagement de ses biens, ce qui constitue une véritable mise à l'épreuve de la notion, adaptée à un contexte bien différent de celui de 1804. Ce mouvement se traduit de deux manières : d'une part, l'assiette du gage se morcelle, et, par là même, accentue l'asymétrie entre la personne et son patrimoine (Chapitre 1) ; d'autre part, la mise en œuvre par le créancier de son gage général est ponctuellement enrayée pour faire prévaloir un autre intérêt que celui du créancier (Chapitre 2).

¹²²⁷ « À force de vouloir qu'il n'y ait pas de rapport entre ce que j'étais hier et ce que je pourrai être demain, il finit pas naître une incertitude radicale sur la continuité et la consistance de soi. Car c'est dans ce temps du changement, avec le pouvoir qu'il procure vis-à-vis de soi, que j'atteste par excellence la personnalité ultra-contemporaine. » (M. GAUCHET, art. préc., p. 178)

¹²²⁸ Rapp. B. FROMION-HÉBRARD, *Essai sur le patrimoine en droit privé*, th. Paris II, dactyl., 1998, p. 396, n° 445 : « L'article 2092 du Code civil traduit donc le principe fondamental de responsabilité individuelle qui anime le droit. »

¹²²⁹ Sur laquelle, v. *supra*, n° 121.

CHAPITRE 1 – L'ASSIETTE DIVISÉE

261. L'un des apports de la théorie du patrimoine d'AUBRY et RAU est, comme nous l'avons développé, d'avoir mis en exergue la force symbolique du gage général et, partant, de l'obligation. Puisque le patrimoine est une émanation de la personnalité, engager son patrimoine en garantie de l'obligation à laquelle on est tenu, c'est engager sa propre personne. Encore faut-il, pour que la symbolique du gage général ait une véritable force, que la personne, par son obligation, engage *effectivement* tous ses biens ou presque. Or l'assiette de garantie du créancier a connu, ces dernières décennies, de nombreuses limitations, altérant par là même la symbolique de l'engagement du débiteur¹²³⁰. En considérant son patrimoine comme un instrument d'organisation, l'entreprise l'a compartimenté par la création de plusieurs personnes morales et, par conséquent, a divisé le gage de ses créanciers, pratique que le législateur a facilitée par l'admission de la figure du patrimoine affecté (Section 1). Le même mouvement d'éclatement s'observe doublement dans le patrimoine familial, à travers le déclin du modèle de succession à la personne au profit du modèle de succession aux biens, et le déclin des régimes matrimoniaux communautaires, délaissés au profit de régimes séparatistes (Section 2). Enfin, s'il a été reconnu, tout au long de l'histoire, un noyau de biens insaisissables car indispensables à la vie du débiteur, le droit contemporain a considérablement augmenté le nombre de ces biens à un point tel qu'il semble émerger une sorte d'enclave au sein du patrimoine de tout individu hors de portée des créanciers, destinée à préserver sa dignité (Section 3).

¹²³⁰ J. ROCHFELD, *Les grandes notions du droit privé*, 2^e éd., coll. Thémis, PUF, 2013, p. 374, n° 6.25 : « [...] l'impératif de cantonnement de la garantie irrigue aujourd'hui la conception du patrimoine et ses évolutions. »

SECTION 1 : L'ECLATEMENT DU PATRIMOINE DE L'ENTREPRISE

262. Comme chacun le sait, exploiter son activité commerciale sans avoir recours à la création d'une société est un choix risqué : en l'absence de patrimoine propre à son activité, l'entrepreneur affecte son patrimoine personnel en garantie de ses dettes professionnelles, et court le risque de « tout perdre » en cas d'échec¹²³¹. Or les commerçants ont, depuis longtemps, su user du droit comme une technique de répartition de leurs actifs et de leur passif. La tendance n'est pas nouvelle mais ne cesse de gagner en influence, y compris chez le législateur (I). La répartition des assiettes de garantie est classiquement mise en œuvre par le recours à l'écran de la personnalité morale, qui procure à l'entrepreneur un patrimoine constituant l'assiette de garantie exclusive de ses créanciers professionnels. Mais cette répartition a été, depuis, facilitée par la loi, avec la reconnaissance des patrimoines affectés que sont la fiducie et l'EIRL (II). Un tel usage du droit affecte nécessairement la force symbolique qu'apporte le gage général à l'obligation, puisque l'assiette des créanciers s'en trouve divisée.

I. LES RAISONS DE L'ECLATEMENT : LE DROIT CONÇU COMME UN INSTRUMENT AU SERVICE DE L'EFFICACITE ECONOMIQUE

263. Avant de s'intéresser à la manière dont a été réalisée la compartimentation du patrimoine de l'entreprise, il est nécessaire d'aborder la conception du droit qui a présidé à l'évolution contemporaine du droit des affaires. Le droit a été, dans cette matière, saisi par ses acteurs, qui l'ont conçu comme un outil pouvant être utilisé dans leur recherche de profit (A). Cette approche utilitariste, malgré sa difficile compatibilité avec la philosophie du droit civil, s'est institutionnalisée (B).

¹²³¹ C. HOUIN-BRESSAND, « La protection du patrimoine de l'entrepreneur : solutions non sociétaires », *RLDA* févr. 2011, p. 79 s., spéc. p. 79 : « *Le constat est connu de tous : l'entrepreneur qui choisit d'exploiter son activité sans avoir recours à une société, subit de plein fouet les effets du droit de gage général de ses créanciers.* »

A.- UNE APPROCHE STRATEGIQUE DU DROIT ADOPTEE PAR L'ENTREPRISE

264. Le droit conçu comme un instrument au service de l'entreprise. – Le droit commercial – ou droit des affaires – est structurellement un droit instrumental. Puisqu'il a, à l'origine, été bâti par les marchands, ses solutions ont été modelées sur les besoins du commerce. Il s'agit donc d'un « *droit concret* »¹²³² qui, s'il reste fondé sur le droit civil, a déformé bon nombre d'institutions de droit commun pour les adapter aux impératifs liés au commerce. Dans le prolongement de cette proximité structurelle du droit des affaires et de ses acteurs, un courant de pensée juridique a émergé durant la seconde moitié du XX^e siècle soutenant que le droit devait constituer un élément incontournable dans l'organisation de l'entreprise et dans sa stratégie de développement. C'est, dans la doctrine française, l'École de Rennes qui a représenté ce courant en analysant le droit des affaires comme une « *science d'organisation* » et comme un élément de la stratégie des entreprises dans l'optimisation de leurs profits¹²³³, analyse prolongée par la doctrine contemporaine¹²³⁴. Alliance du droit et des sciences de gestion, cette démarche interdisciplinaire – nommée *Law & Management* outre-Atlantique – consiste à adopter le point de vue des acteurs¹²³⁵ afin de « *comprendre comment le droit peut être utilisé par les entreprises et dans les entreprises pour atteindre des objectifs de nature essentiellement économique, qui sont assignés aux acteurs*

¹²³² Y. GUYON, *Droit des affaires*, t. 1, *Droit commercial général et sociétés*, 12^e éd., Economica, 2003, p. 2, n^o 2.

¹²³³ V. les travaux de Jean PAILLUSSEAU (*La société anonyme, technique d'organisation de l'entreprise*, Bibliothèque de droit commercial, Sirey, 1967 ; « Les fondements modernes du droit des sociétés », *JCP E* 1984, 14193 ; « Le droit est aussi une science d'organisation (et les juristes sont parfois des organisateurs juridiques) », *RTD com.* 1989, p. 1 ; « La logique organisationnelle dans le droit. L'exemple du droit des sociétés » in *Etudes offertes à Jacques Béguin – Droit et actualité*, Litec, 2005, p. 567 ; « Comment les activités économiques révolutionnent le droit et les théories juridiques », *D.* 2017, p. 1004) et les travaux de Claude CHAMPAUD (*Le pouvoir de concentration de la société par actions*, Bibliothèque de droit des affaires, Sirey, 1962 ; *Le droit des affaires*, coll. Que sais-je ?, PUF, 1981 ; « Rapport sur l'entreprise personnelle à responsabilité limitée », *RTD com.* 1979, p. 579 ; C. CHAMPAUD, D. DANET, *Stratégies judiciaires des entreprises*, coll. États de droit, Dalloz, 2006 ; C. CHAMPAUD et alii, *Manifeste pour la doctrine de l'entreprise*, Larcier, 2011).

¹²³⁴ C. COLLARD, C. ROQUILLY, *La performance juridique : pour une vision stratégique du droit dans l'entreprise*, LGDJ, 2010 ; C. ROQUILLY (dir.), *La contribution des juristes et du droit à la performance de l'entreprise – Management juridique et culture juridique*, coll. Pratique des affaires, Joly éd., 2011 ; H. BOUTHINON-DUMAS, A. MASSON (dir.), *Stratégies juridiques des acteurs économiques*, coll. Droit, Management et Stratégies, Larcier, 2012.

¹²³⁵ Ce qui distingue ce courant de l'analyse économique du droit : A. MASSON, H. BOUTHINON-DUMAS, « L'approche « Law & Management » », *RTD com.* 2011, p. 233 s., spéc. p. 234-235 : « [...] l'objectif n'est pas d'évaluer une règle ou un système juridique en postulant la diversité des solutions juridiques ou leur contingence, mais de comprendre comment le droit disponible à un moment donné dans un lieu donné est utilisé concrètement par les acteurs économiques. »

économiques »¹²³⁶. Si ce courant de pensée se distingue de l'analyse économique du droit – bien plus mise en avant en France – notamment par sa méthode¹²³⁷, la finalité qu'elles assignent au droit se rejoint : l'efficacité économique.

B.- UNE CONCEPTION INFLUENTE

265. L'influence de la rationalité économique sur le législateur. – Loin de se réduire au champ des acteurs économiques, la vision du droit comme un instrument au service de l'efficacité économique s'est généralisée dès lors que l'économie, en gagnant la sphère politique, est devenu le discours dominant. Son influence est telle que c'est désormais, sous l'effet de la globalisation, « *le droit lui-même [qui] est perçu comme un bien marchand* »¹²³⁸. Les États font en effet valoir l'attractivité économique de leur droit pour inciter les entreprises à se domicilier sur leur territoire et à choisir leur droit pour régler des litiges. Ces dernières sont bien aidées dans leur « *shopping au supermarché des droits nationaux* »¹²³⁹ par la Banque mondiale qui, depuis 2003, publie un classement annuel des droits les plus attractifs dans le monde : le rapport *Doing Business*. Dans ce contexte, il est devenu commun de trouver en bonne place, dans l'exposé d'un projet de loi ou des motifs d'une loi adoptée, l'argument de la compétitivité du droit français comme justification de la réforme, ce qui confirme le « *développement d'un esprit marchand* »¹²⁴⁰ qu'ont dénoncé, à la suite de la publication des premiers rapports *Doing Business*, un collectif de membres de l'Association Henri Capitant. L'idée est de modeler un droit favorable à l'entrepreneur, de la création de son entreprise jusqu'à son échec¹²⁴¹.

¹²³⁶ A. MASSON, H. BOUTHINON-DUMAS, art. préc., p. 235. Adde C. ROQUILLY, Avant-propos in C. ROQUILLY (dir.), *La contribution des juristes et du droit à la performance de l'entreprise – Management juridique et culture juridique*, op. cit., p. IX s., spéc. p. XI : « Pour l'entreprise, le droit peut constituer un levier ou, pour le formuler différemment, un instrument. De l'instrument à l'instrumentalisation, il n'y a qu'un pas. Ici l'entreprise se sert non seulement du droit pour atteindre des objectifs de création de valeur, mais également pour détruire de la valeur chez ses concurrents ou ses adversaires. »

¹²³⁷ Alors que le courant *Law & management* analyse le droit du point de vue des acteurs économiques et de leurs comportements, *Law & economics* postule le comportement de l'acteur économique, censé opérer des choix rationnels.

¹²³⁸ F. BRUNET, *La normativité en droit*, préf. E. Picard, coll. Droit public, Mare & Martin, 2012, p. 545.

¹²³⁹ B. FRYDMAN, *Petit manuel pratique de droit global*, coll. L'Académie en poche, Académie royale de Belgique, 2014, p. 23.

¹²⁴⁰ Association Henri Capitant, *Les droits de tradition civiliste en question – À propos des Rapports Doing Business de la Banque mondiale*, Société de législation comparée, 2006, p. 118, n° 107.

¹²⁴¹ Sur l'impact de cette conception du droit sur le droit des entreprises en difficulté, v. *infra*, n° 331.

266. Un effet déformant sur le droit privé et ses notions fondamentales. – Cette conception du droit est très éloignée de la mission dévolue au droit civil depuis Rome : attribuer à chacun le sien, organiser le juste partage des choses extérieures. Si les solutions du droit civil peuvent s'avérer utiles d'un point de vue économique, ce n'est pas leur mission première¹²⁴². Des notions aussi fondamentales que la propriété, le contrat, la personne, ont été construites sur plusieurs siècles et sont inévitablement déformées au contact de cette conception purement instrumentale du droit¹²⁴³, qui réduit ce dernier à « *un simple moyen, une simple technique, une espèce de "mécano" qu'il convient de savoir utiliser au mieux de ses intérêts personnels* »¹²⁴⁴. C'est précisément sous cet angle que la personnalité juridique et le patrimoine semblent aujourd'hui être appréhendés en droit de l'entreprise.

II. LES MOYENS TECHNIQUES DE L'ECLATEMENT

267. Répartir ses actifs entre différents patrimoines pour limiter l'assiette du gage de ses créanciers, donc limiter sa responsabilité patrimoniale, implique pour l'entreprise de recourir à la personnalité morale (A). La pratique est constante, à tel point qu'elle a conduit le législateur à entériner cette évolution de la conception du patrimoine en consacrant la figure du patrimoine affecté, permettant à la personne de diviser son patrimoine sans même passer par l'écran de la personnalité morale (B).

¹²⁴² « *L'ordre civil ne peut se réduire à un ordre marchand. Le profit a son importance assurément mais la sécurité, la responsabilité, la liberté, le respect de la parole donnée, la loyauté, la dignité, la mise hors commerce du corps humain, ont la leur. L'ordre juridique est celui de l'être autant que de l'avoir.* » (Association Henri Capitant, *op. cit.*, p. 119)

¹²⁴³ V. en ce sens B. OPPETIT, *Philosophie du droit*, coll. Précis, Dalloz, 1999, p. 104, n° 85 : « [...] le législateur a délibérément choisi d'estomper les concepts juridiques derrière des standards purement économiques et de privilégier des objectifs exclusivement économiques : le discours juridique traditionnel, reposant sur une logique conceptuelle, s'est totalement effacé derrière un raisonnement factueliste et une appréciation de pure opportunité. » ; Adde C. ATIAS, « La distinction du patrimonial et de l'extra-patrimonial et l'analyse économique du droit : un utile face à face », *RRJ* 1987-2, p. 477 s., spéc. p. 482 : « *La culture juridique n'est pas le résultat délibéré d'un projet organisé ; elle est un ordre savant traditionnel particulièrement complexe qui évolue de manière spontanée. [...] Nul ne peut, par conséquent, ordonner le remplacement des raisonnements juridiques traditionnels par l'analyse économique du droit [...].* » Cette remarque est relative à l'analyse économique du droit mais peut s'appliquer à toute conception utilitariste du droit.

¹²⁴⁴ D. COHEN, « La légitimité des montages en droit des sociétés » in *L'avenir du droit – Mélanges en hommage à François Terré*, Dalloz – PUF – éd. du Jurisclasseur, 1999, p. 261 s., spéc. p. 272.

A.- L'ECLATEMENT REALISE PAR LE RECOURS A LA PERSONNE MORALE

268. La personnalité morale est utilisée par les entreprises comme un moyen d'affecter une masse de biens particulière en garantie des dettes nées d'une activité. Elle permet ainsi à l'entreprise de compartimenter ses actifs pour contenir le risque financier (A). Cette pratique a fait émerger une catégorie d'entreprises, les groupes de sociétés, qui empêche en principe le créancier d'une des sociétés du groupe devenue insolvable de poursuivre son paiement sur le patrimoine d'une autre, particulièrement celui de la société mère (B).

1. UN INSTRUMENT D'ORGANISATION PATRIMONIALE DE L'ENTREPRISE

269. La personne morale, un moyen de créer un patrimoine. – L'illustration la plus évidente de l'approche stratégique du droit adoptée par les entreprises concerne la personnalité morale, qui est, avant tout, perçue par l'entreprise comme un moyen d'organiser l'affectation de ses biens, donc la répartition de ses dettes¹²⁴⁵. Elle « *apparaît alors nécessairement comme un simple moyen et non comme une réalité de laquelle l'existence d'un patrimoine distinct aurait été déduit* »¹²⁴⁶, à tel point que l'on est « *conduit à voir dans le patrimoine propre de l'être moral l'attribut principal de la personnalité juridique* »¹²⁴⁷. En l'absence de reconnaissance du patrimoine d'affectation en droit français, l'entreprise désireuse de compartimenter ses actifs entre plusieurs patrimoines¹²⁴⁸ a systématiquement recours à l'écran de la personnalité morale pour parvenir à ses fins. Un exemple bien connu est le recours à la société civile immobilière (SCI), forme sociale utilisée tant par les personnes morales que par les personnes physiques pour isoler de leur patrimoine un ou plusieurs immeubles et ainsi « *casser le principe de l'unité du patrimoine* »¹²⁴⁹, dont la popularité n'est plus à prouver¹²⁵⁰.

¹²⁴⁵ L'importance de cet élément dans la stratégie juridique des entreprises a été mise en avant par des auteurs américains, sous l'expression « *asset partitioning* » : H. HANSMANN, R. KRAAKMAN, « The essential role of organizational law », *The Yale Law Journal*, vol. 110, 2000, p. 387.

¹²⁴⁶ M.-A. FRISON-ROCHE (dir.), *Sociologie juridique du patrimoine, Rapport général*, Mission de recherche Droit et justice, Laboratoire de sociologie juridique, Université Panthéon Assas (Paris II), 1995, p. 31, n° 29.

¹²⁴⁷ G. GOUBEAUX, « Personnalité morale, droit des personnes et droit des biens » in *Aspects actuels du droit commercial français – Études dédiées à René Roblot*, LGDJ, 1984, p. 199 s., spéc. p. 213, n° 16.

¹²⁴⁸ Pratique qui n'est pas moderne, comme en témoigne l'étude historique menée par des auteurs américains sur l'*asset partitioning* : H. HANSMANN, R. KRAAKMAN, R. SQUIRE, « Law and the rise of the firm », *Harvard Law Review*, vol. 119, 2006, p. 1335 s., spéc. p. 1354 s.

¹²⁴⁹ M. COZIAN, « Du bon usage des sociétés civiles immobilières », *D.* 1994, p. 199 s., spéc. n° 9.

¹²⁵⁰ 94 000 SCI ont été créées en 2018, représentant environ 14% de la création totale d'entreprises.

Un autre exemple, tiré du droit maritime, est également éloquent : il est courant, pour les armateurs, de créer une société *par navire* qu'elle exploite, dont le patrimoine est donc composé – outre les revenus de l'activité – d'un seul bien, le navire. L'avantage de ces sociétés, nommées *single ship companies*, est donc de tirer profit de l'écran sociétaire, « *le créancier d'une opération liée à l'exploitation d'un navire ne [pouvant], en principe, agir contre la société propriétaire du navire* »¹²⁵¹. Ces différents exemples ne constituent qu'un aperçu de la « *vaste entreprise de camouflage de la réalité* »¹²⁵² qu'organise, dans une certaine mesure, le droit des sociétés. La multiplication des patrimoines au sein de l'entreprise a donné naissance au groupe de sociétés, une entité omniprésente à l'époque contemporaine, que le droit a bien du mal à appréhender.

2. UNE ILLUSTRATION EMBLEMATIQUE : LE GROUPE DE SOCIÉTÉS

270. Le groupe de sociétés, une situation de fait. – L'entreprise ayant une activité économique dans différentes branches commerciales cherche, la plupart du temps, à isoler ses différentes activités afin, notamment, que l'échec économique de l'une ne contamine pas la bonne santé de l'autre. Il en résulte un réseau de sociétés qui ont, chacune, la personnalité morale et un patrimoine afférent, sans que le groupe – l'entreprise – n'ait une existence juridique en tant que tel¹²⁵³ malgré une réalité économique évidente. Constitutive d'une « *technique de responsabilité limitée organisée autour du principe d'indépendance des sociétés* »¹²⁵⁴, le groupe de sociétés est donc une manifestation éloquente de l'approche stratégique du droit adoptée par les entreprises.

¹²⁵¹ Ph. DELEBECQUE, « Les « *single ship companies* » » in *Le droit des affaires à la confluence de la théorie et de la pratique – Mélanges en l'honneur du Professeur Paul Le Cannu*, Dalloz – LGDJ, 2014, p. 119 s., spéc. p. 119.

¹²⁵² M. GERMAIN, « La protection du patrimoine de l'entrepreneur : solutions sociétaires », *RLDA* févr. 2011, p. 82 s., spéc. p. 82.

¹²⁵³ « [L'entreprise] *n'est pas identifiée juridiquement dans le temps et dans l'espace ; elle n'a ni siège, ni nationalité, ni patrimoine au sens juridique du terme, ni droit subjectif, etc.* » (J. PAILLUSSEAU, « La notion de groupe de sociétés et d'entreprises en droit des activités économiques », *D.* 2003, p. 2346) Cette absence de personnalité du groupe a été affirmée par la Cour de cassation : com., 2 avr. 1996, n° 94-16380, *Bull. civ.* IV, n° 113 : « [...] *un groupe de sociétés étant dépourvu de la personnalité morale et de la capacité de contracter, l'une des conditions essentielles pour la validité de la convention d'ouverture de compte faisait défaut [...].* »

¹²⁵⁴ C. HANNOUN, *Le droit et les groupes de sociétés*, préf. A. Lyon-Caen, Bibliothèque de droit privé, t. 216, LGDJ, 1991, p. 159, n° 193.

271. Une extension illusoire de l'assiette au patrimoine de la société mère. – A la différence du droit allemand – qui s'est doté d'un véritable droit des groupes de sociétés¹²⁵⁵ –, le droit français n'envisage le groupe que de manière sporadique, principalement en droit du travail¹²⁵⁶. Sur un plan purement technique, la figure de réseau qu'adopte le groupe est difficile à appréhender pour le droit privé, lequel est construit sur un modèle relationnel¹²⁵⁷. L'indépendance de la personnalité morale des sociétés composant le groupe est, en effet, considérée comme intangible ; dès lors, les créanciers d'une filiale insolvable se trouvent la plupart du temps dans l'impossibilité d'exercer leur gage sur le patrimoine de la société mère, malgré des relations économiques très étroites. Les deux seuls recours qui se présentent à eux sont des mécanismes d'extension de la procédure collective ouverte contre la filiale en difficulté¹²⁵⁸. Tout d'abord, la confusion des patrimoines, création jurisprudentielle consacrée par le législateur en 2005¹²⁵⁹, consistant à soumettre à une même procédure plusieurs personnes – physiques ou morales – dont les intérêts patrimoniaux sont confondus¹²⁶⁰. Et ensuite, de manière plus marginale, la fictivité de la société, qui vise l'hypothèse de la société façade, créée uniquement dans le but de soustraire des biens du gage général, sans que les associés ne soient

¹²⁵⁵ Sur lequel v. I. URBAIN-PARLÉANI, « Regards croisés français et allemands sur le droit applicable aux groupes de sociétés » in M. MENJUCQ, B. FAGES (dir.), *Actualité et évolutions comparées du droit allemand et français des sociétés*, coll. Thèmes & commentaires, Dalloz, 2010, p. 91.

¹²⁵⁶ Les ordonnances Macron du 22 septembre 2017 ont récemment participé à l'intégration de la notion de groupe en droit du travail, notamment pour déterminer le périmètre d'appréciation du motif économique du licenciement. V. la définition du groupe retenue à l'article L. 1233-4, al. 2 du Code du travail.

¹²⁵⁷ V. en ce sens H. MUIR WATT, « L'émergence du réseau et le droit international privé » in *Mélanges en l'honneur du Professeur Bernard Audit – Les relations privées internationales*, LGDJ, 2014, p. 533 s., spéc. p. 536, n° 4 : « La distance de ce modèle [le réseau] par rapport aux concepts fondateurs du droit privé du marché est de taille. Au sein du droit des obligations, la reconnaissance juridique du réseau impliquerait le passage d'un schéma relationnel à un modèle organisationnel [...] ».

¹²⁵⁸ Il est également possible d'engager la responsabilité de la société mère pour faute dans le contrôle de sa filiale, en établissant l'immixtion intempestive, ou la direction de fait de la société mère sur sa filiale. Sur la présentation de ces deux fondements et leur difficile mise en œuvre, v. B. GRIMONPREZ, « Pour une responsabilité des sociétés mère du fait de leurs filiales », *Rev. sociétés* 2009, p. 715 s., spéc. p. 721 s.

¹²⁵⁹ C. com., art. L. 621-2, al. 2 : « À la demande de l'administrateur, du mandataire judiciaire, du débiteur ou du ministère public, la procédure ouverte peut être étendue à une ou plusieurs autres personnes en cas de confusion de leur patrimoine avec celui du débiteur ou de fictivité de la personne morale. »

¹²⁶⁰ Classiquement, la Cour de cassation retient deux conditions alternatives : « les juges du fond doivent soit constater l'existence d'une confusion des comptes, c'est-à-dire un désordre généralisé des comptes ou un état d'imbrication inextricable des éléments d'actif et de passif des personnes considérées, soit établir l'existence de relations financières anormales. » (Ph. DELMOTTE, « Les critères de la confusion des patrimoines dans la jurisprudence de la chambre commerciale de la Cour de cassation – Panorama de jurisprudence 1998 – 2006 », *RJDA* 2006, p. 539 s., spéc. n° 4)

animés d'un quelconque *affectio societatis*¹²⁶¹. L'effet majeur de l'extension de procédure est d'unifier la procédure collective, ce qui emporte, entre autres conséquences, l'unification de l'assiette du gage : les actifs appartenant à la personne à laquelle la procédure a été étendue intègrent l'assiette commune, et les créanciers de cette dernière rejoignent la collectivité des créanciers inscrits à la procédure initiale¹²⁶². Souvent invoquées par les mandataires judiciaires, ces actions en extension de l'assiette de la procédure collective sont très rarement accueillies par les juges¹²⁶³.

272. Une illusion accentuée par le caractère transnational du groupe. – Quand bien même la confusion de patrimoines ou la fictivité de la société serait prononcée, un obstacle supplémentaire se présente pour les créanciers lorsque la société visée par l'extension de procédure a son siège dans un État étranger. S'il s'agit d'un État membre de l'Union européenne, la CJUE juge que la procédure d'extension pour confusion de patrimoines doit être soumise à la juridiction compétente selon les critères de compétence du règlement européen, à savoir le centre des intérêts principaux¹²⁶⁴ ¹²⁶⁵. Or, le seul constat de l'existence d'une confusion

¹²⁶¹ Si la confusion des patrimoines est souvent la manifestation de la fictivité d'une société (par ex., com., 2 juill. 2013, n° 12-23743, Inédit ; *BJS* 2013, p. 665, note I. PARACHKEVOVA), il faut se garder d'assimiler ces deux causes d'extension de la procédure. Deux personnes peuvent en effet confondre leur patrimoine tout en ayant une véritable existence propre, et *vice versa*, la fictivité d'une société ne se caractérise pas nécessairement par une confusion de son patrimoine avec celui du maître de l'affaire, l'objectif du montage étant précisément d'éviter la confusion des deux masses. En effet, « le maître de l'affaire est souvent attentif à séparer clairement les comptabilités afin de parfaire l'apparence d'une dissociation patrimoniale » (J.-F. BARBIERI, « Confusion des patrimoines et fictivité des sociétés », *LPA* 25 oct. 1996, p. 9, spéc. p. 10).

¹²⁶² V. *supra*, n° 209.

¹²⁶³ Une illustration très récente : com., 11 mars 2020, n° 18-24052, Inédit ; *BJE* juill. 2020, p. 35, note M. LAROCHE :

¹²⁶⁴ Règl. (CE) n° 1346/2000, 29 mai 2000, *JOUE L* n° 160, p. 1, considérant 12 : « Le présent règlement permet d'ouvrir les procédures d'insolvabilité principales dans l'État membre où se situe le centre des intérêts principaux du débiteur. »

¹²⁶⁵ CJUE, 15 déc. 2011, *Rastelli*, C-191/10 ; *Act. proc. coll.* 2012, comm. 17, obs. J. VALLANSAN ; *D.* 2012, p. 403, note J.-L. VALLENS et p. 406, note R. DAMMANN et C. MÜLLER et p. 1228, obs. H. GAUDEMET-TALLON et F. JAULT-SESEKE ; *Rev. crit.* 2012, p. 435, note G. KHAIRALLAH ; *Rev. proc. coll.* 2012, comm. 11, note M. MENJUCQ ; *Rev. sociétés* 2012, p. 189, obs. Ph. ROUSSEL-GALLE ; *BJE* 2012, p. 117, note L.-C. HENRY ; *JCP E* 2012, 1088, note Y. PACLOT et D. PORRACHIA et 1227, obs. Ph. PETEL : « [...] une juridiction d'un État membre qui a ouvert une procédure principale d'insolvabilité à l'encontre d'une société, en retenant que le centre des intérêts principaux de celle-ci est situé sur le territoire de cet État, ne peut étendre, en application d'une règle de son droit national, cette procédure à une deuxième société, dont le siège statutaire est situé dans un autre État membre, qu'à la condition qu'il soit démontré que le centre des intérêts principaux de cette dernière se trouve dans le premier État membre. » – com., 10 mai 2012, n° 09-12642, *Bull. civ.* IV, n° 97 ; *D.* 2012, p. 1803, note F. JAULT-SESEKE ; *BJE* 2012, p. 243, note L.-C. HENRY (même affaire).

des patrimoines ne suffisant pas, pour la Cour, à une telle démonstration¹²⁶⁶, l'extension sera la plupart du temps mise en échec. La solution est, selon la cour d'appel de Paris, transposable à l'extension prononcée pour fictivité de la société malgré la levée du voile social, car « *la question de la localisation du centre des intérêts principaux précède celle de la fictivité* »¹²⁶⁷.

273. Une solution motivée par l'attractivité économique du droit français. – La précaution de la jurisprudence et du législateur n'est pas étonnante : l'extension de procédure étant une mesure très sévère et dangereuse pour la viabilité du groupe, sa généralisation serait susceptible de remettre en cause la domiciliation sur le territoire français de grands groupes de sociétés. Une fois de plus, l'attractivité économique du droit est mise en avant, en l'occurrence pour refuser d'engager la responsabilité patrimoniale du groupe à la suite de l'insolvabilité de l'une de ses sociétés. Cette position a été très clairement affirmée en réaction aux avants-projets de réforme Catala et Terré¹²⁶⁸ qui avaient, tous deux, prévu un cas de responsabilité de la société mère du fait de sa filiale¹²⁶⁹. Prenant acte de l'hostilité des milieux économiques à l'égard d'une

¹²⁶⁶ CJUE, 15 déc. 2011, préc., considérant 39. Comme il l'a été remarqué, « *cette solution se comprend aisément dans la mesure où la notion de confusion des patrimoines ne repose pas sur la localisation du centre de décision mais sur des critères comptables et financiers* » (R. DAMMANN, M. SÉNÉCHAL, *Le droit de l'insolvabilité internationale – Pratique des affaires*, préf. J.-L. Vallens, Joly éd., 2018, p. 184, n° 492).

¹²⁶⁷ Paris, 21 janv. 2014, n° 13/15887, *LEDEN* févr. 2014, p. 1, obs. F.-X. LUCAS.

¹²⁶⁸ V. les réactions de la Chambre de commerce et d'industrie de Paris : *Pour une réforme du droit des contrats et de la prescription conforme aux besoins de la vie des affaires – Réactions de la CCIP à l'avant-projet « Catala » et propositions d'amendements*, 19 oct. 2006, sous art. 1360 : Outre l'argument tiré de l'autonomie juridique des filiales, le rapport ajoute qu' « *une telle responsabilité des sociétés mères élargie à l'échelle du groupe risquerait d'avoir de très lourdes conséquences sur les primes d'assurances de ces dernières* », d'où la demande de suppression du texte. Adde le Rapport du groupe de travail de la Cour de cassation sur l'avant-projet de réforme du droit des obligations et de la prescription, 15 juin 2007, n° 79 : « [...] *la mesure proposée est à ce point imprécise quant à son champ d'application qu'elle apparaît dangereuse au point de receler en germe des risques de dépaysement de holding implantées en France et plus généralement de délocalisation des fonctions de direction et de contrôle de certains pans de l'économie. En l'état la mesure apparaît inopportune.* » Plus mesuré, v. B. FAGES, « Réforme de la responsabilité du fait d'autrui et sort réservé aux sociétés mères », *RDC* 2007, p. 115, remarquant que les sociétés mères ne réussiront probablement pas à trouver un assureur acceptant de couvrir le risque de responsabilité civile à l'échelle du groupe.

¹²⁶⁹ Avant-projet de réforme du droit des obligations et du droit de la prescription (dit Catala), 22 sept. 2005, art. 1360, al. 2 : « *De même, est responsable celui qui contrôle l'activité économique ou patrimoniale d'un professionnel en situation de dépendance, bien qu'agissant pour son propre compte, lorsque la victime établit que le fait dommageable est en relation avec l'exercice du contrôle. Il en est ainsi notamment des sociétés mères pour les dommages causés par leurs filiales ou des concédants pour les dommages causés par leurs concessionnaires.* » ; F. TERRÉ (dir.), *Pour une réforme du droit de la responsabilité civile*, coll. Thèmes & commentaires, Dalloz, 2011, p. 119 s., art. 7 : « *La faute de la personne morale résulte de l'acte fautif de ses organes ou d'un défaut d'organisation ou de fonctionnement.*

Une personne morale ne répond du dommage causé par une autre personne morale qu'elle contrôle ou sur laquelle elle exerce une influence notable que si, par une participation à un organe de cette personne morale, une instruction, une immixtion ou une abstention dans sa gestion, elle a contribué de manière significative à la réalisation du dommage. Il en va de même lorsqu'une personne morale crée ou utilise une autre personne morale dans son seul intérêt et au détriment d'autrui. »

telle règle, le projet de réforme du droit de la responsabilité proposé par la Chancellerie le 13 mars 2017 ne comporte aucune disposition dans ce sens¹²⁷⁰, de même que la récente proposition de loi du 29 juillet 2020¹²⁷¹. La corrélation antique pouvoir/responsabilité¹²⁷² est ainsi enrayée – à tort ou à raison – au nom de l’attractivité économique du droit français. Cette tendance se poursuit par la consécration, par le législateur, d’une antienne du droit privé : les patrimoines affectés.

B.- L’ECLATEMENT POURSUIVI PAR L’ADMISSION DES PATRIMOINES AFFECTES

274. La première étape : la création de l’entreprise unipersonnelle. – Conscient de l’instrumentalisation qu’a subi la personne morale¹²⁷³, le législateur a entériné ce glissement conceptuel, d’abord par la loi du 11 juillet 1985 consacrant l’entreprise unipersonnelle à responsabilité limitée (EURL). Cette nouvelle forme sociale, participant du « *big bang* »¹²⁷⁴ qu’a connu le droit des affaires, a provoqué des bouleversements importants sur le plan théorique. La société, et la personne morale en général, n’implique plus un groupement de personnes, « *elle n’est plus essentiellement mode d’appropriation collective, elle est désormais [...] envisagée comme une technique d’affectation patrimoniale* »¹²⁷⁵, au point que certains soutiennent qu’elle est désormais « *moins un concept qu’un régime juridique attaché à une*

¹²⁷⁰ Regrettant un tel silence, v. A. DANIS-FATÔME, G. VINEY, « La responsabilité civile dans la loi relative au devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d’ordre », *D.* 2017, p. 1610.

¹²⁷¹ Proposition de loi n° 678, séance du 29 juill. 2020, Sénat, Session extraordinaire 2019-2020. Sur le contenu de cette proposition, v. M. BACACHE, « Responsabilité civile : une réforme *a minima* ? », *JCP G* 2020, 1007, Libres propos.

¹²⁷² Formulée en droit romain par l’adage *Ubi emolumentum ibi onus*.

¹²⁷³ Bien aidé par Claude CHAMPAUD, à qui un rapport avait été commandé par le gouvernement de l’époque à propos de l’opportunité de créer une entreprise personnelle à responsabilité limitée : C. CHAMPAUD, « Rapport sur l’entreprise personnelle à responsabilité limitée », *RTD com.* 1979, p. 579.

¹²⁷⁴ J. PAILLUSSEAU, « Le big bang du droit des affaires à la fin du XX^e siècle (ou les nouveaux fondements et notions du droit des affaires) », *JCP E* 1988, 15101.

¹²⁷⁵ F. ZENATI, Commentaire de la loi n° 85-697 du 11 juillet 1985, *D.* 1985, p. 772 s., spéc. p. 777.

activité »¹²⁷⁶. L'admission généralisée du patrimoine d'affectation en droit français est donc plus ancienne qu'en apparence, simplement elle a longtemps été un *usage du droit*¹²⁷⁷.

275. La seconde étape : l'admission du patrimoine d'affectation. – Le prolongement naturel de cette transformation conceptuelle de la personnalité morale a été de rompre officiellement le tandem personne-patrimoine en introduisant la figure du patrimoine d'affectation, véritable « *technique de limitation des poursuites* »¹²⁷⁸. L'objectif assigné par le législateur à cette évolution du droit français est d'ailleurs affirmé explicitement. S'agissant de la fiducie, l'un des objectifs poursuivis a été de renforcer l'attractivité du droit français pour les entreprises en le dotant d'un instrument juridique¹²⁷⁹ concurrençant le *trust* des droits de *common law*¹²⁸⁰. Quant à l'EIRL, il a été d'encourager l'initiative des entrepreneurs en facilitant la création de leur entreprise et en leur offrant un cadre juridique protecteur de leurs biens

¹²⁷⁶ C. HANNOUN, *Le droit et les groupes de sociétés*, préf. A. Lyon-Caen, Bibliothèque de droit privé, t. 216, LGDJ, 1991, p. 169, n° 210 ; Rapp. J. PAILLUSSEAU, « Le droit moderne de la personnalité morale », *RTD civ.* 1993, p. 705, spéc. n° 18 : « [...] considérée comme l'émanation d'un groupement de personnes, [la personnalité morale] est devenue le moyen de l'expression juridique de ce qu'entreprennent aussi bien des personnes indépendantes que des groupements de personnes. »

¹²⁷⁷ Expression empruntée à Monsieur OST, par laquelle il désigne le droit tel qu'il est mobilisé par les sujets. « À l'expérience, l'ordre juridique se révèle aussi bien un ensemble de ressources mobilisables par les individus et les groupes dans la poursuite de leurs intérêts et stratégies propres qu'un ordre hétéronome et contraignant, parfois menaçant, s'imposant à eux de l'extérieur. » (F. OST, *À quoi sert le droit ? Usages, fonctions, finalités*, coll. Penser le droit, Bruylant, 2016, p. 73)

¹²⁷⁸ J. MESTRE, E. PUTMAN, M. BILLIAU, *Traité de droit civil – Droit commun des sûretés réelles*, LGDJ, 1996, p. 93, n° 103.

¹²⁷⁹ Sur les multiples utilités que peuvent avoir la fiducie-gestion et la fiducie-sûreté pour les entreprises, v. les développements synthétiques de Ph. DELEBECQUE, N. BINCTIN, L. ANDREU, *Traité de droit des affaires*, t. 3, *Opérations bancaires et contrats commerciaux*, 18^e éd., LGDJ, 2018, p. 894-895, n° 1203 et 1204.

¹²⁸⁰ V. les propos explicites du député auteur de la proposition de loi ayant abouti à la loi du 19 février 2007 : Ph. MARINI, « La fiducie à la française », *RJ com.* nov.-déc. 2007, p. 1 s., spéc. p. 3 : « [...] dans un contexte d'internationalisation des rapports de droit, et de facto d'intensification de la concurrence des instruments juridiques, le *trust* des pays de tradition anglo-saxonne a accentué le risque de délocalisation d'opérations économiques d'acteurs étrangers ou français. [...] C'est dans cet esprit de renforcement de la compétitivité du droit français, auquel je suis depuis longtemps attentif, que j'ai déposé ma proposition de loi [...]. » L'objectif n'a, semble-t-il, pas été atteint : v. R. DAMMANN, V. ROTARU, « La fiducie et le *trust* : une concurrence inégale », *D.* 2018, p. 1763.

personnels¹²⁸¹. Si l'EIRL ne semble pas, pour le moment, être la forme sociale plébiscitée par les entrepreneurs individuels¹²⁸², le recours à la fiducie s'intensifie¹²⁸³.

276. Une résurgence de l'analyse objective de l'obligation. – Nous avons précédemment exposé que, en tant qu'engagement de l'intégralité des biens de la personne obligée, le gage général avait une forte dimension symbolique : derrière l'engagement des biens perce l'engagement du corps du débiteur¹²⁸⁴. Cette force évocatrice est entière tant que le débiteur engage *effectivement* l'intégralité de son patrimoine. Elle se dégrade sérieusement dès lors que l'assiette du gage est divisée et/ou qu'aucune personne n'est clairement identifiable derrière le patrimoine assiette de garantie, ce qui nous renvoie à l'analyse objective de l'obligation développée au début du XX^e siècle¹²⁸⁵. Ce mouvement est d'une ampleur considérable en droit des affaires, en raison de la conception instrumentale du droit – exposée plus haut – qu'adoptent dans cette matière ses acteurs et le législateur : dès lors que le rapport au droit est dicté par l'utilité et la recherche du profit, la symbolique dont est chargé l'engagement des biens du

¹²⁸¹ Projet de loi relatif à l'entrepreneur individuel à responsabilité limitée (EIRL) – Etude d'impact, janv. 2010 (disponible sur http://www.assemblee-nationale.fr/13/projets/pl2265-ei.asp#P108_10848) : « *La mise en place d'un statut protecteur pour l'entrepreneur en nom propre tend à stimuler la création et le développement des entreprises individuelles, dans la cohérence de l'action gouvernementale visant à libérer les énergies entrepreneuriales, sans exposer ces dernières à des risques financiers excessifs et en évitant ainsi l'addition le cas échéant d'un échec familial à un échec professionnel.* »

¹²⁸² Les dernières statistiques fournies par l'Insee sont hélas datées : 4 041 EIRL ont vu le jour en 2012, qui viennent s'ajouter aux 6 040 entreprises créées en 2011 sous ce statut. En 2012, les EIRL n'ont ainsi représenté que 5 % de la totalité des entreprises individuelles classiques (hors auto-entreprises).

¹²⁸³ Elle est notamment utilisée dans le cadre de restructurations financières d'entreprises : donnant plusieurs exemples actuels de recours à la fiducie, v. « Gestion financière – Le recours à la fiducie se généralise », *Option Finance*, n° 1517, 1^{er} juill. 2019, p. 24. La fiducie est également utilisée par des entreprises en bonne santé financière, à des fins de financement : c'est le cas de la société *Dream Yacht Charter*, spécialisée dans la location de bateaux et l'organisation de croisières de plaisance, qui privilégie désormais la fiducie à l'hypothèque pour financer ses achats de bateaux (« Dream Yacht Charter vire de bord », *Option Finance*, n° 1505, 8 avr. 2019). Adde Ph. DELEBECQUE, N. BINCTIN, L. ANDREU, *op. cit.*, p. 892, n° 1194 : « [Le contrat de fiducie] est principalement mis à profit pour des entreprises qui ont besoin d'isoler un patrimoine, soit pour préserver des biens lorsque leur situation financière s'obère, soit pour éviter un conflit d'intérêts attaché à la qualité de propriétaire, ou enfin pour contourner une réglementation contraignante, notamment celle des marchés financiers. »

¹²⁸⁴ V. *supra*, n° 121.

¹²⁸⁵ V. *supra*, n° 99.

débiteur s'estompe et, avec elle, le *sentiment* d'obligation¹²⁸⁶. C'est, à première vue, moins d'un rapport entre deux personnes dont il s'agit que d'un rapport entre deux patrimoines.

277. Un impact encore nuancé en droit français. – L'approche du législateur français n'est toutefois pas aussi « cynique »¹²⁸⁷ que celle des entreprises puisque, dans le cas de la fiducie comme de l'EIRL, la dimension symbolique de l'obligation et du gage général ressurgit ponctuellement : si la fraude et la mauvaise gestion sont des causes de réunion des patrimoines qui font consensus, l'insuffisance du patrimoine affecté ou du patrimoine de l'auteur de l'affectation¹²⁸⁸ en est une qui a divisé. Raillée pour son incohérence par rapport à la nature de patrimoine affecté de ces deux institutions¹²⁸⁹, cette sanction témoigne d'un attachement tenace du droit français à une valeur contenue dans la notion d'obligation et protégée par le mécanisme du gage général : la responsabilité¹²⁹⁰. L'auteur de l'affectation reste encore, subsidiairement, tenu de manière *illimitée*¹²⁹¹. Cette réticence à introduire en droit français la technique du patrimoine affecté se ressent aussi en jurisprudence, comme semblent le montrer la sévérité dont a pu faire preuve, dans plusieurs arrêts, la Cour de cassation à l'encontre de l'EIRL placé

¹²⁸⁶ Rapp. A. SUPIOT, *Homo juridicus – Essai sur la fonction anthropologique du Droit*, coll. La couleur des idées, Seuil, 2005, p. 174-175 : « [...] un monde où chacun ne se trouve ainsi tenu par ses engagements que dans la mesure où cela l'arrange est un monde où la parole ne vaut plus rien. » ; F. PARAISO, *Le risque d'inexécution de l'obligation contractuelle*, préf. C. Atias, coll. de l'IDA, PUAM, 2011, p. 305, n° 466 : « [La mentalité commerciale et industrielle] voit dans l'obligation un simple fil rattachant les acteurs d'un tissu plus gros, le marché. [...] Pour [l'entreprise], il ne s'agit pas seulement de donner, faire ou ne pas faire quelque chose. Il s'agit, au-delà, d'accroître la production, de réduire les coûts (notamment de transaction), d'augmenter les gains, de rationaliser... Dans son langage, l'obligation n'a pas de dimension fondamentale. »

¹²⁸⁷ R. SÈVE, *Philosophie et théorie du droit*, 2^e éd., coll. Cours, Dalloz, 2017, p. 227, n° 268.

¹²⁸⁸ Sur laquelle, v. *supra*, n° 230.

¹²⁸⁹ V. en ce sens C. LARROUMET, « La loi du 19 février 2007 sur la fiducie – Propos critiques », *D.* 2007, p. 1350, spéc. n° 16 : « Il n'y a rien de plus contraire au patrimoine d'affectation et à la fiducie-trust, dont l'intérêt est justement d'affecter des biens à la poursuite d'un but déterminé, seuls ces biens devant répondre des dettes nées dans la poursuite de ce but. » ; N. THOMASSIN, « Le patrimoine fiduciaire » in M. BOURASSIN, J. REVEL (dir.), *Réformes du droit civil et vie des affaires*, coll. Thèmes & commentaires, Dalloz, 2014, p. 191 s., spéc. p. 198, parlant d'« incompréhension devant la faiblesse du cloisonnement patrimonial légalement organisé » et allant jusqu'à qualifier le patrimoine fiduciaire de « poreux par principe ». À titre de comparaison, la fiducie créée par le droit québécois (C. civ. q., art. 1260 s.) et celle créée par le droit italien (C. civ. it., art. 2447 bis s.) ne prévoient pas cette sanction.

¹²⁹⁰ V. *supra*, n° 124.

¹²⁹¹ Rapp. M. GRIMALDI, « Théorie du patrimoine et fiducie », *RLDC* déc. 2010, p. 73 s., spéc. p. 76, n° 8 : « Décidément, donc, le législateur peine à éradiquer l'unité du patrimoine. Non parce que cette unité procéderait invinciblement d'une incontournable unité de la personne, mais parce que la responsabilité indéfinie du débiteur se recommande de considérations morales et économiques particulièrement puissantes. » ; Adde B. FROMION-HÉBRARD, *Essai sur le patrimoine en droit privé*, th. Paris II, dactyl., 1998, p. 400, n° 448 : « [...] la persistance de l'unité du patrimoine [...] traduit en fait l'attachement au principe de responsabilité individuelle, nonobstant la multiplication des textes introduisant de plus en plus une socialisation de la responsabilité. »

en procédure collective¹²⁹². De plus, la technique du patrimoine affecté n'a, pour l'heure, pas été admise de manière généralisée en droit français, elle est « *de droit strict* »¹²⁹³, ce qui en fait une figure encore marginale. La crainte selon laquelle l'admission de ces patrimoines autonomes condamnerait la catégorie des droits personnels¹²⁹⁴, ou constituerait une « *mise en danger* [de l'existence même du gage général] »¹²⁹⁵ nous semble donc excessive¹²⁹⁶. Les évolutions que connaît ici la notion de gage général illustrent la tension dynamique qui lui est inhérente : le gage général y est conçu dans sa dimension instrumentale, comme technique de garantie modulable en fonction des intérêts à favoriser, sans pour autant que la dimension symbolique ne soit complètement occultée.

278. Conclusion de la section 1. – Cette incursion dans le droit de l'entreprise montre bien que le mouvement de division de l'assiette du gage, déjà acquis de longue date grâce à la fiction de la personnalité morale, a été entériné par la consécration des patrimoines affectés. L'éclatement du patrimoine de l'entreprise correspond à une vision de plus en plus instrumentale du droit, d'abord adoptée par les entreprises dans leur usage du droit, et poursuivie par le législateur dans l'objectif d'accroître l'attractivité économique du droit français. Il ne faut toutefois pas en conclure que la notion de gage général est ainsi mise en péril. Comme l'a justement remarqué un auteur, « Qui s'oblige oblige le sien *reste une valeur sûre de notre droit positif, l'exécution sur les biens demeure la règle. Mais c'est l'intensité de*

¹²⁹² Com., 7 févr. 2018, n° 16-24481, publié au Bulletin ; *LEDC* mars 2018, p. 1, obs. N. LEBLOND ; *JCP G* 2018, 279, note J.-D. PELLIER ; *Defrénois* avr. 2018, p. 37, obs. F. VAUVILLÉ ; *LEDB* avr. 2018, p. 7, note S. PIÉDELIÈVRE ; *BJS* 2018, p. 226, note B. SAINTOURENS ; *Gaz. pal.* 17 avr. 2018, p. 51, note F. REILLE : arrêt sanctionnant par la réunion des patrimoines la déclaration d'affectation de l'EIRL ne mentionnant aucun bien – com., 6 mars 2019, n° 17-26605, publié au Bulletin ; *RDBF* 2019, comm. 99, note C. HOUIN-BRESSAND ; *JCP E* 2019, 1376, note C. LEBEL ; *LEDC* mai 2019, p. 5, obs. J.-F. HAMELIN ; *BJS* mai 2019, p. 34, note F. REILLE ; *BJE* mai 2019, p. 29, note M. DOLS-MAGNEVILLE ; *LEDN* déc. 2019, p. 2, note J. VALIERGUE ; *Gaz. pal.* 14 janv. 2020, p. 64, obs. P.-M. LE CORRE : arrêt par lequel la Cour casse un arrêt d'appel ayant rejeté l'inscription à la procédure collective d'un créancier personnel aux motifs que le tribunal ayant ouvert la procédure collective à l'encontre de l'EIRL ne mentionnait pas l'existence d'un patrimoine affecté, et que l'entrepreneur n'utilisait pas la dénomination « EIRL » dans l'exercice de son activité. On peut considérer cette solution comme une « *réunion des patrimoines qui ne dit pas son nom* » (J.-F. HAMELIN, obs. préc.).

¹²⁹³ R. BOFFA, *Droit civil*, 2^e éd., coll. CRFPA, LGDJ, 2018, p. 21, n° 17.

¹²⁹⁴ R. LIBCHABER, « Feu la théorie du patrimoine », *BJS* 2010, p. 316 : « *En matière de transgression, il n'y a que le premier pas qui compte. Dès lors que la théorie du patrimoine commence d'être contestée, il faut en tirer toutes les conséquences. Et d'abord, comment affronter l'extinction des droits personnels – catégorie désormais condamnée.* »

¹²⁹⁵ J. MESTRE, E. PUTMAN, M. BILLIAU, *Traité de droit civil – Droit commun des sûretés réelles*, LGDJ, 1996, p. 103, n° 114.

¹²⁹⁶ De même que la tendance terminologique à qualifier le gage des créanciers portant sur un patrimoine affecté de gage « *spécial* » (v. not. A.-L. THOMAT-RAYNAUD, *L'unité du patrimoine : essai critique*, préf. D. Tomasin, coll. Doctorat & Notariat, t. 25, Defrénois, 2007, p. 441, n° 970 s.) alors même qu'aucune différence de nature n'existe entre cette garantie et celle portant sur le patrimoine « *général* ».

l'engagement réel qui est modifiée : de l'ensemble des biens de la personne, l'assiette du gage proposée aux créanciers chirographaires peut être sensiblement réduite »¹²⁹⁷. En d'autres termes, la notion de gage général subsiste – le législateur y fait même des références expresses – mais sa force symbolique est atténuée dans la mesure où l'entreprise engage de moins en moins *tous* ses biens en garantie de ses dettes. Le constat ne s'applique pas seulement à l'entreprise, mais aussi à la famille.

SECTION 2 : LE DECLIN DE LA SOLIDARITE FAMILIALE

279. L'individualisme contemporain a donné lieu à une transformation de l'institution familiale. Alors que l'individu a longtemps existé en tant que membre de cette institution, il s'en est émancipé à l'ère contemporaine¹²⁹⁸, ce qui a conduit le droit de la famille, notamment son volet patrimonial, à s'adapter à cette nouvelle donne sociale¹²⁹⁹. Ainsi, en matière successorale, la tendance est au recul du système de succession à la personne, rendant l'héritier responsable indéfiniment des dettes du *de cuius*, progressivement supplanté par le système de succession aux biens, où l'héritier n'est tenu qu'à concurrence de la valeur du patrimoine hérité (I). Un mouvement analogue est à constater dans le droit patrimonial des couples : le modèle de la communauté de biens est de moins en moins populaire, la séparation de biens semblant plus adaptée à la mentalité contemporaine (II).

¹²⁹⁷ C. KUHN, « Des patrimoines et des hommes », *Dr. & patr.* févr. 2012, p. 30 s., spéc. p. 35.

¹²⁹⁸ J. COMMAILLE, « Code civil et nouveaux codes sociaux » in *Le Code civil 1804-2004 – Livre du Bicentenaire*, Dalloz-Litec, 2004, p. 59 s., spéc. p. 61 : « À une conception holiste où le tout est plus que les parties qui le composent, où en l'occurrence l'individu n'existe qu'en tant qu'il est membre de l'institution familiale a fait place une nouvelle conception où ce qui prévaut, ce sont les propres aspirations de l'individu, ses attentes personnelles de réalisation de soi. La conception, l'organisation, le fonctionnement de l'univers privé des individus relève de plus en plus d'une volonté d'émancipation. »

¹²⁹⁹ COLIN remarquait déjà, en 1904, que « les successions sont peut-être la partie du droit patrimonial, du « droit économique », sur lequel doivent influencer le plus les considérations nées de la variété des besoins et des habitudes » (A. COLIN, « Le droit de succession dans le Code civil » in *Le Code civil – 1804-1904 – Livre du centenaire*, t. I, A. Rousseau, 1904, p. 295 s., spéc. p. 318).

I. LE DECLIN DE LA RESPONSABILITE PATRIMONIALE ILLIMITEE DE L'HERITIER

280. Il convient de présenter d'abord le modèle successoral de continuation de la personne et la responsabilité patrimoniale illimitée qui en résulte pour l'héritier (A), avant d'évoquer son déclin en droit contemporain (B).

A.- PRESENTATION DE L'OBLIGATION *ULTRA VIRES*

281. Une règle fondée sur la continuation de la personne du défunt. – Héritée du droit romain, la fiction de la continuation de la personne du défunt structure une large part du droit successoral français. Si sa justification technique en droit romain a disparu¹³⁰⁰, c'est certainement sa force symbolique qui explique qu'elle ait été adoptée par les jurisconsultes de l'Ancien droit¹³⁰¹ puis par les rédacteurs du Code civil¹³⁰² pour expliquer la transmission du patrimoine du défunt à l'héritier : ses vertus sont non seulement pédagogiques – la continuation de la personne permet d'expliquer de manière simple et imagée la succession – mais aussi morales – elle exprime mieux qu'aucune autre théorie le lien entre les générations. Il n'est pas étonnant que cette règle ait été l'un des fondements de la théorie du patrimoine construite par AUBRY et RAU¹³⁰³. Adopter le système de la succession à la personne consiste en une confusion du patrimoine du défunt dans le patrimoine de l'héritier, qui rend, logiquement,

¹³⁰⁰ Ph. CHAUVIRÉ, *L'acquisition dérivée de la propriété – Le transfert volontaire des biens*, préf. T. Revet, Bibliothèque de droit privé, t. 547, LGDJ, 2013, p. 33, n° 52 : « [...] l'idée selon laquelle les héritiers continuent la personne du défunt n'explique plus vraiment les modalités de transmission de la propriété. Elle servait, en droit romain, à contourner l'intransmissibilité des obligations et se justifiait par la propriété familiale des biens. Les obligations ne pouvant en principe être transférées aux héritiers, il suffisait d'admettre qu'elles ne sont pas vraiment transmises car les héritiers en étaient déjà virtuellement titulaires [...]. »

¹³⁰¹ V. par ex. R.-J. POTHIER, *Œuvres*, par M. Bugnet, t. VIII, Videcoq, 1845, p. 113-114, exposant que la transmission du patrimoine du défunt à l'héritier s'explique non par la saisine mais « parce que l'héritier succède à la personne qu'il représente, qu'il en est le continueur. Chez les Romains, tous ces effets avaient lieu, et cependant la saisine leur était inconnue ».

¹³⁰² J.-B. TREILHARD, cité in P. A. FENET, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, t. XII, Videcoq, 1836, p. 136 : « [...] l'héritier est un autre nous-même qui nous représente dans la société ; il y jouit de nos biens, il y remplit nos obligations. »

¹³⁰³ V. par ex. C. AUBRY, C. RAU, *Cours de droit civil français d'après la méthode de Zachariae*, t. VI, 4^e éd., Marchal et Billard, 1873, p. 253, § 582 : « [la qualification de successeur universel] ne convient qu'à ceux qui représentent un individu décédé, en continuant sa personne juridique. En effet, le patrimoine s'identifiant en quelque sorte avec la personnalité, il en résulte que ceux qui sont simplement appelés à recueillir la totalité ou une partie aliquote des biens d'un individu décédé, sans continuer sa personne juridique, ne succèdent, à vrai dire, qu'à ces biens, et non au patrimoine, et ne sont, par conséquent, que successeurs particuliers [...]. »

l'héritier débiteur des obligations du *de cuius* sur l'intégralité de son patrimoine, comme s'il les avait lui-même contractées¹³⁰⁴. Dès lors, créanciers personnels et créanciers du *de cuius* ont « *le même gage général* »¹³⁰⁵. Pour ces derniers, l'obligation *ultra vires* permet de garder intact le caractère personnel de leur droit, puisqu'ils conservent, « *à l'autre bout de l'obligation, une personne pour débitrice* »¹³⁰⁶. L'importance de la théorie de la continuation de la personne en droit français fut telle que la loi du 3 décembre 2001 a intégré la règle de l'obligation indéfinie aux dettes dans les dispositions relatives à l'ouverture de la succession¹³⁰⁷, faisant définitivement d'elle l'un des principes fondamentaux du droit des successions¹³⁰⁸, « *le comportement modèle, l'attitude vertueuse [qui] situe la normalité* »¹³⁰⁹. Elle tend toutefois à perdre en vigueur dans le droit positif.

B.- DECLIN DE L'OBLIGATION ULTRA VIRES

282. Le déclin du modèle de succession à la personne est avant tout une réalité sociale (1), qui s'est traduite en droit à l'occasion de la loi du 23 juin 2006, qui a mis en concurrence ce système, jadis droit commun, avec le système de succession aux biens (2).

1. UN CONSTAT SOCIO-ECONOMIQUE

283. La critique de la règle romaine de la responsabilité indéfinie aux dettes successorales n'est pas nouvelle. Au début du XX^e siècle, un courant doctrinal a contesté la prévalence de l'obligation *ultra vires* dans le droit successoral français¹³¹⁰. SALEILLES, souvent critique à

¹³⁰⁴ Selon l'expression de C. AUBRY, C. RAU, *op. cit.*, p. 256, § 583.

¹³⁰⁵ C. PÉRÈS, C. VERNIÈRES, *Droit des successions*, coll. Thémis, PUF, 2018, p. 542, n° 623.

¹³⁰⁶ M. GRIMALDI, *Droit des successions*, 7^e éd., coll. Manuel, LexisNexis, 2017, p. 481, n° 604.

¹³⁰⁷ C. civ., anc. art. 723 : « *Les successeurs universels ou à titre universel sont tenus d'une obligation indéfinie aux dettes de la succession.* »

¹³⁰⁸ M. GRIMALDI, « Les successions et les libéralités » in *Le Code civil 1804-2004 – Livre du Bicentenaire*, Dalloz-Litec, 2004, p. 283 s., spéc. p. 289.

¹³⁰⁹ M. GRIMALDI, *Droit des successions*, *op. cit.*, p. 479, n° 599.

¹³¹⁰ Ce courant a connu, à l'époque, d'importants détracteurs, parmi lesquels R. DEMOGUE, *Les notions fondamentales du droit privé – Essai critique*, A. Rousseau, 1911, spéc. p. 389 : « *On s'apitoye sur le pauvre héritier ou légataire universel tenu ultra vires, qui est souvent plus attaché au produit du travail qu'au travail même, bourgeois sans activité, sans pensée, qui déshonore la classe capitaliste qui, si elle veut régner, doit savoir agir. On veut qu'il ne soit tenu qu'intra vires, qu'il n'ait que les bonnes chances sans les mauvaises. On favorise tout ce qui limite la responsabilité [...]. C'est une conception de la sécurité statique. Chacun doit conserver tranquillement ce qu'il a. Le créancier apparaît comme un empêcheur de danser en rond.* »

l'égard du droit romain qui « *n'a pas à lui seul le monopole de la raison et celui de l'équité* »¹³¹¹, remarquait qu'« *à côté de la famille qui s'éteint, il y a celle qui se fonde. A-t-on toujours le droit de compromettre celle-ci pour l'honneur de l'autre, et de mettre l'avenir en péril par respect du passé ?* »¹³¹² Certes, l'obligation *ultra vires* est chargée d'une vertu morale importante : la solidarité entre générations¹³¹³. Mais elle a l'inconvénient d'instaurer une sorte de responsabilité des descendants du fait de leurs ascendants¹³¹⁴, qui était déjà perçue au début du XX^e siècle comme inadaptée à la société de l'époque¹³¹⁵, et l'est encore plus aujourd'hui. S'il subsiste bien une solidarité intergénérationnelle dans la société contemporaine, les études statistiques montrent qu'elle s'opère en majorité à l'initiative des générations ascendantes, au profit des générations descendantes¹³¹⁶. Une adaptation du droit des successions à cette tendance contemporaine n'a pas tardé à voir le jour.

2. UNE VOLONTE LEGISLATIVE

284. La relégation de l'obligation *ultra vires*. – La loi du 23 juin 2006 a marqué un virage important dans l'organisation du passif successoral. Alors que le principe de continuation de la personne était jusqu'ici « *le manteau symbolique qui rehausse et exalte, mais aussi épouse et résume le superbe agencement technique des mécanismes de la transmission héréditaire* »¹³¹⁷, le législateur l'a fait descendre de son piédestal. L'obligation *ultra vires* est, certes, maintenue, mais elle n'est désormais envisagée que dans les dispositions relatives à l'acceptation pure et

¹³¹¹ R. SALEILLES, « De la responsabilité de l'héritier quant aux dettes de la succession dans l'histoire du droit français » (2^e partie), *Bulletin de la société d'études législatives* 1911, p. 56 s., spéc. p. 102.

¹³¹² *Ibid.*

¹³¹³ « *C'est la même solidarité familiale qui justifie l'enrichissement ou l'appauvrissement de l'héritier selon que le de cujus meurt solvable ou insolvable : le partage des gains comme des pertes unit les générations.* » (M. GRIMALDI, *op. cit.*, p. 480, n° 603)

¹³¹⁴ Ph. DURNERIN, *Le passif successoral*, préf. G. Cornu, Bibliothèque de droit privé, t. 217, LGDJ, 1992, p. 143, n° 319.

¹³¹⁵ J. PERCEROU, « La liquidation du passif héréditaire en droit comparé, spécialement en droit allemand », *RTD civ.* 1905, p. 811 s., spéc. p. 818-819 : « *La continuation par l'héritier de la personne du défunt n'est plus qu'un anachronisme religieux. Ce concept a pu d'ailleurs d'ailleurs, autrefois rendre à la science du droit des services incontestables, et, d'autre part, s'harmoniser, dans une certaine mesure, avec l'état social. [...] Mais l'organisation familiale repose, de nos jours, sur une base bien différente. Chaque membre de la famille a une personnalité indépendante et libre et, dans la sphère de son activité propre, ne doit point supporter les conséquences des actes accomplis par les autres membres du groupe.* »

¹³¹⁶ V. not. A. MASSON, « Quelle solidarité intergénérationnelle ? », *Revue française d'économie*, vol. 14, 1999, p. 27 s., spéc. p. 36.

¹³¹⁷ G. CORNU, préf. à Ph. DURNERIN, *op. cit.*, p. 15.

simple¹³¹⁸. Le changement est loin d'être anodin, la doctrine y percevant unanimement un « *recul de l'attachement que lui marquait la loi* »¹³¹⁹, une « *discontinuité* »¹³²⁰ du principe, ne faisant plus de l'obligation *ultra vires* « *un principe général de la dévolution successorale, mais l'une de ses possibles modalités* »¹³²¹ et amorçant l'« *évolution du droit successoral français vers un régime de succession aux biens* »¹³²². Le législateur a, d'une part, incliné vers un allègement du passif successoral auquel est tenue la personne de l'héritier continueur de la personne (a.) et, d'autre part, décidé de réformer le régime de l'acceptation de la succession à concurrence de l'actif net afin d'en faire une option attractive pour l'héritier (b.).

a. L'ALLEGEMENT DU REGIME DE L'OBLIGATION *ULTRA VIRES*

285. Deux innovations issues de la loi du 23 juin 2006 marquent la volonté du législateur d'infléchir le caractère indéfini de l'obligation *ultra vires* à la charge de l'héritier acceptant pur et simple. L'objectif est de faire échapper ce dernier à l'iniquité à laquelle pouvait parfois aboutir le règlement du passif dans cette option successorale.

286. La création d'une action en décharge de la dette successorale. – Il s'agit d'abord de la mise en place d'une action permettant à un héritier ayant accepté purement et simplement la succession de demander à être déchargé d'une dette dès lors qu'il avait des raisons légitimes d'en ignorer l'existence et que le paiement de cette dette est susceptible de porter une atteinte grave à l'intégrité de son patrimoine personnel¹³²³. Les conditions à remplir sont donc strictes :

¹³¹⁸ C. civ., art. 785, al. 1 : « *L'héritier universel ou à titre universel qui accepte purement et simplement la succession répond indéfiniment des dettes et charges qui en dépendent.* »

¹³¹⁹ Ph. MALAURIE, C. BRENNER, *Droit des successions et des libéralités*, 8^e éd., coll. Droit civil, LGDJ, 2018, p. 115, n° 148.

¹³²⁰ M. NICOD, « La continuation de la personne du défunt : principe général du droit français des successions ? » in H. SIMONIAN-GINESTE (dir.), *La (dis)continuité en Droit*, PUT, 2014, p. 141 s.

¹³²¹ M. GRIMALDI, *op. cit.*, p. 480, n° 601.

¹³²² F. ZENATI-CASTAING, T. REVET, *Cours de droit civil – Successions*, coll. Droit fondamental, PUF, 2012, p. 165.

¹³²³ C. civ., art. 786. Le texte a déjà fait l'objet de plusieurs applications par la Cour de cassation : civ. 1^{re}, 4 janv. 2017, n° 16-12293, publié au Bulletin ; *D.* 2017, p. 62 ; *AJ fam.* 2017, p. 206, obs. J. CASEY ; *Defrénois* 2017, p. 383, obs. V. BRÉMOND ; *RDC* 2017, p. 258, obs. R. LIBCHABER ; *Gaz. pal.* 14 févr. 2017, p. 22, obs. S. PIÉDELIÈVRE ; *LPA* 7 avr. 2017, p. 11, note P.-L. NIEL et M. MORIN – civ. 1^{re}, 7 févr. 2018, n° 17-10818, *Bull. civ.* I, n° 25 ; *D.* 2018, p. 1458, obs. J.-J. LEMOULAND ; *AJ fam.* 2018, p. 243, obs. J. CASEY ; *RDSS* 2018, p. 365, obs. T. TAURAN ; *Defrénois* 2018, note F. SAUVAGE ; *Dr. fam.* 2018, comm. 135, note M. NICOD ; *RDC* 2018, p. 394, obs. S. GODECHOT-PATRIS – civ. 1^{re}, 4 juill. 2018, n° 17-20570, publié au Bulletin ; *D.* 2018, p. 2384, obs. S. GODECHOT-PATRIS et C. GRARE-DIDIER ; *AJ fam.* 2018, p. 485, obs. J. CASEY ; *Dr. fam.* 2018, comm. 246, obs. A. TANI.

l'héritier doit prouver qu'il n'avait pas connaissance de l'existence de la dette – ce qui implique notamment que le créancier ne se soit pas manifesté au moment de l'option¹³²⁴ –, mais il doit en outre établir que le paiement de la dette obérerait *gravement* son patrimoine *personnel* – une dette qui dépasserait seulement l'actif de la succession ne suffirait donc pas, par exemple, à remplir cette condition¹³²⁵. Si le juge l'accueille, l'action a pour effet, selon le texte, de décharger l'héritier en tout ou partie de la dette successorale. La décharge semble être d'un maniement souple pour le juge¹³²⁶, l'idée étant de « rendre la dette supportable au regard de l'actif propre et des facultés contributives de l'héritier »¹³²⁷ et non de transformer l'obligation *ultra vires* en une obligation *intra vires*¹³²⁸. L'héritier bénéficiera donc, selon la situation, d'une réduction du montant de la dette successorale, pouvant aller jusqu'à l'effacement de la dette¹³²⁹. Inspirée par des considérations d'équité¹³³⁰, cette action sanctionne pourtant *sans aucune raison* le créancier, au contraire, par exemple, de la prescription extinctive qui sanctionne le créancier trop peu diligent, ce qui évoque une logique relevant bien plus du droit de la consommation que du droit civil¹³³¹. Ce n'est, certes, pas une mesure aboutissant, *stricto sensu*, à réduire le gage des créanciers successoraux, mais le gage général a ici son importance puisque c'est en considération de la valeur de l'assiette du gage et du montant de la dette successorale que

¹³²⁴ Il faut remarquer aussi, avec Monsieur GIJSBERS, que la condition sera difficilement remplie si la dette en question est un cautionnement, en raison de l'obligation annuelle d'information dont bénéficie également l'héritier de la caution (C. GIJSBERS, « La réalisation *post mortem* des sûretés », *JCP N* 2017, 1145, spéc. n° 13). De manière plus générale, rapporter une preuve négative s'avère toujours complexe (S. PIÉDELIÈVRE, « Crédit et successions : la sécurité de l'héritier passe avant les droits des créanciers successoraux », *Dr. & patr.* mars 2007, p. 59 s., spéc. p. 61).

¹³²⁵ V. en ce sens M. GRIMALDI, *Droit des successions*, 7^e éd., LexisNexis, 2017, p. 489, n° 615.

¹³²⁶ Ce que confirme le député rapporteur de la loi, qui reconnaît que « le dispositif proposé peut apparaître excessivement discrétionnaire, en ouvrant excessivement la marge d'appréciation souveraine du juge, et ne voir sa portée réelle connue qu'au terme d'une construction jurisprudentielle complète qui nécessitera de longues années » (S. HUYGHE, Rapport présenté au nom de la commission des lois portant réforme des successions et des libéralités, Assemblée nationale, 15 févr. 2006, n° 2850, p. 95).

¹³²⁷ C. GIJSBERS, art. préc., n° 13.

¹³²⁸ Au contraire de la règle adoptée par le droit suisse, selon laquelle « les cautionnements du défunt sont portés séparément à l'inventaire ; les héritiers n'en répondent, même s'ils ont accepté purement et simplement, que jusqu'à concurrence du dividende qui serait échu aux cautionnements en cas de liquidation du passif héréditaire selon les règles de la faillite » (C. civ. suisse, art. 591).

¹³²⁹ Comp. les doutes quant à l'interprétation à retenir formulés par V. BRÉMOND, « Les nouveaux tempéraments à l'obligation *ultra vires* *successionis* », *JCP N* 2006, 1366, n° 10.

¹³³⁰ Rappr. P. CATALA, « La loi du 23 juin 2006 et les colonnes du temple », *Dr. fam.* 2006, étude 43, n° 5 : « Les références implicites qui hantent cette atteinte à la logique de l'obligation illimitée sont à chercher parmi les notions de pouvoir modérateur, d'équité ou d'erreur légitime. » ; C. BRENNER, *JCl. Civil code*, art. 870 à 877, fasc. 20 : *Successions – Paiement des dettes – Obligation au passif successoral – Etendue de l'obligation*, 2011, n° 18 : « Une sorte de palliatif à l'absence possible de rescision de l'acceptation pour lésion, en somme ; ce que fonde en Justice l'idée que les exigences de la morale trouvent leur limite naturelle dans l'intérêt social qui veut que l'héritier ne puisse être contraint de se ruiner par le fait de son auteur. »

¹³³¹ R. LIBCHABER, obs. préc.

celle-ci est réduite voire effacée. En d'autres termes, cette disposition, de la même manière que les dispositions relatives au cautionnement, revient à exiger, pour que le créancier puisse mettre en œuvre son gage, que la valeur de sa créance soit proportionnée à la valeur de l'assiette de son gage. Ce rapprochement avec le droit du cautionnement n'est pas étonnant, les travaux préparatoires de la loi montrent en effet que l'action en décharge a été conçue notamment pour les cautionnements conclus par le *de cuius*¹³³². En somme, l'action en décharge de la dette successorale ne fait que confirmer la résurgence du modèle de l'obligation *intra vires*¹³³³ et participe au mouvement général de cantonnement du gage général.

287. La limitation du gage du légataire de somme d'argent. – L'autre atteinte à l'obligation *ultra vires* que provoque l'acceptation pure et simple est prévue à l'alinéa 2 de l'article 785 : l'héritier qui accepte purement et simplement la succession « *n'est tenu des legs de sommes d'argent qu'à concurrence de l'actif successoral net des dettes* ». En effet, à la différence des autres légataires – titulaires d'un droit réel dans la succession –, les légataires de choses fongibles sont des *créanciers* de la succession¹³³⁴. Si les rares arrêts rendus avant 2006 semblaient tenir les héritiers indéfiniment au paiement de ce legs¹³³⁵, il faut toutefois remarquer que « *décider que les successeurs en sont tenus ultra vires hereditatis reviendrait [...] à permettre au défunt de léguer les biens de ses héritiers* »¹³³⁶. Pour échapper à cette aberration, il était donc préférable de limiter le gage des légataires de sommes d'argent aux biens de la succession, ce qu'a opportunément décidé le législateur, limitant, une fois de plus, l'effet de l'obligation *ultra vires*. Cet infléchissement légal du régime de l'obligation *ultra vires* est à

¹³³² S. HUYGHE, Rapport présenté au nom de la commission des lois portant réforme des successions et des libéralités, Assemblée nationale, 15 févr. 2006, n° 2850, p. 95 : « *On peut imaginer que seront ainsi visés les cautionnements donnés par le défunt mais découverts tardivement faute d'une centralisation nationale de l'information sur l'ensemble des cautionnements donnés, ou encore les dommages constatés longtemps après le décès, tels que les dommages environnementaux causés par l'activité de l'entreprise individuelle, ou résultant d'une activité à l'étranger [...]*. »

¹³³³ V. en ce sens F. BICHERON, « Sécuriser la masse successorale : le point de vue de l'universitaire », *JCP N* 2011, 1133, n° 16 : « *Le principe de la succession à la personne qui caractérise l'acceptation pure et simple s'en trouve malmené, tout autant que la théorie classique du patrimoine.* »

¹³³⁴ Civ. 1^{re}, 26 sept. 2012, n° 11-16244, *Bull. civ. I*, n° 190 ; *D.* 2012, p. 2306 ; *AJ fam.* 2012, p. 558, obs. C. VERNIÈRES ; *RTD civ.* 2012, p. 763, obs. M. GRIMALDI ; *RDC* 2013, p. 561, obs. R. LIBCHABER : « *[...] le legs d'une somme d'argent, fut-elle représentative du prix de vente d'un bien, a nécessairement pour effet de rendre le légataire créancier de la succession [...]*. »

¹³³⁵ V. la jurisprudence citée par R. LE GUIDEC, G. CHABOT, *Rép. civ.*, v° *Succession : liquidation et règlement du passif héréditaire*, janv. 2010 (actualisation avr. 2019), n° 26.

¹³³⁶ F. TERRÉ, Y. LEQUETTE, S. GAUDEMET, *Les successions – Les libéralités*, 4^e éd., coll. Précis, Dalloz, 2014, p. 817, n° 917. Le rapporteur du projet de loi confirme cette idée : S. HUYGHE, rapport préc., p. 28 : « *Cette règle, unanimement dénoncée pour son iniquité, évitera de permettre au défunt d'obliger ses héritiers à donner plus que ce qu'il leur a transmis.* »

conjuguer avec la refonte du régime du bénéfice d'inventaire, option devenue séduisante pour l'héritier.

b. LE REGAIN D'ATTRACTIVITE DE L'ACCEPTATION A CONCURRENCE DE L'ACTIF NET

288. Un régime devenu plus attrayant pour l'héritier. – L'acceptation sous bénéfice d'inventaire a souvent été critiquée en droit français pour son régime, insatisfaisant à plusieurs titres – publicité incomplète, formalisme excessif, ordre des paiements des créanciers imprécis –, au point qu'il était recommandé à l'héritier de lui préférer, dans certains cas, la renonciation¹³³⁷. Sur ce point, le système de succession aux biens du droit allemand a longtemps été cité en exemple par la doctrine¹³³⁸. Soucieux de donner une nouvelle dimension à cette option successorale, le législateur l'a profondément réformée par la loi du 23 juin 2006. La structure fondamentale de l'option qu'il faut désormais appeler l'« *acceptation à concurrence de l'actif net* »¹³³⁹ n'est pas modifiée : elle aboutit à faire du patrimoine héréditaire une masse distincte affectée au paiement des créanciers successoraux¹³⁴⁰. Mais c'est son mode de fonctionnement qui est rendu plus attractif par le législateur, notamment par sa déjudiciarisation. L'héritier optant a désormais une liberté importante de gestion de la succession : il peut conserver certains biens de la succession, à charge d'être débiteur de la valeur, de même qu'il peut vendre les biens qu'il n'entend pas conserver et être débiteur du prix de vente à la succession¹³⁴¹. Les créanciers sont toutefois à l'abri de toute manœuvre

¹³³⁷ V. en ce sens H., L., J. MAZEAUD, F. CHABAS, *Leçons de droit civil*, t. IV, *Successions – Libéralités*, 5^e éd. par L. et S. LEVENEUR, Montchrestien, 1999, p. 412, n° 1112 qui, après avoir exposé les inconvénients du bénéfice d'inventaire, en concluent qu'« *il est préférable de refuser une succession certainement mauvaise, et d'accepter purement et simplement une succession indiscutablement solvable* ».

¹³³⁸ V. not. l'étude considérable de PERCEROU qui, après avoir procédé à la critique de l'organisation de la liquidation du passif héréditaire en droit français, notamment du système du bénéfice d'inventaire (J. PERCEROU, « La liquidation du passif héréditaire en droit français », *RTD civ.* 1905, p. 535 s., spéc. p. 589 s.), a exposé le système allemand, qu'il considérait comme nettement supérieur (J. PERCEROU, « La liquidation du passif héréditaire en droit comparé, spécialement en droit allemand », *RTD civ.* 1905, p. 811).

¹³³⁹ La modification est également symptomatique de l'intention du législateur : Ph. MALAURIE, C. BRENNER, *Droit des successions et des libéralités*, 8^e éd., coll. Droit civil, LGDJ, 2018, p. 154, n° 249 : « *Le mot de « bénéfice » exprimait en effet une donnée révolue : une faveur, accordée par la Chancellerie aux héritiers qui la sollicitaient. Au contraire, la loi nouvelle a voulu en faire une option normale.* »

¹³⁴⁰ C. civ., art. 791 : « *L'acceptation à concurrence de l'actif net donne à l'héritier l'avantage : 1° D'éviter la confusion de ses biens personnels avec ceux de la succession ; [...] 3° De n'être tenu au paiement des dettes de la succession que jusqu'à concurrence de la valeur des biens qu'il a recueillis.* »

¹³⁴¹ C. civ., art. 793. Monsieur BRÉMOND, à l'égard de ces nouvelles dispositions, estime que « *c'est un reflux du recours au juge comparable à celui observé en droit des sûretés réelles au travers de la légalisation de plus en plus fréquente de la clause de voie parée et du pacte commissaire* » (V. BRÉMOND, « La nouvelle acceptation à concurrence de l'actif net », *JCP N* 2006, 1331, spéc. n° 12).

frauduleuse : ils disposent d'un recours pour contester la valeur du bien conservé ou le prix de l'aliénation du bien, et obtenir le cas échéant que l'héritier soit tenu sur ses biens personnels du complément ou qu'il restitue à la succession le bien conservé¹³⁴². Ils sont, en outre, protégés du défaut de déclaration de l'aliénation d'un bien de la succession par l'engagement du patrimoine personnel de l'héritier à hauteur du prix de l'aliénation¹³⁴³. Ici encore, la charge est corrélative au profit car, si l'héritier acceptant à concurrence de l'actif net est en principe tenu *intra vires cum viribus* – c'est-à-dire uniquement sur les biens composant la succession – on constate par ces dispositions qu'il est tenu *intra vires pro viribus* – c'est-à-dire sur ses biens personnels à concurrence de la valeur du patrimoine héréditaire déterminée lors de l'inventaire – dès lors qu'il modifie l'intégrité de la succession en conservant ou en aliénant un des biens¹³⁴⁴. Il est également en charge du règlement des créanciers¹³⁴⁵, ce qui était, en pratique, la tâche du juge auparavant¹³⁴⁶.

289. Une option destinée à supplanter l'obligation *ultra vires*. – En somme, l'acceptation à concurrence de l'actif net bénéficie désormais d'un régime attrayant pour l'héritier doutant de la consistance du passif de la succession. Le législateur l'a ainsi érigée au rang d'« *option normale* »¹³⁴⁷, qui « *devrait logiquement être la procédure la plus utilisée car la mieux à même de protéger les héritiers sans léser de manière excessive les créanciers* »¹³⁴⁸, participant de l'évolution de fond que connaît le droit successoral. Une disposition pourrait d'ailleurs définitivement confirmer l'ascendant pris par le système de succession aux biens par rapport à celui de succession à la personne.

¹³⁴² C. civ., art. 794, al. 2 et 3.

¹³⁴³ C. civ., art. 795, al. 2.

¹³⁴⁴ V. en ce sens V. BRÉMOND, art. préc., n° 5 : « *En somme, l'héritier acceptant à concurrence de l'actif net est, normalement, tenu intra vires cum viribus dans le cas où l'intégrité de l'actif successoral n'est pas altérée et, exceptionnellement et partiellement, pro viribus lorsque la modification de l'intégrité de l'actif successoral fait apparaître une perte de valeur de ce dernier.* »

¹³⁴⁵ C. civ., art. 796, al. 1 : « *L'héritier règle le passif de la succession.* » Les héritiers peuvent demander la désignation d'un administrateur judiciaire, par voie conventionnelle ou judiciaire (C. civ., art. 813 s.). En pratique, c'est plutôt le notaire en charge de la succession qui gère le règlement du passif. Le rôle de ce dernier a d'ailleurs été consacré par la loi n° 2016-1547 du 18 novembre 2016 de modernisation de la Justice du XXI^e siècle : il lui est reconnu la possibilité de recueillir, à la place du greffe, l'acceptation à concurrence de l'actif net de l'héritier (art. 46, modifiant l'art. 788 du Code civil). Sur cette innovation, v. A. CHAMOULAUD-TRAPIERS, « La réforme de l'option successorale », *Deffrénois* 2016, p. 1321.

¹³⁴⁶ V. BRÉMOND, art. préc., n° 12 : « [...] *sous l'ancienne procédure, en cas d'opposition des créanciers, ce qui, compte tenu de la facilité avec laquelle la jurisprudence admettait l'opposition, était très fréquent, l'ordre et la manière des paiements étaient réglés par le juge (ancien art. 808) [...].* »

¹³⁴⁷ Ph. MALAURIE, C. BRENNER, *op. cit.*, p. 154, n° 249.

¹³⁴⁸ S. HUYGHE, Rapport présenté au nom de la commission des lois portant réforme des successions et des libéralités, Assemblée nationale, 15 févr. 2006, n° 2850, p. 13.

290. La succession de l'EIRL, succession aux biens ? – L'adoption de l'EIRL en droit français a impliqué de prévoir les conséquences de la création d'un patrimoine professionnel sur la succession de l'entrepreneur. Or, l'article L. 526-15 du Code de commerce énonce qu' « *en cas de décès, les créanciers mentionnés aux 1° et 2° de l'article L. 526-12 conservent pour seul gage général celui qui était le leur au moment de la renonciation ou du décès* ». En d'autres termes, les créanciers postérieurs à la déclaration d'affectation, qu'ils aient pour gage le patrimoine personnel de l'entrepreneur ou son patrimoine professionnel, semblent voir leur gage se cristalliser au décès de l'EIRL, et ce *même si* l'héritier a accepté purement et simplement la succession. Ainsi, l'héritier censé être obligé *ultra vires* ne succéderait plus à la personne mais aux biens¹³⁴⁹, les effets étant les mêmes que ceux d'une acceptation à concurrence de l'actif net¹³⁵⁰. La détermination du gage des créanciers personnels du *de cuius* est toutefois sujette à des interprétations diverses. À s'en tenir à une interprétation stricte de l'article, il faudrait appliquer la cristallisation du gage au moment du décès de l'entrepreneur non seulement pour les créanciers professionnels, dont le gage est cantonné au patrimoine affecté, mais aussi aux créanciers personnels – expressément visés par le texte –, qui verraient alors le gage réduit au patrimoine non affecté du *de cuius*, sans avoir aucun droit sur les biens personnels de l'héritier^{1351 1352}. Une interprétation différente du texte, moins littérale, est toutefois possible. Si le législateur avait voulu neutraliser le mécanisme de l'obligation *ultra vires*, il aurait

¹³⁴⁹ A.-M. LEROYER, J.-F. PILLEBOUT, « EIRL et droit des régimes matrimoniaux et des successions » in F. TERRÉ (dir.), *EIRL – L'entrepreneur individuel à responsabilité limitée*, coll. Droit 360°, LexisNexis, 2011, p. 125, n° 307.

¹³⁵⁰ F. ZENATI-CASTAING, T. REVET, *Cours de droit civil – Successions*, coll. Droit fondamental, PUF, 2012, p. 166, n° 74.

¹³⁵¹ V. en ce sens A.-M. LEROYER, *RTD civ.* 2010, p. 632 s., spéc. p. 640 : « *Il faut souhaiter que cette interprétation soit retenue, car on ne voit pas pourquoi les créanciers successoraux seraient admis à agir sur les biens personnels de l'héritier, s'ils ne le peuvent pas sur tous les biens de la succession. Dans cette logique, l'affectation vient donc contrarier les effets de l'acceptation pure et simple de la succession. Dans une telle interprétation, l'héritier ne succède plus à la personne, il succède aux biens.* » ; Adde F. ZENATI-CASTAING, T. REVET, *op. cit.*, p. 166, n° 74.

¹³⁵² Ce cloisonnement patrimonial devrait ainsi également s'imposer aux créanciers de la succession, c'est-à-dire les créanciers dont les droits sont nés à l'occasion du décès ou du règlement de la succession. V. en ce sens F. ZENATI-CASTAING, T. REVET, *op. cit.*, p. 166, n° 74 et p. 273, n° 135 ; *contra* M.-H. MONSÈRIÉ-BON, M. NICOD, « Le décès de l'entrepreneur individuel à responsabilité limitée » in *Ecrits de droit de l'entreprise – Mélanges en l'honneur de Patrick Serlooten*, Dalloz, 2015, p. 243 s., spéc. p. 248, n° 14 : « *S'agissant des « charges successorales », [...] aucune limitation du gage du créancier ne saurait être admise. C'est l'ensemble des biens laissés par l'EIRL qui doit en répondre.* » ; R. LE GUIDEC, « Le patrimoine affecté de l'EIRL et le droit des successions », *Deffrénois* 2011, p. 599, n° 6 : « *[...] les créanciers, les uns ou les autres, postérieurs à l'ouverture de la succession, ne peuvent se voir opposer la distinction patrimoine affecté et patrimoine personnel, qui n'a plus de sens.* »

expressément prévu que le texte dérogeait à l'article 785 du Code civil¹³⁵³. En l'absence d'une telle disposition, il faut considérer qu'en cas d'acceptation pure et simple, les créanciers personnels du *de cuius* auront pour gage le patrimoine non affecté de ce dernier ainsi que le patrimoine personnel de l'héritier¹³⁵⁴. Cette interprétation est d'autant plus plausible qu'en cas d'acceptation pure et simple de la succession, les créanciers personnels de l'héritier verront, eux, leur gage s'étendre au patrimoine non affecté du défunt¹³⁵⁵ ; or, on ne voit pas ce qui justifierait que les créanciers personnels du *de cuius* disposent d'un gage plus limité que les créanciers personnels de l'héritier. Il nous paraît dès lors souhaitable de considérer qu'en cas d'acceptation pure et simple, les créanciers personnels de l'entrepreneur défunt aient un gage élargi aux biens personnels de l'héritier, ce qui cantonne l'effet de la règle de l'article L. 526-15 du Code de commerce aux créanciers professionnels du *de cuius* qui, eux, voient leur gage limité au patrimoine affecté, quelle que soit l'option successorale des héritiers¹³⁵⁶. Le système de succession aux biens ne semble donc pas s'être totalement substitué au système de succession à la personne s'agissant de l'EIRL, mais s'impose tout de même partiellement par la survie de l'affectation pour les créanciers professionnels du *de cuius*, dont le gage se réduit au patrimoine professionnel tel qu'il était constitué au jour du décès de l'entrepreneur¹³⁵⁷.

291. Un recul de la dimension symbolique de la succession. – Le principe de continuation de la personne et sa manifestation qu'est l'obligation *ultra vires* évoquent tout à fait la

¹³⁵³ Cette précision aurait été d'autant plus prévisible que la loi du 15 juin 2010 portant création de l'EIRL a expressément posé à l'article L. 526-12 du Code de commerce que la consistance du gage des créanciers professionnels et des créanciers personnels de l'entrepreneur dérogeait aux articles 2284 et 2285 du Code civil.

¹³⁵⁴ V. en ce sens F. TERRÉ, Y. LEQUETTE, S. GAUDEMET, *Les successions – Les libéralités*, 4^e éd., coll. Précis, Dalloz, 2014, p. 836, n° 941 ; C. BRENNER, *JCl. Civil code*, art. 870 à 877, fasc. 20 : *Successions – Paiement des dettes – Obligation au passif successoral – Étendue de l'obligation*, 2011, n° 39 : « [...] le statut d'EIRL – conformément à sa raison d'être – ne limite à la valeur de biens spécifiés (intra vires) que le seul gage des créanciers professionnels de l'entrepreneur auquel le patrimoine affecté est opposable. » ; C. PÉRÈS, C. VERNIÈRES, *Droit des successions*, coll. Thémis, PUF, 2018, p. 549, n° 628 ; J.-P. SÉNÉCHAL, « Le décès de l'EIRL et l'obligation de l'héritier aux dettes de la succession », *BJE* 2011, p. 218.

¹³⁵⁵ La doctrine est unanime sur ce point, y compris celle soutenant une interprétation littérale de l'article L. 526-15. V. A.-M. LEROYER, art. préc., p. 640 : « [...] l'affectation ne devrait pas empêcher les créanciers personnels de l'héritier d'agir sur n'importe quel bien de la succession, ce qui paraît tout à fait critiquable. »

¹³⁵⁶ *Contra* R. LE GUIDEDEC, art. préc., n° 8, et M.-H. MONSÉRIÉ-BON, M. NICOD, art. préc., p. 249-250, n° 19, qui étendent l'application de l'obligation *ultra vires* y compris aux créanciers professionnels du défunt.

¹³⁵⁷ Il ne faut toutefois pas exclure les différentes voies de décloisonnement patrimonial auxquelles les créanciers professionnels peuvent avoir recours, y compris, selon toute vraisemblance, au décès de l'EIRL : l'extension du gage au bénéfice réalisé par l'EIRL lors du dernier exercice clos en cas d'insuffisance du patrimoine affecté (C. com., art. L. 526-12, II, al. 3) au jour du décès (V. en ce sens M.-H. MONSÉRIÉ-BON, M. NICOD, art. préc., p. 249, n° 19 ; *Adde* R. LE GUIDEDEC, art. préc., n° 7) ; la réunion des patrimoines du *de cuius* en cas de confusion des patrimoines résultant d'une absence de séparation effective des patrimoines du *de cuius* par les héritiers (C. com., art. L. 526-12, II, al. 2) qui rétablirait le système classique de l'obligation *ultra vires* (V. en ce sens F. ZENATI-CASTAING, T. REVET, *op. cit.*, p. 273-274, n° 135).

dimension symbolique que procure le gage général à l'obligation. En recevant le patrimoine du défunt, l'héritier continue *symboliquement* sa personne, il devient ainsi débiteur des obligations auxquelles était tenu le *de cuius* comme si aucune substitution de personne n'avait eu lieu. En portant atteinte à cette règle tout en lui préférant l'obligation *intra vires*, le législateur contribue à remettre en cause l'idéal de solidarité au sein de l'institution familiale¹³⁵⁸. L'orientation est similaire s'agissant de l'organisation patrimoniale du couple.

II. LE DECLIN DE LA COMMUNAUTE PATRIMONIALE DU COUPLE

292. Le régime matrimonial de la communauté de biens s'avère avantageux pour les créanciers du couple, qui voient leur gage général s'étendre, la plupart du temps, aux biens des deux membres du couples (A). Ce modèle d'organisation patrimoniale est toutefois délaissé au profit du modèle de séparation de biens, qui cantonne le gage des créanciers du couple (B).

A.- PRESENTATION DU REGIME LEGAL DE LA COMMUNAUTE

293. La communauté réduite aux acquêts, régime légal des époux. – La détermination du régime matrimonial légal fit l'objet de vives discussions lors des travaux préparatoires du Code civil¹³⁵⁹, qui ont finalement abouti à faire de la communauté réduite aux acquêts le droit commun des régimes matrimoniaux, régime jugé alors harmonieux, correspondant aussi bien aux couples riches qu'aux couples démunis¹³⁶⁰. Cette institution, issue du droit coutumier, a

¹³⁵⁸ Rapp. J. ROCHFELD, *Les grandes notions du droit privé*, 2^e éd., coll. Thémis, PUF, 2013, p. 374, n° 6.25, l'auteur rattachant cette évolution du droit successoral au mouvement de « *cantonement de la garantie* », fonction émergente du patrimoine.

¹³⁵⁹ V. particulièrement les critiques véhémentes et surannées du Tribunal de Montpellier à l'encontre du régime de la communauté : « [...] *la communauté des biens étant un moyen d'acquérir pour les femmes le désir du gain, prenant dans leur cœur la place de sentiments plus purs, pourrait souvent donner le change à leur penchans et à leurs devoirs, et transformer en spéculation de commerce le dévouement désintéressé qui doit caractériser leurs tendres sentimens. Alors l'amour des richesses et de l'indépendance remplaçant l'amour conjugal, le luxe, l'orgueil et la licence corruptrice du sexe, feraient tout craindre pour les mœurs et pour la tranquillité des ménages.* » (P. A. FENET, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, t. IV, Videcoq, 1836, p. 500-501) Plus généralement, sur les débats ayant animé les travaux préparatoires à propos de l'adoption du régime légal, v. la synthèse de G. CORNU, *Les régimes matrimoniaux*, 9^e éd., coll. Thémis, PUF, 1997, p. 47 s.

¹³⁶⁰ P. A. FENET, *op. cit.*, t. XIII, p. 714 : « [...] *pour les mariages pauvres, le système de la communauté réunit toutes les convenances de la politique, de la morale et de la justice. [...] Les fruits journaliers du travail se consomment et circulent journellement. Tout système législatif qui favorise, accélère et multiplie cette circulation féconde parmi le peuple intéressant de nos compagnes et de nos ateliers est en harmonie avec l'aisance et la prospérité publiques.* »

pour particularité d'instaurer une propriété collective des époux¹³⁶¹ sur les biens acquis durant le mariage¹³⁶². Cet aspect collectif rend le régime de la communauté original, notamment quant à l'organisation de son passif.

294. Créanciers de la communauté et composition de leur gage. – Le passif de la communauté regroupe toutes les dettes nées durant le mariage du chef d'un époux, quelle qu'en soit l'origine¹³⁶³. En tant que propriété collective dépourvue de personnalité juridique, la communauté a, en effet, pour particularité de conférer à chaque époux un *pouvoir* d'engagement de la communauté¹³⁶⁴. Les créanciers de la communauté n'ont toutefois pas tous exactement le même gage lorsqu'ils contractent avec un seul époux : dans cette hypothèse, les créanciers ménagers¹³⁶⁵ ont, en effet, un gage qui s'étend aux gains et salaires des époux, biens qui

¹³⁶¹ À bien différencier de l'indivision. V. en ce sens F. ZENATI-CASTAING, « La propriété collective existe-t-elle ? » in *Liber amicorum – Mélanges en l'honneur du professeur Gilles Goubeaux*, Dalloz-LGDJ, 2009, p. 589 s., spéc. p. 605 : « [...] ce régime matrimonial est fondamentalement étranger à l'indivision parce qu'il ne comporte aucune individualisation du bien de chaque conjoint sous la forme d'une part cessible ou transmissible à cause de mort parce qu'il ne donne pas de droit au partage, le partage et la transmission n'étant concevables que quand la communauté dégénère en indivision du fait de sa dissolution. »

¹³⁶² C. civ., art. 1401 : « La communauté se compose activement des acquêts faits par les époux ensemble ou séparément durant le mariage, et provenant tant de leur industrie personnelle que des économies faites sur les fruits et revenus de leurs biens propres. »

¹³⁶³ C. civ., art. 1410, *a contrario*.

¹³⁶⁴ Puisqu'elle est une propriété authentiquement collective, la communauté nous empêche de considérer que chaque époux a un droit exclusif sur les biens communs. Et, puisque la communauté est dépourvue de personnalité juridique, il ne nous est pas possible non plus de qualifier les époux de représentants. La communauté fait ainsi partie de ces hypothèses dans lesquelles la notion de pouvoir (notion définie par un auteur comme « la prérogative qui permet à son titulaire d'exprimer un intérêt au moins partiellement distinct du sien par l'émission d'actes juridiques unilatéraux contraignants pour autrui » (E. GAILLARD, *Le pouvoir en droit privé*, préf. G. Cornu, coll. Recherches juridiques, Economica, 1985, p. 232)) révèle toute son utilité : ni titulaire d'un droit de propriété, ni représentant de la communauté, chaque époux peut conclure des actes juridiques sur la communauté car il est titulaire de pouvoirs sur cette masse de biens (C. civ., art. 1421). Ainsi, en apparence, « tout se passe comme si la masse commune appartenait simultanément, pour sa totalité, à chacun des deux époux » (R. LIBCHABER, « Les incertitudes de la notion de communauté » in *Liber amicorum – Mélanges en l'honneur du professeur Gérard Champenois*, LGDJ, 2012, p. 583 s., spéc. p. 590, n° 9).

¹³⁶⁵ Les dettes ménagères étant celles « qui ont pour objet l'entretien du ménage ou l'éducation des enfants » (C. civ., art. 220).

échappent aux autres créanciers de la communauté¹³⁶⁶. C'est, comme le souligne un auteur, « une façon de donner au créancier une garantie supplémentaire et d'affirmer l'unité de la famille pour ses besoins essentiels »¹³⁶⁷. Il est notable que l'assiette du gage général des créanciers de la communauté contient un bien particulièrement important : le logement familial¹³⁶⁸.

Aussi ancienne et fondée soit-elle, cette organisation patrimoniale du couple semble ne plus correspondre aux mœurs de notre époque, la séparation de biens lui étant préférée, comme nous allons le constater.

B.- DECLIN DE LA COMMUNAUTE

295. La communauté de biens est un régime matrimonial dont les statistiques révèlent qu'il est de moins en moins adopté par les couples (1), ce qui n'a pas échappé au législateur, qui semble progressivement favoriser une logique séparatiste dans l'organisation du patrimoine des couples (2).

¹³⁶⁶ C. civ., art. 1414. L'explication est d'abord technique : comme l'article 223 le précise, dès lors qu'il s'est acquitté des charges du mariage, l'époux dispose librement de ses gains et salaires. En d'autres termes, en dehors des dettes ménagères, chaque époux exerce *seul* ses pouvoirs sur les gains et salaires qu'il a perçus. D'un point de vue politique, ce bémol dans l'homogénéité de la masse commune s'explique par le fait qu'il assure, financièrement, l'indépendance professionnelle de chaque époux consacrée dans ce texte (I. DAURIAC, *Les régimes matrimoniaux et le PACS*, 2^e éd., LGDJ, 2010, p. 306, n° 500). Il en résulte que, s'agissant du passif de la communauté, les gains et salaires obéissent à un régime original se rapprochant, à bien des égards, plus d'un bien propre que d'un bien commun (V. en ce sens G. CHAMPENOIS, « Quelques observations sur l'obligation à la dette et la rénovation de la communauté » in *Etudes offertes à Jacques Flour*, Rép. Defrénois, 1979, p. 33 s., spéc. p. 52, n° 21 : « [...] il serait souhaitable de reconnaître la nature originale des gains et salaires qui se concilie mal (tout au moins en matière de passif) avec les exigences de la summa divisio : biens propres – biens communs [...] » ; Adde Ph. MALAURIE, L. AYNÈS, *Droit des régimes matrimoniaux*, coll. Droit civil, LGDJ, 2017, p. 227, n° 512, qualifiant les gains et salaires de « semi-communs »).

¹³⁶⁷ F. ROUVIÈRE, *Le droit civil*, coll. Que sais-je ?, PUF, 2019, p. 68.

¹³⁶⁸ Malgré l'absence de pouvoir de disposition des époux sur le logement familial (C. civ., art. 215, al. 3 : « Les époux ne peuvent l'un sans l'autre disposer des droits par lesquels est assuré le logement de la famille, ni des meubles meublants dont il est garni. Celui des deux qui n'a pas donné son consentement à l'acte peut en demander l'annulation [...] »), la jurisprudence a admis la saisissabilité de ce bien par les créanciers de la communauté (civ. 1^{re}, 4 juill. 1978, *Bull. civ. I*, n° 256 ; D. 1979, p. 479, note Y. CHARTIER ; *RTD civ.* 1979, p. 585, obs. R. NERSON – civ. 1^{re}, 21 mai 1997, n° 95-14102, *Bull. civ. I*, n° 163 ; *JCP G* 1997, I, 4054, obs. Ph. PÉTEL ; *Dr. fam.* 1997, comm. 122, note H. LECUYER).

1. UNE REALITE SOCIO-ECONOMIQUE

296. Un régime de moins en moins adopté. – La doctrine a, pendant longtemps, affirmé que la communauté réduite aux acquêts était le régime matrimonial ayant les faveurs des couples mariés en France¹³⁶⁹, sur la seule base d'une enquête d'opinion et d'une étude statistique effectuées avant la réforme de 1965¹³⁷⁰. Or, malgré une évolution considérable du comportement des couples à l'égard du mariage, « *le peu de données sur les régimes matrimoniaux n'a pas permis d'évaluer si le comportement des couples vis-à-vis des régimes a lui aussi évolué* »¹³⁷¹. Cette absence a été palliée par une étude d'ampleur réalisée par deux économistes consacrée à l'évolution du recours au mariage et, parmi les couples mariés, le recours à un contrat de séparation de biens, entre 1992 et 2010¹³⁷². Les résultats démentent totalement l'idée selon laquelle la communauté est le régime préféré des couples : on constate une hausse considérable des couples mariés sous le régime de la séparation de biens¹³⁷³. Conjuguée à une baisse significative du nombre de couples scellant leur union par le mariage, il résulte que, sur l'ensemble des couples récemment formés, seul un tiers ont opté pour un régime communautaire, contre 60 % en 1992¹³⁷⁴. Les deux autres tiers relèvent donc d'un régime de séparation de biens – de fait¹³⁷⁵ ou de droit¹³⁷⁶ –, dans lequel les créanciers ont pour

¹³⁶⁹ G. MARTY, P. RAYNAUD, *Droit civil – Les régimes matrimoniaux*, 2^e éd., Sirey, 1985, p. 18, n° 13, citant l'étude mentionnée ci-après pour en relever « *une opinion majoritaire favorable à l'idée de communauté* » ; J. FLOUR, G. CHAMPENOIS, *Les régimes matrimoniaux*, Armand Colin, 1995, p. 14, n° 14 : « *C'est le régime le plus équitable. Et, pour autant que l'on parvienne à en expliquer le mécanisme dans une terminologie aussi peu technique que possible, c'est celui qui répond à l'attente de la majorité des ménages.* » ; G. CORNU, *Les régimes matrimoniaux*, 9^e éd., coll. Thémis, PUF, 1997, p. 36 : « *Le législateur s'est [...] fait, au moins en partie, l'interprète, non pas sans doute de volontés individuelles, mais – plus objectivement – d'un consensus social. [...] Porté par les aspirations populaires, au moins dans les grandes options (faveur pour la communauté et l'égalité des époux), le législateur a entendu traduire, dans le régime de droit commun, un idéal social.* » ; J. CARBONNIER, *Droit civil*, t. II, *La famille, l'enfant, le couple*, 21^e éd., coll. Thémis, PUF, 2002, p. 519 : « *Ce qui est vrai – et qui fait obstacle à des réformes radicales – c'est qu'il persiste en France, attesté par les sondages, un attachement très vif à la communauté ; et même idéalement à la communauté la plus étendue (« ce qui est à moi est à toi »).* »

¹³⁷⁰ Sur lesquelles v. J. CARBONNIER, « Un essai de statistique de la répartition des régimes matrimoniaux conventionnels à la veille de la réforme de 1965 », *L'Année sociologique* 1964, p. 443.

¹³⁷¹ N. FREMEAUX, M. LETURCQ, « Plus ou moins mariés : l'évolution du mariage et des régimes matrimoniaux en France », *Économie et statistique* n° 462-463, 2013, p. 125 s., spéc. p. 126.

¹³⁷² N. FREMEAUX, M. LETURCQ, « Plus ou moins mariés : l'évolution du mariage et des régimes matrimoniaux en France », art. préc.

¹³⁷³ L'étude relève que « *la part des couples en séparation de biens est ainsi passée de 6,1 % du total des mariés en 1992 à 10 % en 2010, soit une hausse de 64 %* » (M. FREMEAUX, M. LETURCQ, art. préc., p. 132), la part s'élevant à 15 % si l'on prend seulement en compte les jeunes couples mariés (*Ibid.*).

¹³⁷⁴ N. FREMEAUX, M. LETURCQ, art. préc., p. 134

¹³⁷⁵ Comme c'est le cas du concubinage, en l'absence de régime matrimonial légal.

¹³⁷⁶ Comme c'est le cas du PACS (v. *infra*, n° 301.) et de la séparation de biens des époux (C. civ., art. 1536, al. 2).

seul gage le patrimoine personnel de leur débiteur^{1377 1378}. En outre, s'agissant des couples mariés sous le régime de la communauté, l'étude nous enseigne que la consistance de ce patrimoine familial se réduit puisque les couples se marient plus tard dans leur vie, donc à un âge auquel ils ont déjà constitué leur propre patrimoine¹³⁷⁹. L'observation de la pratique patrimoniale des couples tend donc à démontrer un véritable morcellement de l'assiette des créanciers du couple.

297. Un régime perçu comme dangereux à l'ère du crédit. – Comme toute règle destinée à maximiser l'étendue du gage des créanciers, l'organisation du passif de la communauté a l'avantage de susciter la confiance des créanciers. La médaille a toutefois un revers : ce régime constitue potentiellement une menace pour le couple, l'essentiel de leurs ressources étant alors en proie aux poursuites des créanciers¹³⁸⁰. En effet, puisque les biens communs répondent des dettes de chaque époux, si une procédure collective est ouverte contre un époux négligent ou malheureux en affaires, l'effet réel de la procédure collective va *s'étendre à la communauté*¹³⁸¹, et risquer de conduire le ménage à la ruine. Si ce risque était encore rare jusqu'à la moitié du XX^e siècle, le recours massif au crédit en a fait une véritable préoccupation. C'est en considération de ces données que Monsieur SIMLER, à l'occasion d'un article remarqué¹³⁸², a estimé nécessaire de remettre en cause, si ce n'est le statut de régime matrimonial légal de la

¹³⁷⁷ À l'exception, si le couple est marié, sous le régime de la séparation de biens, des dettes ménagères, pour lesquelles les époux sont tenus solidairement (C. civ., art. 220).

¹³⁷⁸ Il semble, selon les auteurs, que l'« *impact de l'augmentation de la probabilité de divorce expliquerait la hausse du recours à la séparation de biens par le biais d'un changement des comportements, car le besoin de protéger ses biens se fait plus fortement sentir* » (N. FREMEAUX, M. LETURCQ, art. préc., p. 140).

¹³⁷⁹ N. FREMEAUX, M. LETURCQ, art. préc., p. 149-150. Il faut ajouter que, selon une autre étude, la part du patrimoine hérité dans le patrimoine total des ménages connaît une forte hausse en France (T. PIKETTY, G. ZUCMAN, « Capital is back : Wealth-Income ratios in rich countries 1700-2010 », *The Quarterly Journal of Economics* 2014, vol. 129, p. 1255). Or, les biens que l'époux acquiert par succession sont considérés comme des propres (C. civ., art. 1405, al. 1).

¹³⁸⁰ Ph. CHAUVIRÉ, « Le passif », *Dr. & patr.* janv. 2013, p. 50 : « *En cas d'impossibilité d'honorer ses dettes, le droit de gage des créanciers devient alors une menace pour le couple. Plus ce droit de gage sera étendu et plus les risques que les biens soient saisis et les sources de revenus taries sont importants. De toute évidence, favoriser le crédit et protéger l'actif du couple sont deux objectifs inconciliables.* »

¹³⁸¹ Ainsi, les créanciers du conjoint *in bonis* agissant sur les biens communs sont, *eux aussi*, soumis à la procédure collective (ass. plén., 23 déc. 1994, n° 90-15305, *Bull. ass. plén.*, n° 7 ; D. 1995, p. 145, rapp. Y. CHARTIER, note F. DERRIDA ; *JCP E* 1995, II, 660, note Ph. PÉTEL ; *Defrénois* 1995, p. 445, obs. G. CHAMPENOIS ; *JCP G* 1995, I, 3869, obs. Ph. SIMLER). Adde F.-X. LUCAS, « L'attraction du conjoint *in bonis* dans la procédure collective », *LPA* 24 avr. 2003, p. 4.

¹³⁸² Ph. SIMLER, « Pour un autre régime matrimonial légal » in *L'avenir du droit – Mélanges en hommage à François Terré*, Dalloz – PUF – éd. Jurisclasseur, 1999, p. 455.

communauté réduite aux acquêts¹³⁸³, du moins le pouvoir d'engagement de la communauté qu'a chacun des époux mariés sous le régime de communauté¹³⁸⁴. Le constat d'un nécessaire aménagement de la règle de l'article 1413 du Code civil semble aujourd'hui partagé par la majorité de la doctrine¹³⁸⁵.

La désaffectation des couples pour la communauté de biens, ainsi que le danger que cette organisation patrimoniale constitue dans une économie d'endettement semblent avoir été pris en compte par le législateur lors des dernières réformes de la matière.

2. UNE VOLONTE LEGISLATIVE

298. Le déclin de la communauté de biens s'est traduit dans la loi, d'abord par une restriction du pouvoir des époux d'engager la communauté (a), ensuite par la préférence marquée du législateur pour un régime séparatiste dans la création d'une nouvelle forme d'union, le pacte civil de solidarité (b).

a. LA RESTRICTION DU POUVOIR D'ENGAGEMENT DE LA COMMUNAUTE

299. Cautionnement et emprunt soumis à une cogestion. – La première intervention du législateur dans le sens d'un déclin de la communauté patrimoniale date de la loi du 23 décembre 1985 et a consisté à introduire à l'article 1415 du Code civil une règle dérogatoire au pouvoir de chaque époux d'engager la communauté : pour les cautionnements et les emprunts¹³⁸⁶ conclus pendant le mariage, l'époux contractant se voit *retirer* le pouvoir

¹³⁸³ L'auteur préjuge en effet, à l'époque où il rédige l'article, qu'une « *large majorité de la population exprimerait encore, si elle était à nouveau interrogée, une préférence en faveur d'un régime matrimonial légal reposant sur un principe communautaire* », ce qui l'incite à proposer des modifications tout en restant « *au sein du cadre communautaire* » (Ph. SIMLER, art. préc., p. 461).

¹³⁸⁴ « *Est-il si évident que la totalité du patrimoine commun doive répondre des dettes d'un époux ? L'idée, très ancienne, de la symétrie entre le pouvoir d'administration et l'obligation aux dettes est certes séduisante et commode, mais elle ne s'impose pas comme un impératif de la raison. Elle n'a pas, du reste, une portée absolue.* » (Ph. SIMLER, art. préc., p. 458)

¹³⁸⁵ V. par ex. G. CHAMPENOIS, « L'article 1413 du Code civil condamne-t-il le régime légal de la communauté ? » in *Etudes en l'honneur de André Ponsard*, Litec, 2003, p. 129 ; C. GRARE-DIDIER, « La communauté légale : failles et modernité » in I. DAURIAC, C. GRARE-DIDIER, S. GAUDEMET (dir.), *Quelle association patrimoniale pour le couple ?*, coll. Thèmes & commentaires, Dalloz, 2010, p. 3 s., spéc. p. 19 s. ; H. LÉCUYER, « Changer de régime légal ? », *JCP N* 2014, n° 31-35, Hors-série, p. 19.

¹³⁸⁶ Il faut toutefois exclure les emprunts ménagers portant sur des sommes modestes (C. civ., art. 220, al. 3).

d'engagement de la communauté. Le gage du créancier est alors le même que celui d'un créancier personnel : le patrimoine personnel de l'époux débiteur ainsi que ses revenus¹³⁸⁷, la communauté lui échappant¹³⁸⁸. Pour engager la communauté en concluant un cautionnement ou un emprunt, l'époux doit obtenir l'*autorisation* de son conjoint^{1389 1390}, ce qui laissera tout de même à l'abri les gains et salaires de ce dernier¹³⁹¹. Ces deux contrats ont été stigmatisés par le législateur pour leur aspect « *indolore, insidieux* »¹³⁹² : l'échéance paraît lointaine – incertaine pour le cautionnement – et favorise la conclusion de contrats aux termes déraisonnables, de nature à mettre en péril les finances du couple sans même que le conjoint soit au courant de l'engagement. Le cautionnement s'avère même plus dangereux pour la communauté puisqu'il correspond à un acte d'appauvrissement sans véritable contrepartie¹³⁹³.

300. L'extension du champ d'application de l'article 1415. – Au fil des années, la jurisprudence, fidèle à l'esprit protecteur du patrimoine commun, a étendu le champ d'application de l'article 1415 du Code civil au découvert en compte consenti à un époux¹³⁹⁴, à l'avance sur ristourne¹³⁹⁵, mais aussi à d'autres sûretés personnelles que le cautionnement,

¹³⁸⁷ C. civ., art. 1415.

¹³⁸⁸ Le créancier ne peut donc, par exemple, inscrire une hypothèque judiciaire sur un bien commun (civ. 1^{re}, 11 mars 2003, n° 00-22208, *Bull. civ. I*, n° 66 ; *Dr. fam.* 2003, comm. 61, obs. B. BEIGNIER ; *Defrénois* 2003, p. 994, obs. G. CHAMPENOIS et p. 1615, obs. Ph. THÉRY), y compris si l'inscription est prise pendant l'indivision post-communautaire, dès lors que le bien était commun à la date de l'engagement de l'époux (civ. 1^{re}, 22 nov. 2005, n° 03-12180, *Bull. civ. I*, n° 427 ; *Dr. fam.* 2006, comm. 12, obs. B. BEIGNIER ; *JCP G* 2006, I, 141, obs. Ph. SIMLER).

¹³⁸⁹ L'article 1415 vise le « consentement », mais « *cette qualification légale est contestable car ce consentement n'en est pas un véritable. Il ne rend pas son auteur partie au contrat de cautionnement. [...] Ce « consentement » est une autorisation donnée à la caution par l'époux qui ne l'est pas d'engager les biens communs. Il rétablit l'époux caution dans son pouvoir d'engager la communauté* » (M. MIGNOT, *Droit des sûretés et de la publicité foncière*, 3^e éd., coll. Cours, LGDJ, 2017, p. 164, n° 410).

¹³⁹⁰ Deux actes unilatéraux par lesquels chaque époux consent à garantir une même dette ne suffisent pas, selon la jurisprudence, à établir l'autorisation de chacun des époux à l'engagement de caution de l'autre (civ. 1^{re}, 15 mai 2002, n° 00-13527, *Bull. civ. I*, n° 128 ; *D.* 2002, p. 1780, note C. BARBEROT, et 3337, obs. L. AYNÈS ; *RTD civ.* 2002, p. 546, obs. P. CROCQ, p. 604, obs. R. LIBCHABER ; *RTD civ.* 2003, p. 339, obs. B. VAREILLE ; *Dr. fam.* 2002, comm. 90, note B. BEIGNIER).

¹³⁹¹ Certes, l'article 1415 n'introduit pas cette nuance, mais elle est conforme à l'esprit de cette disposition : V. en ce sens R. CABRILLAC, « L'emprunt ou le cautionnement dans le passif de la communauté légale », *Dr. & patr.* mai 2003, p. 72 : « [...] *l'esprit de la loi s'y oppose : le consentement du conjoint ne permet que de revenir au droit commun des articles 1413 et 1414 du Code civil, les gains et salaires du conjoint de l'époux débiteur seraient donc exclus.* »

¹³⁹² J. FLOUR, G. CHAMPENOIS, *Les régimes matrimoniaux*, Armand Colin, 1995, p. 38, n° 457.

¹³⁹³ V. en ce sens C. D'HOIR-LAUPRÈTRE, « Le crédit des couples » in *Études offertes à Jacqueline Rubellin-Devichi – Des concubinages – Droit interne, droit international, droit comparé*, Litec, 2002, p. 223 s., spéc. p. 232, n° 17.

¹³⁹⁴ Civ. 1^{re}, 6 juill. 1999, n° 97-15005, *Bull. civ. I*, n° 179.

¹³⁹⁵ Civ. 1^{re}, 19 nov. 2002, n° 00-16683, *Bull. civ. I*, n° 273 ; *D.* 2002, p. 3290, note C. BARBEROT ; *Defrénois* 2003, p. 548, obs. G. CHAMPENOIS.

comme l'aval¹³⁹⁶ et la garantie à première demande¹³⁹⁷. Et, lorsqu'elle a refusé de l'étendre au cautionnement réel¹³⁹⁸, c'est le législateur qui est intervenu en prévoyant, à l'occasion de l'ordonnance du 23 mars 2006, que les époux ne peuvent, l'un sans l'autre, affecter un bien commun à la garantie de la dette d'un tiers¹³⁹⁹.

b. L'ADOPTION D'UN REGIME SEPARATISTE COMME REGIME DE DROIT COMMUN DU PACS

301. D'une indivision d'acquêts à une séparation de biens. – Une autre manifestation indéniable du déclin de la logique communautaire dans l'organisation juridique du patrimoine des couples a été la construction du régime du pacte civil de solidarité. Nouvelle forme d'union conjugale adoptée en 1999, le PACS a, dans un premier temps, été muni d'un régime matrimonial légal original : en l'absence de stipulation contraire, tous les biens acquis par les partenaires durant leur union étaient présumés indivis par moitié¹⁴⁰⁰. En application des règles relatives à l'indivision, les créanciers dont le droit résultait de la conservation ou de la gestion de ces biens indivis avaient donc pour gage non seulement le patrimoine personnel du partenaire contractant, mais aussi le patrimoine indivis¹⁴⁰¹. Quant aux créanciers personnels des partenaires, à moins d'avoir obtenu le consentement de l'autre partenaire, ce qui étendait alors leur gage au patrimoine indivis, ils devaient provoquer le partage des biens indivis¹⁴⁰² pour pouvoir se payer ensuite sur la part revenant à leur débiteur, ce qui rendait l'indivision potentiellement très instable¹⁴⁰³. Liant de manière étroite le sort patrimonial des partenaires, ce

¹³⁹⁶ Civ. 1^{re}, 25 nov. 2003, n° 02-12942, *Bull. civ. I*, n° 236, *Defrénois* 2004, p. 1467, obs. G. CHAMPENOIS ; *JCP G* 2004, I, 129, n° 20, obs. M. STORCK ; *RTD civ.* 2004, p. 335, obs. B. VAREILLE.

¹³⁹⁷ Civ. 1^{re}, 20 juin 2006, n° 04-11037, *Bull. civ. I*, n° 313 ; *Defrénois* 2006, p. 1617, obs. G. CHAMPENOIS ; *JCP G* 2006, I, 193, n° 12, obs. Ph. SIMLER et II, 10141, note S. PIÉDELIÈVRE ; *Dr. fam.* 2006, comm. 168, note B. BEIGNIER ; *RTD civ.* 2006, p. 593, obs. P. CROCQ et p. 816, obs. B. VAREILLE.

¹³⁹⁸ Ch. mixte, 2 déc. 2005, n° 03-18210, *Bull. mixte*, n° 7 ; *D.* 2006, p. 733, note L. AYNÈS ; *JCP G* 2005, II, 10183, note Ph. SIMLER ; *RTD civ.* 2006, p. 594, obs. P. CROCQ ; *LPA* 23 janv. 2006, p. 7, note D. HOUTCIEFF – civ. 1^{re}, 20 févr. 2007, n° 06-10217, *Bull. civ. I*, n° 65 ; *D.* 2007, p. 927, obs. V. AVENA-ROBARDET et p. 2126, obs. J. REVEL ; *Dr. fam.* 2007, comm. 89, obs. B. BEIGNIER ; *JCP G* 2007, I, 142, obs. Ph. SIMLER.

¹³⁹⁹ C. civ., art. 1422, al. 2. La Cour de cassation a toutefois précisé que cet article « *n'a pas un caractère interprétatif et n'est pas immédiatement applicable* » aux contrats conclus avant son entrée en vigueur (civ. 1^{re}, 20 févr. 2007, préc.).

¹⁴⁰⁰ C. civ., anc. art. 515-5.

¹⁴⁰¹ C. civ., art. 815-17, al. 1.

¹⁴⁰² C. civ., art. 815-17, al. 3.

¹⁴⁰³ V. en ce sens H. FULCHIRON, « Les présomptions d'indivision et de communauté dans le couple », *Defrénois* 2001, p. 949.

régime aboutissait à « *une association patrimoniale et une solidarité financière beaucoup plus rigoureuses que celles attachées au mariage* »¹⁴⁰⁴. Afin de rendre l'organisation patrimoniale du PACS plus cohérente avec l'esprit libéral censé animer cette nouvelle forme de conjugalité¹⁴⁰⁵, la loi du 23 juin 2006 a remplacé le régime de la présomption d'indivision par un régime calqué sur la convention de séparation de biens des époux¹⁴⁰⁶. Ainsi, sur le plan du passif, en dehors des dettes ménagères¹⁴⁰⁷, chaque partenaire « *reste seul tenu des dettes personnelles nées avant ou pendant le pacte* »¹⁴⁰⁸. Le gage général des créanciers du partenaire est donc cantonné au patrimoine personnel de ce dernier. Le législateur a, certes, laissé aux partenaires la possibilité d'opter pour un régime d'indivision d'acquêts¹⁴⁰⁹, « *copie imparfaite* »¹⁴¹⁰ de la communauté, mais il ne s'agit que d'un régime optionnel, ce qui marque sa « *faveur* »¹⁴¹¹ pour le régime séparatiste.

302. Conclusion de la section 2. – Au terme de cette section, il apparaît clair que le mécanisme du gage général appliqué au droit patrimonial de la famille évolue dans le sens d'un rétrécissement de l'assiette. S'adaptant à une nouvelle donne sociale d'émancipation de l'individu par rapport à la cellule familiale, le législateur ne promeut plus autant la solidarité familiale que naguère. En matière successorale, le système de la succession aux biens semble se substituer au système de succession à la personne en tant que nouveau droit commun. Ainsi, l'héritier est désormais incité à accepter la succession à concurrence de l'actif net : il n'est tenu des dettes du *de cuius* qu'à concurrence de l'actif hérité, son propre patrimoine restant à l'abri des poursuites des créanciers successoraux. En matière matrimoniale, le déclin de l'institution du mariage s'accompagne d'un déclin de son régime légal, la communauté réduite aux acquêts. Les couples privilégient une organisation patrimoniale séparatiste, rendant étanches leurs patrimoines respectifs. Le législateur a pris en compte cette donnée en faisant évoluer le régime légal vers une limitation de l'engagement de la communauté, et en dotant le droit commun du

¹⁴⁰⁴ I. DAURIAC, *Droit des régimes matrimoniaux et du PACS*, 4^e éd., coll. Manuel, LGDJ, 2015, p. 27, n° 35.

¹⁴⁰⁵ V. en ce sens H. FULCHIRON, « Le nouveau PACS est arrivé ! », *Deffrénois* 2006, p. 1621, qui juge que le régime de la séparation de biens « *correspond sans doute mieux aux attentes des partenaires* ».

¹⁴⁰⁶ Il est d'ailleurs intéressant de relever qu'une proposition de loi, qui avait été déposée par plusieurs sénateurs, visait à soumettre le PACS au régime de la communauté réduite aux acquêts (Proposition de loi n° 162, séance du 27 janv. 2005, Sénat, Session ordinaire 2004-2005), proposition qui n'a pas été suivie.

¹⁴⁰⁷ C. civ., art. 515-4, al. 2 : « *Les partenaires sont tenus solidairement à l'égard des tiers des dettes contractées par l'un d'eux pour les besoins de la vie courante.* »

¹⁴⁰⁸ C. civ., art. 515-5, al. 1.

¹⁴⁰⁹ C. civ., art. 515-5-1 s.

¹⁴¹⁰ Ph. CHAUVIRÉ, « Quel avenir pour la propriété ? » in R. BOFFA (dir.), *L'avenir du droit des biens*, coll. Grands colloques, LGDJ, 2016, p. 63 s., spéc. p. 70.

¹⁴¹¹ G. CHAMPENOIS, « Rapport de synthèse » in Dossier *La communauté de biens entre époux, Bilan critique*, *JCP N* 2009, 1193, spéc. n° 32.

PACS d'une organisation patrimoniale séparatiste. Cette tendance au morcellement de l'assiette du gage général se constate même au sein du patrimoine personnel, qui voit se former une masse de biens consistante soustraite aux poursuites.

SECTION 3 : LA CONSOLIDATION D'UNE MASSE DE BIENS PRESERVATRICE DE LA DIGNITE

303. Le patrimoine personnel n'a pas échappé à ce mouvement de rétrécissement de l'assiette du gage général. Dans la poursuite d'un objectif d'humanisation du droit de l'exécution fixé depuis plusieurs décennies¹⁴¹², le nombre de biens déclarés insaisissables et, partant, la valeur soustraite de l'assiette du gage général a sensiblement augmenté. Il est vrai que les insaisissabilités sont une composante du droit de l'exécution et doivent être distinguées des règles que nous avons jusqu'ici évoquées, instituant une corrélation entre un actif et un passif¹⁴¹³. Il nous semble toutefois que l'utilisation qui est faite, dans cette hypothèse, de la technique de l'insaisissabilité, dépasse les bornes du droit de l'exécution en contribuant à une redéfinition du patrimoine personnel, comme nous allons le constater. La doctrine s'est, en effet, interrogée sur l'émergence d'une nouvelle notion qui rendrait compte de cette tendance : le patrimoine de dignité (I), dont le contenu doit être précisé (II).

I. UNE CONSTRUCTION DOCTRINALE

304. Une masse unifiée par le but poursuivi : la dignité de la personne – Protéger la dignité de la personne à travers l'insaisissabilité de certains de ses biens n'est pas une idée neuve : « *sera laissé un lit et l'habit dont les saisis seront vêtus et couverts* » prévoyait, par exemple, l'ordonnance royale de 1667¹⁴¹⁴. L'époque contemporaine se distingue toutefois par

¹⁴¹² La dynamique s'est accélérée ces dernières années mais fait partie d'une évolution plus longue. Il avait déjà été remarqué en 1965, à propos des biens insaisissables, « *le chemin parcouru par le droit de l'exécution sur la voie de l'humanisation* » (P. CATALA, F. TERRÉ, *Procédure civile et voies d'exécution*, coll. Thémis, PUF, 1965, p. 309).

¹⁴¹³ Ph. THÉRY, *Rép. int.*, v° *Voies d'exécution*, janv. 2013, n° 73.

¹⁴¹⁴ Ordonnance royale de 1667, t. 33, art. XIV.

la place incontournable qu'a prise la dignité de la personne, « *principe matriciel par excellence qui constitue le socle des droits fondamentaux, voire leur raison d'être* »¹⁴¹⁵. Une telle évolution dans la construction juridique a amené à redéfinir progressivement la dimension matérielle de la dignité de la personne¹⁴¹⁶ en étendant le nombre de biens constituant « *un minimum vital dont elles doivent disposer dans nos sociétés pour y participer dignement et dont elles ne peuvent, en conséquence, être privées* »¹⁴¹⁷. C'est dans ce contexte que Madame ROCHFELD, en réaction à l'introduction de la déclaration d'insaisissabilité de la résidence principale de l'entrepreneur individuel¹⁴¹⁸, a soutenu l'idée de la constitution par le droit français d'un « *patrimoine de dignité* »¹⁴¹⁹, que d'illustres prédécesseurs avaient déjà annoncé¹⁴²⁰. L'auteur estime, en effet, que « *la mesure prend appui sur l'idée d'affectation en ce qu'elle autorise l'isolement d'un ou de plusieurs biens à l'intérieur du patrimoine, en justifiant ce dernier par les nécessités d'une destination* »¹⁴²¹. Il ne s'agit toutefois pas d'une affectation au sens technique, car ce regroupement est une œuvre doctrinale, le législateur régissant, quant à lui, ces biens « *catégorie par catégorie, sans conception d'ensemble* »¹⁴²². L'isolement est donc produit par la technique de l'insaisissabilité.

305. Une masse isolée par la technique de l'insaisissabilité. – S'il existe, dans cette masse de biens, une communauté de destination, elle ne se distingue du reste du patrimoine de la personne que « par retrait ». Ces biens de dignité ne sont pas totalement soustraits de la circulation juridique, « *mais a minima ils le sont du mécanisme du droit de gage général des*

¹⁴¹⁵ J.-F. RENUCCI, *Droit européen des droits de l'homme*, 2^e éd., LGDJ, 2012, p. 1, n° 1.

¹⁴¹⁶ Il faut également noter un changement de terminologie. Par le passé, il était plutôt question de la « *conservation de la personne* » lorsque les biens insaisissables étaient évoqués : v. A. DECOCQ, *Essai d'une théorie générale des droits sur la personne*, préf. G. Levasseur, Bibliothèque de droit privé, t. XXI, LGDJ, 1960, p. 238 s., n° 359 s.

¹⁴¹⁷ J. ROCHFELD, *Les grandes notions du droit privé*, 2^e éd., coll. Thémis, PUF, 2013, p. 248, n° 4.26.

¹⁴¹⁸ Sur ce mécanisme, v. *supra*, n° 251.

¹⁴¹⁹ J. ROCHFELD, Commentaire de la loi n° 2003-721 du 1^{er} août 2003 pour l'initiative économique, *RTD civ.* 2003, p. 743.

¹⁴²⁰ C'est d'abord le cas de DEMOGUE, qui soutenait déjà qu'« *à côté du patrimoine de puissance et de lutte [...], il faut déterminer le patrimoine de réserve, si l'on veut assurer à certaines personnes un minimum d'existence* » (R. DEMOGUE *Les notions fondamentales du droit privé – Essai critique*, A. Rousseau, 1911, p. 402). L'idée a été, plus tard, développée par Jean CARBONNIER, qui remarquait à propos du droit de propriété que, « *comme le problème du maximum, celui du minimum a son aspect domanial, teinté de préoccupations économiques : il ne faut pas que le domaine [...] tombe au-dessous de certaines dimensions* » (J. CARBONNIER, *Flexible droit – Pour une sociologie du droit sans rigueur*, 10^e éd., LGDJ, 2001, p. 380), ce qui s'était matérialisé par la liste des biens insaisissables qui, selon lui, « *nous montrait que le droit avait bien eu l'idée d'un patrimoine minimum, substrat matériel de la personnalité* » (p. 381-382).

¹⁴²¹ J. ROCHFELD, *comm. préc.*

¹⁴²² J. ROCHFELD, « Les brouillages de la *summa divisio* des personnes et des choses. La personnification des choses », *Dr. fam.* 2013, étude 5, n° 12 s., spéc. n° 17.

créanciers »¹⁴²³. Le recours à la technique de l'insaisissabilité est avantageux pour le législateur, car celle-ci n'affecte pas le statut objectif du bien, seulement le gage des créanciers du propriétaire sur ce bien¹⁴²⁴. Cela explique que cette universalité ne se révèle que ponctuellement ; comme le souligne judicieusement Monsieur BOFFA, « *elle regroupe des choses qui ne sont traitées de manière globale qu'à l'occasion d'une opération particulière, en l'occurrence la saisie* »¹⁴²⁵. L'isolement de cette masse de biens protectrice de la dignité de la personne procède donc moins d'une caractérisation que d'une différenciation¹⁴²⁶. Cette différenciation est d'ailleurs bien souvent relative : en tant qu'atteinte aux droits des créanciers et non au bien lui-même, l'insaisissabilité va permettre de moduler la protection en fonction du but poursuivi¹⁴²⁷ : l'insaisissabilité pourra ainsi n'être que temporaire, et n'être opposable qu'à certains créanciers.

306. Une notion à venir dans le droit positif ? – Si la mise en évidence de la notion de patrimoine de dignité semble avoir, avant tout, une ambition seulement descriptive du droit positif, elle n'est pourtant pas dénuée de toute vocation prescriptive¹⁴²⁸. Plusieurs auteurs estiment ainsi que la reconnaissance de la catégorie des biens de dignité « *permettrait la systématisation d'un régime spécifique* »¹⁴²⁹, ou permettrait, du moins, de « *dresser une liste de biens revêtant un caractère vital et méritant à ce titre un traitement particulier qui en limiterait*

¹⁴²³ J. ROCHFELD, art. préc., n° 19.

¹⁴²⁴ « [...] l'insaisissabilité s'entend d'un bien qui, pour diverses raisons, est soustrait aux poursuites par la loi, mais qui demeure aliénable par son propriétaire. Le bien est mis hors d'atteinte des créanciers sans perdre pour autant son utilité pour son propriétaire. » (R. PERROT, Ph. THÉRY, *Procédures civiles d'exécution*, 3^e éd., coll. Hors cours, Dalloz, 2013, p. 217, n° 216)

¹⁴²⁵ R. BOFFA, *La destination de la chose*, préf. M.-L. Mathieu-Izorche, coll. Doctorat & Notariat, t. 32, Defrénois, 2009, p. 417, n° 564.

¹⁴²⁶ « *Il ne s'agit pas de construire positivement de manière permanente un régime unitaire, mais simplement d'assigner à un ensemble de biens un régime différent de celui du patrimoine général. La technique s'apparente davantage à une différenciation qu'à une véritable caractérisation.* » (Ibid.)

¹⁴²⁷ C. HUGON, « Les insaisissabilités entre techniques et valeurs » in *Etudes à la mémoire de Philippe Neau-Leduc*, LGDJ, 2018, p. 529 s., spéc. p. 535 : « [...] [les insaisissabilités] ne sont que des outils au service d'objectifs variés et [...] l'atteinte qu'elles portent aux droits des créanciers ne se justifie qu'autant qu'elle est limitée à ce qui est nécessaire à l'objectif recherché. »

¹⁴²⁸ Vocation, en vérité, inhérente à tout travail doctrinal de conceptualisation : « *Dès lors que les auteurs ne se cantonnent pas dans la pure paraphrase, la critique perçoit forcément à travers leurs œuvres, fût-ce sous la forme la plus discrète. Le droit savant, en tout temps et en tous lieux, produit ainsi d'innombrables critiques constructives, - celles-ci ayant le grand avantage de renforcer l'autorité de la doctrine quand elles se concrétisent.* » (Ph. JESTAZ, C. JAMIN, *La doctrine*, coll. Méthodes du droit, Dalloz, 2004, p. 223) Adde N. MOLFESSIS, « Les prédictions doctrinales » in *L'avenir du droit – Mélanges en hommage à François Terré*, Dalloz – PUF – éd. du Jurisclasseur, 1999, p. 141 s., spéc. p. 162, n° 34 : « [...] non seulement la doctrine peut prédire, mais, plus encore, c'est là une nécessité dont son existence même dépend. Il existe un lien ontologique entre la doctrine et les prédictions, qui tient à ce que la prédiction est, comme elle, un phénomène d'autorité. La disparition de la prédiction précipiterait donc celle de la doctrine, du moins entraînerait-elle son changement. »

¹⁴²⁹ J. ROCHFELD, *Les grandes notions du droit privé*, op. cit., p. 248, n° 4.27.

notamment la saisissabilité »¹⁴³⁰. Bien aidée par une réception favorable de la doctrine¹⁴³¹, la théorie du patrimoine de dignité semble faire une percée en droit positif, tant dans la loi que dans la jurisprudence.

II. UN CONTENU EVOLUTIF

307. Les biens nécessaires à la vie de la personne. – Les premiers biens que l'on considère instinctivement comme nécessaires à la dignité de la personne sont ceux permettant de subvenir à ses besoins essentiels, dont on retrouve la liste du 1^o au 10^o de l'article R. 112-2 du Code des procédures civiles d'exécution. Citons pêle-mêle les vêtements, les denrées alimentaires, la literie, ... Ces biens constituent en quelque sorte le noyau dur de ce patrimoine de dignité¹⁴³² en ce sens que leur insaisissabilité est une constante dans le droit depuis des siècles¹⁴³³. Il faut y ajouter les droits et sommes d'argent censées permettre à la personne de subvenir à ses besoins et à ceux de sa famille¹⁴³⁴ ainsi que la fraction de salaire insaisissable¹⁴³⁵. Un nouveau

¹⁴³⁰ R. BOFFA, Ph. CHAUVIRÉ, « Le changement en droit des biens », *RDA* févr. 2015, p. 67 s., spéc. p. 78, n° 28.

¹⁴³¹ B. FAGES, « Théorie du patrimoine et droit des affaires : une respectueuse indifférence », *RLDA* janv. 2005, p. 73 : « C'est là une belle et généreuse expression, à laquelle on ne peut que souhaiter beaucoup de succès. » ; *Adde*, se prévalant de cette théorie : M. MEKKI, « Le patrimoine aujourd'hui », *JCP G* 2011, doctr. 1258, spéc. n° 17 ; C. WITZ, *JCl. Civil code*, art. 2284 et 2285 : *Droit de gage général*, mars 2016, n° 122 ; A.-L. THOMAT-RAYNAUD, « Protection des biens personnels de l'entrepreneur individuel et droit des créanciers : vers quel équilibre ? », *RLDA* juin 2010, p. 51 s., spéc. p. 52, n° 7 ; J.-P. MARGUÉNAUD, « Alerte européenne sur le droit des régimes matrimoniaux », *RTD civ.* 2013, p. 810 s., spéc. p. 811 ; G. GUERLIN, note sous civ. 2^e, 28 juin 2012, *Dr. fam.* 2013, comm. 131, spéc. n° 4 ; Ph. CHAUVIRÉ, « Les biens vitaux », communication au colloque *La propriété au XXI^e siècle*, ss. la dir. de V. MALABAT, Université Bordeaux IV, 26 sept. 2019.

¹⁴³² Liste que raillait RIPERT en raison de son incohérence avec la clémence que manifestait alors déjà le droit pour le débiteur récalcitrant : « Mais quelle pitoyable énumération [...]. Res sacra miser ! On discutait autrefois s'il fallait laisser deux pardessus au débiteur ! Qui ne sourirait aujourd'hui en pensant à tous ceux qui, criblés de dettes, mènent joyeuse vie. » (G. RIPERT, *Le régime démocratique et le droit civil moderne*, LGDJ, 1936, p. 140, n° 72)

¹⁴³³ Si l'on fait exception de l'innovation technologique que constitue la machine à laver le linge (CPCE, art. R. 112-2, 10^o)...

¹⁴³⁴ Les sommes et créances à caractère alimentaire (CPCE, art. L. 112-2, 3^o), les prestations familiales (CSS, art. L. 553-4, I, al. 1), l'allocation de solidarité spécifique (CT, art. L. 5423-5), l'allocation de solidarité active (CASF, art. L. 262-48), l'allocation personnalisée d'autonomie (CASF, art. L. 232-25), l'aide personnalisée de retour à l'emploi (CT, art. L. 5133-8), l'aide personnalisée au logement (CCH, art. L. 351-9), l'allocation des adultes handicapés (CSS, art. L. 821-5), l'allocation versée au demandeur d'asile (CESEDA, art. L. 744-9), la pension de retraite du combattant (Code des pensions militaires, art. L. 321-3).

¹⁴³⁵ CT, art. L. 3252-2 et 3, le montant de cette fraction étant calculé selon un barème (CT, art. R. 3252-2).

mécanisme est venu s'ajouter à cette liste en 2009¹⁴³⁶ : le « *RSA bancaire* »¹⁴³⁷, consistant à obliger le dépositaire d'un compte bancaire saisi à mettre à disposition du saisi une somme à caractère alimentaire¹⁴³⁸. Il succède à un dispositif analogue¹⁴³⁹ qui avait pour inconvénient de requérir une manifestation de volonté¹⁴⁴⁰. De la même manière que pour la résidence principale de l'entrepreneur individuel, le législateur a réformé ce mécanisme pour le rendre finalement applicable *de plein droit*. Mentionnons enfin les objets indispensables aux personnes handicapées ou destinés aux soins des personnes malades¹⁴⁴¹ ; la prothèse est, certes, dotée d'une valeur économique souvent conséquente, mais elle s'avère essentielle à la vie quotidienne de la personne handicapée et ne peut, de ce fait, être saisie¹⁴⁴².

308. Le logement. – La thématique du droit au logement est une préoccupation majeure du droit contemporain¹⁴⁴³, qui a connu une large médiatisation. Parmi les mécanismes mis en place pour protéger le logement de la personne, lorsqu'elle en est propriétaire, figure en bonne place l'insaisissabilité. Le législateur y avait déjà recouru au début du XX^e siècle en instaurant la possibilité de rendre insaisissable le logement familial¹⁴⁴⁴, mais le mécanisme s'est avéré inefficace¹⁴⁴⁵. C'est donc la loi du 1^{er} août 2003 qui a posé les premiers jalons d'une insaisissabilité de la résidence principale, nécessitant une manifestation de volonté de la part de l'entrepreneur individuel. Cette exigence a, par la suite, été supprimée par la loi n° 2015-990 du 6 août 2015¹⁴⁴⁶ pour frapper la résidence principale de l'entrepreneur individuel d'une

¹⁴³⁶ Loi n° 2009-526 du 12 mai 2009 de simplification et de clarification du droit et d'allègement des procédures (*JORF* n° 110, 13 mai 2009, p. 7920).

¹⁴³⁷ Ph. HOONAKKER, « Le RSA bancaire ou la mise à disposition automatique d'une somme à caractère alimentaire sur un compte saisi », *D.* 2010, p. 1890.

¹⁴³⁸ CPCE, art. L. 162-2. Ce dispositif ne s'additionne pas aux autres sommes insaisissables versées sur le compte mais se combine avec celles-ci.

¹⁴³⁹ Décret n° 2002-1150 du 11 septembre 2002 instituant un dispositif d'accès urgent aux sommes à caractère alimentaire figurant sur un compte saisi et modifiant le décret n° 92-755 du 31 juillet 1992 (*JORF* n° 214, 13 sept. 2002, p. 15133).

¹⁴⁴⁰ Condition qui a rendu le dispositif inefficace chez les personnes qui en avaient le plus besoin selon les associations de consommateurs (Ph. HOONAKKER, art. préc., p. 1891, n° 2).

¹⁴⁴¹ CPCE, art. L. 112-2, 7°. On peut ajouter l'article R. 112-2, 15° qui mentionne les animaux destinés à la subsistance du saisi, comme peut l'être le chien d'aveugle.

¹⁴⁴² Une cour d'appel ayant confirmé une saisie pratiquée sur un dentier a ainsi été censurée par la Cour de cassation, pour laquelle un tel bien fait « *partie intégrante de la personne humaine* » (civ. 1^{re}, 11 déc. 1985, n° 84-10339, *Bull. civ.* I, n° 348).

¹⁴⁴³ Sur laquelle v. C. ALBIGES, « Le droit au logement » in R. CABRILLAC (dir.), *Libertés et droits fondamentaux*, 26^e éd., Dalloz, 2020, p. 943.

¹⁴⁴⁴ Loi du 12 juillet 1909 (*JORF* 13 juill. 1909, p. 7566), abrogée par la loi n° 2011-1862 du 13 décembre 2011 (*JORF* n° 289, 14 déc. 2011).

¹⁴⁴⁵ Le mécanisme ne protégeait que les biens n'excédant pas une valeur de 8000 francs de l'époque, ce qui correspond à environ 7500 euros aujourd'hui.

¹⁴⁴⁶ *JORF* n° 181, 7 août 2015, p. 13537.

insaisissabilité *de plein droit*¹⁴⁴⁷, opposable aux créanciers professionnels postérieurs à la publication de cette loi. L'évolution est loin d'être anodine, puisqu'elle soustrait du gage des créanciers un bien qui représente souvent l'essentiel de la richesse de l'entrepreneur. L'insaisissabilité du logement familial se cantonne toutefois au champ de l'entrepreneur individuel, ce bien restant, pour les autres hypothèses, à la merci des créanciers du couple¹⁴⁴⁸, à l'exception du droit temporaire au logement¹⁴⁴⁹ et du droit viager d'habitation au profit du conjoint survivant¹⁴⁵⁰ qui sont incessibles, donc empêchent toute saisie. Au vu du changement de perspective que connaît le logement, désormais moins considéré comme une valeur économique que comme le lieu du « *bien-être personnel* »¹⁴⁵¹ selon la Cour européenne des droits de l'homme¹⁴⁵², la question d'une prochaine généralisation de l'insaisissabilité du logement se pose légitimement. Toutefois, il ne doit pas être ignoré qu'une telle orientation, en amputant le gage des créanciers du couple, diminuerait d'autant leur crédit¹⁴⁵³.

309. Les biens nécessaires à la vie professionnelle, active ou à venir. – L'insaisissabilité des outils de travail¹⁴⁵⁴ est, comme les insaisissabilités évidentes mentionnées précédemment, une constante de l'histoire. Laisser au débiteur les moyens de travailler, c'est avant tout le laisser continuer à subvenir, par sa force de travail¹⁴⁵⁵, à ses propres besoins¹⁴⁵⁶, il s'agit donc de « *biens vitaux au second degré* »¹⁴⁵⁷. N'est toutefois insaisissable que ce qui est strictement

¹⁴⁴⁷ C. com., art. L. 526-1, al. 1. La déclaration reste cependant exigée pour frapper d'insaisissabilité une résidence secondaire (al. 2).

¹⁴⁴⁸ V. *supra*, n° 294.

¹⁴⁴⁹ C. civ., art. 763.

¹⁴⁵⁰ C. civ., art. 764.

¹⁴⁵¹ CEDH, 24 nov. 1986, *Gillow c. Royaume-Uni*, n° 9063/80, § 55. La protection du logement est d'ailleurs l'un des thèmes retenus par le 116^e congrès des notaires de France de 2020.

¹⁴⁵² « [...] on constate aujourd'hui que [le logement] est regardé comme la condition de la dignité de la personne et de sa famille, de leur insertion sociale, ainsi que du plein épanouissement de leur vie privée et familiale [...] » (J. ROCHFELD, « Les brouillages de la summa divisio des personnes et des choses. La personnification des choses », *Dr. fam.* 2013, étude 5, n° 12 s., spéc. n° 17)

¹⁴⁵³ V. en ce sens G. LAMORIL, « L'insaisissabilité des biens au regard des droits fondamentaux à l'exemple du droit français », *RTDH* 2006, p. 359 s., spéc. p. 372 : « [...] les exigences du crédit en rapport avec l'effectivité d'une garantie interdisent de retrancher du droit de gage général des créanciers un bien aussi important que le logement. Le principe de sécurité juridique dans l'intérêt du créancier doit l'emporter ici sur toute autre considération [...] »

¹⁴⁵⁴ CPCE, art. R. 112-2, 16°.

¹⁴⁵⁵ T. REVET, *La force de travail (étude juridique)*, préf. F. Zenati, Bibliothèque de droit de l'entreprise, t. 28, Litec, 1992, p. 401, n° 359 : « [Le débiteur] étant, de par sa force de travail, une source d'alimentation patrimoniale, lui conférer la possibilité – en limitant le gage des créanciers – de s'alimenter et de s'entretenir satisfait, en partie au moins, une exigence patrimoniale. »

¹⁴⁵⁶ De la même manière qu'étaient autrefois insaisissables les outils nécessaires à l'agriculture : J.-Ph. LÉVY, A. CASTALDO, *Histoire du droit civil*, 2^e éd., coll. Précis, Dalloz, 2010, p. 1033, n° 694.

¹⁴⁵⁷ Ph. CHAUVIRÉ, « Les biens vitaux », communication au colloque *La propriété au XXI^e siècle*, ss. la dir. de V. MALABAT, Université Bordeaux IV, 26 sept. 2019.

nécessaire au travail, ce qui rend saisissables les biens de valeur, les biens en quantité et ceux qui ne se trouvent pas à la résidence ou au lieu de travail du débiteur¹⁴⁵⁸. Le travail constitue, en outre, un aspect essentiel de l'appartenance de la personne à la société, ce qui participe aussi de la dignité¹⁴⁵⁹. Or, à une époque frappée par le chômage de masse, l'aide à la recherche d'emploi s'avère être une préoccupation de premier ordre. La jurisprudence semble avoir pris en compte cette donnée socio-économique puisque, par un arrêt remarqué, la deuxième chambre civile a *assimilé*¹⁴⁶⁰ l'ordinateur utilisé pour la recherche d'emploi à un instrument de travail nécessaire à l'activité professionnelle personnelle pour le considérer insaisissable¹⁴⁶¹. Par cette solution, la Cour de cassation suggère donc que l'ordinateur utilisé pour la recherche d'emploi est « *un bien conditionnant, peu ou prou, le respect de la dignité du débiteur en favorisant son insertion minimale dans la société* »¹⁴⁶², ce qui s'inscrit dans le prolongement de l'insaisissabilité des diverses allocations incitatives à l'emploi ou au retour à l'emploi¹⁴⁶³.

310. Une masse de biens dynamique. – La qualification de patrimoine donnée à cette masse de biens peut d'autant plus se justifier que plusieurs manifestations de subrogation réelle se retrouvent parmi les biens qui la composent¹⁴⁶⁴ : l'insaisissabilité de la résidence principale est ainsi reportée sur le prix de la vente du bien, à charge toutefois pour le déclarant de réemployer les fonds pour acquérir une nouvelle résidence principale, dans un délai d'un an¹⁴⁶⁵, tout comme

¹⁴⁵⁸ CPCE, art. L. 112-2, 5°.

¹⁴⁵⁹ Le droit au travail est d'ailleurs consacré par la Déclaration universelle des droits de l'homme de 1948 (art. 23).

¹⁴⁶⁰ La nuance est importante car frapper un bien d'insaisissabilité relève exclusivement de la compétence de la loi (civ. 1^{re}, 4 nov. 2003, n° 99-13965, *Bull. civ. I*, n° 222).

¹⁴⁶¹ Civ. 2^e, 28 juin 2012, n° 11-15055, *Bull. civ. II*, n° 126 ; *D.* 2012, p. 1941, note L. LAUVERGNAT et 2013, p. 1578, obs. A. LEBORGNE ; *Procédures* 2012, comm. 278, note R. PERROT ; *Dr. fam.* 2013, comm. 131, note G. GUERLIN ; *RDBF* 2012, comm. 157, note S. PIÉDELIEVRE. La solution avait déjà été préconisée par certains auteurs : C. MANARA, B. TABAKA, « Pour l'insaisissabilité de l'ordinateur familial », *AJ Fam.* 2008, p. 207.

¹⁴⁶² G. GUERLIN, note préc., n° 4. La profession d'huissier de justice semble craindre que cette « *jurisprudence extensive [ouvre] la boîte de pandore en ce qu'elle pourrait rendre insaisissables de nombreux appareils électroniques aujourd'hui devenus courants et coûtant parfois plusieurs centaines d'euros* » (M. MALET, « La trentaine déclinante des procédures civiles d'exécution », *Lexbase Hebdo éd. privée*, 26 sept. 2019).

¹⁴⁶³ Citons l'allocation d'insertion professionnelle (CT, art. L. 5131-5, al. 2), la prime d'activité versée aux travailleurs aux ressources modestes destinée à inciter à l'exercice ou à la reprise d'une activité professionnelle (CSS, art. L. 845-5), l'aide financière versée aux jeunes apprentis (Décret n° 2017-267 du 28 février 2017, art. 2, al. 5).

¹⁴⁶⁴ V. en ce sens Ph. CHAUVIRÉ, communication préc.

¹⁴⁶⁵ C. com., art. L. 526-3, al. 1. Cette disposition ne vise en effet que la résidence principale de l'entrepreneur. Si une approximation du législateur n'est pas à exclure, il nous semble toutefois que cette restriction du domaine d'application du report de prix est volontaire. Rapp. F. PÉROCHON, « L'insaisissabilité après la loi Macron », *Defrénois* 2016, p. 532, n° 22 : l'auteur, étudiant l'hypothèse dans laquelle l'immeuble objet de la déclaration n'étant pas la résidence principale est vendu par le déclarant, affirme que « *l'insaisissabilité doit prendre fin lors de la cession (sans rétroactivité peut-on penser)* ».

l'insaisissabilité d'une créance qui, lorsqu'elle est versée sur un compte bancaire se reporte à due concurrence sur le solde du compte¹⁴⁶⁶.

311. Conclusion de la section 3. – Au terme de cette section, l'on peut remarquer que sous l'influence de la fondamentalisation du droit, « *la question de la saisissabilité s'est en quelque sorte, paradoxalement, rattachée au droit des personnes* »¹⁴⁶⁷. L'insaisissabilité est, certes, une technique qui a toujours été utilisée pour empêcher qu'une personne ne soit dépossédée des biens qui sont indispensables à sa survie, mais cette technique est désormais utilisée pour protéger plus largement la dignité de la personne. L'aire d'actifs au sein du patrimoine de la personne à l'abri des poursuites des créanciers s'étend progressivement, ce qui a incité la doctrine à forger un outil conceptuel destiné à rendre compte de ce mouvement : la notion de patrimoine de dignité. Ce n'est pas un patrimoine au sens strict, mais une masse de biens isolée au sein du patrimoine personnel par la technique de l'insaisissabilité, dont le contenu est susceptible de varier en fonction de la situation de la personne. Une fois de plus, il s'agit d'une tendance de droit contemporain aboutissant à une réduction de l'assiette du gage général.

312. Conclusion du chapitre 1. – Comme nous avons pu le constater tout au long de ce chapitre, diverses branches du droit privé organisent, de différentes manières, une limitation de l'assiette du gage général. L'entreprise répartit ses actifs entre différents patrimoines afin de cantonner sa responsabilité patrimoniale, et n'a même plus besoin de recourir à la personnalité morale avec la création de la figure du patrimoine d'affectation. Suivant le délitement de la cellule familiale, les dettes d'une personne lient de moins en moins les membres de sa famille, qu'il s'agisse de ses héritiers – qui succèdent plus aux biens qu'à la personne – ou de son conjoint – moins enclin à mettre en commun les biens et les dettes du couple. Et même l'assiette censée être la plus difficilement réductible – le patrimoine personnel du débiteur – connaît cette évolution : au nom de la protection de la dignité de la personne, le nombre de biens insaisissables ne cesse d'augmenter, réduisant d'autant la valeur de l'assiette du gage.

Ces différentes évolutions, on l'a vu, sont motivées par des considérations distinctes, mais ont ceci de commun qu'elles illustrent une évolution de la philosophie du droit privé : celui-ci est de plus en plus conçu comme un outil, un instrument au service de la poursuite de différents buts, qu'il s'agisse de l'efficacité économique, ou encore de l'émancipation de l'individu. Cette

¹⁴⁶⁶ CPCE, art. R. 112-5

¹⁴⁶⁷ J. MESTRE, « Rapport de synthèse » in A. LEBORGNE, E. PUTMAN (dir.), *Les obstacles à l'exécution forcée : permanence et évolution*, coll. Droit et procédures, EJT, 2009, p. 159 s., spéc. p. 167.

évolution conduit à rendre le droit de moins en moins commun, comme c'est le cas avec la règle de l'article 2284 du Code civil. Faut-il pour autant conclure que ce basculement d'un système de saisissabilité indifférenciée que traduit le gage général vers un système de saisissabilité différenciée, affectée ferait du gage général un « *mythe* »¹⁴⁶⁸ ? Cela nous semble excessif. Il est évident que les tempéraments et exceptions à l'article 2284 se multiplient. La personne engage de moins en moins *tous* ses biens en garantie de ses dettes et, par là, le symbole de l'engagement de la personne du débiteur s'estompe. Mais la règle énoncée par l'article 2284 reste, malgré tout, un modèle tenace en droit français. L'état des lieux de la notion de gage général en droit privé contemporain n'est cependant pas achevé. L'assiette du gage n'est pas le seul aspect de la notion à avoir connu des évolutions importantes, c'est également le cas de la mise en œuvre du gage général.

¹⁴⁶⁸ O. SALATI, « Le mythe du droit de gage général : les biens insaisissables » in A. LEBORGNE, E. PUTMAN (dir.), *Les obstacles à l'exécution forcée : permanence et évolution*, coll. Droit et procédures, EJT, 2009, p. 11 s., l'auteur soutenant l'idée selon laquelle on serait passé d'un système de « *saisissabilité indifférenciée* » à un système de « *saisissabilité différenciée ou affectée* », qu'ainsi « *il n'y a plus vraiment de gage commun portant sur une universalité homogène, la saisissabilité est morcelée* » (p. 15).

CHAPITRE 2 – LA MISE EN ŒUVRE PERTURBÉE

313. Lorsque l'affaiblissement du gage général est évoqué en doctrine, c'est principalement sous l'angle du morcellement de son assiette qu'il est présenté. Or, loin de se réduire à cet aspect, la dilution de la notion de gage général se manifeste, en outre, au stade de sa réalisation. Une fois que le créancier cherche à mettre en œuvre sa garantie légale, celle-ci est susceptible d'être perturbée par divers dispositifs juridiques spéciaux, faisant prévaloir un intérêt antagoniste à celui du créancier. À partir de la seconde moitié du XX^e siècle, s'est développée la protection de certaines catégories de débiteurs motivée par des motifs tantôt économiques, tantôt sociaux, ayant notamment pour effet de porter atteinte à la réalisation du gage général de leurs créanciers (Section 1). Moins actuelle est, par contre, la protection dont bénéficie le débiteur possédant des biens à l'étranger, situation de plus en plus courante dans un monde globalisé. Cette protection est indirecte puisque la poursuite des créanciers est alors freinée, non en considération de la personne du débiteur, mais par l'application d'une loi étrangère et de la compétence d'une juridiction étrangère, en vertu d'un principe de territorialité de l'exécution encore vivace, destiné à assurer le respect de la souveraineté de l'État sur le territoire duquel l'exécution est recherchée (Section 2).

SECTION 1 : LA PERTURBATION CAUSEE PAR LA LUTTE CONTRE LE SURENDETTEMENT

314. La considération progressivement accordée au débiteur. – L'individu, tel qu'il est conçu au début du XIX^e siècle par les rédacteurs du Code civil, est ce citoyen que nous avons décrit précédemment, enjoint à être responsable en ce qu'il est partie intégrante d'une collectivité. C'est à cet individu abstrait, indifférencié, que s'adresse le Code civil, ce qui constitue, conformément aux idéaux de la Révolution, une véritable rupture à l'époque : « *le droit devient unitaire par son destinataire parce que ce dernier devient abstrait. [...] Disparition du métier, de l'état, de l'origine, etc. : seul existe un sujet, un citoyen, une abstraction. Voilà ce qui est universel dans la législation civile française du début du XIXe siècle.* »¹⁴⁶⁹ Il est toutefois illusoire de penser que cet individualisme abstrait qu'adopte le droit civil est dépourvu d'un contenu idéologique, animé par « *une impartialité angélique, comme s'il était appelé à arbitrer entre les deux partis, en vertu d'une justice idéale devant laquelle chacun des deux n'aurait qu'à s'incliner* »¹⁴⁷⁰. En faisant de l'organisation des relations patrimoniales l'objet principal du droit privé, le Code civil a postulé que chaque individu était propriétaire et s'est mué en un « *Code de la bourgeoisie* »¹⁴⁷¹ selon l'expression de SALEILLES. Le phénomène de la pauvreté, absent pendant longtemps du Code et du discours de la doctrine civiliste¹⁴⁷², a fini par être appréhendé par le droit privé, lors de la seconde moitié du XX^e siècle.

¹⁴⁶⁹ T. REVET, « Rapport de synthèse » in T. REVET (dir.), *Code civil et modèles – Des modèles du Code au Code comme modèle*, Bibliothèque de l'Institut André Tunc, t. 6, LGDJ, 2005, p. 593 s., spéc. p. 597.

¹⁴⁷⁰ J. CARBONNIER, « Le Code civil » in P. NORA (dir.), *Les lieux de mémoire*, t. II, Gallimard, 1986, p. 293 s., spéc. p. 300-301.

¹⁴⁷¹ R. SALEILLES, « Le Code civil et la méthode historique » in *Le Code civil – 1804-1904 – Livre du centenaire*, t. I, A. Rousseau, 1904, p. 95 s., spéc. p. 115. Adde J. CHARMONT, « La socialisation du droit (Leçon d'introduction d'un cours de droit civil) », *Revue de métaphysique et de morale* 1902, p. 380 s., spéc. p. 389 : « [...] notre code n'est préoccupé que de protéger la richesse : c'est le code du patron, du créancier et du propriétaire. » ; J. DABIN, « Droit de classe et droit commun – Quelques réflexions critiques » in *Introduction à l'étude du droit comparé – Recueil d'études en l'honneur d'Édouard Lambert*, t. III, LGDJ, 1938, p. 66 s., spéc. p. 75 : « S'agissant par exemple du Code Napoléon [...] il serait difficile de contester que certaines matières [...] y furent traitées trop exclusivement en fonction de l'hypothèse bourgeoise de personnes fortunées. D'où la nécessité d'une réforme à l'effet de rétablir l'harmonie entre un droit trop unilatéral et les besoins spéciaux de la classe pauvre [...]. »

¹⁴⁷² V. en ce sens C. GIJSBERS, « La pauvreté » in *Recueil de leçons de 24 heures – Agrégation de droit privé et de sciences criminelles 2015*, LGDJ, 2015, p. 145 s., spéc. p. 146 : « [...] les civilistes se complaisent pour leur part dans une parfaite ignorance du phénomène de la pauvreté. Frappante à cet égard est la célèbre théorie d'Aubry et Rau qui définit le patrimoine comme un contenant abstrait dont toute personne est obligatoirement titulaire : y compris donc l'indigent criblé de dettes ! »

Le recours massif à l'endettement a conduit le législateur civil à adopter de plus en plus de mécanismes destinés à soulager le fardeau de la dette¹⁴⁷³. De cette manière, une sorte de bipolarisation du rapport d'obligation a émergé, le débiteur étant souvent considéré, à tort ou à raison, comme une partie faible¹⁴⁷⁴. Lorsque ce dernier se retrouve dans une mauvaise passe financière, un régime dérogatoire lui est appliqué, modifiant notamment la mise en œuvre du gage général par ses créanciers¹⁴⁷⁵. Ainsi la caution personne physique bénéficie d'un régime protecteur issu du droit de la consommation qui affecte à plusieurs égards la mise en œuvre par le créancier du gage général dans le but de la protéger contre un engagement souvent inconsidéré (I). Lorsqu'il sombre dans l'insolvabilité, le débiteur – commerçant ou particulier – est également protégé des poursuites sur ses biens, en cours de procédure comme à la clôture de celle-ci, afin de faciliter son rebond et d'éloigner le spectre de son exclusion sociale (II).

I. LA PROTECTION DE LA CAUTION PERSONNE PHYSIQUE

315. La caution, lorsqu'elle est appelée par le créancier en garantie de la défaillance du débiteur principal, a longtemps été conçue comme un débiteur indifférencié. Pourtant, le contrat de cautionnement présente, d'abord, une « *trame psychologique* »¹⁴⁷⁶ bien particulière en ce qu'il est souscrit par la caution « *avec le ferme espoir que l'exécution n'en sera point demandée* »¹⁴⁷⁷. La caution manque, d'ailleurs, bien souvent d'informations lorsqu'elle

¹⁴⁷³ Sa première incursion réside certainement dans la loi du 25 mars 1936 sur les débiteurs malheureux et de bonne foi, qui a simplifié le recours au délai de grâce et a déclenché les foudres de Georges RIPERT dans une chronique restée célèbre : « Le droit de ne pas payer ses dettes », *DH* 1936, chron. p. 57

¹⁴⁷⁴ Bipolarisation qui se prolonge dans le discours de la doctrine, comme le soutient R. LIBCHABER, « Le dépérissement du droit civil » in F. AUDREN, S. BARBOU DES PLACES (dir.), *Qu'est-ce qu'une discipline juridique ?*, coll. Contextes, LGDJ, 2018, p. 243 s., spéc. p. 258 : « [les civilistes] utilisent communément une bipartition entre partie faible et partie forte, qui paraît de plus en plus structurer leur pensée : la première doit être protégée, tandis que le sort de la seconde peut être exposé – et le doit même selon certains, à des fins de rééquilibrage social. Il y a sans doute des raisons à ce refus de l'abstraction ; il manifeste toutefois le retournement des droits spéciaux, par nature protecteurs, contre la législation abstraite dont ils se sont jadis émancipés. »

¹⁴⁷⁵ Rappr. F. ZENATI-CASTAING, T. REVET, *Cours de droit civil – Obligations – Régime*, coll. Droit fondamental, PUF, 2013, p. 159, n° 81 : « La vengeance du créancier dont procède le droit de gage général est déconsidérée dans un monde plein d'empathie pour le débiteur. Avec beaucoup de sollicitude, se sont multipliées les législations et les procédures visant à protéger le débiteur contre les poursuites de ses créanciers, voire à le libérer purement et simplement de ses dettes. »

¹⁴⁷⁶ M. CABRILLAC, préface in C. MOULY, *Les causes d'extinction du cautionnement*, Librairies techniques, 1979, p. VII.

¹⁴⁷⁷ *Ibid.*

s'engage, inconsciente du risque qu'elle accepte lorsqu'elle garantit la dette d'une personne à la solvabilité douteuse¹⁴⁷⁸. Le cautionnement, par son aspect indolore lors de sa conclusion, est donc un engagement aisément oublié par la caution, jusqu'à ce que le créancier le lui rappelle. Enfin, il s'agit de l'un de ces contrats exorbitants qui, pour une personne physique, « *ne fait naître aucun espoir de gain* »¹⁴⁷⁹. Ces différentes raisons ont incité la jurisprudence et le législateur à protéger spécifiquement la caution personne physique de l'engagement qu'elle souscrit. Ce régime dérogatoire est notamment susceptible de court-circuiter la mise en œuvre par le créancier de son gage sur le patrimoine de la caution, lorsque le formalisme de la mention manuscrite n'est pas respecté (A), ou lorsque le créancier a fait souscrire à la caution un engagement manifestement disproportionné (B).

A.- LE NON-RESPECT DU FORMALISME, CAUSE DE LIMITATION DE L'ASSIETTE DU GAGE

316. Le retour du formalisme dans le cautionnement – L'histoire du cautionnement est une illustration éloquente du caractère cyclique des évolutions parcourant le droit¹⁴⁸⁰. Contrat solennel dans la Rome archaïque, puis consensuel dans l'Ancien droit et sous l'empire du Code civil, jusqu'à la moitié du XX^e siècle, le cautionnement a connu, à l'époque contemporaine, un « *mouvement anti-consensualiste* »¹⁴⁸¹ motivé par la volonté de protéger la caution d'un engagement qu'elle a bien souvent pris sans mesurer les conséquences juridiques de son acte.

¹⁴⁷⁸ D. FENOUILLET, Commentaire de la loi du 1^{er} août 2003, *RDC* 2004, p. 304 : « [...] *la caution couvre le risque de défaillance du débiteur ; et mesurer ce risque suppose des informations et une compétence dont la caution ne dispose que rarement (appréciation du risque de l'opération principale, en soi et dans le contexte économique, mesure du patrimoine du débiteur principal, etc.). L'engagement est donc souvent pris à l'aveugle, la caution manquant des informations essentielles (solvabilité du débiteur, risques de l'opération, etc.), ou consenti à la légère, dans l'illusion que l'engagement ne recevra pas exécution (la perspective de réalisation du risque est lointaine et la caution n'a que sa signature à donner ; aucune chose ne doit être remise au créancier lors du contrat, qui pourrait attirer l'attention de la caution sur son engagement). En outre, bien souvent, la caution s'engage sans réelle liberté, les relations personnelles ou professionnelles qu'elle entretient avec le débiteur ne lui permettant pas de refuser sa signature. Si l'on ajoute que le contrat ne fait naître aucun espoir de gain pour elle, on mesure le caractère proprement « exorbitant » de cet engagement de prendre en charge l'éventuelle défaillance d'un tiers. »*

¹⁴⁷⁹ D. FENOUILLET, art. préc.

¹⁴⁸⁰ Analysant les évolutions du droit contemporain moins comme une manifestation du caractère cyclique de l'évolution du droit que comme des tendances régressives procédant tantôt d'un retour à l'archaïsme, tantôt d'une dérive incontrôlée de la modernité, v. l'article classique de B. OPPETIT, « Les tendances régressives du droit contemporain » in *Mélanges dédiés à Dominique Holleaux*, Litec, 1990, p. 317.

¹⁴⁸¹ F. ZENATI-CASTAING, T. REVET, *Cours de droit civil – Sûretés personnelles – Supplément aux obligations*, coll. Droit fondamental, PUF, 2013, p. 123, n° 38.

Cette évolution du cautionnement s'inscrit, au vrai, dans une tendance d'ampleur du droit privé qui, par l'avènement du droit de la consommation, met en place un système de protection de la partie faible « *au nom d'un intérêt collectif : celui du fonctionnement du marché* »¹⁴⁸². Dans cette optique, le rapport d'obligation est alors envisagé moins comme une relation entre deux individualités que comme une « *relation anonyme de marché* »¹⁴⁸³. La protection dont bénéficie, en droit français, la caution personne physique s'engageant envers un créancier professionnel ne traduit pas autre chose¹⁴⁸⁴.

317. La nullité, sanction de la violation de la mention manuscrite. – Mise en place dès la loi *Neiertz* du 31 décembre 1989, la mention manuscrite a été généralisée par la loi *Dutreil* du 1^{er} août 2003, imposant ce formalisme pour tous les cautionnements sous seing privé contractés par une personne physique au profit d'un créancier professionnel¹⁴⁸⁵. Son contenu, énoncé à l'article L. 331-1 du Code de la consommation, comprend une référence explicite au gage général : « *je m'engage à rembourser au prêteur les sommes dues sur mes revenus et mes biens si [le débiteur] n'y satisfait pas lui-même.* » S'agissant d'un formalisme *ad validitatem*, la mention doit être reproduite à la lettre par la caution à peine de nullité, ce qui en fait une véritable « *formule sacramentelle* »¹⁴⁸⁶, destinée à faire prendre à la caution la pleine conscience de son engagement¹⁴⁸⁷. Puisque la protection de la partie faible qu'organise le droit de la consommation protège bien plus un intérêt collectif – la « *fonction économique collective* »¹⁴⁸⁸ que représente la masse des consommateurs – qu'un intérêt individuel, la nullité

¹⁴⁸² J. ROCHFELD, « Du statut du droit contractuel « de protection de la partie faible » : les interférences du droit des contrats, du droit du marché et des droits de l'homme » in *Études offertes à Geneviève Viney*, LGDJ, 2008, p. 835 s., spéc. p. 843-844, n° 8.

¹⁴⁸³ Ph. STOFFEL-MUNCK, « L'autonomie du droit contractuel de la consommation : d'une logique civiliste à une logique de régulation », *RTD com.* 2012, p. 705 s., spéc. p. 710, n° 19 ; *Contra* R. LIBCHABER, « Le dépérissement du droit civil » in F. AUDREN, S. BARBOU DES PLACES (dir.), *Qu'est-ce qu'une discipline juridique ?*, coll. Contextes, LGDJ, 2018, p. 243 s., spéc. p. 257, pour lequel le droit de la consommation « *renoue en réalité avec le droit commun, tout en ayant le sentiment d'en éviter l'abstraction* », et qualifiant cette branche de « *droit commun des petits contrats* ».

¹⁴⁸⁴ Le droit du cautionnement s'éloigne ainsi de l'orientation que Christian MOULY préconisait pour que cette sûreté préserve son attractivité : C. MOULY, « Pour la liberté des garanties personnelles », *Banque* 1987, p. 1168 : « *Le fruit de l'évolution, en France, est l'équilibre entre les besoins du créancier et ceux du débiteur et de la caution. Cet équilibre a pris corps dans la liberté des garanties personnelles qu'organise notre droit. Ce serait une erreur d'en nier la valeur. Ce pourrait être un progrès d'en rechercher et d'en développer les fondements.* »

¹⁴⁸⁵ C. consomm., art. L. 331-1.

¹⁴⁸⁶ L. AYNÈS, P. CROCQ, A. AYNÈS, *Droit des sûretés*, 13^e éd., coll. Droit civil, LGDJ, 2019, p. 113, n° 210.

¹⁴⁸⁷ « *L'écriture des mots est une condition de l'intellection de l'engagement souscrit.* » (F. ZENATI-CASTAING, T. REVET, *op. cit.*, p. 125, n° 38)

¹⁴⁸⁸ J. ROCHFELD, art. préc., p. 844, n° 8.

encourue devrait être *absolue*¹⁴⁸⁹. La Cour de cassation a pourtant jugé qu'il s'agissait d'une nullité *relative*, susceptible d'être confirmée par l'exécution volontaire de la caution¹⁴⁹⁰. Cette solution nous semble procéder d'une substitution de logique : la perspective consumériste, « *abstraite et collective* »¹⁴⁹¹, est ici remplacée par la perspective civiliste, « *concrète et individuelle* »¹⁴⁹². Le rapport d'obligation, censé être anonyme dans la conception consumériste, est revivifié par la Cour de cassation qui reconnaît une individualité, une volonté, à la caution. La manœuvre n'est pas isolée, puisque la jurisprudence est allée plus loin dans l'assouplissement de la sanction du non-respect de la mention manuscrite.

318. Une sanction susceptible d'affecter non l'acte mais le gage général. – Si les termes de l'article L. 331-1 du Code de la consommation peuvent suggérer que la mention manuscrite doit être reproduite par la caution mot pour mot, la jurisprudence a préféré ne frapper de nullité que les cautionnements dont la mention manuscrite comportait une erreur de nature à rendre l'engagement inintelligible pour la caution¹⁴⁹³. Il arrive toutefois que certaines omissions ne compromettent pas la compréhension de l'engagement lui-même par la caution mais seulement sa mesure. C'est le cas d'une espèce dans laquelle la caution a reproduit la mention manuscrite en omettant, au stade de la référence au gage général, les termes « *mes biens* ». Pour la Cour de cassation, cette imperfection n'avait « *pour conséquence que de limiter le gage de la banque*

¹⁴⁸⁹ Contra A.-S. BARTHEZ, D. HOUTCIEFF, *Traité de droit civil – Les sûretés personnelles*, LGDJ, 2010, p. 383, n° 528.

¹⁴⁹⁰ Com., 5 févr. 2013, n° 12-11720, *Bull. civ. IV*, n° 20 ; *D.* 2013, p. 1113, note V. AVENA-ROBARDET et note R. LIBCHABER, p. 1706, obs. P. CROCQ ; *JCP G* 2013, 440, note Ph. SIMLER ; *RDBF* 2013, comm. 51, obs. D. LEGEAIS ; *Gaz. pal.* 21 mars 2013, p. 15, obs. M.-P. DUMONT-LEFRAND ; *Rev. sociétés* 2013, p. 479, note D. LEGEAIS : « [...] la violation du formalisme des articles L. 341-2 et L. 341-3 du code de la consommation, qui a pour finalité la protection des intérêts de la caution, est sanctionnée par une nullité relative, à laquelle elle peut renoncer par une exécution volontaire de son engagement irrégulier, en connaissance du vice l'affectant [...] ». »

¹⁴⁹¹ Ph. STOFFEL-MUNCK, art. préc., p. 718, n° 40.

¹⁴⁹² Ph. STOFFEL-MUNCK, art. préc., p. 717, n° 40.

¹⁴⁹³ V. par ex. com., 16 oct. 2012, n° 11-23623, *Bull. civ. IV*, n° 184 ; *D.* 2012, p. 2509, obs. V. AVENA-ROBARDET ; *Gaz. pal.* 13 déc. 2012, p. 11, obs. C. ALBIGES : « [...] les précisions concernant la désignation du débiteur, qui ne sont pas formellement interdites par l'article L. 341-2 du code de la consommation, ne modifient en rien la formule légale ni n'en rendent sa compréhension plus difficile pour la caution [...] ». – civ. 1^{re}, 10 avr. 2013, n° 12-18544, *Bull. civ. I*, n° 74 ; *D.* 2013, p. 1460, note J. LASSERRE-CAPDEVILLE : « [...] l'évocation du caractère « personnel et solidaire » du cautionnement, d'une part, la substitution du terme « banque » à ceux de « prêteur » et de « créancier », d'autre part, n'affectaient ni le sens ni la portée des mentions manuscrites prescrites par les articles L. 341-2 et suivant du code de la consommation [...] ». – com., 4 nov. 2014, n° 13-23130, Inédit : cassation d'un arrêt d'appel pour n'avoir pas recherché si l'ajout d'une formule « modifiait la formule légale ou en rendait la compréhension plus difficile pour la caution ». Pour des références de juridictions du fond, v. Ph. SIMLER, *Cautionnement – Garanties autonomes – Garanties indemnitaires*, 5^e éd., coll. *Traité*, LexisNexis, 2015, p. 275, n° 265.

aux revenus de la caution et n'affectait pas la validité du cautionnement »¹⁴⁹⁴. Abondamment commentée, la solution a suscité des explications et réactions diverses. Les observations formulées sur cet arrêt par un conseiller référendaire à la Cour de cassation révèlent que l'omission précitée a été interprétée par la Cour comme traduisant la volonté des parties au contrat de cantonner le gage aux revenus¹⁴⁹⁵. La solution adoptée se prévaut donc de la jurisprudence ayant admis la limitation conventionnelle du gage général¹⁴⁹⁶, explication qu'ont aussi donnée certains commentateurs¹⁴⁹⁷. Pourtant, il est, d'abord, fort probable que cette omission ait été accidentelle ou, pis, que la caution ait sciemment tronqué la mention manuscrite. En toute hypothèse, le créancier n'a ici pas consenti à une quelconque limitation de son gage, ce qui doit exclure tout parallèle avec la limitation conventionnelle du gage général¹⁴⁹⁸. En outre, cette solution reconnaît à la mention manuscrite une force qu'elle n'est pas censée avoir : les termes de la mention manuscrite étant l'œuvre du législateur, celle-ci « *a une fonction d'information, pas une fonction d'expression de la volonté de la caution* »¹⁴⁹⁹. La Cour de cassation substitue, une fois de plus, la logique civiliste à la logique consumériste qui anime le formalisme du cautionnement consenti par une personne physique à un créancier professionnel. Cette solution constitue, bien plutôt, une *limitation judiciaire du gage général* du créancier de la caution qui permet à la Cour de cassation de moduler la sanction de nullité

¹⁴⁹⁴ Com., 1^{er} oct. 2013, n° 12-20278, *Bull. civ.* IV, n° 143 ; *D.* 2013, p. 1615, obs. P. CROCQ, p. 2332, obs. V. AVENA-ROBARDET, p. 2556, obs. H. GUILLOU ; *D.* 2014, p. 127, note M. JULIENNE, L. ANDREU et p. 2146, obs. D. R. MARTIN ; *JCP G* 2014, 328, note J.-D. PELLIER ; *JCP E* 2014, 1624, note D. LEGEAIS ; *Gaz. pal.* 24 oct. 2013, note S. PIÉDELIÈVRE, 4-5 déc. 2013, p. 13, note. M.-P. DUMONT-LEFRAND, et 16 janv. 2014, note D. HOUTCIEFF ; *RLDA* déc. 2013, p. 26, note M. MIGNOT ; *Banque & Droit*, nov.-déc. 2013, p. 43, obs. E. NETTER ; *Dr. & patr.* févr. 2014, p. 58, obs. Ph. DUPICHOT, A. AYNÈS.

¹⁴⁹⁵ H. GUILLOU, obs. préc., p. 2557 : « *Décider que la mention manuscrite, certes strictement définie par la loi, ne pourrait pas exclure de l'engagement les biens de la caution, reviendrait en effet à interdire aux parties à l'acte de caution de limiter l'engagement de la caution à ses seuls revenus, contredisant ainsi l'objectif de protection de la personne physique qui a présidé à l'adoption de la loi du 1er août 2003.* »

¹⁴⁹⁶ Sur laquelle, v. *supra*, n° 242.

¹⁴⁹⁷ M. JULIENNE, L. ANDREU, note préc., spéc. p. 129, n° 9 : « *En admettant que la caution puisse n'engager par son cautionnement que ses revenus, l'arrêt commenté confirme, s'il en était besoin, que le droit de gage général n'est pas d'ordre public, et que les parties peuvent en modifier l'assiette.* » Ces auteurs reconnaissent pourtant qu'en l'espèce, « *l'amputation de la mention n'était peut-être pas volontaire* » (p. 129, n° 7).

¹⁴⁹⁸ V. en ce sens M. MIGNOT, note sous com., 1^{er} oct. 2013, préc., spéc. p. 28 : « [...] *cette limitation n'est pas conventionnelle. Elle est unilatérale puisque la mention est écrite par la caution. La limitation du gage n'est admissible que si elle est acceptée par le créancier. Or, son consentement est hautement improbable.* » ; Ph. DUPICHOT, A. AYNÈS, note sous com., 1^{er} oct. 2013, préc., spéc. p. 59 : « *Si les volontés individuelles sont libres d'instituer des limitations au droit de gage général, encore faut-il que celles-ci aient été voulues. Or, ce cantonnement prétorien du droit de poursuite du créancier est totalement incongru : il ne peut se réclamer d'aucun texte, ni d'aucun indice tiré de l'acte sous seing privé de cautionnement [...]. Partant, il résulte d'une interprétation divinatoire [...]. Une omission bénigne de recopiage se métamorphose ainsi en une volonté toute-puissante de limitation du droit de poursuite qui l'emporte unilatéralement sur le negotium...* » ; J.-D. PELLIER, note préc.

¹⁴⁹⁹ M. MIGNOT, note préc., p. 27.

afin, d'une part, de reconnaître un effet juridique à cette omission qui altère tout de même le sens de la mention¹⁵⁰⁰ et, d'autre part, de maintenir la validité du cautionnement¹⁵⁰¹ pour ne pas faire de la mention manuscrite une échappatoire pour les cautions¹⁵⁰².

319. Une solution assise en jurisprudence. – Si le procédé a suscité des réactions diverses en doctrine¹⁵⁰³, son usage n'est pas resté isolé en jurisprudence : non seulement la Cour de cassation a réitéré sa solution consistant à cantonner le gage si les termes « *mes biens* » étaient absents de la mention reproduite¹⁵⁰⁴, mais elle a, de surcroît, jugé dans le même esprit que l'omission du terme « *intérêts* » provoquait la limitation de l'obligation de la caution au seul principal de la dette¹⁵⁰⁵.

320. Une solution susceptible d'être remise en cause par la réforme du droit des sûretés.

– Le droit des sûretés devrait connaître une nouvelle réforme dans les prochaines années, la loi

¹⁵⁰⁰ « Le terme de « biens » n'est pas neutre. C'est l'étendue même du cautionnement qui est en jeu. » (D. LEGEAIS, note préc.)

¹⁵⁰¹ Alors même que « la volonté du législateur consumériste a été d'introduire un formalisme au niveau de la création du lien obligatoire, puisque l'on est en présence d'une condition de validité supplémentaire, et en aucune façon au plan de son efficacité » (S. PIÉDELIÈVRE, note préc.).

¹⁵⁰² Comp. Ph. SIMLER, *op. cit.*, p. 275, n° 265 : « [...] la solution méconnaît la nature même du cautionnement, qui, par définition, engage l'ensemble des biens de la caution. »

¹⁵⁰³ Pour une opinion favorable à cette solution de la Cour de cassation : M. JULIENNE, L. ANDREU, note préc., p. 129, n° 7 : « Même si en l'espèce l'amputation de la mention n'était peut-être pas volontaire, on voit mal la Cour de cassation imposer la nullité d'un cautionnement que le créancier aurait consenti à rendre moins rigoureux pour le garant : il n'y a aucune raison de décourager ce genre d'arrangements, et l'avance réalisée par le présent arrêt mérite d'être saluée. » ; D. HOUTCIEFF, note préc. : « Si le législateur n'a pas conféré pareil arsenal de sanction au juge, l'on se réjouira qu'il se l'approprie. » ; G. RAYMOND, note sous com., 27 mai 2014, CCC 2014, comm. 231 : « À juste titre, la Cour de cassation considère que l'omission de ce mot signifie que l'assiette des poursuites contre la caution se limite aux revenus de celle-ci. [...] Il appartient au créancier de vérifier au moment de la signature du contrat que la reproduction de la formule légale a été intégrale sauf à lui à accepter de diminuer le volume de ce qu'il pourra saisir pour être désintéressé de sa créance. » ; plus généralement, M. CABRILLAC, C. MOULY, S. CABRILLAC, Ph. PÉTEL, *Droit des sûretés*, 10^e éd., coll. Manuel, LexisNexis, 2015, p. 103, n° 131 : « [Ces solutions] préservent l'objectif général de la loi qui est la protection de la caution. » Pour une opinion défavorable à cette solution : A. AYNÈS et Ph. DUPICHOT, note préc., p. 59 : « Une omission bénigne de recopiage se métamorphose ainsi en une volonté toute-puissante de limitation du droit de poursuite qui l'emporte unilatéralement sur le negotium... Théoriquement hasardeuse, la solution est pratiquement dangereuse : voilà les cautions, instruites de la lecture du Bulletin, incitées à omettre tel ou tel terme, en espérant que le prêteur ne s'en apercevra pas ! » ; Enfin, pour une opinion mitigée : D. LEGEAIS, note préc. : « Cette solution est opportune et équilibrée. Mais si ce n'est pas de l'interprétation contra legem, cela y ressemble fortement. »

¹⁵⁰⁴ Com., 27 mai 2014, n° 13-16989, Inédit ; *JCP G* 2014, 2034, obs. Ph. SIMLER ; CCC 2014, comm. 231, obs. G. RAYMOND ; *RDBF* 2014, comm. 131, obs. D. LEGEAIS ; *LEDB* juill. 2014, obs. M. MIGNOT ; *RDC* 2015, p. 280, obs. A.-S. BARTHEZ.

¹⁵⁰⁵ Com., 4 nov. 2014, n° 13-24706, *Bull. civ.* IV, n° 157 ; *AJ Contrat* 2015, p. 33, note Y. PICOD ; *D.* 2015, p. 1814, obs. P. CROCQ ; *RTD civ.* 2015, p. 182, obs. P. CROCQ ; *RLDC* janv. 2015, p. 33, note J.-J. ANSAULT ; *Gaz. pal.* 3 déc. 2014, p. 15, obs. C. ALBIGES, 22 janv. 2015, p. 9, obs. M. MIGNOT ; *Dr. & patr.* oct. 2015, p. 87, obs. A. AYNÈS et Ph. DUPICHOT ; *Deffrénois* 2015, p. 490, obs. S. CABRILLAC ; *Banque & Droit* janv.-févr. 2015, p. 75, obs. E. NETTER ; *JCP G* 2015, 604, obs. Ph. SIMLER.

PACTE du 22 mai 2019 ayant autorisé le gouvernement à réformer le droit des sûretés par voie d'ordonnance. La chancellerie bénéficie d'ores et déjà d'un avant-projet dont elle a confié la réalisation à l'Association Henri Capitant, et dont elle va, selon toute vraisemblance, fortement s'inspirer. L'avant-projet préconise notamment, à l'article 2298, une simplification de la mention manuscrite¹⁵⁰⁶, en exigeant, selon l'un des membres du groupe de travail, « *une mention non stéréotypée qui empêchera la caution de mauvaise foi de ne pas tenir parole au seul motif d'une irrégularité formelle* »¹⁵⁰⁷. À supposer que ce texte soit retenu par la chancellerie et intégré à la réforme, il est difficile de prévoir comment la jurisprudence adaptera ses solutions, notamment celle énoncée précédemment¹⁵⁰⁸. L'article 2298 de cet avant-projet n'exige pas, au contraire de la mention manuscrite de l'article L. 331-1 du Code de la consommation, de référence au gage général dont est titulaire le créancier sur le patrimoine de la caution. Ainsi, mise à part l'hypothèse dans laquelle la caution ferait délibérément référence au gage général dans sa mention¹⁵⁰⁹ et que cette référence révélerait une incompréhension de la caution quant à l'étendue du gage octroyé au créancier, il nous semble que cette jurisprudence ne devrait plus avoir vocation à s'appliquer si cet article de l'avant-projet venait à entrer en vigueur. Il convient de s'intéresser désormais à un autre dispositif protecteur de la caution susceptible de mettre en échec la réalisation du gage général : l'exigence de proportionnalité de l'engagement.

¹⁵⁰⁶ Avant-projet de réforme du droit des sûretés, art. 2298, al. 1 : « *La caution personne physique appose elle-même, à peine de nullité de son engagement, la mention qu'elle s'engage en qualité de caution à payer au créancier ce que lui doit le débiteur en cas de défaillance de celui-ci, dans la limite d'un montant en principal et accessoires exprimé en toutes lettres et en chiffres.* »

¹⁵⁰⁷ C. GIJSBERS, « L'influence de la future réforme des sûretés sur la banque de détail », *RDBF* 2018, dossier 28, spéc. n° 19.

¹⁵⁰⁸ L'intention des rédacteurs de l'avant-projet a été d'octroyer une marge de manœuvre importante aux juges dans le contentieux relatif à la mention manuscrite : « [...] *il paraît raisonnable de soumettre le cautionnement à une exigence plus souple, laissant au juge le soin d'apprécier son caractère suffisant, tout en étant sanctionnée, en cas d'absence ou insuffisance, par la nullité – relative – du cautionnement.* » (Avant-projet de réforme du droit des sûretés, p. 54, disponible sur <http://henricapitant.org/storage/app/media/pdfs/travaux/avant-projet-de-reforme-du-droit-des-suretes.pdf>)

¹⁵⁰⁹ Ou plutôt que cette référence soit présente dans la formulation de la mention imposée par le créancier professionnel, puisque ces derniers vont nécessairement standardiser la mention manuscrite (M. BOURASSIN, « Quelle réforme pour la formation du cautionnement ? » in Y. BLANDIN, V. MAZEAUD (dir.), *Quelle réforme pour le droit des sûretés ?*, coll. Thèmes & commentaires, Dalloz, 2019, p. 99 s., spéc. p. 106, n° 13).

B.- LA DISPROPORTION DE L'ENGAGEMENT, CAUSE DE PERTURBATION DU MECANISME DU GAGE GENERAL

321. Une autre innovation juridique protégeant les cautions est susceptible d'affecter, à différents égards, la mise en œuvre du gage général : le principe de proportionnalité. Ce dernier a été introduit de manière retentissante dans le droit du cautionnement en 1998, afin de sanctionner les créanciers faisant souscrire des engagements disproportionnés par rapport aux capacités financières de la caution. La violation de cette exigence a d'abord été sanctionnée, en jurisprudence, par une réduction du montant de la dette en engageant la responsabilité civile du créancier. Une telle sanction, encore applicable dans un domaine résiduel, revient à figer l'assiette du gage du créancier, qui ne porte plus alors que sur les biens présents (1). Elle a été en partie supplantée, à partir de la loi *Dutreil*, par une sanction plus radicale : la déchéance des droits du créancier. Celle-ci aboutit à neutraliser le gage général du créancier aussi longtemps que la caution n'est pas en mesure de faire face à son engagement (2).

1. LA REDUCTION DE L'OBLIGATION ISSUE DE LA JURISPRUDENCE : UNE CRISTALLISATION DU GAGE

322. Le champ d'application de ce dispositif. – Si la proportionnalité a d'abord fait son entrée dans le cautionnement par la législation consumériste¹⁵¹⁰, il s'agit d'une « *protection qui flatte l'instinct équitable du juge* »¹⁵¹¹. Sa généralisation est donc logiquement venue de la jurisprudence, en particulier d'un arrêt rendu par la chambre commerciale de la Cour de

¹⁵¹⁰ Loi n° 89-1010 du 31 décembre 1989 relative à la prévention et au règlement des difficultés liées au surendettement des particuliers et des familles (*JORF* n° 1, 2 janv. 1990, p. 1), art. 19, VII, codifié, à la création du Code de la consommation (Loi n° 93-949 du 26 juillet 1993 (*JORF* n° 171, 27 juill. 1993, p. 10538)), à l'article L. 313-10 : « *Un établissement de crédit ne peut se prévaloir d'un contrat de cautionnement d'une opération de crédit relevant des chapitres Ier ou II du présent titre, conclu par une personne physique dont l'engagement était, lors de sa conclusion, manifestement disproportionné à ses biens et revenus, à moins que le patrimoine de cette caution, au moment où celle-ci est appelée, ne lui permette de faire face à son obligation.* » Ce n'est pas un hasard si la proportionnalité du cautionnement n'a pas fait d'abord son entrée dans le Code civil : comme le souligne Monsieur FRANÇOIS, « *l'idée selon laquelle le cautionnement doit être proportionné au patrimoine de la caution, qui est inscrite dans le Code de la consommation, est étrangère à la philosophie du Code civil* » (J. FRANÇOIS, *Traité de droit civil*, t. VII, *Les sûretés personnelles*, Economica, 2004, p. 122, n° 143).

¹⁵¹¹ F. ZENATI-CASTAING, T. REVET, *Cours de droit civil – Sûretés personnelles – Supplément aux obligations*, coll. Droit fondamental, PUF, 2013, p. 121, n° 37.

cassation le 17 juin 1997¹⁵¹². À propos d'un cautionnement qu'a fait souscrire un établissement de crédit au dirigeant de la société débitrice dont l'engagement était sans rapport avec la consistance de son patrimoine et de ses revenus, la chambre commerciale a approuvé une cour d'appel d'avoir jugé que l'établissement avait manqué à son obligation de contracter de bonne foi et engageait, par conséquent, sa responsabilité. La somme de dommages-intérêts octroyée à la caution s'est ainsi compensée au montant du cautionnement pour ramener cet engagement à un montant cohérent. Astucieuse, cette solution de la Cour a eu pour finalité de « *supprimer l'excès et non de libérer la caution* »¹⁵¹³. Elle a réalisé « *une sorte de transposition libre [...] par la voie détournée de la responsabilité civile* »¹⁵¹⁴ du mécanisme de lutte contre la disproportion déjà présent dans la loi *Neiertz*, applicable aux cautionnements garantissant les crédits à la consommation et immobiliers. Son champ d'application a toutefois été restreint quelques années plus tard. Par l'arrêt *Nahoum*, la Cour de cassation a retenu des conditions plus restrictives pour condamner la disproportion de l'engagement de cautions averties, en exigeant de ces dernières la preuve selon laquelle le créancier professionnel « *aurait eu sur leurs revenus, leurs patrimoines et leurs facultés de remboursement raisonnablement prévisibles en l'état du succès escompté de l'opération immobilière entreprise par la société, des informations qu'eux-mêmes auraient ignorées* »¹⁵¹⁵. Consécutivement à l'entrée en vigueur de la loi *Dutreil* du 1^{er} août 2003, cette solution jurisprudentielle a été concurrencée par le mécanisme plus radical de déchéance, généralisé par le législateur consumériste à toute caution personne physique contractant avec un créancier professionnel¹⁵¹⁶. Comme le remarque un auteur, « *on aurait pu penser que le recours au dispositif jurisprudentiel de la proportionnalité périliterait* »¹⁵¹⁷ et serait réduit à ne s'appliquer qu'aux hypothèses dans lesquelles l'article L. 332-1 du Code de

¹⁵¹² Com., 17 juin 1997, *Macron*, n° 95-14105, *Bull. civ.* IV, n° 188 ; *JCP E* 1997, II, 1007, note D. LEGEAIS ; *JCP G* 1998, I, 108, obs. Ph. SIMLER ; *Deffrénois* 1997, p. 1424, obs. L. AYNÈS ; *Dr. sociétés* 1997, comm. 8, obs. T. BONNEAU ; *RTD civ.* 1998, p. 100, obs. J. MESTRE, p. 157, obs. P. CROCQ ; *RTD com.* 1997, p. 662, obs. M. CABRILLAC ; *D.* 1998, p. 208, note J. CASEY ; *RDBF* 1997, comm. 22, obs. M. CONTAMINE-RAYNAUD ; *BJS* 1997, p. 866, obs. P. LE CANNU ; *GAJC*, t. II, 13^e éd., n° 297-298.

¹⁵¹³ M. BOURASSIN, V. BRÉMOND, *Droit des sûretés*, 7^e éd., coll. Université, Sirey, 2019, p. 202, n° 269.

¹⁵¹⁴ M. CABRILLAC, obs. préc.

¹⁵¹⁵ Com., 8 oct. 2002, *Nahoum*, n° 99-18619, *Bull. civ.* IV, n° 136 ; *D.* 2003, p. 414, note C. KOERING ; *JCP G* 2003, I, 124, obs. Ph. SIMLER et II, 10017, note Y. PICOD ; *JCP E* 2002, 1730, note D. LEGEAIS ; *CCC* 2003, comm. 20, note L. LEVENEUR ; *RTD civ.* 2003, p. 125, obs. P. CROCQ ; *RTD com.* 2003, p. 151, obs. D. LEGEAIS ; *Deffrénois* 2003, p. 411, obs. Ph. THÉRY et p. 456, note S. PIÉDELIEVRE ; *LPA* 18 juill. 2003, p. 12, note C. BRENNER ; *GAJC*, t. II, 13^e éd., n° 297-298.

¹⁵¹⁶ V. *infra*, n° 325.

¹⁵¹⁷ F. JUREDIEU, « L'articulation de la proportionnalité en droit du cautionnement », *RLDC* mai 2017, p. 19 s., spéc. p. 22.

la consommation ne s'applique pas¹⁵¹⁸. L'engagement de la responsabilité civile du créancier a pourtant continué, après 2003, d'être sollicité par les cautions profanes éligibles au mécanisme consommériste, à titre subsidiaire ou principal – en n'invoquant pas l'article L. 332-1 –, pratique qu'a approuvée la Cour de cassation¹⁵¹⁹. Ce dispositif a donc une vocation à s'appliquer qui n'est, aujourd'hui, pas négligeable¹⁵²⁰. À l'avenir, la réduction du montant du cautionnement devrait même devenir à nouveau le mécanisme de sanction de la disproportion – sans recours à la responsabilité civile – comme le prévoit l'avant-projet de réforme du droit des sûretés rédigé sous l'égide de l'Association Henri Capitant¹⁵²¹.

323. Une sanction qui fige l'assiette du gage général du créancier fautif. – Que les motifs guidant cette jurisprudence soient approuvés ou non, il demeure que la sanction à laquelle elle aboutit perturbe l'application du gage général. Devant composer avec cette exigence de proportionnalité, le créancier se voit contraint d'ajuster le montant de la dette pour laquelle il fait souscrire la caution en fonction de la consistance de son patrimoine au jour de la conclusion du contrat, « *ce qui revient à contracter en considération d'un actif figé en valeur* »¹⁵²². Quand bien même le créancier voudrait-il courir le risque de faire peser sur la caution un engagement manifestement disproportionné, son montant serait alors ravalé par le juge à hauteur d'un montant raisonnable en considération de la valeur des actifs de la caution au jour de sa mise en

¹⁵¹⁸ La jurisprudence *Nahoum* aurait ainsi vocation à s'appliquer aux cautionnements souscrits par une personne morale (V. en ce sens M. BOURASSIN, V. BRÉMOND, *op. cit.*, p. 204, n° 272). Quant aux cautionnements souscrits entre particuliers, ils ne peuvent se voir appliquer la jurisprudence *Macron* ou *Nahoum* : la Cour de cassation a, en effet, approuvé une cour d'appel d'avoir jugé qu'aucune faute n'était commise par un créancier non-professionnel lorsqu'il se faisait consentir un cautionnement disproportionné (com., 13 nov. 2007, n° 06-12284, *Bull. civ.* IV, n° 236 ; *D.* 2007, p. 3066, obs. V. AVENA-ROBARDET ; *RDBF* janv.-févr. 2008, comm. 38, obs. D. LEGEAIS ; *RTD civ.* 2008, p. 328, obs. P. CROCQ ; *Dr. & patr.* oct. 2008, p. 92, obs. L. AYNÈS et Ph. DUPICHOT ; *Banque & droit* janv.-févr. 2008, p. 52, obs. N. RONTCHEVSKY).

¹⁵¹⁹ Com., 17 sept. 2013, n° 12-11657, Inédit ; *Gaz. pal.* 5 déc. 2013, p. 15, note C. ALBIGES ; *RDBF* 2013, comm. 192, note D. LEGEAIS ; *Dr. & patr.* févr. 2014, p. 60, obs. A. AYNÈS et Ph. DUPICHOT ; *JCP G* 2013, 1256, obs. Ph. SIMLER – com., 8 avr. 2015, n° 13-26734, Inédit ; *Gaz. pal.* 24-25 mai 2015, p. 18, note C. ALBIGES.

¹⁵²⁰ En faveur d'un maintien de la solution jurisprudentielle de responsabilité en cas de disproportion du cautionnement, v. A.-S. BARTHEZ, D. HOUTCIEFF, *Traité de droit civil – Les sûretés personnelles*, LGDJ, 2010, p. 840 s., n° 1210 s. ; *contra* L. AYNÈS, P. CROCQ, A. AYNÈS, *Droit des sûretés*, 13^e éd., coll. Droit civil, LGDJ, 2019, p. 198, n° 298 : « Désormais, la « disproportion » ne devrait plus être en elle-même une cause de responsabilité civile du créancier. La disproportion est directement sanctionnée par la loi, suivant les critères que celle-ci a adoptés [...] ».

¹⁵²¹ Avant-projet de réforme du droit des sûretés, art. 2301 : « *Le cautionnement souscrit par une personne physique est réductible s'il était, lors de sa conclusion, manifestement disproportionné aux revenus et au patrimoine de la caution, à moins que celle-ci, au moment où elle est appelée, ne soit en mesure de faire face à son obligation.* »

¹⁵²² Ph. THÉRY, « L'EIRL, ou la prise de la Bastille (observations rétrospectives sur la théorie du patrimoine) » in *Mélanges en l'honneur de Philippe Merle*, Dalloz, 2012, p. 693 s., spéc. p. 702, n° 11.

œuvre¹⁵²³. « *La proportionnalité impose ainsi une corrélation en valeur à un moment donné – conclusion du contrat ou défaillance du débiteur – entre l’actif et une dette déterminée.* »¹⁵²⁴ Cette règle évoque une conception très statique de l’obligation¹⁵²⁵. L’assiette du gage général du créancier de la caution est, en effet, cantonnée à une masse de biens cristallisée à un instant *t*, elle est figée et non plus dynamique comme l’affirme l’article 2284 du Code civil, ce qui, curieusement, rapproche le cautionnement d’une sûreté réelle¹⁵²⁶. Cette sanction de la disproportion de l’engagement de caution n’est pas la seule à enrayer le mécanisme du gage général, c’est également le cas de la déchéance des droits du créancier.

2. L’IMPOSSIBILITE DE SE PREVALOIR DU CAUTIONNEMENT ISSUE DU DROIT DE LA CONSOMMATION : UNE NEUTRALISATION DU GAGE

324. Un champ d’application élargi. – Présente dès la loi *Neiertz*, la sanction de la disproportion de l’engagement de la caution par rapport à la consistance de son patrimoine consistait déjà en une impossibilité pour le créancier de se prévaloir du contrat de cautionnement¹⁵²⁷. Cette sanction ne s’appliquait, toutefois, qu’aux cautionnements consentis à un établissement de crédit et garantissant un crédit à la consommation ou un crédit immobilier. La loi n° 2003-721 du 1^{er} août 2003 pour l’initiative économique¹⁵²⁸, dite loi *Dutreil*, a généralisé ce mécanisme aux cautionnements consentis par toute personne physique à un créancier professionnel : « *Un créancier professionnel ne peut se prévaloir d’un contrat de cautionnement conclu par une personne physique dont l’engagement était, lors de sa conclusion, manifestement disproportionné à ses biens et revenus, à moins que le patrimoine*

¹⁵²³ Les juges du fond mènent une double appréciation : « *Lors de la souscription de la garantie, ils recherchent si le créancier a commis une faute en demandant un engagement excessif. Ils se déterminent par rapport à la situation patrimoniale de la caution à cet instant. Si tel est le cas, ils évaluent le préjudice au jour du déclenchement de la garantie. Cette évaluation nécessite de leur part la prise en compte des modifications de la situation financière de la caution.* » (S. PIÉDELIÈVRE, « Le cautionnement excessif », *Deffrénois* 1998, p. 849, spéc. n° 16)

¹⁵²⁴ Ph. THÉRY, art. préc., p. 702, n° 11.

¹⁵²⁵ V. en ce sens Ph. THÉRY, art. préc., p. 706, n° 18 ; C. BRENNER, « L’ineffectivité de l’exécution forcée » in C. BRENNER (dir.), *Le droit de l’exécution forcée : entre mythe et réalité*, coll. Droit et procédures, EJT, 2007, p. 43 s., spéc. p. 57, n° 88.

¹⁵²⁶ Rappr. Ph. THÉRY, obs. sur com., 20 déc. 2007, *Deffrénois* 2009, p. 2080 : « *En raison de l’exigence de proportionnalité, il faut admettre que pour les personnes physiques, il n’existe plus véritablement de cautionnement personnel au sens strict, c’est-à-dire un engagement dont la caution serait tenue « sur tous ses biens mobiliers et immobiliers, présents et à venir » (art. 2284, C. civ.).* »

¹⁵²⁷ V. *supra*, note 1510.

¹⁵²⁸ *JORF* n° 179, 5 août 2003, p. 13449.

*de cette caution, au moment où celle-ci est appelée, ne lui permette de faire face à son obligation. »*¹⁵²⁹

325. Une sanction radicale. – Il est coutume, en doctrine, de résumer la sanction de la disproportion instituée par le droit de la consommation par la formule du « *tout ou rien* »¹⁵³⁰. Ce qui distingue ce dispositif de celui mis en place par les jurisprudences *Macron* et *Nahoum* est la radicalité et l'objectivité de son effet : dès lors que l'engagement de la caution était, au jour de la conclusion du contrat, manifestement disproportionné à la valeur globale de son

¹⁵²⁹ Loi n° 2003-721, art. 11, II, actuel article L. 332-1 du Code de la consommation : « *Un créancier professionnel ne peut se prévaloir d'un contrat de cautionnement conclu par une personne physique dont l'engagement était, lors de sa conclusion, manifestement disproportionné à ses biens et revenus, à moins que le patrimoine de cette caution, au moment où celle-ci est appelée, ne lui permette de faire face à son obligation. »*

¹⁵³⁰ Formule notamment employée par P. CROCQ, « Sûretés et proportionnalité » in *Études offertes au Doyen Philippe Simler*, Litec-Dalloz, 2006, p. 291 s., spéc. p. 311, n° 40.

patrimoine – parfois appréciée au-delà de la seule assiette du gage général¹⁵³¹ –, la sanction doit être appliquée par le juge, sans être appréciée à la mesure de la disproportion¹⁵³². Cette inflexibilité de la sanction évoque à nouveau la perspective « *abstraite et collective* »¹⁵³³ du rapport d'obligation telle qu'adoptée par le droit de la consommation. L'opposition de cette conception à celle retenue par le droit civil explique que la généralisation de cette sanction et son application inflexible par la jurisprudence n'ait pas eu les faveurs de la majorité de la

¹⁵³¹ Si le texte n'énonce que les « *biens et revenus* » de la caution pour apprécier la proportionnalité de l'engagement, la jurisprudence l'a interprété de manière extensive lorsque la caution est mariée sous le régime de la communauté : Com., 18 janv. 2017, n° 15-12723, publié au Bulletin ; *AJ Contrat* 2017, p. 122, obs. D. HOUTCIEFF ; *Rev. sociétés* 2017, p. 282, note J.-J. ANSAULT ; *JCP E* 2017, 1102, note D. LEGEAIS ; *Gaz. pal.* 21 févr. 2017, p. 30, note C. ALBIGES, et 13 juin 2017, p. 70, note M. BOURASSIN ; *RTD com.* 2017, p. 625, obs. A. LECOURT ; *BJE* mai 2017, p. 208, note F. MACORIG-VENIER ; *BJS* 2017, p. 440, note E. SCHLUMBERGER : La Cour de cassation a, en l'espèce, approuvé une cour d'appel d'avoir retenu que la résidence principale dont la caution était propriétaire devait être considérée comme un élément du patrimoine pouvant répondre des dettes, malgré son caractère insaisissable. Solution confirmée : com., 17 oct. 2018, n° 17-21857, *Bull. civ.* IV, n° 980 ; *LEDC* déc. 2018, p. 3, note G. CATTALANO ; *AJ Contrat* 2018, p. 544, obs. L. BOUGEROL ; *JCP E* 2018, 1597, note D. LEGEAIS ; *D.* 2019, p. 371, note J. GALLOIS, et p. 2009, obs. D. R. MARTIN ; *RTD civ.* 2019, 154, obs. P. CROCQ. V. aussi com., 15 nov. 2017, n° 16-10504, publié au Bulletin ; *D.* 2018, p. 392, note M.-P. DUMONT-LEFRAND, et p. 1884, obs. P. CROCQ ; *AJ Contrat* 2018, p. 93 ; *RTD civ.* 2018, p. 179 et 184, obs. P. CROCQ, et p. 199, obs. M. NICOD ; *CCC* 2018, comm. 19, obs. S. BERNHEIM-DESVAUX ; *Defrénois* 2018, n° 22, p. 43, obs. S. CABRILLAC ; *RDC* 2018, p. 63, obs. D. HOUTCIEFF ; *Banque & Droit* 2018, n° 177, p. 56, obs. F. JACOB ; *RDBF* 2018, comm. 3 et 6, obs. D. LEGEAIS ; *RLDC* févr. 2018, p. 32, note I. SERANDOUR ; *JCP G* 2018, 13, note Ph. SIMLER : dans le même sens, la Cour de cassation a jugé que la disproportion manifeste devait s'apprécier par rapport à « *ses biens, sans distinction* », ce dont elle déduit, pour approuver la cour d'appel, que les biens dépendant de la communauté devaient être pris en considération même s'ils n'étaient pas saisissables en l'absence de consentement exprès du conjoint de la caution. Solution confirmée : com., 6 juin 2018, n° 16-26182, *D.* 2018, p. 1851, note J. GALLOIS, et p. 1884, obs. P. CROCQ ; *AJ fam.* 2018, p. 480, obs. J. CASEY ; *AJ Contrat* 2018, p. 323, obs. D. HOUTCIEFF ; *RDBF* 2018, comm. 94, obs. D. LEGEAIS ; *Banque & Droit* 2018, n° 180, p. 48, obs. E. NETTER. Cette solution ne s'applique pas à la caution mariée sous le régime de séparation de biens, Dans ce cas, la disproportion manifeste de l'engagement de la caution s'apprécie au regard de ses seuls biens et revenus personnels (com., 24 mai 2018, n° 16-23036, publié au Bulletin ; *AJ Contrat* 2018, p. 323, obs. D. HOUTCIEFF ; *D.* 2018, p. 1884, obs. P. CROCQ ; *AJ Fam.* 2018, p. 482, obs. J. CASEY ; *JCP G* 2018, 900, note Ph. SIMLER ; *JCP E* 2018, 1378, note D. LEGEAIS ; *Dr. Fam.* 2018, comm. 213, note B. BEIGNIER).

Toutefois, les revenus pris en compte pour apprécier la disproportion manifeste de l'engagement ne peuvent être que les revenus présents et non les « *revenus escomptés de l'opération garantie* » : com., 6 févr. 2007, n° 04-15362, *Bull. civ.* IV, n° 18 ; *JCP E* 2007, chron. 1679, obs. N. MATHEY ; *RDC* 2008, p. 423, note D. HOUTCIEFF ; *RTD civ.* 2007, p. 372, obs. P. CROCQ ; *RTD com.* 2007, p. 427, obs. D. LEGEAIS – com., 27 janv. 2015, nos 13-27625 et 13-25202, Inédit ; *RDBF* 2015, comm. 42, note D. LEGEAIS – civ. 1^{re}, 3 juin 2015, n° 14-13126, Inédit ; *D.* 2015, p. 1268, obs. V. AVENA-ROBARDET, p. 1816, obs. P. CROCQ, p. 2044, note C. JUILLET ; *RDC* 2016, p. 54, obs. A.-S. BARTHEZ ; *Defrénois* 2016, p. 814, obs. S. CABRILLAC ; *Banque & Droit* sept.-oct. 2015, p. 80, obs. E. NETTER.

¹⁵³² Com., 28 mars 2018, n° 16-25651, Inédit ; *Gaz. pal.* 28 juin 2018, p. 31, obs. C. ALBIGES : Cassation d'un arrêt d'appel ayant déchargé « *dans une proportion d'environ la moitié* » un engagement de caution apparaissant « *manifestement disproportionné dans une certaine mesure* ».

¹⁵³³ Ph. STOFFEL-MUNCK, « L'autonomie du droit contractuel de la consommation : d'une logique civiliste à une logique de régulation », *RTD com.* 2012, p. 705 s., spéc. p. 718, n° 40.

doctrine¹⁵³⁴ et que l'avant-projet de réforme du droit des sûretés préconise son abrogation pour faire de la réduction de l'obligation la seule sanction de la disproportion manifeste du cautionnement¹⁵³⁵.

326. Une nature incertaine. – La sanction instituée par le Code de la consommation est un véritable « *ovni juridique* »¹⁵³⁶ pour le juriste rompu au droit civil. Si la jurisprudence a eu l'occasion de dénier à cette sanction la qualification de nullité¹⁵³⁷ ou de mécanisme de responsabilité civile¹⁵³⁸, la doctrine a été diserte quant à la détermination de sa nature : la sanction est majoritairement analysée en une déchéance¹⁵³⁹, mais d'aucuns ont pu la qualifier

¹⁵³⁴ Critiquant l'absence de modularité de cette sanction et proposant son remplacement par la réduction du cautionnement, v. not. Ph. SIMLER, « Codifier ou recodifier le droit des sûretés personnelles ? » in *Le Code civil 1804-2004 – Livre du Bicentenaire*, Dalloz-Litec, 2004, p. 373 s., spéc. p. 382 ; G. PIETTE, « La sanction du cautionnement disproportionné », *Dr. & patr.* juin 2004, p. 44 s. ; P. CROCQ, « Sûretés et proportionnalité » in *Etudes offertes au Doyen Philippe Simler*, Litec-Dalloz, 2006, p. 291 s., spéc. p. 311, n° 4 ; N. MATHEY, « Le caractère excessif de l'engagement de la caution », *RDBF* 2012, Dossier 41 ; N. BORGA, *L'ordre public et les sûretés conventionnelles – Contribution à l'étude de la diversité des sûretés*, préf. S. Porchy-Simon, Nouvelle bibliothèque de thèses, Dalloz, 2009, p. 141 s., n° 131 s., estimant de manière plus générale, que la sanction légale « va à l'encontre de la finalité même du droit des sûretés », la sanction la plus appropriée au contrôle de proportionnalité des sûretés conventionnelles étant la réduction (p. 576 s., n° 612 s.) ; *contra* Ph. THÉRY, obs. sur com., 20 déc. 2007, *Deffrénois* 2009, p. 2080, estimant que « la loi avait retenu la sanction jurisprudentielle de réduction de la dette à l'actif existant, le créancier se fût trouvé, lors de la conclusion du contrat, devant un pari pascalien : gager que le créancier s'enrichirait plutôt que l'inverse. Pari pascalien, car le créancier pouvait gagner – si la caution s'enrichit à mesure de son obligation, elle pourra être poursuivie –, mais non perdre, car, à défaut d'enrichissement de la caution, le créancier aura, de toute manière, tout ce qu'il peut avoir, c'est-à-dire l'actif de la caution au jour des poursuites. La déchéance totale est le seul moyen de priver le créancier de ce pari trop facile qui eût été la négation même de la loi » ; A. GOUËZEL, L. BOUGEROL, « Le cautionnement dans l'avant-projet de réforme du droit des sûretés : propositions de modification », *D.* 2018, p. 678, préconisant le maintien de la sanction légale, de même que S. CABRILLAC, « L'exigence légale de proportionnalité du cautionnement : plaidoyer pour le maintien d'une comparaison utilisée par la loi et sa sanction... disproportionnée » in *Études en l'honneur du professeur Marie Laure Mathieu – Comprendre : des mathématiques au droit*, Bruylant, 2019, p. 119 s.

¹⁵³⁵ Avant-projet de réforme du droit des sûretés, p. 54-55.

¹⁵³⁶ J.-J. ANSAULT, « L'abus du droit de recouvrer sa créance... 30 ans après » in *Mélanges en l'honneur de Jacques Mestre*, LGDJ, 2019, p. 33 s., spéc. p. 49, n° 12.

¹⁵³⁷ V. par ex. civ. 3^e, 20 avr. 2017, n^{os} 16-13888 et 16-13976, Inédit, approuvant une cour d'appel d'avoir retenu que « la sanction de la disproportion n'était pas la nullité du cautionnement ».

¹⁵³⁸ Com., 22 juin 2010, n° 09-67814, *Bull. civ.* IV, n° 112 ; *D.* 2010, p. 1985, note D. HOUTCIEFF ; *RTD civ.* 2010, p. 593, obs. P. CROCQ : « [...] selon l'article L. 341-4 du code de la consommation, la sanction du caractère manifestement disproportionné de l'engagement de la caution est l'impossibilité pour le créancier professionnel de se prévaloir de cet engagement ; qu'il en résulte que cette sanction, qui n'a pas pour objet la réparation d'un préjudice, ne s'apprécie pas à la mesure de la disproportion [...] »

¹⁵³⁹ J. FRANÇOIS, *Traité de droit civil*, t. VII, *Les sûretés personnelles*, Economica, 2004, p. 124, n° 144 ; Ph. SIMLER, Ph. DELEBECQUE, *Droit civil – Les sûretés – La publicité foncière*, 7^e éd., coll. Précis, Dalloz, 2016, p. 117, n° 120, les auteurs rapprochant cette sanction du bénéfice de cession d'actions de l'art. 2314 C. civ., également sanctionné par une déchéance ; D. LEGEAIS, *Droit des sûretés et garanties du crédit*, 10^e éd., coll. Manuel, LGDJ, 2015, p. 138, n° 173 ; M. BOURASSIN, V. BREMOND, *op. cit.*, p. 188, n° 277 ; Ph. DUPICHOT, *Le pouvoir des volontés individuelles en droit des sûretés*, préf. M. Grimaldi, éd. Panthéon-Assas, 2005, p. 119, n° 119 ; G. PIETTE, « La sanction du cautionnement disproportionné », art. préc., p. 44 s.

de mesure de police contractuelle¹⁵⁴⁰, d'inopposabilité¹⁵⁴¹, d'application du principe selon lequel nul ne peut se contredire au détriment d'autrui¹⁵⁴², de réparation en nature¹⁵⁴³, ou ont même renoncé à rattacher cette sanction à une institution de droit civil¹⁵⁴⁴.

327. Une sanction provoquant la paralysie du gage général. – La raison principale qui teinte de mystère cette sanction réside dans sa disparition en cas de retour à meilleure fortune de la caution¹⁵⁴⁵. Cette caractéristique de la sanction incite, à tout le moins, à affirmer que celle-ci n'affecte pas l'obligation en son entier mais seulement les prérogatives d'action du créancier¹⁵⁴⁶ – dont son gage général – et ce de manière provisoire. Afin d'accroître l'efficacité de ce mécanisme de protection de la caution, la jurisprudence a affirmé que l'impossibilité de

¹⁵⁴⁰ L. AYNÈS, P. CROCQ, A. AYNÈS, *Droit des sûretés*, 13^e éd., coll. Droit civil, LGDJ, 2019, p. 191, n° 294.

¹⁵⁴¹ N. MOLFESSIS, « Le principe de proportionnalité en matière de garanties », *Banque & Droit* mai-juin 2000, p. 4 s., spéc. p. 7, n° 12 : « *Ne pas pouvoir se prévaloir du cautionnement sous-entend, au demeurant, qu'il est valable mais sans portée, manifestation bien originale d'une sorte d'inopposabilité du cautionnement à la caution, c'est-à-dire non pas à un tiers mais à la partie même qui l'a conclu.* » ; M. CABRILLAC, C. MOULY, S. CABRILLAC, Ph. PÉTEL, *Droit des sûretés*, 10^e éd., coll. Manuel, LexisNexis, 2015, p. 249, n° 340.

¹⁵⁴² C. ATIAS, « Propos sur l'article L. 341-4 du code de la consommation », *D.* 2003, p. 2620 s., spéc. n° 16 : « *Le litige naît plutôt d'une forme d'incohérence. Le créancier qui obtient, d'une caution, qu'elle s'engage au-delà de toute raison ne peut s'attendre à ce qu'elle soit en mesure de satisfaire à l'obligation, si le débiteur est défaillant ; il doit s'en tenir au déséquilibre qu'il avait lui-même accepté et à ses conséquences.* »

¹⁵⁴³ M. MIGNOT, *Droit des sûretés et de la publicité foncière*, 3^e éd., coll. Cours, LGDJ, 2017, p. 118, n° 260 : « *La déchéance est une forme de réparation en nature qui remplace la caution dans la situation qui aurait été la sienne si le créancier avait réduit le montant du cautionnement de façon à ce qu'il corresponde à ses capacités patrimoniales. [...] La déchéance est une sanction complexe qui cumule plusieurs caractères : elle est préventive, punitive et réparatrice. Elle empêche la réalisation du dommage, punit le créancier par la perte de ses droits, et permet un retour à la situation qui aurait dû exister en cas de respect de la loi.* »

¹⁵⁴⁴ N. BORGA, *L'ordre public et les sûretés conventionnelles – Contribution à l'étude de la diversité des sûretés*, préf. S. Porchy-Simon, Nouvelle bibliothèque de thèses, vol. 82, Dalloz, 2009, p. 140, n° 130 : « *Ce sauvetage de l'engagement, conforme à la finalité du droit des sûretés et inspiré d'un souci d'équité, ne s'explique guère au regard des fondements traditionnels.* » ; Rapp. A.-S. BARTHEZ, D. HOUTCIEFF, *Traité de droit civil – Les sûretés personnelles*, LGDJ, 2010, p. 840, n° 1208, le qualifiant de « *cas particulier de révision du contrat* ».

¹⁵⁴⁵ Dont la preuve incombe au créancier : Com. 1^{er} avr. 2014, n° 13-11313, *Bull. civ.* IV, n° 63 ; *D.* 2014, p. 868, obs. V. AVENA-ROBARDET, p. 1010, chron. A.-C. LE BRAS, H. GUILLOU et F. ARBELLOT, p. 1610, obs. P. CROCQ, p. 2478, obs. J.-D. BRETZNER, A. AYNÈS et I. DARRET-COURGEON ; *D.* 2015, p. 588, obs. H. AUBRY, E. POILLOT et N. SAUPHANOR-BROUILLAUD, p. 2145, obs. D. R. MARTIN et H. SYNDET ; *JCP E* 2014, 1292, note D. LEGEAIS ; *RDBF* 2014, comm. 98, note A. CERLES ; *LEDC* mai 2014, p. 3, note N. LEBLOND ; *LEDB* juin 2014, note R. ROUTIER ; *Defrénois* 2015, p. 490, obs. S. CABRILLAC – com., 9 oct. 2019, n° 18-11969, Inédit ; *RDBF* 2019, comm. 186, note D. LEGEAIS ; *AJ Contrat* 2019, p. 534, obs. M. BARBA.

¹⁵⁴⁶ Rapp. L. AYNÈS, P. CROCQ, A. AYNÈS, *op. cit.*, p. 191, n° 294 : « [...] *le créancier est totalement déchu du droit de poursuivre la caution [...].* » Contestant une telle déchéance limitée aux prérogatives d'action du créancier en ce qu'elle « *ne permet pas à la caution qui a payé avant de s'apercevoir de la faute du créancier, de récupérer ce qu'elle a payé puisque la créance existait au moment où elle a été payée* », v. M. SÉJEAN, *La bilatéralisation du cautionnement ? – Le caractère unilatéral du cautionnement à l'épreuve des nouvelles contraintes du créancier*, préf. D. Houtcieff, Bibliothèque de droit privé, t. 528, LGDJ, 2011, p. 332 s., n° 377 s., spéc. p. 339, n° 381.

se prévaloir de l'engagement de la caution abusée s'appliquait non seulement au créancier mais aussi aux cofidésseurs cherchant à exercer leur recours subrogatoire¹⁵⁴⁷.

328. Une sanction incitant le créancier à adapter le montant de l'obligation à la valeur du patrimoine de la caution. – Si le dispositif consumériste impose au créancier d'avoir contracté avec la caution une obligation dont le montant n'est pas manifestement disproportionné quant à la valeur de son patrimoine au jour de la conclusion du contrat, c'est précisément dans le but « *d'inciter le créancier à réduire le montant du cautionnement* »¹⁵⁴⁸. De la même manière que pour le mécanisme jurisprudentiel de réduction de l'obligation, le cautionnement se rapproche, sous l'effet de cette exigence de proportionnalité, d'une sûreté réelle : le créancier contracte désormais en considération d'une assiette déterminée, la valeur de son patrimoine au jour de la conclusion du contrat. En d'autres termes, le créancier est, au sein de ce dispositif protecteur de la caution, contraint de concevoir l'assiette de son gage comme une valeur cristallisée. Il n'a plus cette emprise indivisible dans le temps sur la valeur du patrimoine que suggère l'article 2284 du Code civil et qui permettait à AUBRY et RAU de dénier au gage général la qualification de droit réel¹⁵⁴⁹. Tout pari sur la fortune à venir de la caution devient éminemment risqué : si le patrimoine de la caution ne croît pas suffisamment au jour de l'exécution pour exclure le caractère manifestement disproportionné de l'engagement, le créancier *perd* sa garantie¹⁵⁵⁰.

329. Bilan de l'impact de la législation protectrice de la caution personne physique sur le fonctionnement du gage général. – La pénétration du droit de la consommation au sein du

¹⁵⁴⁷ Ch. mixte, 27 févr. 2015, n° 13-13709, *Bull. mixte*, n° 2 ; *D.* 2015, p. 564, obs. V. AVENA-ROBARDET, p. 840, note M.-O. BARBAUD ; *RDC* 2016, p. 59, obs. A.-S. BARTHEZ ; *RDBF* mai-juin 2015, comm. 76, note A. CERLES ; *RTD civ.* 2015, p. 433, obs. P. CROCQ ; *Banque & Droit* mars-avr. 2015, p. 68, obs. F. JACOB ; *JCP E* 2015, 1149, obs. D. LEGEAIS ; *JCP G* 2015, 505, note Ph. SIMLER : « [...] la sanction prévue par l'article L. 341-4 du code de la consommation prive le contrat de cautionnement d'effet à l'égard tant du créancier que des cofidésseurs ; qu'il s'en déduit que le cofidésseur, qui est recherché par le créancier et qui n'est pas fondé, à défaut de transmission d'un droit dont il aurait été privé, à revendiquer le bénéfice de l'article 2314 du code civil, ne peut ultérieurement agir, sur le fondement de l'article 2310 du même code, contre la caution qui a été déchargée en raison de la disproportion manifeste de son engagement [...] »

¹⁵⁴⁸ M. MIGNOT, *op. cit.*, p. 119, n° 263.

¹⁵⁴⁹ V. *supra*, n° 77.

¹⁵⁵⁰ De ce point de vue, le retour à la réductibilité de l'engagement proposé par l'avant-projet de réforme du droit des sûretés a été critiqué par un auteur pour son caractère peu dissuasif pour le créancier : « *La libération totale de la caution confère en effet à la règle un caractère dissuasif : elle détourne le créancier de la tentation de solliciter un engagement manifestement disproportionné avec l'espoir de ne rien perdre dans le cas où l'engagement serait discuté en justice. Avec une simple réduction de l'engagement, au contraire, il y a fort à parier que les juges réduiront en pratique le cautionnement à hauteur de ce que la caution n'est pas en mesure de payer, laissant ainsi le créancier conserver le bénéfice du cautionnement à hauteur de ce qu'il aurait dû stipuler de la caution. On connaît des sanctions plus dissuasives...* » (L. ANDREU, « *Projet de réforme du droit des sûretés : deux améliorations possibles relatives aux moyens de défense de la caution* », *RDA* déc. 2019, p. 138 s., spéc. p. 140, n° 7)

cautionnement a un impact remarquable sur la conception du rapport d'obligation liant le créancier à la caution adoptée par le droit contemporain du cautionnement. En postulant la nécessité de protéger sans distinction les cautions personnes physiques de leur engagement, la relecture consumériste du cautionnement nie à la caution toute individualité et vide, par là même, l'obligation d'une partie de sa symbolique. Lorsque l'assiette du gage général du créancier professionnel est amputée pour les besoins de la protection de la caution personne physique – irréfragablement présumée partie faible –, le droit contemporain du cautionnement insinue que la caution engage moins sa propre personne qu'une simple masse de biens. Le lien de droit entre le créancier et la caution perd ainsi de sa vigueur. Une tendance analogue se constate lorsque le débiteur est placé en procédure d'insolvabilité.

II. LA PROTECTION DE L'INSOLVABLE

330. La question de la clémence à insuffler dans le rapport d'obligation a, de tous temps, été posée aux gouvernants. L'inflexibilité et le recours à la force sont-elles les seules réponses à l'absence de paiement du débiteur ? Les siècles passés nous enseignent que, si la sévérité est toujours restée de principe, elle a subi, « *selon les époques ou au profit de telle ou telle catégorie socio-professionnelle, une lente édulcoration* »¹⁵⁵¹. Acculer les débiteurs en période de crise économique et sociale est un choix périlleux¹⁵⁵² car susceptible de précipiter une révolte sociale et, partant, de déstabiliser le pouvoir en place¹⁵⁵³. Le choix de juger supérieur l'intérêt du débiteur sur celui du créancier n'a donc rien de nouveau¹⁵⁵⁴, mais il a été, dans l'histoire, un choix *conjuncturel*. L'innovation du droit contemporain réside dans le fait que le législateur opère un choix *structurel* : la protection dont bénéficie celui qui était jadis appelé péjorativement le prodigue¹⁵⁵⁵, s'inscrit, en droit français, de manière durable et plus seulement

¹⁵⁵¹ B. OPPETIT, « L'endettement et le droit » in *Mélanges en hommage à André Breton et Fernand Derrida*, Dalloz, 1991, p. 295 s., spéc. p. 296.

¹⁵⁵² « *Quel sort doit-on réserver au débiteur ruiné ? Le problème lorsqu'il frappe toute une catégorie de la population est moins juridique que social.* » (J.-L. GAZZANIGA, *Introduction historique au droit des obligations*, coll. Droit fondamental, PUF, 1992, p. 93, n° 77)

¹⁵⁵³ Sur les problèmes suscités à Rome, v. J.-P. ROYER, « Le problème des dettes à la fin de la République romaine », *RHD* 1967, p. 13 s. et p. 407 s.

¹⁵⁵⁴ BOSSUET l'évoque dans son *Sermon sur la Justice* : « *Il y a des temps malheureux où c'est une cruauté et une espèce de vexation que d'exiger une dette. Et la justice veut qu'on ait égard non seulement à l'obligation, mais encore à l'état de celui qui doit.* » (J. E. BOSSUET, *Œuvres complètes*, vol. IX, Louis Vives, 1862, p. 663)

¹⁵⁵⁵ Catégorie que JOSSERAND classait parmi les faibles protégés par le droit : L. JOSSERAND, *Évolutions et actualités – Conférences de droit civil*, Sirey, 1936, VIII, La protection des faibles par le droit, spéc. p. 165.

pour répondre à une situation socio-économique passagère¹⁵⁵⁶. Le droit du surendettement délaisse la conception de la procédure d'insolvabilité comme une voie d'exécution collective portant sur le patrimoine du failli pour lui préférer un modèle destiné, avant tout, à ménager un nouveau départ au débiteur (A). Ce nouveau modèle affecte nécessairement les droits des créanciers, particulièrement la mise en œuvre collective de leur gage qui voit son assiette limitée en cours de procédure, et se voit même, au besoin, paralysée (B). Si les développements qui vont suivre s'appliquent, pour certains, au droit du surendettement des particuliers, une partie concerne exclusivement le droit des entreprises en difficulté, qui présente un système plus élaboré que son homologue consommériste.

A.- UNE VOLONTE LEGISLATIVE : FAVORISER LE REBOND DU SURENDETTE

331. Un changement de modèle influencé par l'analyse économique. – Le traitement de l'insolvabilité de l'entreprise en droit français a connu, depuis plusieurs décennies, un changement de finalité. À l'origine consacrée à apurer le passif du débiteur au profit de ses créanciers, la procédure collective est désormais explicitement tournée vers l'entreprise insolvable, dont il faut assurer autant que possible la survie et le retour à meilleure fortune. La science économique a eu, en la matière, une influence décisive sur le droit, en particulier afin de changer la manière dont était perçu l'entrepreneur. Des économistes aussi importants que Joseph Schumpeter ont théorisé l'importance du rôle de l'entrepreneur dans le processus de croissance économique¹⁵⁵⁷, point de vue qui a permis de « *contrebalancer les préjugés du juriste* »¹⁵⁵⁸ et inciter ainsi le législateur à ne plus seulement l'envisager comme un débiteur mais comme un acteur incontournable de l'économie qui mérite, à ce titre, une protection juridique¹⁵⁵⁹. Or, liquider le patrimoine de l'entrepreneur dont la tentative d'innovation a

¹⁵⁵⁶ Même si la conjoncture est désormais prise en compte afin de renforcer encore, le cas échéant, la protection des débiteurs. C'est le cas du contexte de pandémie de COVID-19, qui pourrait inciter les pouvoirs publics à limiter les procédures de liquidation judiciaire, comme le préconisent certains praticiens : Ph. PEYRAMAURE, A. DIESBECQ, « Pour limiter la multiplication des liquidations judiciaires : une procédure de sauvetage participatif », *Gaz. pal.* 28 juill. 2020, p. 13.

¹⁵⁵⁷ Selon l'analyse de ce célèbre économiste autrichien, l'état primaire de l'économie est stationnaire, fonctionnant de manière cyclique sans jamais sortir de ce circuit. C'est par l'initiative de quelques-uns – les entrepreneurs –, guidés par une recherche de profit, que l'économie connaît une phase d'expansion, se réinvente. Sur cette analyse, v. G. M. HENRY, *Histoire de la pensée économique*, coll. U, Armand Colin, 2009, p. 228 s.

¹⁵⁵⁸ L. VOGEL, « L'économie, serviteur ou maître du droit ? » in *Mélanges offerts à André Decocq – Une certaine idée du droit*, Litec, 2004, p. 605 s., spéc. p. 606.

¹⁵⁵⁹ Sur cette évolution vers une vision dynamique de l'endettement, v. S. GJIDARA, *L'endettement et le droit privé*, préf. A. Ghozi, Bibliothèque de droit privé, t. 316, LGDJ, 1999, p. 125 s., spéc. n° 150 s.

échoué pour le distribuer à ses créanciers et le laisser, en marge de la société, avec le minimum de ressources, est un risque qui tend plutôt à dissuader les velléités entrepreneuriales des individus. Favoriser la création d'entreprises pour, *in fine*, susciter la croissance économique – finalité assignée à un nombre considérable de politiques menées depuis plusieurs décennies par les gouvernements successifs – implique donc d'adopter une législation plus protectrice de l'entreprise en difficulté¹⁵⁶⁰. De 1967 à aujourd'hui, l'apurement du passif est un objectif passé au second plan, au profit du redressement de l'entreprise, renversement que Roger HOUIN avait appelé de ses vœux¹⁵⁶¹ et qu'une part de la doctrine a, ensuite, soutenu¹⁵⁶² pour devenir aujourd'hui le modèle de pensée dominant dans cette branche¹⁵⁶³. L'évolution terminologique de la matière est révélatrice de ce renversement de perspective : les termes de « faillite » ou de « banqueroute », d'un usage courant jusqu'aux années 1980, ont été remplacés par les « entreprises en difficulté » dont il faut assurer le « rétablissement », la « sauvegarde », le

¹⁵⁶⁰ La règle de droit est ainsi, dans cette matière, conçue selon une méthode conséquentialiste : il s'agit, comme le décrit un auteur, « de partir d'un fait économique, de poser un objectif, et d'indiquer les moyens pour atteindre ce dernier » (D. VOINOT, *Droit économique des entreprises en difficulté*, coll. Droit & économie, LGDJ, 2007, p. 22, n° 31). Prenons comme exemple les déclarations, en 1985, du garde des Sceaux de l'époque – Robert BADINTER –, motivant le projet de loi qu'il présente au Sénat : « *Juridiquement, notre droit actuel, conçu pour les temps de prospérité, n'a pas résisté à l'épreuve de la crise. Économiquement, le projet que nous vous proposons repose sur une constatation : seules les entreprises viables sont créatrices de biens et d'emplois. Il faut donc, dans l'intérêt de tous – entrepreneurs, créanciers, salariés – que la loi permette aux entreprises viables mais en difficultés de surmonter celles-ci. Les autres, au contraire, doivent disparaître.* » (JORF, Débats parlementaires du Sénat, Séance du 5 juin 1984, p. 1272) Le droit des entreprises en difficulté devient ainsi, sous l'influence de l'économie, un droit *purement* instrumental, donc conjoncturel.

¹⁵⁶¹ R. HOUIN, « Permanence de l'entreprise à travers la faillite » in *Liber amicorum Baron Louis Fredericq*, t. II, Faculteit der Rechtsgeleerdheid te Gent, 1965, p. 609 s., spéc. p. 611 : « *Le législateur ne s'est pas aperçu, semble-t-il, qu'en éliminant le « débiteur », il éliminait aussi l'entreprise, même dans les hypothèses où celle-ci était susceptible d'être redressée et était économiquement utile.* »

¹⁵⁶² V. not. J. PAILLUSSEAU, « Du droit des faillites au droit des entreprises en difficulté » in *Études offertes à Roger Houin*, Dalloz-Sirey, 1985, p. 109 s., spéc. p. 113 : « *[La protection de l'entreprise] devient l'une des finalités du droit des entreprises en difficulté. Certes, le débiteur, les créanciers, la protection du crédit, l'organisation d'une procédure collective ne disparaissent pas de ce droit. Les finalités traditionnelles subsistent et se combinent avec cette nouvelle finalité.* »

¹⁵⁶³ La consultation des introductions de manuels de droit des entreprises en difficulté suffit à s'en convaincre, à une exception notable : F.-X. LUCAS, *Manuel de droit de la faillite*, 2^e éd., coll. Droit fondamental, PUF, 2018, spéc. p. 15, n° 1 : « *Il y a du bon et du juste dans les évolutions susdites mais à force de s'enthousiasmer pour ces débiteurs qui profitent du cadre propice des procédures amiables et collectives pour se restructurer, à force de dédramatiser la faillite, on perd de vue ce qu'elle reste fondamentalement : un outrage à la parole donnée.* »

« redressement »¹⁵⁶⁴. La formulation des articles relatifs à cette branche du droit n'est pas moins éloquente : lorsque l'article L. 620-1 du Code de commerce énonce les finalités assignées à la procédure de redressement judiciaire, l'« *apurement du passif* » est mentionné en bon dernier, sans même qu'il soit fait une référence directe aux droits des créanciers¹⁵⁶⁵. Aux yeux de Madame PÉROCHON, le droit français serait ainsi devenu, depuis 1985, « *un champion européen et peut-être mondial de la préservation des intérêts du débiteur* »¹⁵⁶⁶.

332. Le droit au rebond de l'entrepreneur failli. – Si une part considérable de cet objectif assigné au droit des entreprises en difficulté se joue au stade préventif, lorsque les difficultés rencontrées par l'entrepreneur sont encore surmontables, il est tout aussi crucial de veiller aux intérêts de l'entrepreneur lorsque sa faillite est irrémédiable. Importé du discours anglo-saxon, le droit au rebond, ou « nouveau départ », tel que nous l'entendons, désigne la situation du débiteur personne physique placé sous liquidation judiciaire¹⁵⁶⁷ qui, ayant perdu son entreprise, doit être juridiquement encouragé à se relancer dans une activité professionnelle en créant une nouvelle entreprise. Cette procédure, longtemps perçue comme une cause d'infamie dont le prononcé constitue un « *boulet que l'entrepreneur traîne indéfiniment et qui paralyse sa faculté de conduire une nouvelle activité* »¹⁵⁶⁸, est désormais perçue bien autrement : les institutions

¹⁵⁶⁴ R. BADINTER, Débats parlementaires du Sénat, Séance du 5 juin 1984, *JORF*, p. 1273 : « *En vérité, le droit, qu'il ne faut d'ailleurs plus appeler de la faillite, doit être conçu à partir de l'entreprise et pour elle. Déceler l'origine des difficultés de l'entreprise, lui assurer, si elle est viable – et seulement dans ce cas – les moyens d'un redressement, tels sont les impératifs auxquels le législateur moderne doit satisfaire. Au droit de la faillite doit succéder le droit des entreprises en difficulté.* » ; comp. F.-X. LUCAS, *op. cit.*, p. 14, n° 1 : « *Une telle évolution des vocables s'inscrit dans une tendance lourde du langage contemporain, grand consommateur d'euphémismes, qui préfère des dénominations plus valorisantes, au risque de se payer de mots. Elle traduit un glissement de perspective d'un droit longtemps abordé du point de vue des créanciers et qui désormais se préoccupe du débiteur et de la sauvegarde de son entreprise. [...] Cela dit, toutes les audaces sémantiques et les habiletés terminologiques ne doivent pas faire perdre de vue que ce droit de la défaillance demeure le droit de l'échec, le droit qui s'intéresse à la chute du débiteur et de son entreprise.* »

¹⁵⁶⁵ À titre de comparaison, en droit allemand, la loi régissant l'insolvabilité énonce au premier paragraphe que « *la procédure pour insolvabilité sert à satisfaire les créanciers en réalisant et en partageant les actifs du débiteur ou en adoptant une solution divergente dans un plan de résorption de l'insolvabilité dans le but de maintenir l'entreprise* ». La substance se rapproche de celle de l'article L. 620-1 du Code de commerce, mais la formulation suggère un tout autre équilibre des intérêts (M. FROMONT, J. KNETSCH, *Droit privé allemand*, 2^e éd., coll. Précis Domat droit privé, LGDJ, 2017, p. 442, n° 858).

¹⁵⁶⁶ F. PÉROCHON, « Les intérêts des créanciers : quelles évolutions depuis 30 ans ? » in F. MACORIG-VENIER (dir.), *Le droit des entreprises en difficulté après 30 ans : droit dérogatoire, précurseur ou révélateur ?*, coll. Actes de colloque de l'IFR, PUT, 2017, p. 111 s., spéc. p. 112, n° 1.

¹⁵⁶⁷ Sur ce sens et le sens plus large qui peut être attaché à l'expression « nouveau départ » ou « rebond », v. C. SAINT-ALARY-HOUIN, « « Le rebond » du débiteur en liquidation : vrai ou faux départ ? » in *Professeur, avocat, juge au service du droit des affaires – Mélanges en l'honneur de Daniel Tricot*, Litec-Dalloz, 2011, p. 579 s., spéc. p. 579-580.

¹⁵⁶⁸ C. SAINT-ALARY-HOUIN, art. préc., p. 581, n° 5.

européennes¹⁵⁶⁹ et le législateur¹⁵⁷⁰ promeuvent depuis le début des années 2000 une politique de la seconde chance destinée à faire de la clôture de la liquidation judiciaire l'occasion pour l'entrepreneur déchu de rebondir et qui se traduit – nécessairement – par une atteinte faite aux droits des créanciers.

333. L'émergence d'une discipline juridique autonome. – Le droit des entreprises en difficulté, traditionnellement envisagé comme un droit spécial des voies d'exécution, a largement dépassé ces bornes¹⁵⁷¹. La plupart des procédures collectives existant aujourd'hui ne sont pas une mise en œuvre du gage général des créanciers de l'entreprise en difficulté, précisément en raison de l'objectif de redressement de l'entreprise qui est poursuivi depuis plusieurs décennies¹⁵⁷². Le droit des entreprises en difficulté réclame désormais son autonomie¹⁵⁷³, et sa doctrine revendique des grands concepts qui lui seraient propres¹⁵⁷⁴. Cette autonomisation de la matière trouve une illustration éloquentes dans le régime du gage général, qui doit être adapté à la seconde chance ménagée à l'entrepreneur failli.

¹⁵⁶⁹ Communication de la Commission au Conseil, au Parlement européen et au Comité des régions, « Surmonter les stigmates de la faillite d'entreprises, Pour une politique de la deuxième chance », 5 oct. 2007, COM(2007) 584 final. Le discours a encore été récemment tenu : Directive (UE) 2019/1023 du Parlement européen et du Conseil (JOUE L 172/18, 26 juin 2019), consid. n° 72 : « [...] les effets de l'insolvabilité, en particulier la stigmatisation sociale, les conséquences juridiques telles que la déchéance du droit d'accéder à une activité entrepreneuriale et de l'exercer et l'incapacité persistante de rembourser ses dettes, ont un effet dissuasif important sur les entrepreneurs qui cherchent à créer une entreprise ou à avoir une seconde chance, même s'il est prouvé que les entrepreneurs qui sont devenus insolvable ont plus de chances de réussir à la fois suivante. »

¹⁵⁷⁰ Les réformes depuis 1985 vont dans ce sens, mais l'idéologie de la seconde chance et du rebond a été explicitement affichée par le législateur à partir de la loi n° 2008-776 du 4 août 2008 de modernisation de l'économie (JORF n° 0181, 5 août 2008, p. 12471), dont le chapitre V est intitulé « Favoriser la reprise, la transmission, le rebond ». La troisième section du premier chapitre de la loi n° 2019-486 du 22 mai 2019 relative à la croissance et la transformation des entreprises (JORF n° 0119, 23 mai 2019) est, quant à elle, intitulée « Faciliter le rebond des entreprises et des entrepreneurs ».

¹⁵⁷¹ « Aussi, lorsque l'on essaie de jeter un regard distancié sur cette évolution, et particulièrement sur les vingt dernières années, ce qui frappe, dès l'abord, c'est le caractère expansionniste de la matière dont le domaine d'application ne cesse de s'étendre alors qu'il ne s'agissait, à l'origine, que de l'organisation du paiement des dettes d'un commerçant défaillant. » (C. SAINT-ALARY-HOUIN, « Du droit de la faillite au droit des entreprises en difficulté – Regards sur les évolutions du dernier quart de siècle » in M. HECQUARD-THERON, J. KRYNEN (dir.), *Regards critiques sur quelques (r)évolutions récentes du droit*, PUT, 2005, p. 389 s., spéc. n° 20).

¹⁵⁷² V. *supra*, n° 218.

¹⁵⁷³ Autonomie qui est, de manière générale, moins une nécessité qu'un « argument rhétorique au soutien du choix de solutions juridiques particulières » (J.-P. CHAZAL, « Réflexions épistémologiques sur le droit commun et les droits spéciaux » in *Études de droit de la concommation – Liber amicorum Jean Calais-Auloy*, Dalloz, 2004, p. 279 s., spéc. p. 300).

¹⁵⁷⁴ V. l'ouvrage collectif auquel ont contribué les principaux commentateurs de la matière : P.-M. LE CORRE (dir.), *Les grands concepts du droit des entreprises en difficulté*, coll. Thèmes & commentaires, Dalloz, 2018.

334. La trajectoire parallèle du droit du surendettement des particuliers. – Si la matière du surendettement des particuliers est moins riche et moins étudiée, elle doit tout autant attirer l'attention. Son évolution entretient, en effet, plusieurs points communs avec celle qu'a connu le droit des entreprises en difficulté, à tel point qu'elle a été considérée comme une manifestation de la « *commercialisation du droit civil* »¹⁵⁷⁵. Apparu en 1989¹⁵⁷⁶, le droit du surendettement des particuliers a, depuis sa création, « *poursuivi ouvertement un but social* »¹⁵⁷⁷ : lutter contre la précarité et l'exclusion sociale¹⁵⁷⁸. En d'autres termes, comme le résume Monsieur ANCEL, « *le but n'est plus d'aider un débiteur à payer ses créanciers, il est d'éviter que l'obligation de payer ses créanciers n'aboutisse à le marginaliser* »¹⁵⁷⁹. Tout comme le droit des entreprises en difficulté, la législation du surendettement des particuliers protège le débiteur des engagements qui le lient, quitte à ébranler les piliers du droit civil¹⁵⁸⁰, en lui procurant une seconde chance¹⁵⁸¹. Parmi les piliers ébranlés par ce droit spécial du surendettement figure en bonne place le gage général, dont l'application est perturbée de différentes manières.

B.- L'EFFET PERTURBATEUR DE CETTE FINALITE SUR LA MISE EN ŒUVRE DU GAGE GENERAL

335. Afin d'assurer au débiteur surendetté la possibilité d'un nouveau départ malgré son échec financier, il a fallu limiter l'exercice par les créanciers de leur gage général. Cette tendance prend deux formes. Durant la procédure de liquidation judiciaire ouverte à l'encontre d'une entreprise, il se développe une pratique consistant à circonscrire l'effet réel de la procédure aux seuls biens présents, laissant à l'abri des poursuites les biens acquis par le failli après l'ouverture de la procédure (1). À la clôture de la procédure pour insuffisance d'actifs

¹⁵⁷⁵ E. PUTMAN, « Retour sur « le droit de ne pas payer ses dettes » », *RRJ* 1994-1, p. 109 s., spéc. p. 110, n° 4.

¹⁵⁷⁶ Loi n° 89-1010 du 31 décembre 1989 relative à la prévention et au règlement des difficultés liées au surendettement des particuliers et des familles (*JORF* n° 1, 2 janv. 1990).

¹⁵⁷⁷ J.-B. RACINE, « Faut-il encore payer ses dettes ? Le cas du surendettement des particuliers », *LPA* 29 mars 2006, p. 37.

¹⁵⁷⁸ Une frange minoritaire de la doctrine appelait déjà, dans la première moitié du XX^e siècle, à une évolution du droit dans cette direction. V. not. G. MORIN, « Vers un ordre juridique nouveau de la vie économique », *Revue de métaphysique et de morale* 1937, p. 781 s., spéc. p. 789.

¹⁵⁷⁹ P. ANCEL, « Le traitement des situations de surendettement des particuliers de 1989 à 1998 : du redressement à la liquidation judiciaire civile ? », *Dr. & patr.*, oct. 1998, p. 53 s., spéc. p. 59.

¹⁵⁸⁰ L. AYNÈS, « Crise économique et rapports de droit privé » in *Droit de la crise : crise du droit ? Les incidences de la crise économique sur l'évolution du système juridique*, Cinquièmes Journées René Savatier, PUF, 1997, p. 57 s., spéc. p. 59, relevant notamment que « *le droit de gage général est impuissant face à l'endettement* ».

¹⁵⁸¹ V. not. J.-L. BORLOO, « Une seconde chance pour les ménages surendettés », *AJ Fam.* 2003, p. 328.

ensuite, les créanciers inscrits et non satisfaits sont empêchés de reprendre leurs poursuites individuelles sur les biens du débiteur (2).

1. LA LIMITATION DU GAGE DES CREANCIERS INSCRITS AUX BIENS PRESENTS

336. Lorsque l'article L. 641-9 du Code de commerce énonce le dessaisissement frappant les biens de l'entreprise débitrice dès l'ouverture de la liquidation judiciaire, il ne distingue pas parmi les biens faisant l'objet de cette saisie collective, qui a précisément pour vocation d'englober le patrimoine de l'entreprise en difficulté, ses biens présents *et à venir*. Sous l'effet de la promotion du droit au rebond dont devrait bénéficier le débiteur failli, l'intégration dans le gage commun des biens acquis postérieurement à l'ouverture de la procédure par le débiteur failli est désormais contestée par une partie de la doctrine (a.). Si le législateur n'a pas encore emboîté le pas, le mouvement est d'ores et déjà suivi tant par la pratique que par la jurisprudence (b.).

a. UNE LIMITATION DESTINEE A RACCOURCIR LA DUREE DE LA LIQUIDATION

337. Une mesure inspirée du *fresh start* américain. – En tant que voie d'exécution collective, la liquidation judiciaire emporte le dessaisissement de l'intégralité du patrimoine du débiteur¹⁵⁸². Déclarée conforme à la Constitution¹⁵⁸³, la mesure de dessaisissement n'en demeure pas moins une « *sorte de mal nécessaire* »¹⁵⁸⁴ qu'il convient de délimiter strictement.

¹⁵⁸² Effet qui s'applique également dans la procédure de rétablissement personnel avec liquidation judiciaire : C. consom., art. L. 742-15.

¹⁵⁸³ Pour refuser de renvoyer au Conseil constitutionnel une question prioritaire de constitutionnalité qui lui était soumise à propos de l'ancien article L. 622-9 du Code de commerce (actuel art. L. 641-9, I), la Cour de cassation a considéré que le dessaisissement, dans sa force et son étendue, ne portait pas une atteinte disproportionnée au droit de propriété du débiteur comme des tiers, cette mesure poursuivant un but d'intérêt général en ce qu'elle tend « à *permettre le désintéressement des créanciers du débiteur selon l'ordre prévu par la loi* » (com., 18 déc. 2012, n° 12-40076 ; *Act. Proc. Coll.* 2013, comm. 20, obs. J. VALLANSAN ; *Dr. sociétés* 2013, comm. 54, obs. J.-P. LEGROS ; *BJE* 2013, p. 82, note S. BENILSI). La Cour européenne des droits de l'homme considère, de la même manière, que la mesure de dessaisissement « *poursuit un but légitime, à savoir garantir aux créanciers du débiteur le recouvrement de leurs créances* » (CEDH, 22 sept. 2011, *Têtu c. France*, n° 60983/09 ; *Rev. sociétés* 2011, p. 728, obs. Ph. ROUSSEL-GALLE ; *Procédures* 2011, comm. 338, obs. N. FRICERO ; *Gaz. pal.*, 21 janv. 2012, note J.-F. RENUCCI ; *Rev. proc. coll.* 2012, étude 3, obs. B. SAINTOURENS et Ph. DUPRAT, § 57). Seule sa durée, lorsqu'elle est excessive, est susceptible de porter une atteinte disproportionnée au droit de propriété du débiteur.

¹⁵⁸⁴ F. PÉROCHON, *Entreprises en difficulté*, 10^e éd., 2014, p. 510, n° 1155.

À ce titre, il a pu être soutenu qu'étendre le dessaisissement aux biens à venir de l'entreprise débitrice ne participerait pas de la logique d'accélération de la liquidation et de droit à une seconde chance. Aussi serait-il judicieux de cantonner le dessaisissement aux biens présents lors du jugement de liquidation afin de permettre au débiteur de préserver des moyens de subsistance pour lui et sa famille, et de pouvoir démarrer aussitôt une nouvelle activité¹⁵⁸⁵. Ce droit à une seconde chance n'est que la traduction du *fresh start*, matrice du droit américain de la faillite dont est issue cette proposition doctrinale¹⁵⁸⁶. La législation fédérale américaine prévoit en effet que, dès l'enregistrement de la demande de liquidation, se cristallise la masse des actifs du débiteur à réaliser – la *bankruptcy estate* –, de laquelle sont exclus tous les biens acquis postérieurement ainsi que les gains et revenus du débiteur personne physique¹⁵⁸⁷. Une division patrimoniale est ainsi instaurée entre les actifs présents à la date de la demande en liquidation, qui constituent le gage commun des créanciers inscrits à la procédure, et les actifs obtenus après cette demande qui restent à l'abri de la procédure. L'objectif de cette restriction du gage commun est, pour le législateur américain, d'assurer un minimum de ressources au débiteur et de lui donner l'occasion de redémarrer une nouvelle activité, prendre un nouveau départ¹⁵⁸⁸.

338. Une mesure respectueuse de la jurisprudence européenne. – Il est notable qu'une telle mesure irait dans le sens de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme. Celle-ci a, en effet, déjà condamné les excès de l'emprise dans le temps de la procédure collective sur le patrimoine du débiteur¹⁵⁸⁹, ce qui a conduit la Cour de cassation à admettre la

¹⁵⁸⁵ V. en ce sens F. PEROCHON, *op. cit.*, p. 512, n° 1157 ; Ph. ROUSSEL-GALLE, « La réforme du droit des entreprises en difficulté par l'ordonnance du 12 mars 2014 », *Rev. sociétés* 2014, p. 351 s., spéc. p. 360, n° 36 ; L. SAUTONIE-LAGUIONIE, « Les biens soumis à la procédure collective », *Dr. & patr.*, avr. 2018, p. 38 s., spéc. p. 41 ; comp. P.-M. LE CORRE, *Droit et pratique des procédures collectives*, 10^e éd., Dalloz Action 2019/2020, p. 1577, n° 552.212, préconisant une solution intermédiaire consistant à « limiter l'étendue du dessaisissement, et cela pour les seules personnes physiques, aux biens présents au jour fixé pour la date de rappel de l'affaire au rôle du tribunal aux fins de clôture, et, en liquidation judiciaire simplifiée, à l'année de la décision décidant l'application des règles de la liquidation judiciaire simplifiée ».

¹⁵⁸⁶ V. par ex. S. SCHILLER, « L'effacement des dettes permet-il un nouveau départ ? Comparaison franco-américaine », *RIDC* 2004, p. 655 s., spéc. p. 670, n° 19 : « [cette procédure] facilite le nouveau départ, car les biens inclus dans la nouvelle masse lui permettront de vivre avec sa famille et de financer ses nouveaux projets. En droit français, une telle mesure violerait le principe de l'unicité du patrimoine. »

¹⁵⁸⁷ M. TANGER, *La faillite en Droit fédéral des États-Unis*, préf. J. Larrieu, coll. Recherches juridiques, Economica, 2002, p. 128 s.

¹⁵⁸⁸ M. TANGER, *op. cit.*, p. 131.

¹⁵⁸⁹ CEDH, 22 sept. 2011, *Têtu c. France*, n° 60983/09 ; *Rev. sociétés* 2011, p. 728, obs. Ph. ROUSSEL-GALLE ; *Procédures* 2011, comm. 338, obs. N. FRICERO ; *Gaz. pal.*, 21 janv. 2012, note J.-F. RENUCCI ; *Rev. proc. coll.* 2012, étude 3, obs. B. SAINTOURENS et Ph. DUPRAT (la procédure collective en cause avait duré plus de vingt ans) – CEDH, 17 janv. 2002, *Laine c. France*, n° 41476/98 ; *D.* 2002, p. 807 ; *RLDA*, avr. 2002, p. 5, obs. J.-L. VALLENS.

possibilité pour le débiteur dessaisi d'agir en réparation d'une procédure collective excessivement longue sur le fondement de l'article L. 141-1 du Code de l'organisation judiciaire¹⁵⁹⁰. L'Union européenne incite également les États membres à réduire la durée des procédures pour accroître leur attractivité économique, ce qu'elle a rappelé par une directive du 20 juin 2019¹⁵⁹¹.

b. UNE LIMITATION PRATIQUÉE MAIS NON PREVUE PAR LA LOI

339. Une limitation pratiquée par les administrateurs judiciaires. – Il est ponctuellement rappelé par la doctrine que si, pour le moment, le législateur n'a pas cantonné le périmètre du gage commun aux biens présents, les administrateurs judiciaires s'abstiennent déjà, en pratique, de saisir les biens acquis par le débiteur en cours de procédure, en particulier les rémunérations que l'entrepreneur personne physique perçoit lorsqu'il est devenu salarié depuis l'ouverture de la liquidation judiciaire, lors même que ces sommes sont censées intégrer le gage commun¹⁵⁹². Il arrive tout de même que les juridictions connaissent de litiges relatifs à la saisie de rémunérations du débiteur dessaisi par le liquidateur. Or, la jurisprudence de la Cour de cassation en la matière tend, elle aussi, à inciter à une exclusion des salaires du gage commun des créanciers inscrits à la procédure.

340. Les salaires de l'entrepreneur en difficulté rendus insaisissables par la jurisprudence. – Dans la mesure où le gage général des créanciers porte sur les biens présents *et à venir* de leur débiteur, les salaires perçus par ce dernier après le jugement d'ouverture d'une

¹⁵⁹⁰ Com. 16 déc. 2014, n° 13-19402, *Bull. civ. IV*, n° 187 ; *D.* 2015, p. 6, obs. A. LIENHARD ; *RTD com.* 2015, p. 161, obs. J.-L. VALLENS ; *Procédures* 2015, comm. 87, obs. B. ROLLAND ; *RLDA*, févr. 2015, p. 16, comm. F. MACORIG-VENIER – com., 14 nov. 2019, n° 17-16058, *LEDEN* févr. 2020, p. 5, note P. URBAIN. Prenant acte de cette évolution jurisprudentielle, la Cour européenne des droits de l'homme a rejeté une requête relative à la durée excessive d'une procédure de liquidation pour non-épuisement des voies de recours internes, particulièrement celle de l'article L. 141-4 du Code de l'organisation judiciaire désormais ouverte au débiteur par la Cour de cassation : CEDH, 13 avr. 2017, *Poulain c. France*, n° 16470/15.

¹⁵⁹¹ Directive (UE) 2019/1023 du Parlement européen et du Conseil (*JOUE L 172/18*, 26 juin 2019), *JCP E* 2019, 493, note L. SAUTONIE-LAGUIONIE ; *RDBF* 2019, comm. 205, note C. HOUIN-BRESSAND, consid. n° 6 : « *La durée excessive des procédures en matière de restructuration, d'insolvabilité et de remise de dettes dans plusieurs États membres est un facteur important entraînant des taux de recouvrement bas et dissuadant les investisseurs d'exercer des activités sur des territoires où les procédures risquent d'être trop longues et excessivement coûteuses.* »

¹⁵⁹² P.-M. LE CORRE, *Droit et pratique des procédures collectives*, 10^e éd., Dalloz Action 2019/2020, p. 1575, n° 552.112 ; L. SAUTONIE-LAGUIONIE, « Les biens soumis à la procédure collective », *Dr. & patr.*, avr. 2018, p. 38 s., spéc. p. 41.

liquidation judiciaire tombent, logiquement, dans le gage commun. Aussi peuvent-ils être théoriquement appréhendés – du moins dans leur fraction saisissable – par le liquidateur. Il faut toutefois distinguer deux situations. La première ne pose pas de problème : les salaires du débiteur sont versés dans l'un de ses comptes et sont, de ce fait, intégrés au gage commun dans la limite de leur fraction saisissable, le compte bancaire étant soumis à l'effet réel de la procédure. C'est lorsque le liquidateur souhaite appréhender ces actifs *entre les mains de l'employeur* que la réponse doit être nuancée. La Cour de cassation a confirmé l'intégration des salaires et pensions perçus après le jugement d'ouverture dans le gage commun, tout en la subordonnant à la mise en œuvre, par le liquidateur, de la procédure de saisie des rémunérations¹⁵⁹³. Elle a ensuite précisé que le liquidateur ne pouvait procéder à la saisie des rémunérations du débiteur « *sur le seul fondement du jugement ouvrant ou prononçant la liquidation judiciaire, qui ne constitue pas un titre exécutoire constatant une créance liquide et exigible* »¹⁵⁹⁴.

341. Un raisonnement contestable. – Cette solution a été accueillie par un auteur comme étant respectueuse de la nature du jugement de liquidation qui « *ne contient pas [...] une condamnation du débiteur à se libérer entre les mains du liquidateur [mais] investit seulement ce dernier du droit d'exercer les droits et actions du débiteur concernant son patrimoine pendant la durée de la procédure* »¹⁵⁹⁵. Or, si le liquidateur devait ici exercer une action du débiteur, ce n'est assurément pas la saisie des rémunérations – cette voie d'exécution étant réservée aux créanciers du débiteur –, mais une action en paiement envers son employeur. En effet, la créance de salaire exigible fait partie du patrimoine du débiteur, donc de l'assiette de

¹⁵⁹³ Com., 13 avr. 2010, n° 08-19074, *Bull. civ. IV*, n° 78 ; *JCP G* 2010, 958, obs. Ph. PÉTEL ; *JCP E* 2010, 1534, note C. LEBEL ; *Procédures* 2010, comm. 236, obs. B. ROLLAND ; *Gaz. pal.* 3 juill. 2010, p. 27, obs. D. VOINOT ; *D.* 2011, p. 1512, obs. A. LEBORGNE : « [...] *si le liquidateur d'un salarié en liquidation judiciaire est fondé à demander à l'employeur le versement entre ses mains des salaires du débiteur qui, à l'exclusion de leur fraction insaisissable, sont appréhendés par l'effet réel de la procédure collective, il doit mettre en oeuvre la procédure de saisie des rémunérations [...]* ».

¹⁵⁹⁴ Civ. 2^e, 7 janv. 2016, n° 14-24508, Inédit ; *D.* 2016, p. 1896, obs. F.-X. LUCAS ; *RTD com.* 2016, p. 339, obs. J.-L. VALLENS ; *Rev. proc. coll.* 2016, comm. 31, obs. P. CAGNOLI et comm. 57, obs. L. FIN-LANGER ; *BJE* 2016, p. 172, note J.-P. SENÉCHAL. La deuxième chambre civile a ici suivi un avis émis par la chambre commerciale (com., 3 nov. 2015, avis n° 9005). Solution déjà énoncée : com., 2 mai 2001, n° 97-19536, *Bull. civ. IV*, n° 82 ; *RDBF* 2001, comm. 57, obs. J.-M. DELLECCI ; *Procédures* 2001, comm. 152, obs. C. LAPORTE ; *RTD com.* 2001, p. 773, obs. J.-L. VALLENS : « [...] *l'état des créances, même visé par le juge commissaire, ne confère pas à ce relevé le caractère d'un titre exécutoire au sens du texte susvisé [...]*. » – Appliquant cette solution : TI Tours, 30 juin 2011, n° 11-000819 ; *Rev. proc. coll.* 2012, comm. 33, obs. P. CANET : « [...] *force est de constater que ce jugement [d'ouverture de liquidation judiciaire], qui ne constate aucune créance liquide et exigible, ne saurait constituer le titre exécutoire visé à cet article R. 3252-1 du Code du travail [...]*. »

¹⁵⁹⁵ J.-L. VALLENS, obs. préc., p. 340.

la saisie collective qu'est la liquidation judiciaire. Elle est, par hypothèse, *déjà* saisie¹⁵⁹⁶ et devrait, dès lors, être exécutée par l'employeur entre les mains du liquidateur, représentant du débiteur dessaisi¹⁵⁹⁷. Exiger du liquidateur de suivre la procédure de saisie des rémunérations et d'être, par conséquent, muni d'un titre exécutoire, alors même que la Cour de cassation reconnaît que les salaires du débiteur sont appréhendés par l'effet de la procédure¹⁵⁹⁸, aboutit à l'absurdité d'une double saisie. Ce raisonnement est transposable aux autres créances naissant au profit du débiteur après le jugement d'ouverture, comme les créances de loyers. Si la solution de la Cour de cassation procède donc d'une erreur sur le plan technique, le raisonnement suivi par les juges s'explique tout de même en ce qu'il n'est pas syllogistique mais, au contraire, purement conséquentialiste¹⁵⁹⁹. En effet, au vu de la complexité – pour ne pas dire l'impossibilité – pour le liquidateur d'obtenir un titre exécutoire¹⁶⁰⁰, les salaires du débiteur deviennent, en pratique, hors de portée de la procédure collective, ce qui répond aux revendications doctrinales précitées et devance une éventuelle évolution législative en ce sens. Ce faisant, la Cour de cassation confirme une fois de plus son rôle normatif, en le dissimulant

¹⁵⁹⁶ V. en ce sens Ph. PÉTEL, obs. sur com., 13 avr. 2010, préc. : « *En réalité, le liquidateur qui s'adresse au tribunal d'instance [...] ne sollicite pas une saisie et échappe donc à l'exigence d'un titre exécutoire qui en est la condition. Cette saisie est déjà réalisée, par l'effet (« réel ») de la procédure de liquidation judiciaire. Sa demande vise plutôt au cantonnement de cette saisie déjà réalisée, en application des textes protégeant les salaires, dont la mise en œuvre appartient au seul juge d'instance.* » ; P. CAGNOLI, obs. préc. : « *En réalité, si le raisonnement a l'apparence de la logique, il repose sur une prémisse qui nous semble inexacte car, on hésite presque à le rappeler, on est ici dans le cadre des procédures collectives et non dans celui des procédures civiles d'exécution du droit commun [...]. Par principe, les biens du débiteur sont déjà soumis à l'effet réel de la procédure collective et il en est notamment ainsi de la fraction saisissable du salaire [...]. Il ne devrait donc nullement être besoin de saisir les biens du débiteur, grâce à un titre exécutoire.* »

¹⁵⁹⁷ C. CALOMILI, « Les gains du débiteur devenu salarié en liquidation judiciaire », *Gaz. pal.* 8 oct. 2011, p. 6 : « *En considérant que les salaires sont indisponibles entre les mains de l'employeur, sous réserve de la fraction insaisissable, car frappés par l'effet réel de la procédure collective et donc saisis collectivement, le paiement effectué par l'employeur n'est pas libératoire. En effet, il est effectué à une personne n'ayant pas qualité pour le recevoir, à savoir le débiteur, du fait de la saisie collective d'une part, et du dessaisissement d'autre part.* »

¹⁵⁹⁸ V. l'attendu de com., 13 avr. 2010, préc.

¹⁵⁹⁹ Le raisonnement conséquentialiste consiste, pour le juge, à partir « *des conséquences qu'il perçoit immédiatement dans une telle solution et donc [qu'] il prend comme prémisse la conséquence et conclut par l'énoncé d'un principe dont elle pourrait se déduire. Dans ce cas, le principe, la règle, résultent de la conséquence* » (E. JOUANNET, « Remarques conclusives » in H. RUIZ-FABRI et J.-M. SOREL (dir.), *La motivation des décisions des juridictions internationales*, Pedone, 2008, p. 268). Très répandu dans la motivation des juges de *common law*, l'argument conséquentialiste ne l'est pas moins chez les juges de droit continental, bien qu'il soit souvent dissimilé. Comme le remarque un auteur, « *la justification par les conséquences n'est pas inexistante chez les juges continentaux ; simplement, elle n'est pas assumée parce que, au vu de la tradition juridique, il n'est pas utile ni ne serait légitime qu'elle le soit* » (L. HOURQUEBIE, « L'argument conséquentialiste dans les décisions de justice », *Les Cahiers de la Justice* 2014, n° 2, p. 199 s., spéc. p. 208).

¹⁶⁰⁰ L. FIN-LANGER, obs. préc. : « *La difficulté d'en obtenir un est accrue car [le liquidateur] agit dans l'intérêt collectif des créanciers, sous-entendu aujourd'hui comme étant l'intérêt de tous les créanciers. Il ne peut en effet agir dans l'intérêt d'une partie d'entre eux comme en témoignent les solutions rendues en matière de déclaration notariée d'insaisissabilité. Faut-il alors qu'il justifie de tous les titres exécutoires de l'ensemble de ces créanciers ? De surcroît, en raison de l'arrêt des poursuites et des voies d'exécution, il est fort probable que ces derniers ne puissent pas l'obtenir après le jugement d'ouverture.* »

toutefois, en l'espèce, derrière un raisonnement en apparence rigoureux¹⁶⁰¹. Un autre aspect du régime des procédures d'apurement de passif court-circuite la réalisation du gage général des créanciers inscrits : l'effet produit par la clôture de la procédure en cas d'insuffisance d'actif, qu'il faut à présent évoquer.

2. LA NEUTRALISATION DU GAGE EN CAS D'INSUFFISANCE D'ACTIF

342. S'il est bien une disposition emblématique de l'évolution du droit de l'insolvabilité, c'est l'interdiction faite aux créanciers impayés de reprendre leurs poursuites individuelles après clôture de la liquidation judiciaire pour insuffisance d'actif. Cette mesure aboutit à priver les créanciers inscrits à la procédure de leur gage général Apparue en matière commerciale (a), l'interdiction de reprendre les poursuites individuelles est à rapprocher du récent « effacement des dettes » que subissent les créanciers lors de la clôture de la procédure de rétablissement professionnel ou personnel ouverte à l'encontre de leur débiteur (b).

a. LA NON-REPRISE DES POURSUITES INDIVIDUELLES APRES CLOTURE DE LA LIQUIDATION JUDICIAIRE POUR INSUFFISANCE D'ACTIF

343. La question de la reprise des poursuites a assez peu d'importance lorsque la liquidation judiciaire se clôt pour extinction du passif puisque, par hypothèse, tous les créanciers ont été désintéressés¹⁶⁰², mais elle est cruciale lorsque la clôture intervient pour insuffisance d'actif. À cette occasion, la mission du liquidateur cesse avec le dessaisissement du débiteur et la clôture pour insuffisance d'actif entraîne l'interdiction, pour les créanciers du débiteur failli, de reprendre les poursuites individuelles¹⁶⁰³. En retirant aux créanciers leurs prérogatives d'action, sans pour autant éteindre leur créance, il est vrai que cette dernière se réduit à peu de choses. Pour autant, il ne s'agit pas tout à fait d'une « *extinction de l'action* [entraînant] *l'apparition*

¹⁶⁰¹ Attitude que certains auteurs ont regrettée, estimant que « *c'était au législateur qu'il appartenait de franchir le pas* » (P. CAGNOLI, obs. préc., *in fine*).

¹⁶⁰² C. com., art. L. 643-9, al. 2. Il peut toutefois subsister des créances impayées : créances non-déclarées, ou ayant fait l'objet d'un report d'échéance accepté par le créancier, ou encore oubliées.

¹⁶⁰³ C. com., art. L. 643-11, I : « *Le jugement de clôture de liquidation judiciaire pour insuffisance d'actif ne fait pas recouvrer aux créanciers l'exercice individuel de leurs actions contre le débiteur.* » Règle issue de la loi n° 85-98 du 25 janvier 1985 (*JORF*, 26 janv. 1985, p. 1081), art. 185.

d'une obligation naturelle »¹⁶⁰⁴. Si les accessoires de la créance – parmi lesquels les sûretés – ne sont pas affectés par cette mesure¹⁶⁰⁵, il apparaît, de manière plus étonnante, que le créancier retrouve l'exercice de son gage général à l'égard de certains biens du débiteur failli.

344. Un gage retrouvé sur les biens issus d'une succession ouverte en cours de liquidation judiciaire. – La non-reprise des poursuites individuelles a subi un important tempérament à l'occasion de l'ordonnance n° 2014-326 du 12 mars 2014¹⁶⁰⁶. En interdisant au liquidateur la vente des biens issus d'une succession ouverte en cours de liquidation judiciaire¹⁶⁰⁷ – susceptibles de prolonger excessivement les opérations de liquidation¹⁶⁰⁸ –, le législateur a permis aux créanciers de recouvrer leur droit de poursuite sur ces biens dès la clôture de la procédure¹⁶⁰⁹. La situation est, pour le moins, originale puisque les créanciers

¹⁶⁰⁴ Y. CHAPUT, *Droit des entreprises en difficulté et faillite personnelle*, coll. Droit fondamental, PUF, 1996, p. 430, n° 506 ; retenant aussi cette qualification : J. GHESTIN, M. BILLIAU, G. LOISEAU, *Traité de droit civil – Le régime des créances et des dettes*, LGDJ, 2005, p. 1305, n° 1281 ; K. LAFAURIE, *La force obligatoire du contrat à l'épreuve des procédures d'insolvabilité*, préf. G. Wicker, Bibliothèque de droit privé, t. 595, LGDJ, 2020, p. 299 s., n° 349.

¹⁶⁰⁵ Comme c'est le cas du cautionnement (com., 8 juin 1993, *Bull. civ. IV*, n° 230 ; *JCP G* 1993, II, 22174, obs. C. GINESTET ; *RTD civ.* 1994, p. 360, obs. J. MESTRE ; *RTD com.* 1993, p. 583, obs. A. MARTIN-SERF), du droit de rétention du vendeur impayé (civ. 1^{re}, 24 sept. 2009, n° 08-10152, *Bull. civ. I*, n° 178 ; *JCP E* 2010, 1011, obs. M. CABRILLAC), ou encore d'une hypothèque judiciaire (com., 19 nov. 2013, n° 12-24652, Inédit ; *Gaz. pal.* 14 janv. 2014, note D. VOINOT ; *BJE* 2014, p. 86, note F. MACORIG-VENIER ; *Act. proc. coll.* 2014, alerte 30, note P. CAGNOLI).

¹⁶⁰⁶ *JORF* n° 0062, 14 mars 2014, p. 5249.

¹⁶⁰⁷ C. com., art. L. 641-9, IV : « Le liquidateur ne peut, sauf accord du débiteur, réaliser les biens ou droits acquis au titre d'une succession ouverte après l'ouverture ou le prononcé de la liquidation judiciaire, ni provoquer le partage de l'indivision pouvant en résulter. » On retrouve ici une « distension du lien logique entre dessaisissement et vente par le liquidateur des biens qui y sont soumis » (P.-M. LE CORRE, *Droit et pratique des procédures collectives*, 10^e éd., Dalloz action 2019/2020, p. 1579, n° 552.21).

¹⁶⁰⁸ Modification justifiée, selon les mots du législateur, par « le risque que les opérations successorales ne prolongent au-delà de l'acceptable la procédure collective » (*JORF* n° 0062 du 14 mars 2014, p. 5243, Rapport au Président de la République relatif à l'ordonnance n° 2014-326 du 12 mars 2014 portant réforme de la prévention des difficultés des entreprises et des procédures collectives, III 3°). Cet objectif est à relier à la jurisprudence : avant tout celle de la Cour européenne des droits de l'homme, qui a condamné l'État français pour la durée excessive de ses procédures de liquidation judiciaire et du dessaisissement afférent, portant une atteinte disproportionnée au droit de propriété du débiteur (V. *supra*, n° 338.).

¹⁶⁰⁹ C. com., art. L. 643-11, I, 1°. Certains auteurs ont toutefois estimé que cette disposition était maladroite et qu'il fallait interpréter le dispositif comme faisant échapper à la saisie collective les biens de la succession. Dès lors, les créanciers antérieurs seraient autorisés à exercer des poursuites individuelles sur ces biens même pendant la procédure : P.-M. LE CORRE, « Premiers regards sur l'ordonnance du 12 mars 2014 », *D.* 2014, p. 733, spéc. p. 740, n° 37 ; Ph. PÉTEL, « Réforme du droit des entreprises en difficulté : à la recherche de solutions négociées », *JCP E* 2014, étude 1223, p. 28, n° 26 ; F. PÉROCHON, « La discipline collective » in P.-M. LE CORRE (dir.), *Les grands concepts du droit des entreprises en difficulté*, coll. Thèmes et commentaires, Dalloz, 2018, p. 1 s., spéc. p. 12-13, n° 20, estimant que l'analyse majoritaire « n'est pas [...] en accord avec sa finalité [du texte] qui était seulement d'éviter de retarder la clôture de la liquidation » et que « la rédaction maladroite pourrait justifier qu'on s'écarte de sa lettre ». Cette interprétation va, à notre sens, à l'encontre des termes mêmes du législateur. Certains auteurs sont revenus depuis sur leur position : P.-M. LE CORRE, *Droit et pratique des procédures collectives*, 10^e éd., Dalloz action 2019/2020, p. 1579, n° 552.21.

retrouvent l'exercice de leur gage général seulement sur les biens compris dans cette succession¹⁶¹⁰.

345. Une solution qui ne s'étend pas à l'immeuble frappé d'une DNI. – Dans la logique de cette solution, il aurait été cohérent que les créanciers inscrits retrouvent également, après la clôture de la procédure, l'exercice de leur gage général sur l'immeuble frappé d'une déclaration notariée d'insaisissabilité, ce dernier étant soustrait au dessaisissement et de ce fait saisissable en cours de procédure par les créanciers auxquels cette déclaration est inopposable¹⁶¹¹. La Cour de cassation semble pourtant en avoir jugé autrement : elle a refusé à un créancier auquel la DNI était inopposable le droit de saisir la résidence de l'entrepreneur après la clôture de la procédure de liquidation judiciaire¹⁶¹². La solution peut toutefois se justifier par la vocation de la règle de non-reprise des poursuites individuelles, qui est de protéger le débiteur failli contre des poursuites incessantes¹⁶¹³. La Cour de cassation fait ainsi prévaloir le droit au rebond du débiteur failli sur la propriété du créancier et, plus précisément, sur la mise en œuvre de son gage général. Il faut, dès lors, considérer le recouvrement par les créanciers de leur gage général après clôture de la procédure de liquidation judiciaire comme une mesure exceptionnelle qui doit être expressément prévue par la loi.

¹⁶¹⁰ Pour pratiquer une saisie de ces biens, les créanciers devront toutefois obtenir un nouveau titre exécutoire, délivré par le président du tribunal de la procédure : C. com., art. L. 643-11, V.

¹⁶¹¹ Com., 5 avr. 2016, n° 14-24640, *Bull. civ. IV*, n° 349 ; *D.* 2016, p. 837, note A. LIENHARD, p. 1296, note N. BORGA, p. 1896, obs. F.-X. LUCAS ; *D.* 2017, p. 1391, obs. A. LEBORGNE ; *Gaz. pal.* 28 juin 2016, p. 54, note P.-M. LE CORRE, 6 déc. 2016, p. 33, note J.-J. ANSAULT ; *Act. proc. coll.* 2016, comm. 120, note J. LEPROVAUX ; *Rev. sociétés* 2016, p. 393, note L.-C. HENRY ; *BJE* 2016, p. 257, note V. LEGRAND ; *JCP E* 2016, 1442, note C. LEBEL ; *Rev. proc. coll.* 2016, comm. 119, note F. MACORIG-VENIER, comm. 186, note F. REILLE – com., 13 sept. 2017, n° 16-10206, publié au Bulletin ; *D.* 2017, p. 1759, note A. LIENHARD ; *D.* 2018, p. 1223, obs. A. LEBORGNE et p. 1829, obs. F.-X. LUCAS ; *Rev. sociétés* 2017, p. 734, obs. Ph. ROUSSEL-GALLE ; *RTD com.* 2017, p. 994, obs. A. MARTIN-SERF ; *JCP E* 2017, 1561, note A. CERATI-GAUTHIER ; *LEDEN* oct. 2017, p. 3, obs. P. MINET ; *Act. proc. coll.* 2017, comm. 255, obs. M. DOLS-MAGNEVILLE ; *BJE* 2017, p. 416, note C. LISANTI ; *RDBF* 2017, comm. 253, obs. S. PIÉDELIÈVRE ; *Gaz. pal.* 16 janv. 2018, p. 69, obs. P.-M. LE CORRE ; *Rev. proc. coll.* 2018, comm. 99, obs. P. CAGNOLI et comm. 151, obs. F. MACORIG-VENIER.

¹⁶¹² Com., 13 déc. 2017, n° 15-28357, *Bull. civ. IV*, n° 164 ; *D.* 2018, p. 1829, obs. F.-X. LUCAS et P. CAGNOLI ; *JCP E* 2018, 1159, n° 21, obs. Ph. PÉTEL ; *Act. proc. coll.* 2018, alerte 14, note L. FIN-LANGER ; *Rev. proc. coll.* 2018, comm. 78, note F. REILLE ; *Gaz. pal.* 17 avr. 2018, p. 15, note P.-M. LE CORRE ; *LEDEN* févr. 2018, p. 5, obs. P. RUBELLIN ; *Dr. et proc.* 2018, p. 2, note Ph. ROUSSEL-GALLE ; *RTD com.* 2018, p. 473, obs. A. MARTIN-SERF ; *BJE* 2018, p. 103, note C. LISANTI.

¹⁶¹³ F. REILLE, note préc.

346. Une faveur subordonnée à la bonne foi du débiteur failli. – Outre certaines catégories de créances échappant à la non-reprise des poursuites individuelles¹⁶¹⁴, le comportement passé du débiteur peut justifier de lui retirer ce bénéfice¹⁶¹⁵, afin de tempérer l'opinion selon laquelle la règle de la non-reprise des poursuites consacre un droit de ne pas payer ses dettes¹⁶¹⁶ et maintenir dans une mesure, certes moindre, la dimension éthique de l'obligation¹⁶¹⁷. Le cas le plus général est celui de la fraude commise par le débiteur à l'encontre d'un ou plusieurs créanciers, qui autorise *tout* créancier à reprendre ses poursuites individuelles¹⁶¹⁸. La jurisprudence a été plutôt sévère dans un premier temps avec le débiteur dont la bonne foi avait été mise en doute : pour retenir la fraude, il suffisait d'établir une faute, même si elle avait été commise avant l'ouverture de la procédure collective¹⁶¹⁹, sans avoir à prouver une intention de nuire¹⁶²⁰. Les arrêts les plus récents reviennent toutefois à une appréciation plus stricte de la fraude¹⁶²¹. Une autre règle de droit de l'insolvabilité doit désormais être abordée en ce qu'elle provoque, comme la non-reprise des poursuites individuelles, une paralysie du gage des créanciers : l'effacement des dettes.

¹⁶¹⁴ C'est le cas des créances résultant d'une condamnation pénale, des créances résultant de droits attachés à la personne du créancier (C. com., art. L. 643-11, I, 2°), de créances d'organismes de protection sociale victimes d'une fraude du débiteur (C. com., art. L. 643-11, I, 3°).

¹⁶¹⁵ C'est le cas du prononcé de la faillite personnelle, d'une condamnation pénale pour délit de banqueroute, d'une liquidation judiciaire antérieure déjà clôturée pour insuffisance d'actif moins de cinq ans avant l'ouverture de la présente procédure et lorsque la procédure est une liquidation territoriale pour le débiteur ayant le centre de ses intérêts dans un autre État membre de l'Union européenne (C. com., art. L. 643-11, III, 1° à 4°).

¹⁶¹⁶ V. par ex. A. JACQUEMONT, R. VABRES, T. MASTRULLO, *Droit des entreprises en difficulté*, 10^e éd., coll. Manuel, LexisNexis, 2017, p. 580, n° 1021 : « [Cette extinction du droit de poursuite] constitue finalement la reconnaissance d'un droit de ne pas payer ses dettes. »

¹⁶¹⁷ Rapp. Ph. MOZAS, *La notion de dette en droit privé*, th. Bordeaux IV, dactyl., 1996, p. 324, n° 317 : l'auteur, après avoir constaté un déclin du caractère moral de la dette, relève les différentes sanctions qu'encourt le débiteur de mauvaise foi, notamment en matière de procédure collective et en tire la remarque suivante : « *Mansuétude en général, sévérité dans quelques cas, c'est peut-être une autre conception morale qui régit la dette désormais.* »

¹⁶¹⁸ C. com., art. L. 643-11, IV. Cela comprend également le créancier n'ayant pas déclaré sa créance à la procédure : com., 26 juin 2019, n° 17-31236, publié au Bulletin ; *RDBF* 2019, comm. 173, note C. HOUIN-BRESSAND ; *JCP E* 2019, 1551, obs. Ph. PÉTEL ; *BJE* sept. 2019, p. 28, note T. FAVARIO, et mai 2020, p. 29, note V. PERRUCHOT-TRIBOULET ; *Rev. proc. coll.* 2020, comm. 38, note F. REILLE ; *Gaz. pal.* 21 avr. 2020, p. 79, note B. FERRARI.

¹⁶¹⁹ Com., 15 févr. 2005, n° 03-14547, *Bull. civ.* IV, n° 26.

¹⁶²⁰ Ainsi, la simple omission d'un créancier sur la liste remise par le débiteur au représentant des créanciers a pu être qualifiée de fraude par la Cour de cassation (com., 16 nov. 1993, *Bull. civ.* IV, n° 407 ; *D.* 1994, p. 157, note A. AMALVY et F. DERRIDA ; *JCP G* 1994, 3759, obs. M. CABRILLAC et Ph. PÉTEL).

¹⁶²¹ V. par ex. com., 26 juin 2019, préc., dans lequel la Cour retient « *une approche médiane de la fraude, ni trop étroite, en écartant toute nécessité de caractériser la malveillance du débiteur, ni trop large, en imposant malgré tout que soit établie sa volonté de frauder* » (C. HOUIN-BRESSAND, note préc.). Plus généralement, v. le panorama jurisprudentiel d'une avocate référendaire à la Cour de cassation explicitant cette tendance : M.-L. GUINAMANT, « Quand la clôture pour insuffisance d'actif ouvre la porte au rebond... du créancier », *BJE* sept. 2019, p. 9.

b. L'EFFACEMENT DES DETTES APRES CLOTURE D'UNE PROCEDURE DE
RETABLISSEMENT

347. Champ d'application de la mesure d'effacement des dettes. – Apparu pour la première fois en 1998 lors de la création de la procédure de rétablissement personnel¹⁶²², l'effacement des dettes est l'effet de la clôture de cette procédure de traitement du surendettement des particuliers, qui a « contaminé »¹⁶²³ le droit des entreprises en difficulté avec la création, en 2014, de la procédure de rétablissement professionnel¹⁶²⁴. Ces deux procédures sont réservées aux débiteurs dont les actifs sont d'une valeur dérisoire par rapport au montant de leur passif. La procédure de rétablissement personnel est mise en œuvre par la commission de surendettement lorsque celle-ci constate que le débiteur ne possède que des biens meubles nécessaires à la vie courante et des biens non professionnels indispensables à l'exercice de son activité professionnelle, ou que l'actif n'est constitué que de biens dépourvus de valeur marchande ou dont les frais de vente seraient manifestement disproportionnés au regard de leur valeur vénale¹⁶²⁵. Une fois prononcée, elle entraîne l'effacement de toutes les dettes non professionnelles du débiteur¹⁶²⁶, arrêtées à la date de la décision de la commission¹⁶²⁷. La mesure d'effacement est loin d'être marginale puisque, selon la Banque de France, en 2017, les commissions de surendettement ont procédé à l'effacement de dettes pour un montant global de 1,7 milliard d'euros, représentant 23 % de la dette globale des ménages surendettés¹⁶²⁸. La procédure de rétablissement professionnel a, quant à elle, des effets très proches de son homologue consommériste¹⁶²⁹, bien que leur raison d'être soit quelque peu

¹⁶²² Loi n° 98-657 du 29 juillet 1998 d'orientation relative à la lutte contre les exclusions (*JORF* n° 175, 31 juill. 1998, p. 11679), art. 93, I.

¹⁶²³ J.-D. PELLIER, *Droit de la consommation*, 2^e éd., coll. Cours, Dalloz, 2019, p. 431, note 1.

¹⁶²⁴ Ordonnance n° 2014-326 du 12 mars 2014 (*JORF* n° 62, 14 mars 2014, p. 5249), art. 85

¹⁶²⁵ C. consom., art. L. 724-1, 1^o.

¹⁶²⁶ À l'exception des dettes mentionnées aux articles L. 711-4 et 5 du Code de la consommation.

¹⁶²⁷ C. consom., art. L. 741-2.

¹⁶²⁸ Banque de France, *Le surendettement des ménages – Enquête typologique 2017, Données nationales et régionales*, janv. 2018, p. 10, disponible sur https://particuliers.banque-france.fr/sites/default/files/media/2018/02/06/suren-2017_web_avec-signets_20180205.pdf.

¹⁶²⁹ Effectuant ce rapprochement, v. not. F.-X. LUCAS, *Manuel de droit de la faillite*, 2^e éd., coll. Droit fondamental, PUF, 2018, p. 73, n° 59 : « La logique de ces deux procédures de rétablissement est assez proche puisqu'il s'agit, dans les deux cas, d'effacer les dettes du débiteur, de manière à lui permettre de mener à nouveau une vie normale. »

différente¹⁶³⁰. Elle est réservée au débiteur exerçant une activité professionnelle, en cessation des paiements et dont le redressement est manifestement impossible, qui ne fait l'objet d'aucune procédure collective en cours, n'a pas cessé son activité depuis plus d'un an, n'a employé aucun salarié au cours des six derniers mois et dont l'actif déclaré a une valeur inférieure à 5000 euros¹⁶³¹. Il ne s'agit pas d'une procédure collective mais plutôt d'une « *simple enquête menée par un mandataire de justice sous l'égide d'un juge unique [...] afin de s'assurer que le débiteur est bien éligible à la faveur que la loi lui réserve et qu'il mérite d'être libéré de son passif* »¹⁶³². Ainsi, aucun arrêt des poursuites individuelles n'est prévu¹⁶³³, le débiteur n'est pas dessaisi de son patrimoine puisqu'aucune liquidation n'est normalement envisagée¹⁶³⁴. La clôture de la procédure de rétablissement professionnel entraîne l'effacement des dettes à l'égard des créanciers dont la créance est née antérieurement au jugement d'ouverture de la procédure¹⁶³⁵. De manière prévisible, l'accueil doctrinal réservé à ces procédures a été

¹⁶³⁰ M.-J. CAMPANA, « L'effacement des dettes », *Gaz. pal.* 27 févr. 2003, p. 44 : « Certes, d'une part, dans les deux cas, il y a une atteinte fondamentale à un impératif juridique, celui d'honorer ses obligations, et donc une réelle atteinte à la sécurité juridique. Mais dans un cas il s'agit de remettre en selle un agent du monde économique qui, par exemple, pourra éventuellement se retrouver à la tête d'une fortune moins de trois ans après, sans pour autant que l'on permette à ses créanciers de le poursuivre. Et c'est bien là la finalité. Dans l'autre cas il s'agit d'un impératif de cohésion sociale, une lutte contre l'exclusion et la pauvreté. Car si le législateur veut éviter que les gens tombent dans la pauvreté, il ne veut pas nécessairement que les débiteurs ne payent pas leurs dettes avec trop de facilité. »

¹⁶³¹ C. com., art. L. 645-1, al. 1 et R. 645-1.

¹⁶³² F.-X. LUCAS, « Le changement en droit des entreprises en difficulté : la nouvelle procédure de rétablissement professionnel », *RDA* févr. 2015, p. 168 s., spéc. p. 170.

¹⁶³³ Lorsque le débiteur est poursuivi par un créancier au cours de la procédure, le juge a simplement le pouvoir, à la demande du débiteur, de « reporter le paiement des sommes dues dans la limite de quatre mois et ordonner, pour cette même durée, la suspension des procédures d'exécution qui auraient été engagées par le créancier » (C. com., art. L. 645-6).

¹⁶³⁴ *A contrario*, une procédure de liquidation judiciaire sera ouverte notamment si le débiteur n'est pas de bonne foi, ou si les conditions d'ouverture de la procédure de rétablissement professionnel ne sont pas réunies au jour du jugement d'ouverture ou ne le sont plus depuis (C. com., art. L. 645-9, al. 1 et 2).

¹⁶³⁵ C. com. art. L. 645-11. L'article précise également les créances qui ne sont pas frappées par cette mesure, parmi lesquelles les créances des salariés et les créances alimentaires.

mitigé¹⁶³⁶, et a constitué l'occasion de remettre au goût du jour le slogan du « *droit de ne pas payer ses dettes* » de RIPERT¹⁶³⁷.

348. L'obscurité de la notion d'effacement. – Cette notion d'effacement, « *dépourvue de sens juridique* »¹⁶³⁸ et toujours absente des lexiques juridiques, suscite bon nombre de questions : si la Cour de cassation a eu l'occasion d'affirmer que l'effacement de la dette « *n'équivaut pas à son paiement* »¹⁶³⁹, les rapports de cette notion avec l'extinction restent obscurs. Le législateur semble les distinguer, puisqu'il envisage également l'extinction de la dette comme mesure d'apurement du passif à part entière¹⁶⁴⁰. Nous rejoignons ainsi l'analyse de Monsieur FRANÇOIS, selon lequel l'effacement paralyse l'action du créancier par une économie de moyens, n'affectant que les prérogatives de contrainte tirées de l'obligation – le gage général, mais aussi le jeu de la compensation – sans remettre en cause l'existence de la

¹⁶³⁶ V. par ex. à propos du rétablissement personnel, B. OPPETIT, *Philosophie du droit*, coll. Précis, Dalloz, 1999, p. 107, n° 88 : « [...] on n'est pas éloigné de la consécration de l'obligation purement potestative : on ne se préoccupe du sort de l'endettement qu'en termes de translation ou d'incidence ou de transferts sociaux, non au regard des principes de droit commun qui gouvernent l'exécution des engagements. » ; F. ZENATI-CASTAING, T. REVET, *Cours de droit civil – Obligations – Régime*, coll. Droit fondamental, PUF, 2013, p. 164, n° 84 : « On peut s'interroger sur la conformité à la Constitution et sur la conventionnalité de l'effacement des dettes, véritable expropriation du créancier dans l'intérêt du débiteur. »

¹⁶³⁷ V. par ex. M. BILLIAU, « Régime de l'obligation », *JCP G* 2014, doct. 998, n° 7, réagissant à l'ordonnance du 12 mars 2014 instituant la procédure de rétablissement professionnel : « *Mais qui paye encore ses dettes en France ?* » ; M.-A. RAKOTOVAHINY, « Regards critiques sur l'institutionnalisation « du droit de ne pas payer ses dettes » ou la consécration du non paiement » in M. HECQUARD-THERON, J. KRYNEN (dir.), *Regards critiques sur quelques (r)évolutions récentes du droit*, PUT, 2005, p. 491 ; S. SCHILLER, « L'effacement des dettes permet-il un nouveau départ ? Comparaison franco-américaine », *RIDC* 2004, p. 655 s., spéc. p. 657, paraphrasant RIPERT : « *Voici l'été 2003. Que faisiez-vous aux temps chauds ? peut dire le créancier à son débiteur. La fourmi apprendra que, par une loi du 1^{er} août 2003, la cigale a obtenu l'extension de son droit d'être libéré définitivement de ses dettes.* » ; B. FERRARI, *Le dessaisissement du débiteur en liquidation judiciaire – Contribution à l'étude de la situation du débiteur sous procédure collective*, th. Nice, dactyl., 2019, p. 26, n° 24. Comme l'a très justement souligné un auteur, « l'expression « *droit de ne pas payer ses dettes* » est avant tout idéologique. Elle n'est absolument pas neutre. Cette formule permet de stigmatiser les procédés législatifs de faveur envers les débiteurs en insistant sur une contradiction : avoir le droit de ne pas respecter son obligation » (J.-B. RACINE, « Faut-il encore payer ses dettes ? Le cas du surendettement des particuliers », *LPA* 29 mars 2006, p. 37).

¹⁶³⁸ F. MACORIG-VENIER, « L'effacement des dettes dans le droit du surendettement », *Dr. & patr.*, sept. 2009, p. 54 s., spéc. p. 54.

¹⁶³⁹ Civ. 2^e, 27 janv. 2014, n° 13-10891, *Bull. civ.* II, n° 59 ; *D.* 2014, p. 1081, note D. R. MARTIN ; *RTD civ.* 2014, p. 370, obs. H. BARBIER ; *JCP G* 2014, doct. 998, n° 8, obs. M. BILLIAU ; *Rev. proc. coll.* 2014, comm. 112, note S. GJIDARA-DECAIX ; *RDC* 2014, p. 393, note J. KLEIN ; *RDBF* 2014, comm. 113, note S. PIÉDELIÈVRE ; *Dr. & patr.* sept. 2014, p. 104, obs. F. MACORIG-VENIER, nov. 2014, p. 108, obs. A. AYNÈS et Ph. DUPICHOT (efficacité de la clause de réserve de propriété malgré l'effacement de la dette garantie) – Civ. 2^e, 10 janv. 2019, n° 17-21774, publié au Bulletin ; *D.* 2019, p. 411, note J. FRANÇOIS ; *JCP G* 2019, doct. 183, note P. GROSSER ; *JCP E* 2019, 1426, note J. MONEGER ; *Gaz. pal.*, 9 avr. 2019, p. 25, obs. D. HOUTCIEFF et 23 avr. 2019, p. 28, note E. MOUIAL-BASSILANA ; *RDBF* 2019, comm. 54, note S. PIÉDELIÈVRE ; *Act. proc. coll.* 2019, alerte 59, note T. LE BARS ; *Deffrénois* 23 mai 2019, p. 37, obs. J.-B. SEUBE ; *RDC* 2019, n° 2, p. 63, note J. JULIEN ; *BJE* mars 2019, p. 42, note K. LAFAURIE ; *LPA* 30 juill. 2020, p. 8, obs. L. ANDREU (efficacité de la résiliation judiciaire du contrat de bail).

¹⁶⁴⁰ C. consomm., art. L. 742-10.

dette¹⁶⁴¹. De cette manière, la procédure de rétablissement personnel sans liquidation judiciaire ainsi que la procédure de rétablissement professionnel empêchent purement et simplement les créanciers de faire valoir le gage général que leur confère la loi, ces derniers pouvant seulement compter sur l'illusoire exécution volontaire de leur débiteur. Le mécanisme du gage général est alors neutralisé en raison de l'insuffisance manifeste de biens dans le patrimoine du débiteur¹⁶⁴². La procédure de rétablissement professionnel étant, quant à elle, conçue comme une alternative simplifiée à la liquidation judiciaire¹⁶⁴³, il serait légitime que sa clôture emporte les mêmes effets que la clôture de la liquidation judiciaire pour insuffisance d'actif : une paralysie des prérogatives d'action des créanciers, la créance subsistant avec ses accessoires¹⁶⁴⁴.

349. Une atteinte au droit de propriété du créancier jugée proportionnée. – Saisie d'une question prioritaire de constitutionnalité portant sur la conformité de la procédure de rétablissement personnel sans liquidation judiciaire, la Cour de cassation a rendu une solution révélatrice de l'évolution radicale – désormais acquise – de la notion d'obligation. En jugeant

¹⁶⁴¹ J. FRANÇOIS, note préc., n° 8. ; Adde J.-B. SEUBE, obs. préc. : « [...] si l'effacement de la dette entraînait son extinction, on peinerait à concevoir que le débiteur soit considéré comme défaillant de ne l'avoir pas exécuté. De fait, avec d'autres, il semble préférable de considérer que l'effacement de la dette interdit seulement au créancier d'obtenir de son débiteur le règlement de la dette, mais lui laisse la possibilité d'exercer les droits contractuels qui n'aboutissent pas à un règlement par le débiteur. » ; Contra F. ZENATI-CASTAING, T. REVET, *Cours de droit civil – Obligations – Régime*, coll. *Droit fondamental*, PUF, 2013, p. 164, n° 84 : « L'effacement est une notion quelque peu ingénue qui traduit, en réalité, l'extinction de l'obligation. » ; Ph. SIMLER, *Cautionnement – Garanties autonomes – Garanties indemnitaires*, 5^e éd., coll. *Traité*, LexisNexis, 2015, p. 620, n° 604 : « Le terme « effacement » ne peut [...] avoir un autre sens que celui d'extinction. » ; J. GHESTIN, M. BILLIAU, G. LOISEAU, *Traité de droit civil – Le régime des créances et des dettes*, LGDJ, 2005, p. 1313, n° 1294, l'effacement consécutif à la clôture de la procédure de rétablissement étant défini par ces auteurs comme « l'extinction sans paiement par décision du juge de l'exécution d'une créance [...] » ; S. GJIDARA-DECAIX, *JCl. Com.*, fasc. 1712 : *Surendettement des particuliers. – Mesures de traitement des situations de surendettement et rétablissement personnel*, mars 2018 (actualisation mars 2020), n° 133 : « L'effacement des créances consécutif à la clôture des procédures de rétablissement personnel entraîne l'extinction pure et simple des dettes concernées. » ; T. STEFANIA, « Le sort des contrats en cours en droit du rétablissement personnel », *D.* 2013, p. 384, spéc. n° 24 s. ; K. LAFAURIE, *La force obligatoire du contrat à l'épreuve des procédures d'insolvabilité*, préf. G. Wicker, Bibliothèque de droit privé, t. 595, LGDJ, 2020, p. 305, n° 355.

¹⁶⁴² Rapp. L.-C. HENRY, Ph. ROUSSEL-GALLE, « Le dessaisissement » in P.-M. LE CORRE (dir.), *Les grands concepts du droit des entreprises en difficulté*, coll. *Thèmes et commentaires*, Dalloz, 2018, p. 33 s., spéc. p. 44, n° 30 : « [...] à quoi bon protéger cet actif qui est réputé être le gage des créanciers, s'il n'existe pas. »

¹⁶⁴³ Mais non une variante, puisque cette procédure ne présente pas les traits caractéristiques de la liquidation judiciaire que sont la discipline collective et le dessaisissement : M. SÉNÉCHAL, « Le rétablissement professionnel par effacement relatif de certaines dettes », *BJE* 2014, p. 196.

¹⁶⁴⁴ Ce qui autoriserait notamment le créancier à poursuivre la caution sans que celle-ci ne puisse se prévaloir de l'effacement des dettes. Favorables à cette interprétation, v. Ph. ROUSSEL-GALLE, F. PÉROCHON, « Le rétablissement professionnel, à mi-chemin entre rétablissement personnel et liquidation judiciaire » in *Écrits de droit de l'entreprise – Mélanges en l'honneur de Patrick Serlooten*, Dalloz, 2015, p. 233 s., spéc. p. 241 ; L. AYNÈS, P. CROCQ, A. AYNÈS, *Droit des sûretés*, 13^e éd., coll. *Droit civil*, LGDJ, 2019, p. 67-68, n° 137 ; contra Ph. PÉTEL, « Entreprises en difficulté : encore une réforme ! », *JCP G* 2014, doct. 667, spéc. n° 23 ; K. LAFAURIE, *op. cit.*, p. 307, n° 357.

non sérieuse cette question, la Cour de cassation a affirmé que l'effacement des dettes provoqué par la clôture de cette procédure, porte, certes, « *atteinte aux conditions d'exercice du droit de propriété* » en faisant obstacle au recouvrement des créances, mais « [répond] à un objectif d'intérêt général de lutte contre la précarité et l'exclusion sociale ». Cette mesure porte, selon la Cour, une atteinte « *proportionnée à cet objectif* » en raison du caractère subsidiaire de cette mesure et de la possibilité pour le créancier d'en contester le bien-fondé¹⁶⁴⁵. Une telle solution donne le sentiment qu'en situation de surendettement, le débiteur ne doit plus supporter seul le poids de sa dette : pour prévenir la marginalisation sociale de ce dernier, lui donner l'occasion de rebondir, ses créanciers sont contraints par le droit de se montrer solidaires à son égard¹⁶⁴⁶. Comme l'a relevé très justement Monsieur AYNÈS, « *le rapport d'obligation connaît le même phénomène de socialisation que la responsabilité civile : la crise économique pousse aux solutions collectives. Le fardeau est trop lourd pour le débiteur seul* »¹⁶⁴⁷. De la justice commutative qui régit traditionnellement le rapport d'obligation, le droit contemporain passe ainsi, sous l'influence d'une économie d'endettement généralisé¹⁶⁴⁸, à une logique de justice distributive¹⁶⁴⁹. La représentation de l'obligation en ressort nécessairement affectée¹⁶⁵⁰ : sa force symbolique pesant sur le débiteur se dissout¹⁶⁵¹, de même que la confiance du créancier

¹⁶⁴⁵ Civ. 2^e, 19 déc. 2013, n° 13-40065, Inédit ; *Rev. proc. coll.*, comm. 46, note S. GJIDARA-DECAIX.

¹⁶⁴⁶ « *Mieux vaut ne pas payer ses dettes que de vivre dans la rue* » résume J.-B. RACINE, « Faut-il encore payer ses dettes ? Le cas du surendettement des particuliers », *LPA* 29 mars 2006, p. 37.

¹⁶⁴⁷ L. AYNÈS, « Crise économique et rapports de droit privé » in *Droit de la crise : crise du droit ? Les incidences de la crise économique sur l'évolution du système juridique*, Cinquièmes Journées René Savatier, PUF, 1997, p. 57 s., spéc. p. 59.

¹⁶⁴⁸ Confirmant que « *le rapport d'obligation se trouvant au point d'intersection du droit et de l'économie, les mouvements de celle-ci ne sont pas sans se répercuter sur celui-là* » (J.-L. SOURIOUX, « Introduction au cours de droit des obligations » in *Clés pour le siècle – Droit et science politique, information et communication, sciences économiques et de gestion*, Université Panthéon-Assas (Paris II), Dalloz, 2000, p. 507 s., spéc. p. 513).

¹⁶⁴⁹ B. OPPETIT, « L'endettement et le droit » in *Mélanges en hommage à André Breton et Fernand Derrida*, Dalloz, 1991, p. 295 s., spéc. p. 309-310.

¹⁶⁵⁰ Réflexion à laquelle invite spécialement le droit des entreprises en difficulté, comme le souligne Madame SAINT-ALARY-HOUIN : « *Par ses objectifs économiques et ses visées impérialistes, le droit des entreprises en difficulté oblige les autres branches du droit à s'interroger sur leurs propres concepts. Il joue un peu un rôle de révélateur de leurs incertitudes. Le droit des faillites n'a pas nécessairement les vertus de l'exemplarité ou de la juste analyse, mais sans aucun doute, il a pour intérêt de conduire à un approfondissement des notions et à la prise de conscience des insuffisances de certaines réflexions.* » (C. SAINT-ALARY HOUIN, « Du droit de la faillite au droit des entreprises en difficulté – Regards sur les évolutions du dernier quart de siècle » in M. HECQUARD-THÉRON, J. KRYNEN (dir.), *Regards critiques sur quelques (r)évolutions récentes du droit*, PUT, 2005, p. 389 s., spéc. n° 105)

¹⁶⁵¹ « *En somme, la dette aura perdu, pour le débiteur, sa gravité originelle, parce qu'il n'est plus seul impliqué.* » (L. AYNÈS, art. préc., p. 60)

dans l'engagement¹⁶⁵², lequel est amené à considérer la défaillance de son débiteur comme une « *probabilité* »¹⁶⁵³ à prendre sérieusement en compte.

350. Conclusion de la section 1. – À l'issue de ces développements, il ressort que la mise en œuvre du gage général est largement obstruée par le droit contemporain dès lors que l'appauvrissement du débiteur devient préoccupant. En tant que caution personne physique, le débiteur est notamment protégé par le formalisme de la mention manuscrite et par l'exigence de proportionnalité de son engagement, ces deux dispositifs affectant à différents titres le fonctionnement du gage général. La mention manuscrite, lorsqu'elle est reproduite de manière incomplète, peut amener les juges à imposer une limitation de l'assiette du gage, tandis que l'exigence de proportionnalité enjoint le créancier à contracter exclusivement en considération de la seule valeur présente du patrimoine de la caution au moment de la conclusion du contrat. Lorsque le débiteur est en situation de surendettement, l'objectif du droit contemporain est de lui ménager, autant que faire se peut, une seconde chance. La réalisation de cet objectif implique, fatalement, d'affecter une fois de plus la mise en œuvre du gage général des créanciers : d'une part, en limitant, dans son assiette et dans le temps, l'effet réel de la liquidation judiciaire ; d'autre part, en retirant aux créanciers insatisfaits leurs prérogatives d'action sur le patrimoine du débiteur dès la clôture de la procédure. Ces dispositions réinterrogent la manière dont le rapport d'obligation est classiquement conçu¹⁶⁵⁴. La dimension symbolique que le gage général insuffle à l'obligation se retrouve, une fois de plus, affaiblie au profit d'une approche instrumentale : le régime du gage général est modifié pour maintenir le débiteur dans le circuit économique malgré ses déboires financiers¹⁶⁵⁵.

Un dernier aspect du droit privé contemporain, susceptible de perturber la mise en œuvre du gage général, doit être abordé, et concerne la difficile emprise du créancier sur les biens de son débiteur situés à l'étranger.

¹⁶⁵² Rappr. J. DERRUPPÉ, « Rapport de synthèse » in Travaux de l'Association Henri Capitant, *L'endettement*, Journées argentines, t. XLVI, LGDJ, 1997, p. 23 s., spéc. p. 24 : « *La théorie juridique la plus classique subit un vrai séisme. Ses fondements sont ébranlés : plus de respect de la parole donnée, plus de confiance dans l'engagement.* »

¹⁶⁵³ B. OPPETIT, art. préc., p. 310.

¹⁶⁵⁴ La tension entre force et grâce que décrivait CARBONNIER à propos de l'obligation penche ainsi en faveur de la seconde : J. CARBONNIER, *Flexible droit – Pour une sociologie du droit sans rigueur*, 10^e éd., LGDJ, 2001, p. 332 s.

¹⁶⁵⁵ Rappr. C. BRENNER, « L'ineffectivité de l'exécution forcée » in C. BRENNER (dir.), *Le droit de l'exécution forcée : entre mythe et réalité*, coll. Droit et procédures, EJT, 2007, p. 43 s., spéc. p. 57, n° 88 : « [...] cet étiolement du droit de gage général est évidemment en rapport direct avec la promotion actuelle de la consommation et la volonté des pouvoirs publics de favoriser l'avoir immédiat au détriment de l'épargne et de la capitalisation [...] »

SECTION 2 : LA PERTURBATION CAUSEE PAR LA TERRITORIALITE DU DROIT DE L'EXECUTION

351. À une époque marquée par la mondialisation des échanges, il est devenu courant que le patrimoine du débiteur soit composé de biens situés hors du territoire national. La migration des actifs a été particulièrement favorisée par l'ouverture du secteur bancaire dans l'Union européenne, qui « *permet de détenir des comptes bancaires dans plusieurs États, qu'ils soient ou non l'État de résidence* »¹⁶⁵⁶. Si le gage général est censé affecter indifféremment tous les biens du débiteur, ce qui comprend les biens situés à l'étranger, le créancier est contraint, dans la mise en œuvre de sa garantie légale, de considérer différemment ces biens dans la mesure où leur saisie, sans être impossible, est entravée. Tout comme dans la section précédente, la perturbation que connaît la mise en œuvre du gage s'explique par la prévalence d'un autre intérêt que celui du créancier, à une différence près : il ne s'agit pas, ici, d'un intérêt protecteur du débiteur, mais de l'intérêt de l'État d'exécution. « *La loi de la créance donne seulement au créancier le droit de poursuivre, de façon générale, l'ensemble des biens indéterminés de son débiteur, où qu'ils soient situés, l'exercice concret des poursuites relevant de la lex fori.* »¹⁶⁵⁷ Le respect de la souveraineté de l'État sur le territoire duquel la réalisation du gage est envisagée soumet ainsi le créancier, tant dans sa recherche des informations patrimoniales du débiteur (I) que dans la réalisation proprement dite (II), à l'application de la loi de cet État ainsi qu'à la compétence de ses juridictions.

I. LA DIFFICULTE D'OBTENIR DES INFORMATIONS RELATIVES AUX BIENS SITUÉS À L'ÉTRANGER

352. Un projet sans suite au sein de l'Union européenne. – Si le droit de l'Union cherche, depuis plusieurs années, à faciliter le recouvrement des créances transfrontalières afin de

¹⁶⁵⁶ C. KLEINER, *La monnaie dans les relations privées internationales*, préf. P. Mayer, Bibliothèque de droit privé, t. 516, LGDJ, 2010, p. 225, n° 248.

¹⁶⁵⁷ J. HÉRON, *Le morcellement des successions internationales*, préf. P. Mayer, coll. Recherches juridiques, Economica, 1986, p. 250, note 34.

favoriser les relations commerciales entre États membres¹⁶⁵⁸, aucune mesure n'a été effectivement adoptée pour favoriser la collecte d'informations relatives aux biens d'un débiteur situés dans d'autres États membres que celui de la créance¹⁶⁵⁹. Il est vrai que l'huissier de justice a désormais le pouvoir de prendre connaissance des comptes bancaires du débiteur *via* le FICOBA¹⁶⁶⁰, mais ce fichier concerne les seuls comptes ouverts en France. À la différence du Fisc¹⁶⁶¹, il n'a donc pas accès à cette information¹⁶⁶². L'opacité du patrimoine du débiteur situé à l'étranger n'est pourtant pas une problématique ignorée par les instances européennes. Dès 1998, la Commission européenne a évoqué la perte de transparence patrimoniale consécutive au mouvement de dématérialisation des biens¹⁶⁶³ et l'absence d'harmonie entre les législations des États membres en la matière¹⁶⁶⁴. À la suite d'une étude commandée et relative à l'amélioration de l'exécution des décisions de justice au sein de l'Union, la Commission a présenté un Livre vert en 2008 visant à consulter les parties intéressées quant à la pertinence d'un dispositif européen d'amélioration de la transparence patrimoniale¹⁶⁶⁵. Le projet est toutefois resté en suspens, en raison d'une disparité importante entre les législations des États membres quant aux informations patrimoniales du débiteur accessibles et aux mesures d'investigation admises¹⁶⁶⁶.

¹⁶⁵⁸ « Il ne serait a priori pas illogique que les frontières, gommées dans la Communauté européenne pour ce qui est des échanges économiques, soient aussi discrètes que possible dans le dénouement juridique de ces échanges, de telle sorte que l'opérateur ne soit pas pris au piège d'un régime juridique exagérément compliqué ou aléatoire [...]. » (P. DE VAREILLES-SOMMIÈRES, « Le créancier et l'Europe : pour une simplification du recouvrement international de l'impayé » in *Mélanges Christian Mouly*, t. II, Litec, 1998, p. 437 s., spéc. p. 437-438)

¹⁶⁵⁹ Sur l'accès à l'information relative aux biens du débiteur situés en France, v. *supra*, n° 212.

¹⁶⁶⁰ CPCE, art. L. 152-2.

¹⁶⁶¹ La détention de comptes bancaires à l'étranger devant être déclarée : CGI, art. 1649 A, al. 2 : « Les personnes physiques, les associations, les sociétés n'ayant pas la forme commerciale, domiciliées ou établies en France, sont tenues de déclarer, en même temps que leur déclaration de revenus ou de résultats, les références des comptes ouverts, détenus, utilisés ou clos à l'étranger. »

¹⁶⁶² G. CUNIBERTI, C. NORMAND, F. CORNETTE, *Droit international de l'exécution – Recouvrement des créances civiles et commerciales*, coll. Droit des affaires, LGDJ, 2011, p. 197, n° 556.

¹⁶⁶³ Communication de la Commission européenne au Conseil et au Parlement européen, *Vers une efficacité accrue dans l'obtention et l'exécution des décisions au sein de l'Union européenne*, JOCE C 33/16, 31 janv. 1998, § 48 s., spéc. § 49 : « Or ce patrimoine, qui représente le gage général des créanciers, a perdu beaucoup de sa transparence. [...] Il s'est largement dématérialisé et fait désormais la part belle aux comptes bancaires, rémunérations diverses, parts sociales, valeurs mobilières ou parts sociales dans des sociétés disséminées à travers l'Europe. Le patrimoine est désormais caractérisé par une plus grande opacité et, à l'heure des progrès informatiques et d'Internet, par une plus grande volatilité. »

¹⁶⁶⁴ Communication préc., § 50 s., la Commission faisant la distinction entre les États dans lesquels il existe une obligation de déclaration de patrimoine incombant au débiteur – dont l'inexécution est sanctionnée – et ceux dans lesquels aucune obligation de ce genre n'existe.

¹⁶⁶⁵ Livre vert. Exécution effective des décisions judiciaires dans l'Union européenne : la transparence du patrimoine des débiteurs, COM (2008) 128 final, 6 mars 2008.

¹⁶⁶⁶ Pour un aperçu de ces disparités, v. G. PAYAN, *Droit européen de l'exécution en matière civile et commerciale*, préf. J. Normand, coll. Droit de l'Union européenne, Bruylant, 2012, p. 217 s., n° 103 s.

353. Un accès limité dans le cadre de la saisie européenne des comptes bancaires. –

L'adoption du Règlement 655/2014 portant création d'une procédure d'ordonnance européenne de saisie conservatoire des comptes bancaires¹⁶⁶⁷ a été notamment l'occasion, pour le législateur européen, d'amorcer la coopération des États membres pour un meilleur accès aux informations patrimoniales des débiteurs. L'article 14 de ce règlement prévoit une procédure de demande d'obtention d'informations relatives aux comptes bancaires du débiteur localisés dans un État membre. Réservée aux créanciers munis d'un titre exécutoire dans l'État d'exécution, cette procédure implique, pour le créancier, d'avoir « *des raisons de croire que le débiteur détient un ou plusieurs comptes auprès d'une banque dans un État membre déterminé, mais qu'il ne connaît pas le nom ou/ni l'adresse de la banque, ni le code IBAN, BIC ou un autre numéro bancaire permettant d'identifier la banque* »¹⁶⁶⁸. En d'autres termes, introduire cette demande suppose que le créancier dispose déjà d'informations, cette procédure n'a donc d'utilité que pour le créancier qui cherche seulement à compléter ce qu'il sait déjà sur les biens du débiteur situés dans cet État membre¹⁶⁶⁹, limitant ainsi considérablement son intérêt. Certes, la procédure est également ouverte aux créanciers qui ne sont pas encore munis d'un titre exécutoire dans l'État membre d'exécution mais les conditions à remplir sont très contraignantes : le montant que le créancier cherche à faire saisir doit être « *important compte tenu des circonstances pertinentes* » et le créancier doit avoir fourni « *suffisamment d'éléments de preuve pour convaincre la juridiction qu'il est urgent d'obtenir des informations relatives aux comptes parce qu'il existe un risque qu'à défaut de ces informations le recouvrement ultérieur de sa créance soit mis en péril et que cela puisse conduire en conséquence à une détérioration importante de la situation financière du créancier* »¹⁶⁷⁰. Au vu du nombre de conditions exigées¹⁶⁷¹, il est probable que le potentiel d'application de cette procédure soit réduit à peau de chagrin. Si la demande est tout de même accueillie par la juridiction saisie, elle est transmise à l'autorité chargée de l'obtention d'informations de l'État membre d'exécution¹⁶⁷².

¹⁶⁶⁷ Sur cette saisie, v. *infra*, n° 363.

¹⁶⁶⁸ Règl. (UE) n° 655/2014, art. 14, § 1, al. 1.

¹⁶⁶⁹ V. en ce sens M. DONNIER, J.-B. DONNIER, *Voies d'exécution et procédures de distribution*, 9^e éd., coll. Manuel, LexisNexis, 2017, p. 226, n° 590.

¹⁶⁷⁰ Règl. (UE) n° 655/2014, art. 14, § 1, al. 2.

¹⁶⁷¹ Un auteur voit dans cette accumulation de conditions « *une véritable caricature de soft law qui ouvre la voie à la casuistique la plus débridée et qui n'a, à vrai dire, plus grand-chose de juridique* » (M. DONNIER, J.-B. DONNIER, *op. cit.*, p. 226, n° 590).

¹⁶⁷² Règl. (UE) n° 655/2014, art. 14, § 3.

354. Une absence de solution quant aux biens situés hors de l'Union. – La situation est, logiquement, encore moins optimiste s'agissant de la collecte des informations sur le patrimoine du débiteur situé en dehors de l'Union européenne¹⁶⁷³. Il existe toutefois des réflexions sur le plan mondial, à l'initiative d'un organisme privé, l'Union internationale des huissiers de justice (UIHJ). Le constat est le même que sur le plan européen : difficulté d'accéder aux informations patrimoniales¹⁶⁷⁴ – éparpillées sur différents registres ou simplement inaccessibles – et disparité des législations des États quant à la transparence du patrimoine du débiteur, que la proposition d'un Code mondial de l'exécution ne peut pallier¹⁶⁷⁵. Tout au plus ce dernier peut-il encourager la coopération internationale entre huissiers pour accéder aux informations patrimoniales. L'exemple des comptes bancaires est particulièrement éloquent : si le créancier suspecte l'existence d'un compte bancaire du débiteur dont la banque dépositaire a son siège dans un État qualifié de paradis fiscal, le créancier se verra inéluctablement opposer le secret bancaire général et absolu, tel que prévu par la loi de cet État¹⁶⁷⁶, l'empêchant ainsi d'obtenir toute confirmation quant à l'existence de ce compte.

¹⁶⁷³ Il faut y inclure les biens que l'on peut qualifier de transnationaux, ou d'a-nationaux, que sont les crypto-actifs (récemment qualifiés d'« *actifs numériques* » par la loi PACTE : CMF, art. L. 54-10-1 s.). Ces biens, dont les plus connus sont les Bitcoins (qui ne sont pas qualifiables de monnaie, v. not. C. KLEINER, « Bitcoin, monnaie étrangère et indexation : quelle équation ? » in *Liber amicorum en l'honneur du Professeur Joël Monéger*, LexisNexis, 2017, p. 239 s., spéc. p. 245 s.), n'ont, en effet, pas de véritable localisation puisqu'ils existent à travers la technique de la *Blockchain* : ils sont stockés sur un registre décentralisé et accessibles *via* un protocole informatique crypté. La détermination de la loi applicable en cette matière est ainsi rendue très délicate (F. JAULT-SESEKE, « La blockchain au prisme du droit international privé, quelques remarques », *Dalloz IP/IT* 2018, p. 544). En outre, que la loi française ou une loi étrangère soit applicable à ces biens, leur saisie est une gageure. Ils sont souvent acquis anonymement, ce qui rend l'information sur ces biens quasiment impossible à collecter. Et quand bien même l'acquéreur serait identifié, l'accès à ces biens se fait par une clé privée ; ainsi, sans la coopération du débiteur, la saisie de crypto-actifs semble, pour le moment, impossible (v. en ce sens J. UITDEHAAG, S. VAN ERP, « Enforcement of digital assets : a paradise for debtors ? » in M. SCHMATZ (dir.), P. GIELEN (coord.), *Avoirs dématérialisés et exécution forcée*, coll. Pratique du droit européen, Bruylant, 2019, p. 173 s., spéc. p. 182). C'est pour cette raison que, dans le cas où un créancier souhaite obtenir une sûreté sur un crypto-actif, il est recommandé de conclure cette sûreté *avec* dépossession (v. en ce sens M. JULIENNE, « Les crypto-monnaies : régulation et usages », *RDBF* 2018, étude 19, spéc. n° 16 ; D. LEGEAIS, *JCl. Com.*, fasc. 535 : *Actifs numériques et prestataires sur actifs numériques*, oct. 2019, n° 62).

¹⁶⁷⁴ B. MENUT, « Pour un Code mondial de l'exécution » in *L'harmonisation des procédures d'exécution dans un espace de justice sans frontière*, Actes du Congrès international de Washington, 26-28 avril 2006, coll. Passerelle, EJT, 2007, p. 21 s., spéc. p. 53-54.

¹⁶⁷⁵ Comme le suggère le second alinéa de l'article 2 de ce code rédigé en 2015 à l'initiative de l'UIHJ : « *Les lois nationales peuvent contraindre le débiteur à déclarer l'étendue de son patrimoine.* »

¹⁶⁷⁶ La loi applicable au secret bancaire est en effet celle de l'État sur le territoire duquel la banque a son siège : J.-P. MATTOU, « Le secret bancaire dans l'ordre international », *Travaux du Comité français de DIP 2000-2002*, Pedone, 2004, p. 175 s., spéc. p. 180. De manière générale, « *de nombreuses règles en matière de compte bancaire sont d'application impérative, qualifiées de lois de police par la doctrine* » (C. KLEINER, *La monnaie dans les relations privées internationales*, préf. P. Mayer, Bibliothèque de droit privé, t. 516, LGDJ, 2010, p. 139, n° 147).

355. La tentation du *forum shopping*. – Ces disparités importantes des droits nationaux quant à l’obtention d’informations patrimoniales sont susceptibles de conduire le créancier à chercher à obtenir la compétence de juridictions d’États ayant le pouvoir d’enjoindre le débiteur à déclarer son patrimoine. Conscients qu’en la matière, « *knowledge is power* »¹⁶⁷⁷, les créanciers vont utiliser le moindre élément d’extranéité afin d’obtenir la compétence des juridictions de ces États, plus particulièrement celles du Royaume-Uni, dont la place judiciaire est « *connue pour l’efficacité de ses mesures conservatoires, et plus encore de ses injonctions de révélation de patrimoine (disclosure orders)* »¹⁶⁷⁸. Ces injonctions, qu’elles soient ordonnées avant ou après jugement, contraignent le débiteur à livrer des informations sur la consistance de son patrimoine, son inobservation pouvant être sévèrement sanctionnée, notamment par la privation du droit de se défendre en justice¹⁶⁷⁹. Leur efficacité est renforcée par le fait qu’elles sont souvent associées à une *freezing injunction*¹⁶⁸⁰ – ou *Mareva injunction* –, mesure conservatoire ayant, selon les termes de la Cour de cassation, « *pour objet d’empêcher que le débiteur n’organise son insolvabilité en lui faisant interdiction de disposer de ses biens sous peine de sanctions civiles et pénales* »¹⁶⁸¹, sans pour autant rendre les biens indisponibles¹⁶⁸². Or, puisque ces mesures sont considérées comme ne frappant pas les biens du débiteur mais sa

¹⁶⁷⁷ C. Mc LACHLAN, « The Jurisdictional limits of disclosure orders in transnational fraud litigation », *International & Comparative Law Quarterly* 1998, 47 (1), p. 3 s., spéc. p. 6 : « *In the global search for assets, the aphorism that "knowledge is power" has a particular cogency. Many of the world's national legal systems have well-developed mechanisms for the provisional seizure of assets. But it is a feature in particular of civil law legal systems that they do not afford the same measure of relief in granting disclosure to enable the tracing of assets. Without disclosure, attachment will be at best a blunt and at worst a nugatory instrument.* »

¹⁶⁷⁸ G. CUNIBERTI, « La reconnaissance en France des jugements par défaut anglais – À propos de l’affaire Gambazzi-Stolzenberg », *Rev. crit. DIP* 2009, p. 685 s., spéc. p. 688, n° 7.

¹⁶⁷⁹ G. CUNIBERTI, art. préc., p. 691, n° 11.

¹⁶⁸⁰ *Civil procedure – White Book*, vol. 2, Sweet & Maxwell, 2019, Section 15-75. Cette accessoriété du *disclosure order* par rapport à la *freezing injunction* ne doit pas masquer le fait que « *dans beaucoup de cas, c’est la révélation des avoirs et de leur localisation qui constitue l’intérêt essentiel poursuivi par le demandeur* » (H. MUIR WATT, « Extraterritorialité des mesures conservatoires in personam (à propos de l’arrêt de la Court of Appeal, *Crédit Suisse Fides Trust v. Cuoghi*) », *Rev. crit. DIP* 1998, p. 27 s., spéc. p. 33, note 11).

¹⁶⁸¹ Civ. 1^{re}, 3 oct. 2018, n° 17-20296, publié au Bulletin ; *D.* 2019, p. 475 note K. MEHTIYEVA et p. 1016, obs. S. CLAVEL et F. JAULT-SESEKE ; *JCP G* 2018, doct. 1288, n° 14, obs. E. JEULAND ; *Rev. crit. DIP* 2019, p. 215, note S. MENETREY et G. CUNIBERTI ; *RTD civ.* 2019, p. 395, obs. Ph. THÉRY ; *JDI* 2019, comm. 11, note G. PAYAN ; *Gaz. pal.* 19 févr. 2019, p. 69, note O. SALATI.

¹⁶⁸² Une mesure analogue existe en droit américain : l’injonction de *discovery*, à laquelle les banques françaises sont aussi confrontées. V. not. G. PARLÉANI, « Le secret bancaire face aux injonctions civiles anglo-américaines », *Banque & Droit* janv.-févr. 2016, p. 20, et mars-avril 2016, p. 4 ; C. KLEINER, « Le secret bancaire opposé par les banques françaises aux injonctions de *discovery* : du nouveau dans l’*international comity analysis* ? » in *Mélanges AEDBF France VII*, RB éd., 2018, p. 327.

personne, elles ne sont pas censées subir le principe de territorialité des voies d'exécution¹⁶⁸³ et peuvent donc être ordonnées par la juridiction compétente au fond, ou par une juridiction ayant un quelconque lien de rattachement avec le débiteur visé par la mesure¹⁶⁸⁴ sans nécessiter une *exequatur* pour être exécutoire à l'étranger¹⁶⁸⁵.

356. La difficulté d'accès à l'information patrimoniale n'est pas le seul obstacle que rencontre le créancier souhaitant réaliser son gage général sur les biens du débiteur situés à l'étranger. Quand bien même arriverait-il à les localiser, le créancier se heurte alors à l'application d'une loi étrangère, de nature à engendrer d'autres difficultés.

II. LA DIFFICULTE DE SAISIR LES BIENS SITUES A L'ETRANGER

357. Le principe de territorialité des voies d'exécution est partagé par tous les États et se justifie par le caractère souverain de la contrainte. Malgré le contexte contemporain de globalisation, ce principe reste indiscuté, ce qui constitue un obstacle supplémentaire pour le créancier dans la réalisation de son gage général (A). Il existe bien quelques initiatives destinées à atténuer cette territorialité du droit de l'exécution qu'il convient de mentionner, mais celles-ci existent seulement au sein de l'Union européenne et n'ont pas pour objectif de remettre véritablement en cause la territorialité des voies d'exécution (B).

¹⁶⁸³ Civ. 1^{re}, 30 juin 2004, *Stolzenberg*, n° 01-03248 et 01-15452, *Bull. civ.* I, n° 191 ; *D.* 2004, p. 2743, note N. BOUCHE ; *D.* 2005, p. 1192, obs. P. COURBE et H. CHANTELOUP ; *Rev. crit. DIP* 2004, p. 815, note H. MUIR WATT ; *RTD civ.* 2004, p. 549, obs. Ph. THÉRY ; *Procédures* 2005, comm. 9, obs. C. NOURISSAT ; *JCP G* 2005, II, 10198, avis J. SAINTE-ROSE ; *Gaz. pal.* 2004, p. 653, note M.-L. NIBOYET ; *JDI* 2005, comm. 112, note G. CUNIBERTI : « [...] *cette interdiction faite à la personne du débiteur de disposer en tout lieu de ses biens, dans la mesure où il s'agit de préserver les droits légitimes du créancier, ne saurait porter atteinte à un droit fondamental du débiteur, ni même indirectement, à une prérogative de souveraineté étrangère et, notamment, n'affecte pas, à la différence des injonctions dites "anti-suit", la compétence juridictionnelle de l'État requis* [...] ». (Nous soulignons)

¹⁶⁸⁴ V. en ce sens H. MUIR WATT, art. préc. p. 39, n° 13 : « *Le fondement de la solution est [...] toujours le même : la mesure étant prise in personam, c'est le lien qui rattache le défendeur à l'ordre du for qui est seul pris en compte, à l'exclusion de la situation des biens visés ou du lieu d'engagement de l'instance au fond.* »

¹⁶⁸⁵ Cette dernière hypothèse semble toutefois mise en échec sur le plan européen depuis l'adoption du Règlement *Bruxelles I bis*, qui circonscrit les mesures provisoires ordonnées par une juridiction autre que celle compétente au fond à un effet strictement territorial (Règl. (UE) n° 1215/2012 du 12 déc. 2012 (*JOUE* L 351/1, 20 déc. 2012), considérant 33 *in fine*), dans le but précis de mettre fin à ce « *forum shopping provisoire* » (A. NUYTS, « La refonte du règlement Bruxelles I », *Rev. crit. DIP* 2013, p. 1 s., spéc. p. 37, n° 22). En outre, ce type de mesure risque de se heurter, lors de sa réception par le droit français, à l'opposabilité du secret bancaire. Dans cette situation, le juge devra opérer une mise en balance des intérêts entre, d'une part, le respect de la confidentialité et, d'autre part, le droit d'accès à la justice (C. KLEINER, art. préc., p. 338).

A.- LA VIGUEUR DU PRINCIPE DE TERRITORIALITE DES VOIES D'EXECUTION

358. Un principe fondé sur la souveraineté des États. – Affirmée de longue date, la territorialité des voies d'exécution est un principe selon lequel la loi applicable au déroulement des voies d'exécution¹⁶⁸⁶ est la loi du lieu d'exécution¹⁶⁸⁷, donc la loi du lieu de situation du bien – la *lex rei sitae* – et la juridiction compétente pour connaître de la mesure d'exécution est celle du lieu d'exécution¹⁶⁸⁸. Dès lors, la loi française est applicable et les juridictions françaises sont compétentes relativement à la saisie d'un bien du débiteur situé en France et, *vice versa*, la loi française cesse d'être applicable, de même que les juridictions françaises cessent d'être compétentes, dès lors que le bien à saisir se situe à l'étranger¹⁶⁸⁹, dérogeant ainsi aux articles 14 et 15 du Code civil¹⁶⁹⁰. Ce principe est classiquement fondé sur le nécessaire respect de la

¹⁶⁸⁶ Ce qui inclut la détermination des biens insaisissables (Ph. THÉRY, *Rép. int.*, v° *Voies d'exécution*, janv. 2013, n° 70), mais exclut la détermination des biens répondant de la dette (civ. 1^{re}, 16 juin 1992, Inédit ; *Rev. crit. DIP* 1993, p. 34, note F. AMÉLI).

¹⁶⁸⁷ Civ. 1^{re}, 2 mai 1931, *C^{ie} française de navigation Cyprien Fabre*, S. 1932, 1, p. 137, rapp. CASTEIL, note J.-P. NIBOYET ; *DP* 1933, 1, p. 60, note E. SILZ ; *JDI* 1932, p. 387, note PERROUD : « *Les voies d'exécution, dans chaque pays, relèvent expressément du droit interne de ce pays, sans qu'il y ait à considérer la nationalité de la partie qui les a requises ou qui les subit, dès lors que leur application est restreinte au territoire de la juridiction qui les a ordonnés [...].* »

¹⁶⁸⁸ S'agissant du droit international privé de l'UE : Règl. (UE) n° 1215/2012, art. 24, § 5 : « *Sont seuls compétents, sans considération de domicile : [...] 5) en matière d'exécution des décisions, les tribunaux de l'État membre du lieu de l'exécution.* » S'agissant du droit international privé français : Civ. 1^{re}, 18 nov. 1986, *Banque centrale camerounaise de développement*, *Rev. crit. DIP* 1987, p. 773, note H. MUIR WATT ; *JDI* 1987, p. 632, note Ph. KAHN ; *JCP G* 1987, II, 20909, note B. NICOD, affirmant que « *les tribunaux français [sont] seuls compétents pour statuer sur l'instance en validité d'une saisie conservatoire pratiquée en France* ». Rappelé par civ. 1^{re}, 17 janv. 1995, *Méridien Breckwoldt et c^{ie}*, n° 92-10165, *Bull. civ. I*, n° 34 ; *Rev. crit. DIP* 1996, p. 133, note Y. LEQUETTE ; *JCP G* 1995, II, 22340, note H. MUIR WATT – civ. 1^{re}, 11 févr. 1997, *Strojexport*, *Bull. civ. I*, n° 47, *GAJDIP*, 5^e éd., n° 60.

¹⁶⁸⁹ Ainsi, comme le souligne un auteur, « *la territorialité est une sorte de fiction, ou plus exactement une vision partielle de la réalité, puisqu'elle n'envisage pas l'ensemble du rapport de droit international, mais uniquement la fraction, ou la parcelle, de ce rapport qui se réalise sur le territoire du for* » (T. VIGNAL, « *Sur quelques paradoxes contemporains de la territorialité* » in *Mélanges en l'honneur du Professeur Bernard Audit – Les relations privées internationales*, LGDJ, 2014, p. 713 s., spéc. p. 715).

¹⁶⁹⁰ Civ. 1^{re}, 27 mai 1970, *Weiss* ; *Rev. crit. DIP* 1971, p. 113, note H. BATIFFOL ; *GAJDIP*, 5^e éd., n° 49 : « [...] ce texte [l'article 14 du Code civil] qui permet au plaideur français d'attirer un étranger devant les juridictions françaises, a une portée générale s'étendant à toutes matières, à l'exclusion des actions réelles immobilières et demandes en partage, portant sur des immeubles situés à l'étranger, ainsi que des demandes relatives à des voies d'exécution pratiquées hors de France [...]. » – Civ. 1^{re}, 17 nov. 1981, n° 80-14728, *Bull. civ. I*, n° 341 – Civ. 1^{re}, 14 avr. 2010, n° 09-11909, *Bull. civ. I*, n° 91 ; *D.* 2010, p. 1087, obs. V. AVENA-ROBARDET ; *D.* 2011, p. 1379, obs. F. JAULT-SESEKE, p. 1512, obs. A. LEBORGNE ; *JCP G* 2010, 471, note A. DEVERS ; *Rev. crit. DIP* 2010, p. 510, note F. MARCHADIER ; *Gaz. pal.* 28 mai 2010, p. 55, note M.-L. NIBOYET ; *Dr. et proc.* sept. 2010, p. 234, obs. E. GUINCHARD.

souveraineté des États et de l'un de ses attributs, le monopole de la contrainte sur son territoire, par la jurisprudence¹⁶⁹¹ et par la doctrine¹⁶⁹².

359. Un principe vivace malgré les critiques. – Une partie de la doctrine conteste toutefois le caractère absolu de ce principe : partant d'une distinction entre les procédures civiles d'exécution générant une contrainte matérielle – c'est-à-dire physique – et celles générant une simple contrainte « intellectuelle »¹⁶⁹³, « juridique »¹⁶⁹⁴, ces auteurs estiment que la territorialité des voies d'exécution ne se justifie qu'à propos des premières, car les secondes ne sont qu'une « manifestation de la normativité et du caractère obligatoire du droit en

¹⁶⁹¹ Civ. 1^{re}, 2 mai 1931, préc. : « [...] les tribunaux français ne peuvent, sans porter atteinte au principe de l'indépendance et de la souveraineté respective des États, connaître, en dehors de la voie de l'exequatur, d'une demande en nullité ou en mainlevée d'une saisie-arrêt pratiquée en pays étranger [...]. » – Civ. 2^e, 21 janv. 2016, n° 15-10193, publié au Bulletin ; D. 2016, p. 744, obs. H. ADIDA-CANAC, T. VASSEUR et E. DE LEIRIS, p. 2039, obs. L. D'AVOUT ; RTD civ. 2016, p. 444, obs. Ph. THÉRY ; RDBF 2016, comm. 79, note S. PIÉDELIÈVRE : « [...] en vertu du principe de l'indépendance et de la souveraineté respective des États, le juge français ne peut, sauf convention internationale ou législation communautaire l'y autorisant, ordonner ou autoriser une mesure d'exécution, forcée ou conservatoire, devant être accomplie dans un État étranger [...]. »

¹⁶⁹² La doctrine majoritaire, se fondant sur un arrêt rendu par la Cour permanente de justice internationale (CPJI, 7 sept. 1927, *France c. Turquie (affaire du Lotus)*, Série A, n° 10, p. 18) rattache ce principe au droit international public : H. BATIFFOL, *Traité élémentaire de droit international privé*, 3^e éd., LGDJ, 1959, p. 815, n° 731 : « Et c'est un des principes les plus sûrs du droit international public que le pouvoir coercitif ne s'exerce que dans les limites du territoire. » ; Ph. THÉRY, *Rép. int.*, v° *Voies d'exécution*, janv. 2013, n° 13 : « [...] le droit de l'exécution, dans toutes ses composantes, normes, procédures et décisions judiciaires, est territorial, parce que la contrainte est une manifestation immédiate de la souveraineté sur le territoire de l'État. » ; P. MAYER, V. HEUZÉ, B. REMY, *Droit international privé*, 12^e éd., coll. Précis Domat droit privé, LGDJ, 2019, p. 205, n° 298 ; Y. LOUSSOUARN, P. BOUREL, P. DE VAREILLES-SOMMIÈRES, *Droit international privé*, 10^e éd., coll. Précis, Dalloz, 2013, p. 53, n° 64 ; O. CACHARD, *Droit international privé*, 7^e éd., coll. Paradigme, Bruylant, 2018, p. 405, n° 772 ; D. BUREAU, H. MUIR WATT, *Droit international privé*, t. I, *Partie générale*, 4^e éd., coll. Thémis, PUF, 2017, p. 102, n° 74. D'autres auteurs le rattachent plutôt au droit public interne : A. WEISS, *Traité théorique et pratique de droit international privé*, t. V, Société du Recueil Sirey & du Journal du Palais, 1905, p. 629-630 : « [...] les moyens que le créancier, muni de ce jugement rendu exécutoire, doit employer pour arriver à être désintéressé, sont du domaine exclusif de la législation locale ; ils ont été institués dans une vue d'intérêt général et de paix publique ; ils sont d'ordre public international. » ; L. D'AVOUT, *Sur les solutions du conflit de lois en droit des biens*, préf. H. Synvet, coll. Recherches juridiques, Economica, 2006, p. 230-231, n° 164 : « [...] la règle procède d'une réalité plus profonde, en fait antérieure au droit de la souveraineté externe de l'État : le monopole de la contrainte provient essentiellement des principes fondateurs de l'État territorial moderne, avant toute chose souverain interne entre les mains duquel est centralisé le « monopole de la violence légitime ». » ; E. GUINCHARD, « Les procédures civiles d'exécution en droit international privé » in S. GUINCHARD, T. MOUSSA (dir.), *Droit et pratique des voies d'exécution*, 9^e éd., Dalloz Action 2018/2019, n° 1711.06. Comp. O. BOSKOVIC, *La réparation du préjudice en droit international privé*, préf. P. Lagarde, Bibliothèque de droit privé, t. 407, LGDJ, 2003, p. 125, n° 149 : « [...] il serait possible de soutenir que l'exécution forcée est soumise à la loi de l'État sur le territoire duquel elle a lieu parce que cette loi est celle ayant les liens les plus étroits avec la situation, et de fournir ainsi à la règle un autre fondement, celui de proximité. Cependant, quels que soient l'analyse et le fondement adoptés, force est de constater que le résultat, à savoir la soumission des voies d'exécution à la loi du lieu de leur exécution, semble inévitable. »

¹⁶⁹³ « La contrainte peut être qualifiée d'intellectuelle en ce qu'elle ne donne pas lieu à une intervention matérielle visant à contraindre physiquement le débiteur à s'exécuter, ou à tirer les conséquences matérielles de l'exécution forcée. » (G. CUNIBERTI, « Le principe de territorialité des voies d'exécution », *JDI* 2008, doctr. 9, n° 30)

¹⁶⁹⁴ L. D'AVOUT, *op. cit.*, p. 239, n° 170.

général »¹⁶⁹⁵ et ne nécessitent, ainsi, aucune contrainte physique pour s'opérer matériellement sur le territoire du bien saisi¹⁶⁹⁶. L'un de ces auteurs, pour étayer sa position, s'appuie sur un arrêt de la Cour de cassation¹⁶⁹⁷ qui, selon son interprétation, « *consacre bien l'extraterritorialité d'une voie d'exécution* »¹⁶⁹⁸ : cassant un arrêt d'appel qui avait rejeté une saisie sur un compte bancaire localisé dans une succursale monégasque d'une banque française, la deuxième chambre civile a énoncé dans cet arrêt que « *la banque, qui a seule la personnalité morale, est dépositaire des fonds détenus dans une succursale située à l'étranger et que la circonstance que les fonds sont déposés dans une telle succursale est [...] sans incidence sur l'effet d'attribution au profit du créancier saisissant de la créance de somme d'argent à la restitution de laquelle est tenue la banque tiers-saisi en sa qualité de dépositaire* ». Il nous semble pourtant qu'ici, la Cour n'admet en aucun cas une extraterritorialité des voies d'exécution : en l'absence de personnalité morale de la succursale étrangère, le dépositaire de la créance saisie en l'espèce est, en toute rigueur, la banque française, aussi la créance saisie est-elle localisée en France¹⁶⁹⁹. Le cantonnement de la territorialité aux voies d'exécution impliquant une contrainte matérielle n'existe donc pas *de lege lata*, comme le confirme encore la jurisprudence récente rendue à propos de saisies-attributions¹⁷⁰⁰. Et, *de lege ferenda*, la proposition n'emporte pas plus la conviction : comme l'a justement remarqué Monsieur THÉRY, les voies d'exécution qui excluent toute contrainte matérielle – comme la

¹⁶⁹⁵ G. CUNIBERTI, art. préc., n° 32.

¹⁶⁹⁶ « [...] *les procédures d'exécution peuvent être entreprises et produire leurs effets substantiels à partir du moment où et aussi longtemps que leurs différentes étapes opérationnelles (saisine d'un juge, notification d'huissier, etc.) peuvent s'opérer matériellement sur le territoire ou à partir de celui-ci.* » (L. D'AVOUT, *op. cit.*, p. 239, n° 171)

¹⁶⁹⁷ Civ. 2^e, 14 févr. 2008, *Exsymol*, n° 05-16167, *Bull. civ.* II, n° 36 ; *D.* 2008, p. 686, obs. V. AVENA-ROBARDET, p. 2383, obs. J.-M. SOMMER, et p. 2567, obs. S. BOLLEE ; *D.* 2009, p. 1049, obs. H. SYNVET, p. 1175, obs. A. LEBORGNE ; *RTD civ.* 2008, p. 357, obs. R. PERROT ; *RTD com.* 2008, p. 601, obs. D. LEGEAIS ; *RTD com.* 2009, p. 648, obs. Ph. DELEBECQUE ; *JDI* 2008, 1100, note S. BOLLÉE ; *Gaz. pal.* 30 sept. 2008, p. 22, note C. BRENNER ; *Dr. & patr.* sept. 2008, p. 99, obs. J.-P. MATTOUT et A. PRÜM ; *RDBF* 2008, comm. 37, note S. PIÉDELIÈVRE ; *Deffrénois* 2009, p. 2091, obs. Ph. THÉRY.

¹⁶⁹⁸ G. CUNIBERTI, art. préc., n° 43. Semblant aussi retenir cette interprétation, v. Ph. DELEBECQUE, obs. préc., qui affirme être séduit par ce « *clin d'œil à l'idée – controversée – d'extraterritorialité des voies d'exécution* ».

¹⁶⁹⁹ Il faut ajouter que cette position du droit français semble plutôt isolée, la plupart des droits étrangers adoptant une conception encore plus territoriale en consacrant, en matière de voies d'exécution, l'autonomie des succursales de banques à l'étranger : v. G. AFFAKI, « L'extraterritorialité en droit bancaire », *RDBF* 2015, dossier 50.

¹⁷⁰⁰ TGI Paris, JEX, 26 avr. 2017, n° 16/84185 : Pour prononcer la mainlevée d'une saisie-attribution réalisée entre les mains de la succursale française d'une banque dont le siège social était situé à Londres, le juge de l'exécution relève que « *La créance objet de la saisie étant localisée au domicile du tiers-saisi, le principe de territorialité fait en effet échec à ce qu'une saisie-attribution de droit français produise ses effets sur une créance localisée dans une succursale étrangère d'une banque étrangère* ». Décision confirmée : Paris, pôle 4, 8^e ch., 24 mai 2018, n° 17/08685 : « *Il résulte de la saisie-attribution un effet attributif immédiat sur des créances détenues à l'étranger par l'Autorité du canal de Panama, ce qui contrevient au principe de territorialité du droit français des procédures civiles d'exécution.* »

saisie-attribution, qui « *paraît diluer la violence en un échange triangulaire de papiers* »¹⁷⁰¹ – constituent tout de même une contrainte sur le débiteur¹⁷⁰². D’une part, ces mesures ne peuvent être accomplies que par l’organe d’exécution compétent, c’est-à-dire l’huissier de justice ; d’autre part, ces mesures frappent le bien saisi d’une indisponibilité juridique, comme toutes les autres voies d’exécution¹⁷⁰³. Aussi le débiteur se trouve-t-il, par la contrainte juridique, « *privé d’un élément d’actif autant que par la vente forcée de l’un de ses biens* »¹⁷⁰⁴.

360. Un principe perturbateur de la mise en œuvre du gage général. – Malgré les critiques, le principe de territorialité des voies d’exécution semble avoir de beaux jours devant lui. Face à un débiteur récalcitrant dont tout ou partie du patrimoine est situé à l’étranger, le créancier désirant réaliser son gage général se trouve donc confronté à une difficulté de taille : à supposer franchi l’obstacle informationnel, il faut désormais composer avec une loi étrangère applicable – potentiellement plus contraignante pour le créancier et son gage – et une juridiction étrangère compétente. Il n’est pas étonnant que la profession d’huissier qualifie la situation de « *paradis d’insaisissabilité* »¹⁷⁰⁵. Cette idée se retrouve d’ailleurs au sein du régime de l’action paulienne : afin d’établir l’insolvabilité du débiteur suspecté de fraude paulienne, les juges apprécient non pas tant « *la situation réelle [du patrimoine du débiteur] que celle à laquelle le créancier se trouve confronté pour l’exécution de son droit* »¹⁷⁰⁶ ; il n’est ainsi pas tenu compte des biens difficiles d’atteinte pour les créanciers, comme c’est notamment¹⁷⁰⁷ le cas des biens du débiteur situés à l’étranger¹⁷⁰⁸. Il faut tout de même y apporter un tempérament : dans le cadre de la coopération judiciaire menée au sein de l’Union européenne, quelques pierres au

¹⁷⁰¹ J. CARBONNIER, *Sociologie juridique*, 2^e éd., coll. Quadrige, PUF, 2004, p. 408.

¹⁷⁰² Ph. THÉRY, *op. cit.*, n° 20.

¹⁷⁰³ À l’exclusion de la saisie de véhicule « *qui constitue, en droit français, le seul exemple d’indisponibilité matérielle dans une procédure de saisie* » (Ph. THÉRY, *op. cit.*, n° 20).

¹⁷⁰⁴ *Ibid.*

¹⁷⁰⁵ M. LEFEBVRE, « La saisie des biens indisponibles en droit des affaires », *RLDA* oct. 2013, p. 75 s., spéc. p. 76, n° 4 : « *En dehors des travaux en cours traduisant une volonté commune de créer des procédures spécifiques, telle l’ordonnance européenne de saisie conservatoire des comptes bancaires, il est à ce jour techniquement difficile de procéder aux saisies hors frontière sur des biens détenus à l’étranger à tel point que la profession évoque à ce sujet l’existence de « paradis d’insaisissabilité ».* »

¹⁷⁰⁶ L. SAUTONIE-LAGUIONIE, *La fraude paulienne*, préf. G. Wicker, Bibliothèque de droit privé, t. 500, LGDJ, 2008, p. 302, n° 440.

¹⁷⁰⁷ On peut aussi citer le cas des biens grevés de sûretés lorsque le créancier paulien est chirographaire.

¹⁷⁰⁸ Hypothèse déjà relevée par les juristes de l’Ancien droit, v. les références données par C. AUBRY, C. RAU, *Cours de droit civil français d’après la méthode de Zachariae*, 6^e éd. par E. BARTIN, t. IV, Ed. techniques, 1942, p. 197, § 313, note 12. Adde H., L., J. MAZEAUD, *Leçons de droit civil*, t. II, vol. 1, *Obligations – Théorie générale*, 9^e éd. par F. CHABAS, Montchrestien, 1998, p. 1060, n° 988 : « *La solvabilité sera appréciée en ne tenant compte que des biens situés en France, ou qui sont d’une réalisation facile.* »

fragile édifice du droit de l'exécution européen ont été apportées, censées faciliter la tâche du créancier dans la réalisation de son gage.

B.- DES TEMPERAMENTS APPORTES PAR LE DROIT DE L'UNION

361. Plusieurs initiatives ont été prises à l'échelle européenne pour organiser une coopération des États membres en matière d'exécution civile. Il ne sera abordé que les dispositifs concernant véritablement la réalisation du gage général¹⁷⁰⁹, à savoir l'ordonnance européenne de saisie conservatoire des comptes bancaires (1) ainsi que l'harmonisation des règles de droit international privé dans les procédures d'insolvabilité transfrontalières (2).

1. L'ORDONNANCE EUROPEENNE DE SAISIE CONSERVATOIRE DES COMPTES BANCAIRES

362. La construction laborieuse d'un droit européen de l'exécution. – Il est patent que la portée considérable du principe de territorialité des voies d'exécution – qui « *demeure vivace dans l'Union européenne* »¹⁷¹⁰, comme en témoigne sa consécration dans le règlement *Bruxelles I bis*¹⁷¹¹ – est foncièrement incompatible avec un projet de droit européen de l'exécution¹⁷¹², lequel a connu sa première manifestation avec la création du titre exécutoire

¹⁷⁰⁹ Il existe en effet d'autres dispositifs européens contribuant à l'harmonisation du droit de l'exécution qui ne seront pas envisagés ici car ils ne concernent pas directement la réalisation du gage général : il s'agit de l'injonction de payer européenne et de la procédure européenne de règlement des petits litiges.

¹⁷¹⁰ O. CACHARD, *Droit international privé*, 7^e éd., coll. Paradigme, Bruylant, 2018, p. 409, n° 774.

¹⁷¹¹ Règl. (UE) n° 1215/2012 du 12 déc. 2012 (*JOUE* L 351/1, 20 déc. 2012), art. 24, § 5. Le principe avait déjà été consacré auparavant par le règlement *Bruxelles I* (art. 22, § 5), et plus anciennement encore, par la Convention de Bruxelles du 27 septembre 1968 (art. 16, § 5).

¹⁷¹² V. en ce sens G. PAYAN, *Droit européen de l'exécution en matière civile et commerciale*, préf. J. Normand, coll. Droit de l'Union européenne, Bruylant, 2012, p. 120-121, n° 57 : « *Ce principe de la territorialité des mesures d'exécution constitue sans doute un obstacle à l'élaboration d'un véritable espace judiciaire européen. L'élaboration du droit européen de l'exécution implique que ce principe soit, au moins partiellement, remis en cause.* »

européen¹⁷¹³ et s'est poursuivi avec une injonction européenne de payer¹⁷¹⁴ ainsi qu'une procédure européenne de règlement des petits litiges¹⁷¹⁵. Un tempérament a donc été récemment apporté à ce principe afin de faciliter la mise en œuvre du gage général relativement aux biens du débiteur situés dans des États membres de l'Union.

363. L'ordonnance européenne de saisie conservatoire des comptes bancaires. – Adoptée dans l'Union depuis 2014¹⁷¹⁶ et applicable depuis le 18 janvier 2017, cette procédure européenne de saisie conservatoire des comptes bancaires attire l'attention dans la mesure où elle constitue « *le premier règlement européen dont l'objet porte sur le droit de l'exécution au sens du droit interne* »¹⁷¹⁷. En effet, le règlement 655/2014 met en place, au profit du titulaire d'une créance pécuniaire civile ou commerciale¹⁷¹⁸, une procédure de saisie des avoirs bancaires de son débiteur lorsque son compte est tenu dans un autre État membre que celui de la juridiction saisie ou dans un autre État membre que celui dans lequel le créancier est domicilié¹⁷¹⁹. Lorsque la demande du créancier¹⁷²⁰ – dont le débiteur n'est pas informé afin de ménager l'effet de surprise de la mesure¹⁷²¹ – est accueillie, le juge lui délivre une ordonnance de saisie conservatoire des comptes bancaires « *reconnue dans les autres États membres sans qu'une procédure spéciale soit requise et [qui] est exécutoire dans les autres États membres sans qu'une déclaration constatant sa force exécutoire soit nécessaire* »¹⁷²². Un tel effet rend illusoire toute manœuvre du débiteur visant à disperser ses actifs dans différents États membres. Il convient toutefois de noter que la nature de l'effet de la mesure conservatoire frappant le compte bancaire n'est pas déterminée par le règlement, aussi est-elle déterminée par la loi de

¹⁷¹³ Créé par le Règlement n° 805/2004 du 21 avril 2004 (*JOUE* L 143, 30 avr. 2004), le titre exécutoire européen permet à un créancier d'étendre la force exécutoire du titre qu'il a acquis dans un État aux États de l'Union européenne – excepté le Danemark. Son champ d'application se limite à la matière civile et commerciale, et concerne les décisions ou actes relatifs à une créance incontestée. Ne sont concernées que les créances monétaires. Il est permis de s'interroger sur l'utilité actuelle de ce règlement à la suite de l'adoption du règlement *Bruxelles I bis* ayant généralisé la disparition de l'*exequatur* (Règl. (UE) n° 1215/2012, 12 déc. 2012, art. 41, § 1 *in fine*).

¹⁷¹⁴ Règl. (UE) n° 1896/2006 du 12 déc. 2006, *JOUE* L 399/1, 30 déc. 2006.

¹⁷¹⁵ Règl. (UE) n° 861/2007 du 11 juill. 2007, *JOUE* L 199/1, 31 juill. 2007.

¹⁷¹⁶ Règl. (UE) n° 655/2014 du 15 mai 2014, *JOUE* L 189/59, 27 juin 2014.

¹⁷¹⁷ E. GUINCHARD, « De la première saisie conservatoire européenne. Présentation du règlement n° 655/2014 instituant une procédure d'ordonnance européenne de saisie conservatoire des comptes bancaires », *RTD eur.* 2014, p. 922 s., spéc. p. 922.

¹⁷¹⁸ Règl. préc., art. 2, § 1.

¹⁷¹⁹ Règl. préc., art. 3, § 1, a) et b).

¹⁷²⁰ La demande est introduite par un formulaire (Règl. préc., art. 8).

¹⁷²¹ Règl. préc., art. 11.

¹⁷²² Règl. préc., art. 22.

l'État dans lequel le compte est tenu¹⁷²³. Un autre dispositif visant à atténuer la territorialité de l'exécution dans l'Union européenne doit être abordé, il s'agit du règlement ayant harmonisé les règles de droit international privé applicables à une procédure d'insolvabilité transnationale.

2. L'HARMONISATION DU DROIT DE L'INSOLVABILITE INTERNATIONALE

364. L'opposition entre universalité et territorialité. – À considérer la procédure collective – et spécialement la liquidation judiciaire – comme une voie d'exécution, celle-ci, dès lors qu'un élément d'extranéité se présente¹⁷²⁴, devrait s'appliquer dans les limites du territoire de l'État d'ouverture, en vertu du principe de territorialité des voies d'exécution. Cette conception, qui impose l'ouverture d'une procédure par État dans lequel le débiteur a des intérêts, a longtemps prévalu en jurisprudence¹⁷²⁵ et en doctrine¹⁷²⁶, et c'est l'une des raisons pour lesquelles la faillite internationale est longtemps demeurée un « îlot de résistance à l'internationalisation »¹⁷²⁷. Cette théorie s'oppose à la théorie universaliste, inspirée de l'unité

¹⁷²³ G. CUNIBERTI, S. MIGLIORINI, « La procédure d'ordonnance européenne de saisie conservatoire des comptes bancaires établie par le règlement UE n° 655/2014 – Aspects de droit international privé », *Rev. crit. DIP* 2018, p. 31 s., spéc. n° 35.

¹⁷²⁴ Certains biens du débiteur sont situés à l'étranger ou certains de ses créanciers sont étrangers.

¹⁷²⁵ V. les réf. données par A. WEISS, *Traité théorique et pratique de droit international privé*, t. V, Société du Recueil Sirey & du Journal du Palais, 1905, p. 738, note 1. V. not. les conclusions de H. HEMAR, avocat général près la Cour d'appel de Paris concluant sur une demande d'*exequatur* d'une faillite ouverte en Angleterre (S. 1879, p. 168) : « Cette solution [l'universalité de la faillite] a pour elle l'autorité de la logique poussée à outrance [...]. N'est-il pas permis [...] de s'effrayer en pensant à la situation ainsi faite aux nombreux créanciers français ? Privés de la protection du pouvoir local, ils seront obligés de s'adresser à un pouvoir étranger, qui ne sera peut-être pas toujours aussi rassurant que le pouvoir anglais ; ils devront faire valoir leurs droits à une distance souvent considérable de leur domicile, au prix de dépenses qui grèvent une créance déjà compromise. Ils verront ainsi tout l'actif qui leur avait inspiré confiance et qui était leur gage, émigrer vers des régions étrangères et échapper à leur surveillance. » Le magistrat en conclut que « l'article 14, C. civ., suffit pour faire rejeter, au point de vue du droit international, la thèse de la faillite universelle et indivisible » (p. 169).

¹⁷²⁶ A. PILLET, *Principes de droit international privé*, Pedone & Allier frères, 1903, p. 552, note 1 : « La procédure de faillite a pour unique objet de réaliser la mainmise des créanciers sur le patrimoine de leur débiteur. Les lois qui la concernent peuvent passer, à juste titre, pour le type des lois de crédit public et de garantie sociale. C'est comme agent d'exécution que l'État intervient ici et nul ne doute que ses pouvoirs à cet égard ne soient purement territoriaux. A-t-on jamais parlé d'*exequatur* d'un jugement [...] d'extraterritorialité des lois sur la saisie mobilière ou immobilière ? Pourquoi prétendre, dès lors, traiter différemment la faillite, alors que sa nature est identique ? » ; E. THALLER, *Des faillites en droit comparé*, t. II, A. Rousseau, 1887, p. 335 s.

¹⁷²⁷ J. BÉGUIN, « Un îlot de résistance à l'internationalisation : le droit international des procédures collectives » in *L'internationalisation du droit – Mélanges en l'honneur de Yvon Loussouarn*, Dalloz, 1994, p. 31.

du patrimoine¹⁷²⁸, selon laquelle la faillite internationale ne doit être soumise qu'à une seule procédure et à l'application d'une loi unique – la *lex fori concursus* –, ayant vocation à appréhender tous les biens du débiteur quelle que soit leur localisation¹⁷²⁹.

365. Les règles de droit commun de la faillite internationale. – La Cour de cassation a finalement consacré en 2002 le principe d'universalité de la faillite¹⁷³⁰, qu'elle applique même si la procédure collective ouverte en France ne l'est qu'au regard de la localisation en France d'un établissement secondaire du débiteur¹⁷³¹. Cette universalité de l'effet réel de la procédure, censée frapper tous les biens du débiteur quel que soit l'État sur le territoire duquel ils sont situés, ne l'est cependant que « *sous réserve des traités internationaux ou d'actes communautaires [...] et dans la mesure de l'acceptation par les ordres juridiques étrangers* ». Ce tempérament contraint l'administrateur à obtenir l'*exequatur* de la décision d'ouverture de la procédure collective dans les États où le débiteur failli dispose d'actifs pour pouvoir rendre effectif le dessaisissement de ces biens¹⁷³². Dès lors, tant que l'*exequatur* n'a pas été obtenue dans un État sur le territoire duquel le débiteur a des actifs, ce dernier y est considéré comme

¹⁷²⁸ A. WEISS, *op. cit.*, p. 746 : « [...] la personne du failli ainsi frappé de déchéance est une ; un est le patrimoine qui complète cette personne et qui forme le gage commun de ses créanciers. Ceux-ci ont également compté sur ce patrimoine ; ils ont un droit égal à tous les biens, meubles ou immeubles, corporels ou incorporels, dont il se compose, quelle qu'en soit la nature ou l'assiette ; et l'on se demande en vérité pourquoi l'élévation de la latitude influencerait sur son étendue [...]. » L'auteur justifie également sa position par l'effet personnel qu'il attache au dessaisissement : « *N'existe-t-il pas d'ailleurs une analogie frappante entre le failli, dessaisi de son avoir, et l'absent, le mineur, l'interdit, que l'éloignement, l'âge ou quelque infirmité intellectuelle empêchent de gérer par eux-mêmes leur patrimoine, et de diriger leurs affaires ?* » (p. 747)

¹⁷²⁹ Méthode universaliste inspirée de Savigny, sur laquelle v. B. ANCEL, *Éléments d'histoire du droit international privé*, éd. Panthéon-Assas, 2017, p. 473 s.

¹⁷³⁰ Civ. 1^{re}, 19 nov. 2002, *Banque Worms*, n° 00-22334, *Bull. civ.* I, n° 275 ; *JCP G* 2002, II, 10201, concl. J. SAINTE-ROSE, note S. CHAILLE DE NERE ; *JCP E* 2003, 1470, note M. MENJUCQ ; *D.* 2003, p. 797, note G. KHAIRALLAH, p. 1625, obs. C. HENRY ; *Gaz. pal.* 25-26 juin 2003, p. 29, note M.-L. NIBOYET ; *RTD com.* 2003, p. 169, obs. J.-L. VALLENS.

¹⁷³¹ Com., 21 mars 2006, *Khalifa Airways*, n° 04-17869, *Bull. civ.* IV, n° 74 ; *D.* 2006, p. 1466, note C. HENRY, p. 2250, obs. F.-X. LUCAS et P.-M. LE CORRE ; *D.* 2007, p. 1751, obs. P. COURBE et F. JAULT-SESEKE ; *Rev. sociétés* 2006, p. 653, obs. S. BOLLÉE ; *BJS* 2006, p. 930, note D. BUREAU ; *JCP E* 2006, 2072, note J.-P. LEGROS ; *Rev. crit. DIP* 2007, p. 105, note G. KHAIRALLAH ; *Deffrénois* 2007, p. 1896, obs. D. GIBIRILA

¹⁷³² *Exequatur* que l'administrateur devrait avoir peu de chances d'obtenir lorsque la procédure collective a été ouverte à l'égard du débiteur ne possédant en France qu'un simple établissement, dès lors que beaucoup d'États, tels que l'Allemagne, l'Espagne et la Belgique, « *ont procédé à un alignement de leur droit international privé sur le droit de l'Union européenne* » (R. DAMMANN, M. SÉNÉCHAL, *Le droit de l'insolvabilité internationale – Pratique des affaires*, éd. Joly, 2018, p. 40, n° 49) qui ne reconnaît qu'un effet territorial aux procédures secondaires. Pour cette raison, certains auteurs préconisent l'abandon de la jurisprudence *Khalifa Airways* par la Cour de cassation (R. DAMMANN, M. OLLIVRY, « *Réflexions sur l'aménagement du principe d'universalité de la faillite* », *JCP E* 2006, 2628).

solvable et ses créanciers peuvent librement saisir ses biens¹⁷³³. C'est notamment dans le but de supprimer cet obstacle de l'*exequatur* que le droit de l'Union a fini par adopter un règlement relatif à l'insolvabilité.

366. L'« universalité atténuée »¹⁷³⁴ de la procédure européenne. – Par l'adoption du Règlement 1346/2000 du 30 juin 2000¹⁷³⁵, le droit de l'insolvabilité internationale est parvenu, à l'échelle européenne, à un compromis entre universalité et territorialité. Ce règlement a unifié les règles de droit international privé applicables à une procédure d'insolvabilité dès lors que le centre des intérêts principaux du débiteur failli est situé dans un État membre, reléguant ainsi les règles de droit commun de la faillite internationale à une application subsidiaire¹⁷³⁶. L'effet majeur du Règlement *Insolvabilité* est de consacrer à l'échelle européenne l'universalité de la procédure collective principale ouverte dans un État membre : la décision rendue par la juridiction d'un État membre ouvrant la procédure d'insolvabilité est « reconnue dans tous les autres États membres dès qu'elle produit ses effets dans l'État d'ouverture »¹⁷³⁷. La loi applicable à cette procédure est la *lex fori*¹⁷³⁸, c'est-à-dire celle de l'État d'ouverture, qui régit notamment le périmètre du gage commun et les pouvoirs respectifs du débiteur et du praticien de l'insolvabilité¹⁷³⁹. Il résulte de l'universalité de la procédure et de son effet réel qu'un créancier domicilié dans un autre État membre ne peut procéder à la saisie d'un bien du débiteur failli, comme a pu le juger la Cour de justice de l'Union¹⁷⁴⁰ qui fait preuve d'un « engagement concret [...] au service de l'efficacité du règlement »¹⁷⁴¹. L'universalité n'est toutefois pas sans

¹⁷³³ Dans l'espèce de l'arrêt *Banque Worms*, il a précisément été admis qu'une saisie soit pratiquée par des créanciers sur des immeubles situés en Espagne et appartenant au couple de débiteurs faillis, puisqu'en l'absence d'*exequatur* de la décision d'ouverture de la procédure de redressement judiciaire ouverte en France, ces derniers étaient considérés *in bonis* en Espagne.

¹⁷³⁴ CJUE, 26 oct. 2016, *SCI Senior Home*, C-195/15, § 17.

¹⁷³⁵ Règl. (CE) n° 1346/2000 du 29 mai 2000, *JOUE* L 160, 30 juin 2000, abrogé et refondu : Règl. (UE) n° 2015/848 du 20 mai 2015, *JOUE* L 141/19, 5 juin 2015.

¹⁷³⁶ Ces règles ne trouvent donc à s'appliquer que lorsque le centre des intérêts principaux du débiteur se trouve à l'extérieur du territoire des États membres : R. DAMMANN, M. SÉNÉCHAL, *op. cit.*, p. 677, n° 2038.

¹⁷³⁷ Règl. (UE) n° 2015/848, art. 19, § 1.

¹⁷³⁸ Règl. (UE) n° 2015/848, art. 7, § 1.

¹⁷³⁹ Règl. (UE) n° 2015/848, art. 7, § 1, b) et c).

¹⁷⁴⁰ CJUE, 21 janv. 2010, *MG Probud*, C-444/07 ; *D.* 2010, p. 1585, obs. P. COURBE et F. JAULT-SESEKE, p. 2323, obs. L. D'AVOUT et S. BOLLÉE ; *RTD eur.* 2010, p. 421, chron. M. DOUCHY-OUODOT et E. GUINCHARD ; *JCP G* 2010, doct. 886, n° 11, obs. M. MENJUCQ ; *Rev. proc. coll.* 2010, étude 16, obs. T. MASTRULLO ; *Procédures* 2010, comm. 72, note C. NOURISSAT ; *Europe* 2010, comm. 127, note L. IDOT ; *BJS* 2010, p. 493, F. JAULT-SESEKE ; *Rev. sociétés* 2011, p. 44, note F. MELIN ; *Dr. & patr. nov.* 2010, p. 90, obs. P. CROCQ et C. LEFORT – Rapp. CJUE, 9 nov. 2016, *ENEFI*, C-212/15 ; *Europe* 2017, comm. 46, note L. IDOT.

¹⁷⁴¹ L. D'AVOUT, S. BOLLÉE, obs. préc., p. 2331.

borne : le Règlement *Insolvabilité* ayant été conçu comme une « œuvre de compromis »¹⁷⁴², il est admis qu'une autre procédure d'insolvabilité soit ouverte dans un État membre, laquelle voit alors ses effets limités aux actifs situés sur le territoire de cet État¹⁷⁴³. Un « zeste de territorialité »¹⁷⁴⁴ est ainsi apporté au texte. Enfin, il est notable que ce règlement ne s'applique pas aux procédures de surendettement des particuliers, comme l'a confirmé la Cour de cassation¹⁷⁴⁵.

367. Conclusion de la section 2. – Malgré un phénomène d'internationalisation de la composition du patrimoine, la mise en œuvre du gage général sur les biens du débiteur situés à l'étranger reste délicate. Un premier obstacle de taille réside dans l'obtention des informations relatives à ces biens, sans lesquelles aucune exécution n'est envisageable. La disparité des droits nationaux en la matière rend complexe la collecte des informations, et la prise de conscience des institutions européennes ne modifie pas cet état de fait, pour le moment. Si cette difficulté est tout de même surmontée par le créancier, ce dernier verra alors ses poursuites régies par la loi de l'État du lieu de situation du bien et contrôlées par les juridictions de ce même État, les voies d'exécution restant soumises au principe de territorialité. Cet élément est susceptible de poser d'autres problèmes, notamment si le bien en question est insaisissable selon le droit de cet État. Le gage général voit ainsi sa mise en œuvre perturbée par le respect de la souveraineté de l'État sur le territoire duquel l'exécution est recherchée. Ce principe, malgré une mondialisation galopante censée gommer progressivement toute frontière juridique entre les États, garde donc une grande partie de sa vigueur en matière d'exécution.

368. Conclusion du chapitre 2. – Les développements précédents auront permis de prendre la mesure de la perturbation que subissent, depuis plusieurs décennies, les créanciers dans la mise en œuvre de leur gage général. Cette perturbation est d'abord due au traitement globalement plus favorable fait au débiteur en droit contemporain, particulièrement à la caution personne physique et au débiteur surendetté, qu'il soit un particulier ou une entreprise. À l'égard de ces catégories de débiteurs, la réalisation du gage général est contenue, voire neutralisée. Ces dérogations manifestes à l'article 2284 du Code civil se justifient par la poursuite

¹⁷⁴² D. BUREAU, « La fin d'un îlot de résistance – Le Règlement du Conseil relatif aux procédures d'insolvabilité », *Rev. crit. DIP* 2002, p. 613 s., spéc. p. 618.

¹⁷⁴³ Règl. (UE) n° 2015/848, art. 34 *in fine*.

¹⁷⁴⁴ D. BUREAU, art. préc., p. 618.

¹⁷⁴⁵ Civ. 2^e, 17 mars 2016, n° 14-26868, *Bull. civ.* II, n° 1087 ; *JCP G* 2016, doct. 1020, n° 12, obs. M. MENJUCQ ; *JCP E* 2016, 1672, note T. MASTRULLO ; *Act. proc. coll.* 2016, comm. 99, note V. LEGRAND ; *Rev. proc. coll.* 2016, comm. 102, S. GJIDARA-DECAIX ; *BJE* 2016, p. 286, note F. MELIN ; *Gaz. pal.* 10 mai 2016, p. 40, obs. E. MOUIAL-BASSILANA ; *RDBF* 2016, comm. 132, obs. S. PIÉDELIEVRE.

d'objectifs politiques aisément identifiables : la lutte contre l'exclusion sociale ainsi que l'encouragement à la consommation et à la création d'entreprises. D'une manière différente, la réalisation du gage général est également perturbée quant aux biens du débiteur situés à l'étranger. La perturbation n'est pas, ici, causée par la législation française mais par un principe de droit international bien ancré, celui de territorialité des voies d'exécution. Ce dernier rend ainsi la recherche d'informations sur les biens du débiteur situés à l'étranger particulièrement ardue, de même que leur saisie, puisque ce n'est plus le droit français qui s'applique au créancier ni la compétence du juge français mais le droit du lieu de situation du bien ainsi que la compétence du juge de cet État. Même si, comme nous l'avons constaté, l'Union européenne a œuvré dans le sens d'une harmonisation du droit de l'exécution, la tendance est encore très largement à la territorialité, ce qui rend les biens situés hors de France difficilement saisissables par les créanciers.

Cet enrayement de la réalisation du gage général contribue, en somme, à un affaiblissement global de la force symbolique de l'obligation. Les évolutions évoquées dans ce chapitre contredisent ainsi la thèse selon laquelle une corrélation systématique existerait, en droit français, entre l'étendue des pouvoirs dont dispose une personne et l'étendue de la responsabilité à laquelle elle est soumise¹⁷⁴⁶.

¹⁷⁴⁶ Thèse soutenue par B. FROMION-HÉBRARD, *Essai sur le patrimoine en droit privé*, th. Paris II, dactyl., 1998, *passim*.

CONCLUSION DU TITRE I

369. Bien des branches du droit privé ont été évoquées au sein de ce titre et, comme nous avons pu l'observer dans chacune d'elles, le mécanisme du gage général a tendance à être adapté en fonction de différents intérêts. C'est d'abord son assiette qui subit globalement un rétrécissement. Les entreprises répartissent leurs biens entre différents patrimoines afin de limiter leur responsabilité, tendance que le législateur poursuit en admettant progressivement la figure du patrimoine d'affectation. La famille, ensuite, connaît un mouvement d'individualisation de ses membres, qui se traduit, en droit des successions, par le déclin de l'idée de responsabilité de l'héritier des dettes du *de cuius* et, en droit du couple, par la désaffectation pour l'organisation patrimoniale communautaire et le passif commun qui en résulte. L'individu, enfin, voit sa dignité de plus en plus protégée, ce qui s'accompagne d'une hausse conséquente du nombre de biens frappés d'insaisissabilité, faisant émerger une véritable masse de biens au sein du patrimoine personnel, affectée en quelque sorte au bien-être de l'individu.

C'est, en outre, la mise en œuvre du gage général qui se trouve perturbée ces dernières décennies. Une tendance nette de protection du débiteur appauvri se constate, dans un objectif de lutte contre l'exclusion sociale et de promotion de la création d'entreprises. Les prérogatives du créancier en pâtissent, particulièrement leur gage général, subit une limitation voire une neutralisation lorsque le débiteur est une caution personne physique ou qu'il est placé en procédure d'insolvabilité. La mise en œuvre du gage général est également perturbée lorsque le créancier cherche à atteindre les biens de son débiteur situés à l'étranger, car dans ce cas, l'accès à l'information sur ces biens se complexifie, de même que les poursuites, soumises à l'application d'un droit étranger et à la compétence d'un juge étranger.

Quel bilan tirer de toutes ces évolutions parcourant la notion de gage général en droit privé contemporain ? L'exécution sur les biens est, sans aucun doute, sauve, mais elle porte de moins en moins sur *tous* les biens du débiteur, et se trouve de plus en plus contrecarrée. Le créancier n'exerce plus cette « *seigneurie* »¹⁷⁴⁷ sur le patrimoine du débiteur que décrivaient

¹⁷⁴⁷ G. PACCHIONI, cité par E. A. POPA, *Les notions de « debitum » (Schuld) et d'« obligatio » (Haftung) et leur application en droit français moderne*, E. Muller, 1935, p. 235.

certaines tenants de l'analyse dualiste de l'obligation. Sa créance est toujours garantie par l'engagement des biens du débiteur, mais celui-ci est amoindri¹⁷⁴⁸. La notion de gage général reste présente en droit privé contemporain – elle est même consacrée par le législateur –, mais son rôle a évolué : la symbolique de l'engagement du corps du débiteur s'est estompée, au profit d'une approche plus instrumentale de la notion, son régime étant adapté en fonction des intérêts poursuivis par telle ou telle branche du droit. Cette mise à l'épreuve de la notion amène à s'interroger sur l'actualité d'une autre notion – cardinale –, celle d'obligation. Malgré les invocations fréquentes du droit à l'exécution¹⁷⁴⁹, celui-ci semble avoir perdu en effectivité¹⁷⁵⁰. La nécessité que constitue le paiement de la dette devient moins impérative¹⁷⁵¹, laissant place à un nouvel équilibre au sein du rapport d'obligation. Si elles existent encore, les chaînes liant symboliquement le débiteur au créancier sont devenues bien moins lourdes. Tout autre est la dynamique en droit public, où l'immunité d'exécution bénéficiant à la personne publique cède progressivement et fait ainsi émerger la notion de gage général.

¹⁷⁴⁸ Ce que certains auraient voulu faire figurer dans les termes mêmes de l'article 2284 du Code civil, v. not. les modifications des articles 2284 et 2285 proposées par A.-L. THOMAT-RAYNAUD, *L'unité du patrimoine : essai critique*, préf. D. Tomasin, coll. Doctorat & Notariat, t. 25, Defrénois, 2007, p. 439 s., n° 966 s., selon laquelle l'« introduction dans ces articles de l'idée de patrimoine d'affectation permettrait de consacrer l'exception générale à l'unité du patrimoine », ce qui serait « l'occasion de regrouper des éléments qui sont actuellement épars et irait dans le sens de l'objectif d'intelligibilité des lois » (p. 440, n° 967). Une telle modification a été effectuée dans le Code civil québécois, à l'article 2645, al. 1 : « *Quiconque est obligé personnellement est tenu de remplir son engagement sur tous ses biens meubles et immeubles, présents et à venir, à l'exception de ceux qui sont insaisissables et de ceux qui font l'objet d'une division de patrimoine permise par la loi.* »

¹⁷⁴⁹ On le retrouve dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme (CEDH, 19 mars 1997, *Hornsby c. Grèce*, n° 18357/91 ; *JCP G* 1997, II, 22949, note O. DUGRIP et F. SUDRE ; *D.* 1998, p. 74, note N. FRICERO ; *AJDA* 1997, p. 986, obs. J.-F. FLAUSS ; *RTD civ.* 1997, p. 1009, obs. J.-P. MARGUÉNAUD), dans le Code des procédures civiles d'exécution (CPCE, art. L. 111-1) et désormais dans le Code civil (C. civ., art. 1341).

¹⁷⁵⁰ Rapp. S. GUINCHARD, « Propos introductifs » in P. CROCQ (dir.), *Les vingt ans de la réforme des procédures civiles d'exécution : ses acquis et ses défis*, coll. Droit et procédures, EJT, 2012 : « *Manifestement, le législateur de 1991 n'a pas eu peur d'afficher les droits du créancier, particulièrement son droit à l'exécution forcée. Vingt ans après, il n'est pas certain que l'on puisse faire le même constat, tant la balance semble avoir davantage penché vers les droits du débiteur que vers le respect de l'équilibre initial.* » Adde M. MALET, « La trentaine déclinante des procédures civiles d'exécution », *Lexbase Hebdo éd. privée*, 26 sept. 2019, craignant que la matière ne devienne un droit des « voies d'inexécution ».

¹⁷⁵¹ F. PARAISO, *Le risque d'inexécution de l'obligation contractuelle*, préf. C. Atias, coll. de l'IDA, PUAM, 2011, p. 302, n° 461 : « *D'une certaine manière, l'exécution de l'obligation au sens strict, la prestation que doit le débiteur paraît ressembler à un état de fait idéal, une hypothèse souhaitable pour la satisfaction du créancier mais non une nécessité qui l'en priverait si elle ne réalisait pas. C'est une vue que renforce le développement du crédit et l'idée qu'il ne peut exister de crédit sans garanties [...].* »

TITRE II

L'ÉMERGENCE DE LA NOTION EN DROIT PUBLIC

*« Lorsque les murs bougent, c'est que, dans ses profondeurs, la terre tremble. »*¹⁷⁵²

370. L'immunité d'exécution, un attribut de la souveraineté. – Il est d'usage, dans les études consacrées aux procédures civiles d'exécution, d'écarter promptement l'étude de l'exécution contre les personnes publiques débitrices. Et pour cause, le premier article du Code des procédures civiles d'exécution ne laisse place à aucun équivoque à son troisième alinéa : *« L'exécution forcée et les mesures conservatoires ne sont pas applicables aux personnes qui bénéficient d'une immunité d'exécution. »*¹⁷⁵³ Pendant négatif du privilège, l'immunité désigne l'*« exemption d'une charge, c'est-à-dire de toute obligation imposée par la loi, la coutume ou l'autorité »*¹⁷⁵⁴, et est attribuée à *« un détenteur d'une fonction afin de préserver l'indépendance de celle-ci par rapport à toute autre autorité étatique »*¹⁷⁵⁵. L'immunité d'exécution, permettant à la personne publique de se soustraire à toute mesure de contrainte à son encontre, est un attribut de la souveraineté et, en tant que tel, bénéficie aussi bien à la personne publique de droit interne qu'à la personne publique étrangère. Notre analyse devrait donc s'arrêter à ce constat, puisque l'immunité d'exécution évince purement et simplement l'application du gage général. L'évolution profonde qu'a connu le concept d'État dans la pensée contemporaine incite toutefois à persévérer et à approfondir l'étude du rapport d'obligation entre la personne publique et ses créanciers.

371. Déclin de la souveraineté et prééminence du droit. – Concept désignant selon Michel VILLEY la *« subordination de l'État aux principes d'un droit préalable,*

¹⁷⁵² J. RIVERO, « Droit public et droit privé : conquête ou *statu quo* ? », *D.* 1947, chron. p. 72.

¹⁷⁵³ CPCE, art. L. 111-1, al. 3.

¹⁷⁵⁴ M. COSNARD, « Immunités » in D. ALLAND, S. RIALS (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, coll. Quadrige, Lamy-PUF, 2003, p. 801 s., spéc. p. 801.

¹⁷⁵⁵ *Ibid.*

extra-étatique »¹⁷⁵⁶, l'État de droit postule la primauté du droit sur la souveraineté de l'État, ce qui implique l'« autolimitation » de ce dernier¹⁷⁵⁷. Dans un tel système, l'État édicte des normes auquel il doit également se soumettre, et reconnaît ainsi aux individus des sphères de liberté et des pouvoirs juridiques à son encontre. Même si « *la logique de l'État de droit ne peut être présentée sous la forme angélique d'un règne pur et abstrait du droit* »¹⁷⁵⁸ dans la mesure où l'interprétation de la norme a une part incontestablement créatrice, ce concept est, depuis la moitié du XX^e siècle, invoqué par la plupart des conventions internationales et constitutions modernes¹⁷⁵⁹. Grande promotrice de cette idéologie au substrat libéral¹⁷⁶⁰, la Convention européenne des droits de l'homme et sa Cour afférente érigent la prééminence du droit comme l'une des valeurs partagées par les États parties¹⁷⁶¹, valeur inconciliable avec le fait qu'« *un État puisse sans réserve ou sans contrôle des organes de la Convention soustraire à la compétence des tribunaux toute une série d'actions civiles ou exonérer de toute responsabilité civile de larges groupes ou catégories de personnes* »¹⁷⁶².

372. Passer du modèle de l'État souverain à celui de l'État de droit¹⁷⁶³ n'est, logiquement, pas sans conséquence pour les privilèges juridiques accordés à l'État¹⁷⁶⁴. « *Et si l'État se comportait enfin en bon père de famille ?* » interrogeait un député à propos de l'endettement de

¹⁷⁵⁶ M. VILLEY, « Préface », *APD*, t. 21, 1976, p. 2.

¹⁷⁵⁷ Théorie notamment forgée par le grand théoricien du droit allemand Georg JELLINEK : G. JELLINEK, *L'État moderne et son droit*, t. I, *Théorie générale de l'État* et t. II, *Théorie juridique de l'État*, trad. G. Fardis, Giard et Brière, 1911, rééd. Panthéon-Assas, 2005.

¹⁷⁵⁸ O. JOUANJAN, « État de droit » in D. ALLAND, S. RIALS (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, coll. Quadrige, Lamy-PUF, 2003, p. 649 s., spéc. p. 652.

¹⁷⁵⁹ TUE, Préambule : « *Confirmant leur attachement aux principes de la liberté, de la démocratie et du respect des droits de l'homme et des libertés fondamentales et de l'État de droit [...]* » ; Charte des droits fondamentaux de l'UE, Préambule : « *Consciente de son patrimoine spirituel et moral, l'Union se fonde sur les valeurs indivisibles et universelles de dignité humaine, de liberté, d'égalité et de solidarité, elle repose sur le principe de la démocratie et le principe de l'État de droit.* »

¹⁷⁶⁰ J. CHEVALLIER, *L'État post-moderne*, 4^e éd., coll. Droit et société, LGDJ, 2014, p. 177-178.

¹⁷⁶¹ ConvEDH, Préambule : « *Résolus, en tant que gouvernements d'États européens animés d'un même esprit et possédant un patrimoine commun d'idéal et de traditions politiques, de respect de la liberté et de prééminence du droit [...]* »

¹⁷⁶² CEDH, 21 sept. 1994, *Fayed c. Royaume-Uni*, n° 17101/90, § 65.

¹⁷⁶³ Ce mouvement est loin d'être universel. Certains États, encore aujourd'hui, n'hésitent pas à user de leur pouvoir monétaire ou normatif pour alléger – voire éteindre – leur dette : M. AUDIT, « La dette souveraine appelle-t-elle un statut juridique particulier ? » in M. AUDIT (dir.), *Insolvabilité des États et dettes souveraines*, coll. Droit des affaires, LGDJ, 2011, p. 67 s., spéc. p. 72, l'auteur citant l'exemple de l'Équateur, qui, en 2008, a interrompu le remboursement de 40 % de sa dette en déclarant illicites de nombreuses créances et en rachetant sur le marché secondaire ces créances dont il était lui-même débiteur, à un prix très inférieur à leur valeur d'origine.

¹⁷⁶⁴ L'une des raisons expliquant le succès de l'État de droit est, en effet, « *la redécouverte du droit comme moyen de refondation du lien social et comme dispositif de limitation de l'emprise étatique* » (J. CHEVALLIER, *op. cit.*, p. 178).

l'État français¹⁷⁶⁵. La formule est évocatrice : elle suggère que les personnes publiques devraient être tenues de leurs dettes de la même manière que les personnes privées. Est ainsi visé un important privilège souverain : l'immunité d'exécution, permettant à la personne publique de se soustraire à toute voie d'exécution sur ses biens. Cette réaction hostile face au régime avantageux de la dette des États a trouvé un écho en droit positif. À l'échelle nationale comme internationale, le droit contemporain a fait perdre à l'immunité d'exécution son caractère absolu en considérant, d'un point de vue de moins en moins différencié, l'État et ses entités comme des personnes juridiques soumises à la force obligatoire de leurs engagements¹⁷⁶⁶. Il en résulte que les personnes publiques de droit interne (Chapitre 1) comme les personnes publiques étrangères (Chapitre 2) répondent de plus en plus de leurs dettes sur leurs biens. Ce gage général octroyé à leurs créanciers est, certes, limité par de nombreuses insaisissabilités, mais son émergence démontre l'ampleur des mutations juridiques et sociales en la matière.

¹⁷⁶⁵ Hervé MARITON, cité par B. TINEL, « L'État doit gérer en bon père de famille » in *Manuel d'économie critique*, hors-série Le Monde diplomatique, sept. 2016, p. 148.

¹⁷⁶⁶ Rappr. M. AUDIT, art. préc., p. 82 : « On a fini par considérer que la force obligatoire du contrat de prêt, et donc les droits du créancier, devait l'emporter sur la modification unilatérale de ses termes par l'État débiteur. »

CHAPITRE 1 : L'ENGAGEMENT CROISSANT DU PATRIMOINE DE LA PERSONNE PUBLIQUE DE DROIT INTERNE

373. Un mouvement sur fond de déclin de l'État. – L'État occupe, en France, une place très particulière, il est pensé comme « *la clef de voûte de l'architecture sociale et le dépositaire de l'identité collective* »¹⁷⁶⁷, un rôle qu'il a d'autant plus investi à l'ère de l'État-providence. Cette position dans la société lui a notamment été conférée par le droit, qui lui applique, traditionnellement, des règles tout à fait dérogatoires du droit commun, parmi lesquelles figure en bonne place l'immunité d'exécution dont bénéficie toute personne publique. La crise de l'État-providence intervenue à la fin des années 1970 a, toutefois, profondément effrité cette conception sacralisée de l'État. Ainsi « *les croyances sur lesquelles s'appuyait l'État, bénéficiant d'un triple postulat de bienveillance, d'omniscience et d'infailibilité, tendent à s'effriter : le bien-fondé de l'action publique ne se présume plus ; l'invocation de l'intérêt général n'est plus, à elle seule, suffisante pour garantir sa légitimité* »¹⁷⁶⁸. Un tel tournant social ne pouvait aller sans affecter le droit de privilèges qu'est le droit administratif, dont les règles tendent aujourd'hui à se rapprocher, à bien des égards, des solutions du droit privé. Le mouvement est particulièrement visible quant à l'immunité d'exécution dont bénéficie traditionnellement toute personne publique. De pilier inébranlable du droit administratif justifiant l'exclusion sans discussion de l'application du gage général aux débiteurs publics (Section 1), ce principe a été, en quelques années, vidé de sa substance pour faire ainsi émerger un gage général au profit des créanciers d'une personne publique (Section 2).

¹⁷⁶⁷ J. CHEVALLIER, « Devenir de l'État : vers la fin de l'exceptionnalité française ? », *Le Débat* 2019/4, p. 115 s., spéc. p. 116.

¹⁷⁶⁸ J. CHEVALLIER, art. préc., p. 117.

SECTION 1 : L'IMMUNITÉ D'EXECUTION, OBSTACLE A L'APPLICATION DU GAGE GENERAL

374. Échapper aux voies d'exécution sur ses biens est un privilège bien connu de l'État et des personnes publiques en général. L'immunité d'exécution est une règle profondément ancrée en droit administratif, justifiée par le caractère souverain de la personne publique (I). Ce privilège n'empêche pas d'appliquer la notion d'obligation à la personne publique débitrice, mais il lui donne une physionomie particulière. La garantie attachée à cette obligation a, en effet, un fonctionnement bien différent par rapport à celui du gage général attaché à toute obligation de droit privé, qui rend complexe sa qualification (II).

I. UNE REGLE ESSENTIELLE DU DROIT ADMINISTRATIF

375. L'immunité d'exécution est, par définition, un privilège attaché au statut de personne publique, qui fait échapper tous les biens de cette dernière, quelle que soit leur affectation, aux voies d'exécution de ses créanciers (A). Cela ne rend pas pour autant la personne publique irresponsable de ses dettes, ses créanciers impayés pouvant recourir à un mode d'exécution forcé spécifique (B).

A.- UNE IMMUNITÉ FONDEE SUR LA QUALITE DE PERSONNE PUBLIQUE

376. L'impossibilité de contraindre la personne publique. – Le « *privilège personnel* »¹⁷⁶⁹ que constitue l'immunité d'exécution implique de frapper d'insaisissabilité tout bien appartenant à une personne publique¹⁷⁷⁰. Selon une approche classique, l'insaisissabilité des biens publics n'est en effet pas fondée sur l'affectation de ces biens à une mission de service

¹⁷⁶⁹ R. PERROT, Ph. THÉRY, *Procédures civiles d'exécution*, 3^e éd., Hors collection, Dalloz, 2013, p. 250, n° 247.

¹⁷⁷⁰ Le Tribunal des conflits a rappelé que « *l'immunité d'exécution dont bénéficie l'État, dont les biens et les créances sont insaisissables [...] interdit au juge de prendre à son encontre des mesures d'exécution forcée ou des mesures conservatoires* » (TC, 19 mars 2007, n° 3497 ; AJDA 2007, p. 1093).

public, ou sur l'inaliénabilité du domaine public¹⁷⁷¹, mais sur « *la personne objet des voies d'exécution* »¹⁷⁷². En d'autres termes, l'insaisissabilité est fondée non pas sur un critère objectif, mais sur un critère *organique*¹⁷⁷³. Ce critère s'explique par le nécessaire respect de l'ordre public : selon Monsieur AMSELEK, « *admettre la possibilité de saisies suivies, le cas échéant, de ventes forcées contre les organismes publics, qu'il s'agisse de saisir des immeubles, des mobiliers et matériels, des deniers, des titres et valeurs, ou des créances, reviendrait à introduire le plus grand désordre dans le fonctionnement général de ces organismes* »¹⁷⁷⁴. Un tel argument avait été résumé par une formule célèbre de Jean RIVERO, selon laquelle on ne saurait « *brandir la hache de guerre contre l'autorité qui la porte à la ceinture* »¹⁷⁷⁵. Ce fondement explique que l'insaisissabilité frappe tant les biens publics relevant du domaine public que ceux relevant du domaine privé¹⁷⁷⁶. Ce principe a été reconnu par le Tribunal des conflits¹⁷⁷⁷, la Cour de cassation¹⁷⁷⁸, le Conseil d'État¹⁷⁷⁹, puis consacré par une ordonnance du 21 avril 2006 à l'article L. 2311-1 du Code général de la propriété des personnes publiques¹⁷⁸⁰, ce qui lui donne une valeur légale. Ainsi l'expression tant usitée d'insaisissabilité des biens

¹⁷⁷¹ Comme c'était le cas sous l'Ancien Régime, l'insaisissabilité étant contenue dans le principe d'inaliénabilité du domaine de la Couronne, sur lequel v. C. CHAMARD-HEIM, « Les propriétés publiques » in P. GONOD, F. MELLERAY, Ph. YOLKA (dir.), *Traité de droit administratif*, t. 2, Dalloz, 2011, p. 283 s., spéc. p. 286.

¹⁷⁷² R. DENOIX DE SAINT-MARC, note sous Paris, 11 juill. 1984, *D.* 1985, p. 174 ; Adde C. CHAMARD, *La distinction des biens publics et des biens privés – Contribution à la définition de la notion de biens publics*, préf. J. Untermaier, Nouvelle bibliothèque de thèses, vol. 33, Dalloz, 2004, p. 488 s., n° 641 s ; *Les grandes décisions du droit administratif des biens*, 2^e éd., Dalloz, 2015, p. 752, note Ph. YOLKA.

¹⁷⁷³ C. CHAMARD, *op. cit.*, p. 491, n° 645 : « *L'interdiction des voies d'exécution du droit commun est un élément intrinsèque à la personnalité publique. Parce qu'une personne sera qualifiée de publique, ses biens seront irréfragablement réputés insaisissables.* »

¹⁷⁷⁴ P. AMSELEK, « Les établissements publics sans comptable public et le principe de l'insaisissabilité des biens des personnes publiques, *JCP G* 1986, I, 3236, n° 30 ; Adde E. MARTOU, *Des privilèges et hypothèques ou Commentaire de la loi du 16 décembre 1851 sur la révision du régime hypothécaire*, t. I, A. Decq & A. Durand, 1855, p. 227, n° 248 : « *La mission qu'elles [les personnes publiques] sont appelées à remplir fait de l'inviolabilité de leurs biens une nécessité sociale. Elles seraient, à chaque pas, entravées dans leur action et frappées d'impuissance, si elles ne conservaient pas la libre et entière disposition des ressources matérielles que leur confie la société pour les mettre à même d'atteindre le but de leur institution.* »

¹⁷⁷⁵ J. RIVERO, « Le Huron au Palais-Royal ou réflexions naïves sur le recours pour excès de pouvoir », *D.* 1962, chron., p. 37, reproduit in A. DE LAUBADÈRE, A. MATHIOT, J. RIVERO, G. VEDEL, *Pages de doctrine*, t. II, LGDJ, 1980, p. 329 s., spéc. p. 333

¹⁷⁷⁶ Ph. YOLKA, note préc., p. 752-753. *A contrario*, les comptes d'un organisme privé chargé de la gestion d'un service public ne bénéficient pas de cette insaisissabilité : civ. 2^e, 15 nov. 1995, n° 93-13262, *Bull. civ.* II, n° 284, p. 168 ; *Dr. adm.* 1996, chron. p. 11, H. MOYSAN.

¹⁷⁷⁷ TC, 9 déc. 1899, *Association syndicale du canal de Gignac*, *Rec. Lebon* p. 731.

¹⁷⁷⁸ Civ. 1^{re}, 21 déc. 1987, n° 86-14167, *Bull. civ.* I, n° 348 ; *CJEG* 1988, p. 107, note L. RICHER ; *Gaz. pal.* 1988, II, p. 685, note M. VÉRON ; *JCP G* 1989, II, 21183, note B. NICOD ; *RFDA* 1988, p. 771, concl. M. CHARBONNIER et note B. PACTEAU ; *RTD civ.* 1989, p. 145, note R. PERROT ; *Les grandes décisions du droit administratif des biens*, préc., comm. 77, note Ph. YOLKA.

¹⁷⁷⁹ CE, sect., 30 janv. 1992, avis n° 350.083, *Les grands avis du Conseil d'État*, comm. 19, obs. Y. CLAISSE.

¹⁷⁸⁰ Malgré les exhortations d'une partie de la doctrine à corriger ce texte pour ne pas rendre absolue l'insaisissabilité des biens publics : Y. GAUDEMET, « Revenir sur le principe d'insaisissabilité des biens des personnes publiques, *JCP G* 2007, n° hors-série, p. 32.

publics « *n'est pas des plus rigoureuses : puisque chez les personnes publiques l'insaisissabilité ne tient pas à la qualité des biens mais à celle de leur propriétaire, il eût mieux valu parler d'immunité d'exécution que de biens insaisissables* »¹⁷⁸¹. La jurisprudence administrative fonde sur cette immunité l'impossibilité pour un particulier d'opposer à une personne publique la compensation¹⁷⁸² ou le droit de rétention¹⁷⁸³, et l'exclusion de l'ouverture de toute procédure collective¹⁷⁸⁴.

B.- DES VOIES D'EXECUTION NE PORTANT PAS SUR LE PATRIMOINE DE LA PERSONNE PUBLIQUE

377. La nécessité d'un substitut à la saisie. – À s'en tenir au fondement organique de l'immunité d'exécution, il faudrait en déduire que « *la personne publique n'a pas la responsabilité de ses dettes* »¹⁷⁸⁵, qu'elle peut « *ne payer que lorsqu'elle le juge opportun* »¹⁷⁸⁶, donc que son patrimoine n'est pas grevé du gage général malgré sa qualité de débiteur¹⁷⁸⁷. Pourtant, il est évident que doivent être mis à la disposition des créanciers des personnes publiques des moyens de se prémunir contre l'inexécution de leur débiteur¹⁷⁸⁸. L'argument

¹⁷⁸¹ B. PLESSIX, « L'éternelle jouvence du service public », *JCP A* 2005, doct. 1350, spéc. n° 12 ; Rapp. C. CHAMARD, *op. cit.*, p. 492-493, n° 646 : « *L'immunité d'exécution s'inspire donc de l'idée de protection d'une personne, le débiteur. L'insaisissabilité, quant à elle, est une qualité qui ne porte que sur les biens. Ainsi, l'immunité s'établissant par référence à la personne, elle est de nature personnelle, alors que l'insaisissabilité est une notion de nature réelle qui affecte directement le bien.* » ; B. ROMAN, *Essai sur l'insaisissabilité*, th. Paris I, dactyl., 2008, p. 36, n° 21, qualifiant l'immunité d'exécution de « *fausse insaisissabilité* ».

¹⁷⁸² V. not. CAA Paris, 25 avr. 2013, *SARL AY*, n° 12PA03838, consid. 10 : « [...] *le principe d'insaisissabilité des biens et des deniers publics lui interdit [au requérant], sauf disposition législative contraire, de se prévaloir du mécanisme de compensation entre la créance détenue par la S.N.C.F. et le montant de la réparation due par celui-ci au titre du préjudice subi [...]* » Sur l'application de la compensation en droit administratif, v. J.-F. RICCI, F. LOMBARD, *Droit administratif des obligations*, coll. Université, Sirey, 2018, p. 520 s., n° 1014 s.

¹⁷⁸³ CAA Paris, 14 oct. 2008, *Fonds de développement des archipels*, n° 06PA03339, *Rec. Lebon*.

¹⁷⁸⁴ C. com., art. L. 631-2, *a contrario*. Pour une affirmation explicite : Paris, 15 févr. 1991, *Centre national des bureaux régionaux du fret*, *AJDA* 1991, p. 568, note D. BROUSSELE – TA Paris, 8 juill. 1997, *GARP*, *Dr. adm.* 1998, comm. 220.

¹⁷⁸⁵ B. PLESSIX, art. préc., n° 6.

¹⁷⁸⁶ R. BONNARD, *Précis de droit public*, 6^e éd., Sirey, 1944, p. 413. Certains auteurs, dans la doctrine privatiste, s'en tiennent encore à cette présentation, v. par ex. M. JULIENNE, *Régime général des obligations*, 2^e éd., LGDJ, 2018, p. 298, n° 464, note 16 : citant l'art. L. 111-1, al. 3 CPCE, l'auteur remarque qu'« *en pareil cas, si le débiteur ne s'exécute pas spontanément, il ne peut y être contraint.* »

¹⁷⁸⁷ Ph. THÉRY, « Saisissabilité et limites » in *Le 10^{ème} anniversaire de la loi du 9 juillet 1991*, La Passerelle, 2002, p. 61 s., spéc. p. 62.

¹⁷⁸⁸ « [...] *prêter aux dettes publiques le caractère d'obligations naturelles est une vue tout à fait irréaliste.* » (P. AMSELEK, « La compensation entre les dettes et les créances des personnes publiques », *RDP* 1988, p. 1485, rééd. in P. AMSELEK, *Études de droit public*, préf. Y. Gaudemet, éd. Panthéon-Assas, 2009, p. 547 s., spéc. p. 574)

selon lequel les mesures d'exécution envers les personnes publiques seraient inutiles car celles-ci sont de bonne foi et solvables n'est, en effet, « *pas convaincant car la solvabilité ne préjuge nullement de l'exécution spontanée de l'obligation par son débiteur* »¹⁷⁸⁹. Des succédanés ont donc été mis en place par le droit administratif, et dont le dispositif est prévu par la loi n° 80-539 du 16 juillet 1980.

378. Des voies d'exécution ne portant pas sur le patrimoine. – Conçues comme l'équivalent publiciste des saisies de droit privé en ce qu'elles s'adaptent au principe de l'immunité d'exécution des personnes publiques¹⁷⁹⁰, les « *voies d'exécution administratives* »¹⁷⁹¹ sont prévues par la loi n° 80-539 du 16 juillet 1980¹⁷⁹² et applicables aux personnes publiques condamnées au paiement d'une somme d'argent par une décision passée en force de chose jugée¹⁷⁹³. La procédure consiste en un ordonnancement¹⁷⁹⁴ effectué dans un délai de deux mois à compter de la notification de la décision de justice, le créancier recevant alors paiement du comptable public. À défaut d'ordonnancement à l'expiration du délai, si le débiteur est l'État, le créancier doit saisir le comptable, celui-ci procédant directement au paiement du créancier. Si le débiteur est une collectivité locale ou un établissement public, le créancier doit saisir le préfet, qui, après une mise en demeure infructueuse, procédera à l'inscription d'office de la somme due au budget de la personne publique¹⁷⁹⁵. Ces voies d'exécution n'ont donc de commun avec les saisies que leur finalité : le paiement du créancier. La technique par laquelle elles poursuivent cette finalité est bien différente : *in fine*, c'est toujours la personne publique débitrice qui procède directement au paiement, aucune réalisation forcée sur ses biens n'est effectuée¹⁷⁹⁶. Et lorsque la personne publique s'avère insolvable, aucune procédure d'insolvabilité n'est prévue puisque l'État est alors subsidiairement

¹⁷⁸⁹ W. DROSS, *Droit civil – Les choses*, LGDJ, 2012, p. 602, n° 328-2.

¹⁷⁹⁰ C'est ainsi que HAURIOU présente l'inscription d'office : « *La procédure de l'inscription d'office est ici la contrepartie indispensable du privilège qui exempte l'établissement public des voies d'exécution du droit commun. Il faut absolument régler la situation vis-à-vis des créanciers ; si ceux-ci n'ont pas les voies d'exécution ordinaires, il faut qu'ils aient la garantie de l'inscription d'office et de la dépense obligatoire.* » (M. HAURIOU, *Leçons sur le mouvement social*, Larose, 1899, p. 18)

¹⁷⁹¹ Expression utilisée pour la première fois par le commissaire du gouvernement TEISSIER dans ses conclusions sous CE, 17 juin 1904, *Hospice du Saint-Esprit*, S. 1906, 3, p. 119.

¹⁷⁹² Loi citée par l'article L. 911-9 du Code de justice administrative.

¹⁷⁹³ Loi préc., art. 1^{er}, I.

¹⁷⁹⁴ Défini comme « *l'ordre, quelle qu'en soit la forme, donné par l'ordonnateur au comptable de payer une dépense* » (Décret n° 2012-1246 du 7 nov. 2012, art. 32).

¹⁷⁹⁵ Loi préc., art. 1^{er}, II. Pour un exposé détaillé, v. P. TROUILLY, « *Voies d'exécution forcée administratives* », chap. 1642 in S. GUINCHARD, T. MOUSSA (dir.), *Droit et pratique des voies d'exécution*, 9^e éd., Dalloz action 2018/2019, spéc. n° 1642.51 s.

¹⁷⁹⁶ Nous allons toutefois constater que ces voies d'exécution ont évolué : v. *infra*, n° 397.

responsable des dettes de cette dernière¹⁷⁹⁷. Il ne s'agit, en somme, pas véritablement d'une mise en œuvre du gage général¹⁷⁹⁸. La spécificité que revêt l'exécution contre les personnes publiques débitrices a, par conséquent, interrogé la doctrine publiciste sur la nature de ce mécanisme.

II. UNE REGLE RENDANT LA NATURE DE L'ENGAGEMENT DE LA PERSONNE PUBLIQUE INCERTAINE

379. Puisque la qualité même de personne publique rend impossible toute voie d'exécution de droit commun à son encontre, la question de la nature de l'engagement de la personne publique se pose. L'exorbitance du droit public ne suffit pas, comme nous allons le voir, à exclure la qualification d'obligation (A), ce qui déplace la question vers la nature de la garantie octroyée au créancier de la personne publique (B).

A.- L'EXISTENCE DE LA NOTION D'OBLIGATION EN DROIT PUBLIC

380. La spécificité de la personne publique excluant la notion d'obligation. – La traditionnelle *summa divisio* entre droit public et droit privé établie en France¹⁷⁹⁹ a longtemps exclu tout rapprochement pertinent entre les deux disciplines, la doctrine administrativiste

¹⁷⁹⁷ CE, 18 nov. 2005, *Société fermière de Campoloro et Société de gestion du port de Campoloro*, req. n° 271898, *Rec. Lebon*, p. 515 ; *AJDA* 2006, p. 137, chron. C. LANDAIS et F. LENICA ; *AJDA* 2007, p. 1218, étude P. CASSIA ; *BJCL* 2006, p. 43, concl. N. BOULOUIS, note TOUVET ; *Collectivités Intercommunales* janv. 2006, p. 9, note L. ERSTEIN ; *Contrats-Marchés publ.* janv. 2006, p. 24, note J.-P. PIETRI ; *Dr. adm.* 2006, comm. 33, note C. GUETTIER ; *Gaz. pal.* 12-14 mars 2006, p. 30, obs. D. LINOTTE ; *JCP A* 2006, 911, chron. E. GLASER et E. CREPEY ; *JCP G* 2006, I, 120, chron. C. BOITEAU, n° 4 ; *JCP G* 2006, II, 10044, note R. DE MOUSTIER et O. BÉATRIX ; *LPA* 24 avr. 2006, p. 9, note F. MELLERAY ; *RFDA* 2006, p. 193, note Ph. TERNEYRE et p. 341, note P. BON ; *Grandes décisions du droit administratif des biens*, préc., comm. 91, note Ph. YOLKA. La responsabilité sera sans faute lorsque la personne publique débitrice est insolvable, et elle sera prononcée pour faute lourde si l'inexécution ne se justifie pas par l'insolvabilité.

¹⁷⁹⁸ Sur la technique de garantie du gage général, v. *supra*, n° 168.

¹⁷⁹⁹ La véritable distinction académique n'est en réalité apparue qu'à la fin du XIX^e siècle : v. L.-A. BARRIÈRE, « Une approche historique de la *summa divisio* droit public-droit privé » in B. BONNET, P. DEUMIER (dir.), *De l'intérêt de la summa divisio droit public-droit privé ?*, coll. Thèmes & commentaires, Dalloz, 2010, p. 7.

souhaitant conserver l'indépendance de son objet d'étude¹⁸⁰⁰, quitte à ce qu'elle « *insiste de manière exacerbée sur son particularisme* »¹⁸⁰¹. S'agissant de la notion d'obligation, Marcel WALINE relevait que l'absence d'étude approfondie sur cette dernière était une « *étrange lacune de la doctrine du droit administratif* »¹⁸⁰², alors même que les obligations sont tout autant présentes dans les rapports entre personnes publiques et personnes privées¹⁸⁰³. Il existe pourtant une spécificité qui a longtemps paru « *irréductible* »¹⁸⁰⁴, tenant à la souveraineté et aux privilèges que celle-ci procure à la personne publique dans ses rapports avec les particuliers : créancière, la personne publique peut se faire justice à elle-même¹⁸⁰⁵ en émettant son propre titre exécutoire¹⁸⁰⁶ et en assurant elle-même l'exécution de sa créance par la contrainte¹⁸⁰⁷ ; débitrice, elle échappe à toute voie d'exécution exercées sur ses biens. La personne publique dispose donc d'une « *position de supériorité très nette, vis-à-vis des*

¹⁸⁰⁰ V. not. G. JÈZE, « De l'utilité pratique des études théoriques de jurisprudence pour l'élaboration et le développement de la science du droit public. Rôle du théoricien dans l'examen des arrêts des tribunaux », *RDP* 1914, p. 311 s., spéc. p. 319 : « *Pendant très longtemps et jusqu'à ces dernières années, le Droit public a consisté en des adaptations de théories civilistes. En d'autres termes, on croyait pouvoir résoudre les problèmes du droit public par les solutions juridique imaginées pour résoudre les relations entre particuliers. [...] On s'efforçait de calculer toutes les surfaces (celle du cercle, du triangle, etc.) avec la formule qui donne la surface du carré. [...] À cet égard, il y a de sérieux progrès à réaliser. Maintenant que l'on est de plus en plus convaincu qu'à des problèmes entièrement différents de ceux du droit civil correspondent et doivent correspondre des théories différentes de celles du droit privé, il conviendrait d'adopter une terminologie moins déféctueuse.* »

¹⁸⁰¹ F. MELLERAY, « Le repli de la doctrine universitaire sur la technique et le développement du droit administratif » in C. JAMIN, F. MELLERAY, *Droit civil et droit administratif*, coll. Méthodes du droit, Dalloz, 2018, p. 57 s., spéc. p. 60.

¹⁸⁰² M. WALINE, « La théorie civile des obligations et la jurisprudence du Conseil d'État » in *Études juridiques offertes à Léon Julliot de la Morandière*, Dalloz, 1964, p. 631.

¹⁸⁰³ Au vrai, la notion d'obligation, issue du droit civil romain, a une influence que l'on sous-estime. Comme l'a remarqué Michel VILLEY, le concept romain d'obligation a ainsi « *pu être détourné de sa fonction première pour servir à la construction du nouvel ordre social, moral autant que politique* ». C'est en effet le modèle sur lequel ont été conceptualisées l'obligation morale et l'obligation politique : M. VILLEY, *Critique de la pensée juridique moderne – Douze autres essais*, Dalloz, 1976, p. 205. La notion d'obligation a, par exemple, été récemment invoquée en droit pénal par un auteur pour qualifier le rapport entre l'État et les individus faisant l'objet de mesures de sûreté : M. BRENAUT, *Le renouveau des mesures de sûreté en droit pénal français*, th. Paris II, dactyl., 2016, p. 235 s., n° 213 s.

¹⁸⁰⁴ J. CHEVALLIER, « L'obligation en droit public », *APD*, t. 44, 2000, p. 179 s., spéc. p. 180.

¹⁸⁰⁵ « *L'État et ses démembrements ont toujours la possibilité de se faire justice, sans avoir à faire reconnaître leurs droits par un tribunal.* » (R. DRAGO, « Rapport sur la règle « Nul ne peut se faire justice à soi-même » et ses limites en droit français » in *Travaux de l'Association Henri Capitant*, t. XVIII, Dalloz, 1969, p. 303 s., spéc. p. 303)

¹⁸⁰⁶ Privilège du préalable prévu à l'article L.111-3, 6° du Code des procédures civiles d'exécution.

¹⁸⁰⁷ Prérogative qualifiée de privilège d'exécution d'office. Il convient toutefois de ne pas confondre l'exécution d'office avec l'exécution forcée. Cette dernière désigne l'usage de la contrainte à l'égard d'un acte strictement personnel, par exemple l'expropriation forcée faisant suite à un ordre de réquisition d'un immeuble obligeant l'occupant à vider les lieux. L'exécution d'office désigne quant à elle l'usage de la contrainte à l'égard d'un acte qui n'est pas strictement personnel et auquel l'administration peut procéder à la place du particulier défaillant : J. WALINE, *Droit administratif*, 28^e éd., coll. Précis, Dalloz, 2020, p. 483-484, n° 452 ; Adde N. FERREIRA, « La notion d'exécution d'office », *AJDA* 1999, p. 41.

administrés, se comportant, à leur égard, d'une façon différente de celle des individus entre eux sur le plan du droit civil »¹⁸⁰⁸.

381. Une transposition pertinente, à l'analyse. – Ces particularités liées au statut souverain de la personne publique ne nous semblent pourtant pas exclure l'application du lien de droit qu'est l'obligation aux relations régies par le droit administratif – soutenue par une partie non négligeable de la doctrine publiciste¹⁸⁰⁹, et qui fait, depuis longtemps, partie intégrante du raisonnement des juridictions administratives¹⁸¹⁰. Il est vrai que le droit administratif s'est construit, depuis la fin du XIX^e siècle¹⁸¹¹, autour de l'acte juridique, lequel a longtemps « *supplanté l'obligation* »¹⁸¹². Mais dès lors que les échanges économiques entre personnes publiques et personnes privées se sont amplifiés, la théorie des obligations a dû être utilisée par la jurisprudence afin de « *combler les lacunes du droit du droit administratif* »¹⁸¹³, spécialement en matière de paiement. La doctrine a prolongé cette incursion de l'obligation en droit administratif en multipliant les études lui étant consacrées¹⁸¹⁴, jusqu'à dédier un manuel au *droit administratif des obligations*¹⁸¹⁵. Ses auteurs, en introduction, affirment que « *si le mot « obligation » a un sens et, partant, s'il a de ce chef les effets qui lui sont attachés, ce sens et ces effets doivent être compatibles entre eux. Civile ou administrative, l'« obligation » renvoie à une réalité composée sinon d'éléments univoques ou complètement identiques, du moins*

¹⁸⁰⁸ A. HAURIOU, « L'utilisation en droit administratif des règles et principes du droit privé » in *Recueil d'études sur les sources du droit en l'honneur de François Gény*, t. III, Sirey, 1934, p. 92 s., spéc. p. 94.

¹⁸⁰⁹ V. not. les travaux fondateurs de M. WALINE, *Traité élémentaire de droit administratif*, 6^e éd., Sirey, 1952, consacrant une théorie des obligations dans son ouvrage ; Y. GAUDEMET, « Prolégomènes pour une théorie des obligations en droit administratif français » in *Nonagesimo anno – Mélanges en hommage à Jean Gaudemet*, PUF, 1999, p. 613 s., spéc. p. 624, soulignant que « *les emprunts à la théorie générale des obligations sont constants* » et que « *le vocabulaire est le même et les notions de base sont communes* » ; F. MODERNE, *Les quasi-contrats administratifs*, Sirey, 1995 et « Recherches sur l'obligation *in solidum* dans la jurisprudence du Conseil d'État », *EDCE* 1973, p. 15 ; J. WALINE, « La théorie générale du contrat en droit civil et en droit administratif » in *Études offertes à Jacques Ghestin – Le contrat au début du XXI^e siècle*, LGDJ, 2001, p. 965.

¹⁸¹⁰ V. les références données par M. WALINE, « La théorie civile des obligations et la jurisprudence du Conseil d'État » in *Études juridiques offertes à Léon Julliot de la Morandière*, Dalloz, 1964, p. 631, puis par R. DRAGO, « La notion d'obligation : droit public et droit privé », *APD*, t. 44, 2000, p. 43.

¹⁸¹¹ Avant cette période, l'influence du droit privé sur la conceptualisation du droit administratif était bien plus évidente. Sur ce point, v. P. LEGENDRE, « La royauté du droit administratif – Recherches sur les fondements traditionnels de l'État centraliste en France », *RHD* 1974, p. 696 s., spéc. p. 728 s.

¹⁸¹² R. NOGUELLOU, *La transmission des obligations en droit administratif*, préf. Y. Gaudemet, Bibliothèque de droit public, t. 241, LGDJ, 2004, p. 3, n^o 5.

¹⁸¹³ B. PLESSIX, *L'utilisation du droit civil dans l'élaboration du droit administratif*, préf. J.-J. Bienvenu, éd. Panthéon-Assas, 2003, p. 288, n^o 286.

¹⁸¹⁴ Il faut aussi mentionner plusieurs thèses de doctorat en droit public récentes qui prennent pour objet d'étude principal l'obligation : R. NOGUELLOU, *La transmission des obligations en droit administratif*, op. cit. ; L. ICHER, *L'obligation de paiement de la dette publique française*, préf. V. Dussart, coll. thèses de l'IFR, PUT1, 2018.

¹⁸¹⁵ J.-C. RICCI, F. LOMBARD, *Droit administratif des obligations*, coll. Université, Sirey, 2018.

d'éléments rigoureusement compatibles entre eux »¹⁸¹⁶. Il semble donc acquis que la notion d'obligation est applicable au droit administratif¹⁸¹⁷. Pour autant, son régime n'est, de toute évidence, pas identique à celui applicable au droit privé¹⁸¹⁸. Il convient, dès lors, de s'intéresser au mécanisme qui garantit le paiement de l'obligation lorsque la personne publique est débitrice¹⁸¹⁹. Comme nous allons le constater, l'analyse est rendue complexe par l'immunité d'exécution dont bénéficie cet obligé si particulier.

¹⁸¹⁶ J.-C. RICCI, F. LOMBARD, *op. cit.*, p. 15, n° 14.

¹⁸¹⁷ Comp. B. PLESSIX, *op. cit.*, p. 758 s., n° 875 s. L'auteur conteste, de manière générale, l'idée selon laquelle il existerait des notions juridiques universelles, et considère que lorsque le droit administratif utilise des notions de droit privé, il s'agit seulement d'emprunts. Cette conception s'explique par l'acception que donne Monsieur PLESSIX de la notion juridique, qu'il estime être « *le résultat d'une ou des finalités pour lesquelles elle a été élaborée* » (p. 768, n° 887). Nous ne partageons pas cette conception, qui nous semble nier le caractère mouvant, évolutif, des notions et de leur contenu (v. *supra*, n° 9.).

¹⁸¹⁸ Rappr. à propos seulement des emprunts publics, S. KOTT, « Le contrôle juridique de l'endettement public au péril du contrôle politique » in J.-F. BOUDET, C. LEQUESNE-ROTH (dir.), *Les administrations publiques à l'épreuve de leur dette*, Mare & Martin, 2019., p. 139 s., spéc. p. 142 : « [...] *le droit de la dette publique ne se formalise pas comme un régime juridique propre mais apparaît plus comme un régime juridique d'exception limitant le droit commun des obligations.* »

¹⁸¹⁹ Bien que notre étude ne s'y intéresse pas, il faut préciser que la notion d'obligation s'applique également lorsque la personne publique est créancière d'une personne privée, y compris s'il s'agit, par exemple, d'une créance d'impôt. Une partie de la doctrine privatiste conteste cette qualification : G. FOREST, *Essai sur la notion d'obligation en droit privé*, préf. F. Leduc, Nouvelle bibliothèque de thèses, vol. 116, Dalloz, 2012, p. 287-288, n° 402, retenant qu'il s'agit d'un rapport de sujétion, incompatible avec la notion d'obligation ; J. GHESTIN, M. BILLIAU, G. LOISEAU, *Traité de droit civil – Le régime des créances et des dettes*, LGDJ, 2005, p. 30 s., n° 21 s, soutenant qu' « *il n'existe pas de lien individuel entre la collectivité, certes, incarnée par l'État, et les membres qui la composent, si bien que l'impôt n'est pas le résultat économique d'une obligation, mais un simple prélèvement opéré de force* », ajoutant que puisque « *l'assujetti à l'impôt est lui-même une partie de la collectivité* », il « *ne pourrait être ainsi rationnellement en même temps à la fois débiteur et, au moins partiellement, créancier d'une même obligation* ». Nous rétorquons que lorsque l'État édicte la loi fiscale, il use en effet de son pouvoir coercitif d'imposer une obligation légale au contribuable. Mais une fois la loi fiscale intégrée à l'ordre juridique, « *le droit d'exiger la satisfaction d'une prestation et l'obligation de la réaliser sont exactement identiques en droit privé ou en droit public* » (R. BOURGET, *La science juridique et le droit financier et fiscal*, préf. E. Simón Acosta, Nouvelle bibliothèque de thèses, vol. 112, Dalloz, 2012, p. 389, n° 469), comme en témoigne notamment la soumission des poursuites du Trésor public aux formes des procédures civiles d'exécution (LPF, art. L. 258 A, 1°). Le recouvrement de l'obligation monétaire par l'État connaît, certes, des spécificités, parmi lesquelles l'avis à tiers détenteur et la contrainte judiciaire (v. *supra*, note 16). Cela ne nous semble toutefois pas suffisant pour exclure la qualification d'obligation à cette relation.

B.- LA DIFFICULTE DE QUALIFIER LA GARANTIE DE L'OBLIGATION D'UNE PERSONNE PUBLIQUE

382. En présence d'une règle aussi dérogoire au droit privé que l'immunité d'exécution¹⁸²⁰, la comparaison de la garantie de la dette de la personne publique avec le gage général de l'article 2284 du Code civil ne s'impose pas naturellement à l'observateur¹⁸²¹. Deux auteurs, ayant consacré leur thèse de doctorat à la propriété des personnes publiques, Madame CHAMARD-HEIM (1) et Monsieur SCHMALTZ (2), ont toutefois entrepris cette comparaison, aboutissant à deux propositions différentes, qu'il convient d'exposer et de discuter tant elles sont rares dans la littérature de la doctrine administrative.

1. PREMIERE PROPOSITION : UNE OBLIGATION GARANTIE PAR UN GAGE SUI GENERIS

383. L'analyse de Madame CHAMARD-HEIM. – Auteur d'une thèse consacrée à la distinction des biens publics et des biens privés, Madame CHAMARD-HEIM a dû, logiquement, aborder le gage général qui affecte le patrimoine de tout débiteur en droit privé, pour le comparer à la situation des biens d'une personne publique lorsque celle-ci est débitrice¹⁸²². À partir de l'immunité d'exécution dont bénéficie la personne publique, l'auteur affirme qu'« aucun droit de gage général ne grève les biens publics »¹⁸²³, bien qu'il existe une garantie attachée à l'obligation de la personne publique¹⁸²⁴. Développant son analyse, Madame CHAMARD-HEIM revient d'abord sur l'assiette de cette garantie atypique. En considération

¹⁸²⁰ « [...] le législateur consacre l'insaisissabilité de l'ensemble des biens d'une catégorie entière de personnes ; cela est sans équivalent en droit privé. » (Ph. YOLKA, comm. n° 1 in C. CHAMARD-HEIM, F. MELLERAY, R. NOGUELLOU, Ph. YOLKA, *Les grandes décisions du droit administratif des biens*, 3^e éd., Dalloz, 2018, p. 14, n° 22)

¹⁸²¹ Rappr. N. FOULQUIER, *Droit administratif des biens*, 5^e éd., coll. Manuel, LexisNexis, 2019, p. 9, n° 20 : Exposant les obstacles à la réception de la théorie du patrimoine en droit public, l'auteur relève notamment que « dès lors que les biens des personnes publiques sont insaisissables, la notion de patrimoine perdait de son utilité. »

¹⁸²² C. CHAMARD, *La distinction des biens publics et des biens privés – Contribution à la définition de la notion de biens publics*, préf. J. Untermaier, Nouvelle bibliothèque de thèses, vol. 33, Dalloz, 2004, p. 527 s., n° 699 s.

¹⁸²³ C. CHAMARD, *op. cit.*, p. 533, n° 709.

¹⁸²⁴ « Il faut donc admettre qu'il est indispensable qu'existe un droit de gage quelconque portant sur les biens des personnes publiques, même s'il est acquis qu'il ne peut s'agir du droit de gage général du Code civil. » (C. CHAMARD, *op. cit.*, p. 534, n° 709)

des voies d'exécution administratives existantes, qui se résolvent exclusivement par le versement direct d'une somme d'argent, elle estime que cette assiette est seulement constituée des deniers publics de la personne publique débitrice¹⁸²⁵. Ces derniers seraient « *en quelque sorte affectés ou destinés au règlement des dettes des personnes publiques, même s'il est bien évident que l'exécution des obligations ne constitue pas leur principale destination* »¹⁸²⁶. Ce gage à l'assiette restreinte est, selon l'auteur, « *tellement déterminé par avance que l'on peut considérer que [les créanciers des personnes publiques] détiennent un droit sur les deniers publics, un droit portant sur une chose, autrement dit un droit réel* »¹⁸²⁷. Elle ajoute que ce droit est plus efficace que celui des créanciers d'une personne privée car « *l'État ne peut se prévaloir d'une insuffisance de crédits disponibles pour refuser de payer son créancier* »¹⁸²⁸, ce qu'elle fonde par une « *relation inversement proportionnelle entre l'assiette du droit de gage et les prérogatives qu'il confère à son titulaire* »¹⁸²⁹. Devant l'impossibilité de le qualifier de sûreté réelle, l'auteur finit par qualifier ce droit de gage restreint de « *droit réel praeter legem* »¹⁸³⁰. La qualification retenue par Madame CHAMARD-HEIM la conduit à repenser aussi l'objet de ce gage. Elle relève qu'il est « *difficile de considérer que les deniers publics ont vocation à concourir à la réalisation d'une affectation autre que l'utilité générale suffisamment précise pour pouvoir fonder un autre patrimoine* »¹⁸³¹. Le constat est le suivant : « *l'universalité publique n'est pas une universalité de fait parce qu'il existe en elle un passif composé d'obligations qui pèse sur une partie des biens publics. Mais elle n'en est pas pour autant une véritable universalité de droit, car ce n'est qu'une infime partie des biens publics qui répond des obligations des personnes publiques.* »¹⁸³² L'auteur en conclut que « *l'universalité publique est un schéma inconnu en droit privé [...], elle consacre, une fois encore, l'originalité des biens publics* »¹⁸³³.

¹⁸²⁵ C. CHAMARD, *op. cit.*, p. 535, n° 712.

¹⁸²⁶ C. CHAMARD, *op. cit.*, p. 537, n° 717.

¹⁸²⁷ C. CHAMARD, *op. cit.*, p. 536-537, n° 710.

¹⁸²⁸ C. CHAMARD, *op. cit.*, p. 537, n° 719.

¹⁸²⁹ C. CHAMARD, *op. cit.*, p. 538, n° 719.

¹⁸³⁰ C. CHAMARD, *op. cit.*, p. 539, n° 722. V., abondant dans le sens de l'auteur, C. ROUX, *Propriété publique et droit de l'Union européenne*, préf. S. Caudal, Bibliothèque de droit public, t. 290, LGDJ, 2015, p. 740, n° 1115 : « *L'étroitesse de ce droit de gage ne permet pas en tout cas de le percevoir comme un droit personnel au mépris de la théorie classique [...].* »

¹⁸³¹ C. CHAMARD, *op. cit.*, p. 556, n° 750.

¹⁸³² C. CHAMARD, *op. cit.*, p. 556-557, n° 751.

¹⁸³³ C. CHAMARD, *op. cit.*, p. 557, n° 751. Ouvrant cette théorie à un horizon notamment dessiné par le droit de l'Union, v. C. ROUX, *op. cit.*, p. 740, n° 1115 : « *L'évolution proposée autoriserait alors à percevoir le patrimoine public comme une véritable universalité de droit. Certes, celle-ci serait d'une nature particulière – en un mot, « publique » – puisque la totalité de l'actif ne répondrait pas du passif, les biens composant le domaine public (dans une vision renouvelée) et ceux nécessaires à la régularité et la continuité du service public étant écartés du droit de gage. Le chaînon manquant essentiel pour opérer cette évolution résidait cependant jusqu'alors dans le principe d'insaisissabilité. Sa mutation, si elle était adoptée, laisse à penser que l'obstacle pourrait être levé.* »

384. Critique de l'analyse de Madame CHAMARD-HEIM. – Le raisonnement de cet auteur suscite l'intérêt dans sa transposition judiciaire d'institutions du droit privé telles que le gage général et l'universalité de droit au droit public. Cela lui permet d'évoquer avec clarté les ressemblances et dissemblances entre le statut des débiteurs privés et celui des débiteurs publics. Certains éléments du raisonnement de Madame CHAMARD-HEIM nous conduisent cependant à ne pas partager son analyse. Tout d'abord, le lien que fait l'auteur entre l'efficacité du droit du créancier d'une personne publique, qui bénéficie d'un paiement direct, et la qualification de droit réel, est contestable. La relation effectuée entre la restriction de l'assiette de la garantie et le changement de nature du droit du créancier ne se vérifie pas en droit positif : comme nous l'avons observé, la nature du gage général n'est nullement modifiée lorsque celui-ci est limité conventionnellement, ou lorsqu'il porte sur un patrimoine affecté¹⁸³⁴. La restriction de l'assiette du gage du créancier de la personne publique ne permet donc pas de qualifier cette garantie de droit réel.

Quant à la conception de l'assiette du gage des créanciers de la personne publique que retient l'auteur, analyser cette universalité comme un « *schéma inconnu en droit privé* » nous paraît excessif. L'argument selon lequel il ne s'agit pas d'une universalité de droit parce qu'elle ne comprend qu'une partie des biens publics est insuffisant à consacrer l'originalité de cette universalité. Nombre de biens d'une personne privée sont également insaisissables, sans pour autant que soit contestée la qualification d'universalité de droit de son patrimoine¹⁸³⁵. Dès lors que *des* biens de cette universalité répondent des obligations de la personne publique, elle constitue une universalité de droit.

D'autres développements de Madame CHAMARD-HEIM nous amènent tout de même à abonder dans son sens : il est remarqué que « *les seuls mécanismes dont peut se prévaloir le créancier impayé d'une personne publique revalorisent l'aspect personnel de l'obligation. En vérité, les moyens dont il dispose atteignent davantage la personne du débiteur que ses biens, contrairement au droit privé. [...] L'exécution forcée en droit public, qui ne peut porter que sur les deniers publics, est avant toute chose un procédé purement personnel liant le débiteur à une tierce autorité* »¹⁸³⁶. L'originalité des voies d'exécution administratives réside en effet dans cette impossibilité pour le créancier d'atteindre directement les biens de son débiteur

¹⁸³⁴ V. *supra*, n° 226. et 246.

¹⁸³⁵ Sur le mouvement de division de l'assiette du gage général en droit privé, v. *supra*, n° 261. s., et sur l'émergence d'un patrimoine de dignité, v. spéc. n° 303. s.

¹⁸³⁶ C. CHAMARD, *op. cit.*, p. 559, n° 755.

récalcitrant, ce qui rend particulièrement délicate la conceptualisation de la garantie attachée à l'obligation de la personne publique. Ces remarques sont à rapprocher de l'analyse proposée par un auteur quelques années plus tard, à laquelle il faut à présent s'intéresser.

2. SECONDE PROPOSITION : UNE OBLIGATION GARANTIE PAR L'APTITUDE DE LA PERSONNE PUBLIQUE A LA PROPRIETE

385. L'analyse de Monsieur SCHMALTZ. – Dans le cadre d'une thèse de doctorat relative à la propriété des personnes publiques, une analyse concurrente quant à la nature du droit du créancier d'une personne publique a été proposée par Monsieur SCHMALTZ. Ce dernier soutient qu'« *au fond, c'est moins l'assiette du gage qui est en jeu que son simple principe* »¹⁸³⁷. En effet, même si le patrimoine de la personne publique ne peut être l'objet concret d'exécution de l'obligation, c'est en réalité l'« *aptitude à la propriété des personnes publiques [qui] est [...] affectée au désintéressement de ses créanciers* »¹⁸³⁸. Lorsqu'une personne publique sollicite un emprunt auprès d'un établissement de crédit, ce dernier vérifie en effet la solvabilité de cet emprunteur particulier, notamment grâce aux notes de crédit émises par les agences de notation. Les actifs des personnes publiques sont donc évalués pour « *déterminer leur notation, la confiance que les créanciers peuvent avoir* »¹⁸³⁹, ce qui relève de la fonction de garantie dévolue au gage général.

L'auteur considère donc que rien ne s'oppose à l'application du gage général « *aux personnes publiques dès lors que les biens qui constituent ce gage sont entendus de façon abstraite et générale* »¹⁸⁴⁰ puisque l'insaisissabilité générale frappant les biens des personnes publiques « *interdit de les réunir en une universalité qui serait l'objet du gage des créanciers* »¹⁸⁴¹. C'est sur ce point que l'auteur trouve « *malaisé d'adapter la théorie du droit de gage des créanciers aux personnes publiques tant celui-ci suppose la saisissabilité des biens qui le composent* »¹⁸⁴². Aussi préfère-t-il s'en tenir au « *principe plus fondamental, lié à la*

¹⁸³⁷ B. SCHMALTZ, *Les personnes publiques propriétaires*, préf. J.-F. Sestier, Nouvelle bibliothèque de thèses, vol. 160, Dalloz, 2016, p. 211, n° 244.

¹⁸³⁸ B. SCHMALTZ, *op. cit.*, p. 210, n° 244.

¹⁸³⁹ B. SCHMALTZ, *op. cit.*, p. 211, n° 244.

¹⁸⁴⁰ B. SCHMALTZ, *op. cit.*, p. 210, n° 243.

¹⁸⁴¹ B. SCHMALTZ, *op. cit.*, p. 210, n° 244.

¹⁸⁴² B. SCHMALTZ, *op. cit.*, p. 215, n° 250

technique de la personnalité juridique elle-même : l'aptitude à la responsabilité et à répondre pécuniairement de ses dettes »¹⁸⁴³. Car « *matériellement, une personne publique et une personne privée ne sont pas débitrices de la même manière* »¹⁸⁴⁴. L'auteur rappelle en effet l'immunité de principe des personnes publiques contre les procédures civiles d'exécution, et la différence fondamentale entre la saisie et la voie d'exécution administrative : « *dans le cas des personnes publiques, il semble bien qu'il s'agisse précisément moins d'effectuer la réparation que de l'allouer, car in fine, par soumission au commandement ou par substitution du préfet, c'est toujours la personne publique qui vend ou qui paye.* »¹⁸⁴⁵

386. Une analyse pertinente mais en voie d'être remise en cause. – L'application aux personnes publiques du principe selon lequel toute personne répond pécuniairement de ses dettes ne saurait être contestée. Il est patent, dans un État de droit, que les personnes publiques n'échappent pas à la responsabilité de leurs actes, et doivent en répondre pécuniairement. L'impossibilité classique d'exercer une voie d'exécution sur les biens de la personne publique empêche toutefois de considérer que la garantie octroyée au créancier de la personne publique est semblable au gage général de l'article 2284 du Code civil, comme Monsieur SCHMALTZ – et, avant lui, Madame CHAMARD-HEIM¹⁸⁴⁶ – l'ont mis en évidence. Toutefois, cet auteur nous semble sous-estimer la portée des évolutions que connaît ces dernières années l'immunité d'exécution en droit public interne¹⁸⁴⁷. La « *gémellité historique entre personnalité publique et immunité contre les voies d'exécution du droit privé* »¹⁸⁴⁸ est, en droit contemporain, sérieusement affectée par un mouvement d'indifférenciation progressive du statut de la personne publique qui conduit, par voie de conséquence, à remettre en cause l'existence même de l'immunité d'exécution dont bénéficient les personnes publiques et rendre ainsi possible d'analyser la garantie attachée à leurs obligations en un véritable gage général.

387. Conclusion de la section 1. – À ce stade de notre incursion dans le droit administratif, il est encore difficile d'y déceler la présence de la notion de gage général. Le principe

¹⁸⁴³ B. SCHMALTZ, *op. cit.*, p. 215, n° 251.

¹⁸⁴⁴ *Ibid.*

¹⁸⁴⁵ B. SCHMALTZ, *op. cit.*, p. 213, n° 247. Nous soulignons.

¹⁸⁴⁶ V. *supra*, n° 384.

¹⁸⁴⁷ Conscient que l'insaisissabilité tend à être relativisée par l'adoption d'un critère fonctionnel, l'auteur soutient que « *ce tempérament constituerait uniquement l'exception qui confirme la règle. [...] D'une manière générale, une personne publique bénéficie encore d'une immunité personnelle en vertu de laquelle seuls les biens affectés au désintéressement des créanciers peuvent composer l'assiette de leur droit de gage. C'est donc toujours l'exacte inverse de la condition juridique des personnes privées où l'actif patrimonial répond du passif par principe et dans sa globalité* » (B. SCHMALTZ, *op. cit.*, p. 219-220, n° 256).

¹⁸⁴⁸ B. PLESSIX, « L'éternelle jouvence du service public », *JCP A* 2005, doct. 1350, spéc. n° 7.

pluriséculaire de l'immunité d'exécution est censé faire obstacle à toute exécution sur les biens d'une personne publique débitrice. Il existe bien une garantie attachée à une telle obligation, mais elle est bien spécifique : elle ne porte pas sur tous les biens de la personne publique mais uniquement sur son budget, et sa mise en œuvre ne peut être véritablement forcée puisque le paiement émane toujours du débiteur. La particularité de cette garantie a donné lieu à des tentatives de qualification qui, par des explications différentes, concluent à l'impossibilité d'assimiler cette garantie au gage général du droit privé. Cette conclusion est toutefois provisoire, car, comme nous allons le remarquer, différentes évolutions du droit administratif donnent à voir l'émergence de la notion de gage général dans cette matière.

SECTION 2 : LA REMISE EN CAUSE DU PRINCIPE, CAUSE D'APPLICATION DU GAGE GENERAL

388. L'activité croissante des personnes publiques dans la sphère économique. – L'époque contemporaine a montré au plus grand nombre la dépendance qu'entretiennent les États à l'égard des opérateurs économiques¹⁸⁴⁹. Emprunteurs auprès des marchés financiers par l'émission d'emprunts obligataires pour financer leur dette publique, les États laissent planer le spectre d'une faillite étatique, comme l'illustrent les déboires financiers de l'Argentine, de la Grèce ou encore des successifs *shutdown* de l'administration fédérale américaine. « *Le pouvoir financier apparaît alors, observe Monsieur BEAUD, comme étant l'équivalent du pouvoir que détient tout créancier vis-à-vis de son débiteur [...] [et] semble donc en mesure d'imposer aux États le paiement de ses dettes.* »¹⁸⁵⁰ L'État français n'échappe pas à cette dynamique. Ses établissements publics se financent auprès des marchés financiers, comme en témoignent les

¹⁸⁴⁹ Cette dépendance est en réalité une des manifestations d'un mouvement plus profond, correspondant à l'idée contemporaine selon laquelle l'État devrait être gouverné à la manière d'une entreprise, ce que conteste vivement Monsieur SUPIOT : « *La différence entre l'État et l'entreprise est moins une affaire de structure qu'une question de Référence. L'État est référé à des valeurs qualitatives, supra-patrimoniales ; il a en charge le destin des hommes et son horizon est le temps long de la vie des peuples. L'entreprise est référée à des valeurs quantitatives, patrimoniales ; elle a en charge la réalisation de produits ou de services et son horizon est le temps court des marchés. C'est ce qui rend si effrayante l'idée, aujourd'hui répandue, qu'il faut gérer l'État comme un gère une entreprise et qu'il n'y a pas de différence de nature entre le pouvoir économique, le pouvoir politique et le pouvoir administratif.* » (A. SUPIOT, *Homo juridicus – Essai sur la fonction anthropologique du Droit*, coll. Points, Seuil, 2005, p. 262)

¹⁸⁵⁰ O. BEAUD, « La multiplication des pouvoirs », *Pouvoirs*, n° 143, 2012, p. 47 s., spéc. p. 55.

notes de crédit émises à leur sujet par les agences de notation afin d'indiquer aux établissements prêteurs le degré de solvabilité de ces personnes publiques¹⁸⁵¹. Outre les pratiques d'emprunt, les établissements publics se sont peu à peu intégrés dans des marchés concurrentiels : télécommunications, énergie, ou encore transports. « *L'État ne se contente plus d'être le régulateur de la vie économique, il en est devenu un acteur fondamental.* »¹⁸⁵² Cette intervention croissante de l'État dans la sphère économique conduit à remettre progressivement en cause les « *principes vénérables forgés avant l'avènement de l'État-Providence* »¹⁸⁵³ parmi lesquels l'immunité d'exécution dont bénéficie la personne publique.

389. Cette remise en cause est loin d'être une question nouvelle, deux « *querelle[s] de l'insaisissabilité* »¹⁸⁵⁴ ayant déjà eu lieu dans la doctrine publiciste à plusieurs décennies d'intervalle : l'une lors du mouvement de nationalisation d'entreprises au lendemain de la Seconde guerre mondiale¹⁸⁵⁵, l'autre dans les années 1980, opposant des auteurs soutenant la saisissabilité des biens des établissements dépourvus de comptable public¹⁸⁵⁶ à d'autres soutenant une immunité d'exécution bénéficiant à toutes les personnes publiques¹⁸⁵⁷. Une telle controverse ne pouvait que renaître et aboutir à des modifications substantielles du droit positif à une époque marquée par la « *banalisation* »¹⁸⁵⁸ de la personne publique dans la sphère économique. C'est à l'échelle européenne que la remise en cause de l'immunité d'exécution a été initiée (I), ce qui a conduit la jurisprudence administrative et le législateur à tempérer radicalement la portée de ce principe (II).

¹⁸⁵¹ Rapp. N. FOULQUIER, *Droit administratif des biens*, 5^e éd., coll. Manuel, LexisNexis, 2019, p. 8, n° 19 : « [La notion de patrimoine] sert à faire le bilan de « santé économique » de l'entreprise. Son utilisation pour décrire le patrimoine des personnes publiques s'inscrit dans le mouvement de l'alignement de la gestion publique sur le modèle entrepreneurial. »

¹⁸⁵² M. COSNARD, *La soumission des États aux tribunaux internes – Face à la théorie des immunités des États*, préf. B. Stern, A. Pedone, 1996, p. 270.

¹⁸⁵³ Ph. YOLKA, *La propriété publique – Éléments pour une théorie*, préf. Y. Gaudemet, Bibliothèque de droit public, t. 191, LGDJ, 1997, p. 581.

¹⁸⁵⁴ Ph. YOLKA, *op. cit.*, p. 583.

¹⁸⁵⁵ Discussion alimentée par G. VEDEL, « Le régime des biens des entreprises nationalisées », *CJEG* 1956, doctr. p. 23 ; J. RIVERO, « Les régimes des Entreprises nationalisées et l'évolution du Droit administratif », *APD* 1952, p. 147 s., spéc. p. 159 ; L. JACQUIGNON, « L'exécution forcée sur les biens des autorités et services publics », *AJDA* 1958, I, p. 71.

¹⁸⁵⁶ P. DELVOLVÉ, « L'exécution des décisions de justice contre l'administration », *EDCE* 1983-1984, p. 111 ; Y. GAUDEMET, « La saisie des biens des établissements publics : nouveaux développements de la question », *Gaz. pal.* 1984, II, doctr. p. 565.

¹⁸⁵⁷ R. DENOIX DE SAINT-MARC, note sous Paris, 11 juill. 1984, *D.* 1985, p. 174 ; P. AMSELEK, « Les établissements publics sans comptable public et le principe de l'insaisissabilité des biens des personnes publiques », *JCP G* 1986, I, 3236, spéc. n° 30.

¹⁸⁵⁸ J.-B. AUBY, « Le mouvement de banalisation du droit des personnes publiques et ses limites » in *Études offertes à Jean-Marie Auby*, Dalloz, 1992, p. 3.

I. LES FONDEMENTS DE LA REMISE EN CAUSE

390. La participation accrue des personnes publiques à l'activité économique a inévitablement suscité la méfiance des instances européennes à l'égard d'une insaisissabilité des biens publics fondée sur un critère organique, bénéficiant donc aussi aux EPIC. Garantes de l'espace de libre concurrence que constitue l'Union européenne, les institutions de l'Union condamnent depuis plusieurs années un régime aussi avantageux pour les EPIC comme étant constitutif d'une aide d'État (A). L'immunité d'exécution s'attire également les foudres de la Cour européenne des droits de l'homme qui la considère comme une atteinte potentiellement disproportionnée au droit à l'exécution du créancier (B).

A.- UNE AIDE D'ÉTAT INCOMPATIBLE AVEC LE MARCHÉ EUROPEEN

391. L'incompatibilité des aides d'État avec le marché intérieur. – Peu soucieux d'aménager un régime spécial aux personnes publiques par rapport aux personnes privées¹⁸⁵⁹, le droit européen a été un facteur de remise en cause de l'immunité d'exécution de droit interne. Investies du pouvoir de contrôler le respect de la libre concurrence sur le territoire de l'Union de la part des entreprises mais aussi des États membres, la Commission européenne ainsi que les juridictions européennes « *ne font preuve d'aucune tolérance* »¹⁸⁶⁰ face à la tentation des États d'aider leurs entreprises nationales, pratiques susceptibles d'être jugées incompatibles avec le marché intérieur¹⁸⁶¹. Si le droit de l'Union a fait le choix de ne pas interdire les aides d'État – les aides d'État destinées à répondre à un besoin d'intérêt général étant considérées comme compatibles avec le marché intérieur¹⁸⁶² – toute « *interférence des pouvoirs publics dans le libre jeu de la concurrence par des mesures de soutien étatiques* [est] a priori

¹⁸⁵⁹ C. CHAMARD-HEIM, « Les propriétés publiques » in P. GONOD, F. MELLERAY, Ph. YOLKA (dir.), *Traité de droit administratif*, t. 2, Dalloz, 2011, p. 283 s., spéc. p. 295 : « Cette indifférence, relative, est logique : le droit de l'Union européenne n'est pas fondé sur la distinction du public et du privé ; l'optique originelle est l'économie, le marché et la concurrence. Il n'y a donc pas de différence de traitement entre les propriétaires privés et les propriétaires publics. »

¹⁸⁶⁰ M. MALAURIE-VIGNAL, *Droit de la concurrence interne et européen*, 7^e éd., coll. Université, Sirey, 2017, p. 325, n° 768.

¹⁸⁶¹ TFUE, art. 107, § 1 : « Sauf dérogations prévues par les traités, sont incompatibles avec le marché intérieur, dans la mesure où elles affectent les échanges entre États membres, les aides accordées par les États ou au moyen de ressources d'État sous quelque forme que ce soit qui faussent ou qui menacent de fausser la concurrence en favorisant certaines entreprises ou certaines productions. »

¹⁸⁶² TFUE, art. 107, § 2 et 3.

appréhendée négativement »¹⁸⁶³. Les règles relatives aux aides d'État sont susceptibles de s'appliquer tant aux personnes privées qu'aux personnes publiques : dès lors qu'une entité publique exerce des activités économiques dissociables de ses prérogatives de puissance publique, elle est considérée par le droit de l'Union comme agissant en tant qu'entreprise¹⁸⁶⁴, et donc soumise à l'article 107 du Traité sur le fonctionnement de l'Union (TFUE). En outre, la notion d'aide d'État est entendue de manière extensive par la Cour de justice de l'Union, puisqu'elle en retient une conception fonctionnelle : seuls les effets de la mesure sont pris en compte, la forme qu'elle prend n'importe pas¹⁸⁶⁵.

392. La soustraction des EPIC aux procédures d'insolvabilité, une aide d'État. – Il a ainsi été jugé que la réglementation permettant à des entreprises industrielles de ne pas se voir appliquer la loi italienne sur les faillites était constitutive d'une aide d'État en ce qu'elle impliquait une charge supplémentaire pour les pouvoirs publics¹⁸⁶⁶. C'est notamment pour cette inapplicabilité des procédures collectives que le statut même des EPIC de droit français a été fustigé par la Commission européenne¹⁸⁶⁷ puis par la Cour de justice de l'Union¹⁸⁶⁸. Il a en effet été considéré par ces instances que ce privilège octroyait à ces entreprises une garantie implicite

¹⁸⁶³ M. DONY, *Aides d'État*, coll. Répertoire pratique du droit belge, Larcier, 2019, p. 9, n° 1.

¹⁸⁶⁴ CJUE, 12 juill. 2012, *Compass-Datenbank*, C-138/11, § 38.

¹⁸⁶⁵ CJCE, 2 juill. 1974, *Italie c. Commission*, C-173/73, § 27 : « [...] l'article 92 ne distingue pas selon les causes ou les objectifs des interventions visées, mais les définit en fonction de leurs effets [...] »

¹⁸⁶⁶ CJCE, 1^{er} déc. 1998, *Ecotrade Srl et Altiforni et Ferriere di Servola SpA*, aff. C-200/97. La Commission européenne a par la suite affirmé que « constituent également une aide sous forme de garantie les conditions de crédit plus favorables obtenues par les entreprises dont le statut légal exclut la possibilité d'une procédure de faillite ou d'insolvabilité » (Communication du 11 mars 2000 sur les aides sous forme de garantie, *JOCE* n° C-71/07, p. 14).

¹⁸⁶⁷ D'abord à propos d'EDF (Comm. CE, déc. n° 2005/145, 16 déc. 2003, *JOCE* n° L 49/9, 22 févr. 2005), puis du laboratoire national de météorologie et d'essais (Comm. CE, déc. n° 2007/217, 22 nov. 2006, *JOUE* n° L 95, 5 avr. 2007) et de la Poste (Comm. UE, déc. n° 2010/605/UE, 26 janv. 2010, *JOUE* n° L 274, 19 oct. 2010).

¹⁸⁶⁸ CJUE, 3 avr. 2014, *France c. Commission*, aff. C-559/12, concl. N. JÄÄSKINEN, *JCP A* 2014, act. 358 ; *AJDA* 2014, p. 767 ; *AJCA* 2014, p. 139, obs. B. CHEYNEL. Arrêt confirmant un jugement du Tribunal de l'Union européenne : Trib. UE, 20 sept. 2012, *France c/ Commission*, aff. T-154/10, *Dr. adm.* 2012, alerte 54, note R. NOGUELLOU ; *JCP G* 2012, 1086, note D. BERLIN ; *Europe* 2012, comm. 448, obs. L. IDOT ; *AJDA* 2012, p. 2313, obs. M. LOMBARD, v. not. § 84 : « [...] la loi n° 80-539 prévoit un mécanisme différent de celui mis en place par les procédures de redressement et de liquidation de droit commun. Cette loi et les textes pris pour son application mettent en œuvre une procédure de recouvrement de créance dont le déclenchement, contrairement à une procédure de liquidation au sens du droit commun, n'aboutit pas à faire disparaître les créances, mais tout au plus au report de son paiement. De ce fait, les créanciers des établissements publics se trouvent nécessairement dans une situation plus favorable que celle des créanciers des personnes entrant dans le champ d'application de la loi n° 85-98 qui, dans l'hypothèse d'une insuffisance des actifs de la personne ou de l'entité débitrice, peuvent voir leur créance disparaître. » Position confirmée : CJUE, 19 sept. 2018, *Commission c. France et IFP Energies nouvelles*, aff. C-438/16 ; *AJDA* 2018, p. 1751, obs. E. MAUPIN, p. 2484, chron. S. NICINSKI ; *Dr. adm.* 2018, repère 10, obs. B. PLESSIX, p. 43, note R. LANNEAU ; *JCP A* 2018, actu, 765, obs. ERSTEIN ; *JCP A* 2019, 2059, chron. M. KARPENSCHIF et J.-L. SAURON ; *JCP G* 2018, 1823, obs. D. BERLIN ; *Rev. UE* 2019, p. 301, obs. L. AYACHE.

illimitée de leurs emprunts par l'État, puisque, en cas de défaillance de l'EPIC, l'obligation de payer était exécutée subsidiairement par l'État¹⁸⁶⁹, ce qui leur permettait d'être mieux évalués par les agences de notation et d'obtenir ainsi des financements à des conditions plus intéressantes^{1870 1871}.

393. Une position condamnant l'immunité d'exécution. – L'exemption des EPIC aux procédures collectives dénoncée par le droit de l'Union est une conséquence de l'immunité d'exécution¹⁸⁷². Il faut donc en déduire que ce principe constitue nécessairement une aide d'État au sens des instances européennes, incompatible avec le marché intérieur dès lors que cette aide ne répond pas à un besoin d'intérêt général. En d'autres termes, l'insaisissabilité des biens publics est condamnable sur le plan européen tant qu'elle est fondée sur un critère organique et soustrait ainsi aux voies d'exécution de droit commun tous les biens appartenant notamment aux établissements publics exerçant une activité économique, qu'ils soient affectés ou non à une mission de service public¹⁸⁷³. L'immunité d'exécution est menacée non seulement par les institutions de l'Union, mais aussi par la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme.

¹⁸⁶⁹ V. not. Comm. UE, déc. n° 2010/605/UE, 26 janv. 2010, préc., § 254 : « [...] la garantie crée un risque d'engagement potentiel et futur sur les ressources de l'État qui pourrait se voir obligé de payer les dettes de La Poste [...] »

¹⁸⁷⁰ Comm. UE, déc. n° 2010/605/UE, 26 janv. 2010, préc., § 256 et 257 ; CJUE, 3 avr. 2014, préc., § 98 : « [...] il existe une présomption simple selon laquelle l'octroi d'une garantie implicite et illimitée de l'État en faveur d'une entreprise qui n'est pas soumise aux procédures ordinaires de redressement et de liquidation a pour conséquence une amélioration de sa position financière par un allègement des charges qui, normalement, grèvent son budget. »

¹⁸⁷¹ Malgré cette position sans équivoque du droit de l'Union, le droit belge a récemment confirmé l'exclusion du champ d'application du droit commun de l'insolvabilité aux personnes morales de droit public par une loi du 11 août 2017, ce qui pose nécessairement la question de la conformité de cette exclusion avec le droit des aides d'État : v. A. MAYENCE, E. SLAUTSKY, « L'inapplicabilité du droit commun de l'insolvabilité aux personnes morales de droit public à l'épreuve du droit des aides d'État », *Revue belge de droit commercial* 2018, p. 828.

¹⁸⁷² Le tribunal de l'UE fait explicitement le parallèle entre l'exemption des personnes publiques aux procédures collectives et l'insaisissabilité des biens publics (Trib. UE, 20 sept. 2012, préc., § 80).

¹⁸⁷³ V. en ce sens F. BLANC, « L'insaisissabilité des biens des établissements publics industriels et commerciaux, éléments pour une évolution », *RDP* 2009, p. 1553, spéc. I.A.2. ; M. CHOUQUET, *Le domaine privé des personnes publiques – Contribution à l'étude du droit des biens publics*, préf. J. du Bois de Gaudusson, Bibliothèque de droit public, t. 295, LGDJ, 2017, p. 367, n° 846.

B.- UNE ATTEINTE DISPROPORTIONNEE AUX DROITS FONDAMENTAUX DU CREANCIER

394. La personne publique, un débiteur comme les autres pour la CEDH. – La notion de bien, présente dans l'article 1^{er} du 1^{er} protocole additionnel de la Convention européenne des droits de l'homme qui consacre le droit à la propriété, est largement entendue par la Cour européenne des droits de l'homme, désignant « *tout intérêt économique qui a une valeur patrimoniale* »¹⁸⁷⁴, ce qui inclut naturellement la créance¹⁸⁷⁵. Sur ce fondement, la Cour de Strasbourg a condamné à plusieurs reprises des États européens dans des affaires opposant des créanciers personnes privées à des collectivités débitrices récalcitrantes. Le statut de personne publique est indifférent à la Cour : elle a jugé que « *le manque de ressources d'une commune ne saurait justifier qu'elle omette d'honorer les obligations découlant d'un jugement définitif rendu en sa défaveur* »¹⁸⁷⁶, ce qui est une position encore plus sévère que celle adoptée à l'égard d'une personne privée débitrice insolvable¹⁸⁷⁷. Une personne publique négligeant le paiement de ses dettes est donc condamnable, selon la Cour de Strasbourg, dès lors qu'une telle atteinte aux droits du créancier – protégés tant sur le fondement du droit au respect de ses biens que sur

¹⁸⁷⁴ J.-F. RENUCCI, *Traité de droit européen des droits de l'homme*, 2^e éd., LGDJ, 2012, p. 620-621, n° 583.

¹⁸⁷⁵ CEDH, 9 déc. 1994, *Raffineries grecques Stran et Stratis Andreadis c. Grèce*, n° 13427/87 ; *RTD civ.* 1995, p. 515, obs. F. ZENATI. Le raisonnement est, depuis lors, suivi par le Conseil d'État, qui qualifie de biens les créances détenues par des personnes privées contre l'État : CE, ass., 5 mars 1999, *M. Rouquette*, *Rec. Lebon*, p. 37 ; *AJDA* 1999, p. 420, chron. F. RAYNAUD et P. FOMBEUR (prestations sociales) – CE, ass., 11 juill. 2001, *Ministère de la Défense c. Préaud* ; *RFDA* 2002, p. 1047, concl. C. BERGEAL ; *AJDA* 2001, p. 841, chron. M. GUYOMAR et P. COLLIN (primes de qualification et de service perçues par les militaires).

¹⁸⁷⁶ CEDH, 24 sept. 2013, *De Luca c. Italie*, n° 43870/04, *RDC* 2014, p. 126, obs. F. MARCHADIER ; CEDH, 24 sept. 2013, *Pennino c. Italie*, n° 43892/04, *RLCT* déc. 2013, p. 38, obs. R. KHAROUF-GAUDIG, respectivement § 54 et § 58.

¹⁸⁷⁷ V. en ce sens F. MARCHADIER, obs. préc. : « *Le droit au respect des biens soutient la force obligatoire du contrat et contribue à préserver la substance des droits et obligations convenus entre les parties, du moins lorsque l'une d'entre elles est, aux yeux de la Cour européenne des droits de l'homme, un organe de l'État. [...] Comment expliquer cette jurisprudence autrement que par le présupposé que les personnes publiques sont toujours solvables ?* »

celui du droit au procès équitable¹⁸⁷⁸ – ne se fonde sur aucune justification valable¹⁸⁷⁹ tirée des exigences de l'intérêt général de la communauté¹⁸⁸⁰.

395. Une jurisprudence condamnant l'immunité d'exécution. – « *Autant dire que, si le principe d'insaisissabilité n'est pas condamné en tant que tel, ses conséquences procédurales apparaissent très « luxueuses » au regard du droit à un procès équitable* »¹⁸⁸¹ remarque à juste titre Monsieur ROUX. Retenir, comme le droit français, un critère organique d'application de l'insaisissabilité des biens publics ne rend assurément pas l'atteinte au droit du créancier justifiée en toute hypothèse par une cause d'utilité publique¹⁸⁸². En effet, sont ainsi frappés indistinctement d'insaisissabilité tous les biens appartenant à une personne publique, qu'ils soient ou non affectés à une activité de service public. La Cour de cassation a, d'ailleurs, approuvé une cour d'appel d'avoir jugé non conforme à l'article 1^{er} du 1^{er} protocole additionnel de la Convention européenne des droits de l'homme une disposition instaurant un régime d'insaisissabilité totale « *portant une atteinte non justifiée par un but légitime au droit de propriété [du créancier]* »¹⁸⁸³. C'est donc uniquement en retenant un critère fonctionnel de l'insaisissabilité des biens publics, en considérant que l'insaisissabilité « *ne vaut que dans la juste proportion des atteintes légitimes aux droits des créanciers des personnes publiques* »¹⁸⁸⁴, que le droit français peut se mettre en conformité sur ce point avec la jurisprudence de la Cour

¹⁸⁷⁸ Le droit à l'exécution étant une condition du droit au procès équitable : CEDH, 19 mars 1997, *Hornsby c. Grèce*, n° 18357/91 ; *JCP G* 1997, II, 22949, note O. DUGRIP et F. SUDRE ; *D.* 1998, p. 74, note N. FRICERO ; *AJDA* 1997, p. 986, obs. FLAUSS ; *RTD civ.* 1997, p. 1009, obs. J.-P. MARGUÉNAUD.

¹⁸⁷⁹ V. par ex. CEDH, 16 oct. 2007, *De Trana c. Italie*, n° 64215/01, spéc. § 48 : « [...] *en refusant aux requérants le paiement des sommes dues, malgré l'engagement d'une procédure d'exécution forcée et après plusieurs années d'attente, les autorités compétentes ont porté atteinte au droit au respect de leurs biens [...]. De l'avis de la Cour, cette ingérence ne se fondait sur aucune justification valable ; elle était donc arbitraire et emportait violation du principe de la légalité.* »

¹⁸⁸⁰ CEDH, 23 sept. 1982, *Sporrong et Lönnroth c. Suède*, n° 7151/75 et 7152/75, *GDDB*, comm. 19, obs. R. NOGUELLOU, spéc. § 69 : « [...] *un juste équilibre doit être maintenu entre les exigences de l'intérêt général de la communauté et les impératifs de la sauvegarde de l'intérêt individuel. Inhérent à l'ensemble de la Convention, le souci d'assurer un tel équilibre se reflète aussi dans la structure de l'article 1.* »

¹⁸⁸¹ C. ROUX, *Droit administratif des biens*, coll. Mémentos, Dalloz, 2019, p. 20 ; Adde S. CLAMENS, « Vers la remise en cause du principe d'insaisissabilité des biens des personnes publiques », *AJDA* 2000, p. 767.

¹⁸⁸² Rappr. 109^e Congrès des notaires de France, *Propriétés publiques, quels contrats, quels projets ?*, Lyon, 2013, Troisième proposition, considérant 5 : « *Considérant que l'existence d'un régime organique d'insaisissabilité du patrimoine porte une atteinte injustifiée aux conditions d'exercice du droit des créanciers lorsqu'il n'existe aucun enjeu de service public.* »

¹⁸⁸³ Civ. 2^e, 3 mai 2007, n° 05-19439, *Bull. civ.* II, n° 121 ; *DMF* 2008, p. 329, obs. P. CHAUMETTE ; *Dr. & patr.*, nov. 2007, p. 82, obs. P. CROCQ ; *JCP S* 2007, n° 42, p. 37, note A. MARTINON ; *D.* 2007, p. 2236, chron. V. VIGNEAU ; *Dr. et proc.* 2007, p. 287, obs. N. FRICERO ; *RTD civ.* 2007, p. 643, note R. PERROT ; *LPA* 9 janv. 2008, p. 10, note P. BERLIOZ (la disposition litigieuse était l'art. L. 30 du Code des pensions de retraite des marins).

¹⁸⁸⁴ N. FOULQUIER, « Les catégories du droit des biens publics » in J.-B. AUBY (dir.), *L'influence du droit européen sur les catégories du droit administratif*, coll. Thèmes & commentaires, Dalloz, 2010, p. 691 s., spéc. p. 696.

de Strasbourg. L'évolution en ce sens du droit administratif français a été amorcée, comme nous allons le montrer à présent.

II. LES MANIFESTATIONS DE LA REMISE EN CAUSE

396. Face à ces différentes menaces, le droit administratif français a débuté depuis plusieurs années le démantèlement du principe de l'immunité d'exécution. Ce sont d'abord les voies d'exécution administratives qui ont évolué, le Conseil d'État ayant introduit une nouvelle modalité d'exécution sur les biens de la personne publique débitrice, qui se rapproche, à bien des égards, des procédures civiles d'exécution de droit privé (A). C'est, en outre, le statut des biens des personnes publiques qui est en train d'être bouleversé. Le fondement organique de l'insaisissabilité des biens publics est progressivement abandonné, au profit d'une insaisissabilité fonctionnelle qui rend alors saisissables certains biens de la personne publique (B).

A.- LA CREATION D'UNE MODALITE D'EXECUTION ADMINISTRATIVE S'EXERÇANT SUR LES BIENS DU DEBITEUR PUBLIC

397. Une nouvelle modalité d'exécution créée par le Conseil d'État. – Si, lors des travaux préparatoires de la loi du 16 juillet 1980, le nouveau dispositif des voies d'exécution administratives a été présenté comme une « *révolution juridique* »¹⁸⁸⁵, il a été reconnu qu'aucune solution définitive ne pouvait être trouvée face à une personne publique négligeant le paiement son créancier, puisque « *la difficulté essentielle, à savoir l'absence de voies d'exécution forcée contre les personnes publiques, ne paraît pas pouvoir être surmontée* »¹⁸⁸⁶.

¹⁸⁸⁵ E. TAILHADES, Rapport sur le projet de loi, modifié par l'Assemblée Nationale en troisième lecture, relatif aux astreintes prononcées en matière administrative et à l'exécution des jugements par les personnes morales de droit public, n° 334, Sénat, Seconde session ordinaire de 1979-1980, spéc. p. 3.

¹⁸⁸⁶ E. TAILHADES, Rapport sur le projet de loi relatif aux astreintes prononcées en matière administrative, n° 299, Sénat, Seconde session ordinaire de 1976-1977, spéc. p. 4.

En dépit du principe de l'immunité d'exécution, le Conseil d'État a eu l'occasion¹⁸⁸⁷ de compléter le dispositif des voies d'exécution administratives prévu par la loi du 16 juillet 1980 par une « *troisième voie* »¹⁸⁸⁸. Il juge en effet que

« le législateur a entendu donner au représentant de l'État, en cas de carence d'une collectivité territoriale à assurer l'exécution d'une décision juridictionnelle passée en force de chose jugée, et après mise en demeure à cet effet, le pouvoir de se substituer aux organes de cette collectivité afin de dégager ou de créer les ressources permettant la pleine exécution de cette décision de justice ; [...] à cette fin, il lui appartient, sous le contrôle du juge, de prendre, compte tenu de la situation de la collectivité et des impératifs d'intérêt général, les mesures nécessaires ; [...] au nombre de ces mesures figure la possibilité de procéder à la vente de biens appartenant à la collectivité dès lors que ceux-ci ne sont pas indispensables au bon fonctionnement des services publics dont elle a la charge ».

398. La mise en œuvre d'un véritable gage général. – Par cet arrêt, le Conseil d'État a octroyé au préfet le pouvoir de procéder, en ultime recours, à une *cession forcée* de biens appartenant à la personne publique débitrice¹⁸⁸⁹ à condition qu'ils ne soient pas affectés au service public¹⁸⁹⁰. L'insaisissabilité des biens est ainsi aménagée en fonction du critère fonctionnel du service public, écartant le critère organique de l'immunité d'exécution. « *Voie de contournement* »¹⁸⁹¹ du principe d'insaisissabilité des biens publics, cette modalité d'exécution mobilise une technique ressemblant fortement à celle d'une saisie¹⁸⁹² : les biens mis en vente ont beau ne pas avoir été « saisis » puisque le préfet agit, en vertu de son pouvoir de substitution, comme agissant pour le compte de la personne publique débitrice, celle-ci est

¹⁸⁸⁷ CE, 18 nov. 2005, *Société fermière de Campoloro et Société de gestion du port de Campoloro*, req. n° 271898, *Rec. Lebon*, p. 515 ; *AJDA* 2006, p. 137, chron. C. LANDAIS et F. LENICA ; *AJDA* 2007, p. 1218, étude P. CASSIA ; *BJCL* 2006, p. 43, concl. N. BOULOUIS, note TOUVET ; *Collectivités Intercommunalité* janv. 2006, p. 9, note L. ERSTEIN ; *Contrats-Marchés publ.* janv. 2006, p. 24, note J.-P. PIETRI ; *Dr. adm.* 2006, comm. 33, note C. GUETTIER ; *Gaz. pal.* 12-14 mars 2006, p. 30, obs. D. LINOTTE ; *JCP A* 2006, 911, chron. E. GLASER et E. CREPEY ; *JCP G* 2006, I, 120, chron. C. BOITEAU, n° 4 ; *JCP G* 2006, II, 10044, note R. DE MOUSTIER et O. BÉATRIX ; *LPA* 24 avr. 2006, p. 9, note F. MELLERAY ; *RFDA* 2006, p. 193, note Ph. TERNEYRE et p. 341, note P. BON ; *Grandes décisions du droit administratif des biens*, préc., comm. 91, note Ph. YOLKA.

¹⁸⁸⁸ Ph. YOLKA, note préc., p. 896, n° 4.

¹⁸⁸⁹ L'arrêt *Campoloro* n'ayant reconnu cette voie d'exécution qu'à l'égard d'une collectivité territoriale débitrice, le Conseil d'État a étendu la solution aux établissements publics dans un arrêt ultérieur : CE, 29 oct. 2010, *Ministère de l'Alimentation, de l'Agriculture et de la Pêche*, req. n° 338001 ; *Contrats-Marchés publ.* févr. 2011, p. 41, note J.-P. PIETRI ; *RLCT* janv. 2011, p. 23, note M.-C. ROUAULT.

¹⁸⁹⁰ Il ne s'agit pas d'une pure innovation puisqu'une disposition du Code des communes, abrogée en 1982, prévoyait déjà que « la vente des biens mobiliers des communes, autres que ceux servant à un usage public, peut être autorisée, sur la demande de tout créancier porteur d'un titre exécutoire, par arrêté du préfet qui détermine les formes de la vente » (C. communes, art. L. 311-9, abrogé par la loi du 2 mars 1982).

¹⁸⁹¹ C. ROUX, *Propriété publique et droit de l'Union européenne*, préf. S. Caudal, Bibliothèque de droit public, t. 290, LGDJ, 2015, p. 727, n° 1087.

¹⁸⁹² Rapp. C. HUGON, « L'État responsable des dettes des collectivités territoriales », *D.* 2007, p. 545 : « En payant au nom et pour le compte du débiteur et avec les fonds de celui-ci, le représentant de l'État se comporte comme un représentant légal du débiteur tout en poursuivant la même finalité qu'une voie d'exécution classique. »

*contrainte de répondre sur son patrimoine*¹⁸⁹³. Au vrai, l'analogie la plus pertinente semble être la vente des biens de l'entreprise en liquidation judiciaire à laquelle procède son représentant légal, l'administrateur judiciaire. D'aucuns ont d'ailleurs qualifié le préfet placé dans cette situation d'« *administrateur judiciaire des collectivités en faillite* »¹⁸⁹⁴. La mention de la Convention européenne des droits de l'homme dans le visa de la décision donne à penser que la volonté du Conseil d'État a été ici de renforcer le droit à l'exécution des créanciers de personnes publiques pour se mettre à l'abri d'une condamnation de la Cour de Strasbourg¹⁸⁹⁵. Certes, la voie ouverte par le Conseil d'État avec cet arrêt *Campoloro* peut paraître à certains « *anecdotique* »¹⁸⁹⁶ et empêcher, pour le moment, toute velléité de généralisation¹⁸⁹⁷. Souligner son importance nous semble pourtant tout à fait fondé au regard d'autres évolutions majeures allant également dans le sens d'une remise en cause de l'immunité d'exécution.

B.- L'EMERGENCE D'UNE INSAISSABILITE FONCTIONNELLE DES BIENS PUBLICS

399. L'immunité d'exécution, comme nous l'avons exposé, instaure une insaisissabilité organique des biens publics, qui frappe donc *tous* les biens appartenant à une personne publique. Ce système se voit, toutefois, remis en cause de deux manières : indirectement, par un mouvement de sociétisation d'un certain nombre d'EPIC qui rend ces derniers soumis au droit privé et octroie ainsi à leurs créanciers un gage général sur les biens non affectés au service public (1) ; et plus directement, par la possibilité consacrée récemment, pour les offices publics de l'habitat, de constituer des sûretés sur leurs biens meubles (2).

¹⁸⁹³ V. en ce sens C. ROUX, *op. cit.*, p. 296, n° 436 : « *Si l'on a objecté que vente forcée n'est pas comparable à saisie, il faut bien admettre que, au-delà des mots, la finalité s'avère semblable puisque des biens immobiliers ou mobiliers quitteront le patrimoine public. Certes, une nouvelle fois, le droit de gage sera encore techniquement réduit à une somme d'argent. Sans mauvais jeu de mots, il ne faudrait pas non plus surévaluer l'argument : en pratique, les biens privés saisis au profit des créanciers seront bien souvent immédiatement revendus et convertis en espèces sonnantes et trébuchantes.* »

¹⁸⁹⁴ F. MELLERAY, note préc.

¹⁸⁹⁵ V. en ce sens C. GUETTIER, note préc.

¹⁸⁹⁶ B. SCHMALTZ, *Les personnes publiques propriétaires*, préf. J.-F. Sestier, Nouvelle bibliothèque de thèses, vol. 160, Dalloz, 2016, p. 215, n° 250.

¹⁸⁹⁷ Rappr. C. CHAMARD-HEIM, « Les propriétés publiques » in P. GONOD, F. MELLERAY, Ph. YOLKA (dir.), *Traité de droit administratif*, t. 2, Dalloz, 2011, p. 283 s., spéc. p. 332 : « [...] *aussi critiquable qu'elle soit, il s'agit bien d'une procédure publique et non d'une voie d'exécution civile.* »

1. UNE ATTEINTE INDIRECTE A L'INSAISSABILITE ORGANIQUE : LA SOCIÉTISATION DES EPIC

400. Privatisation des EPIC et application du gage général. – Dans ce contexte de stigmatisation des EPIC par la Commission et les juridictions européennes, le législateur a opté pour une solution radicale : privatiser le statut de plusieurs d'entre eux, en particulier ceux qui avaient fait l'objet des condamnations de l'Union. Ainsi, des établissements publics aussi importants que la Poste¹⁸⁹⁸, GDF, EDF¹⁸⁹⁹ et les Aéroports de Paris¹⁹⁰⁰ sont devenus des sociétés commerciales de droit privé¹⁹⁰¹, se voyant ainsi appliquer l'article 2284 du Code civil et contribuant à échapper au grief européen des aides d'État.

401. Apparition corrélative d'une insaisissabilité fondée sur un critère fonctionnel. – Cette transformation a eu pour conséquence de faire bénéficier de l'insaisissabilité des biens publics à des biens appartenant à des personnes *privées*, les illustrations étant nombreuses¹⁹⁰². La généralisation de ce phénomène¹⁹⁰³ amène logiquement à remettre en cause le critère

¹⁸⁹⁸ Loi n° 2010-123 du 9 février 2010 relative à l'entreprise publique La Poste et aux activités postales (*JORF* n° 34, 10 févr. 2010, p. 2321).

¹⁸⁹⁹ Loi n° 2004-803 du 9 août 2004 relative au service public de l'électricité et du gaz et aux entreprises électriques et gazières (*JORF* n° 185, 11 août 2004, p. 14256).

¹⁹⁰⁰ Loi n° 2005-357 du 20 avril 2005 relative aux aéroports (*JORF* n° 93, 21 avr. 2005, p. 6969).

¹⁹⁰¹ Sur ce mouvement, V. D. BAILLEUL, « Vers la fin de l'établissement public industriel et commercial ? À propos de la transformation des EPIC en sociétés », *RJEP* 2006, p. 105 ; M. LOMBARD, « L'établissement public industriel et commercial est-il condamné ? », *AJDA* 2006, p. 79 ; B. PLESSIX, « L'établissement public industriel et commercial au cœur des mutations du droit administratif », *JCP A* 2007, n° 13, p. 38 ; S. NICINSKI, « La transformation des établissements publics industriels et commerciaux en sociétés », *RFDA* 2008, p. 35.

¹⁹⁰² Loi n° 2002-5 du 4 janvier 2002 relative aux musées de France, art. 11 III, intégré au Code du patrimoine, art. L. 451-10 : « *Les biens des collections des musées de France appartenant aux personnes morales de droit privé à but non lucratif acquis par dons et legs ou avec le concours de l'État ou d'une collectivité territoriale [...] sont insaisissables à compter de l'accomplissement des mesures de publicité prévues à l'article L. 442-1.* »

Loi n° 2004-803 du 9 août 2004 relative au service public de l'électricité et du gaz et aux entreprises électriques et gazières, qui transforme EDF en société de droit privé, dont les ouvrages de production d'électricité dont elle est propriétaire sont déclarés publics – et donc insaisissables – s'ils « *sont directement affectés à ce service public* » (CE, ass., avis cont., 29 avr. 2010, *M. et Mme Béliгаud*, n° 323179 ; *RFDA* 2010, p. 557, concl. M. GUYOMAR, p. 572, note F. MELLERAY) – Loi n° 2004-1343 du 9 décembre 2004 relative à la simplification du droit : dans ses dispositions, le législateur autorise le Gouvernement à prendre par ordonnance les mesures nécessaires pour transformer l'Agence nationale de valorisation de la recherche en société anonyme, et à lui constituer « *un patrimoine d'affectation, garanti par l'État et insaisissable, permettant la gestion des aides à la recherche industrielle au sein des comptes de l'ANVAR* » (art. 31, 2°). Cette mesure a été prise à l'occasion de l'ordonnance n° 2005-722 du 29 juin 2005 créant l'établissement public OSEO.

Loi n° 2005-357 du 20 avril 2005 relative aux aéroports : cette loi transforme l'établissement public Aéroports de Paris en une société anonyme et prévoit que les biens lui appartenant et affectés aux missions de service public sont insaisissables. La disposition est intégrée dans le Code des transports, art. L. 6323-6.

¹⁹⁰³ Phénomène qui a fait naître une nouvelle catégorie : les biens privés affectés à l'utilité publique : C. LOGEAT, *Les biens privés affectés à l'utilité publique*, préf. J. Petit, coll. Logiques juridiques, L'Harmattan, 2011.

organique de l'insaisissabilité des biens publics. Si ce privilège n'est pas réservé à la personne publique, quel est le critère d'insaisissabilité des biens publics ? La réponse du législateur semble désormais constante : *l'affectation au service public* dont le propriétaire des biens est en charge. L'idée est loin d'être neuve : elle avait naguère été soutenue par Georges VEDEL et Jean RIVERO dans les années 1950¹⁹⁰⁴, le premier affirmant déjà que « *rien ne serait plus contraire aux nécessités de la vie commerciale que l'insaisissabilité des deniers des entreprises nationales* »¹⁹⁰⁵. L'idée a été remise au goût du jour dans les années 1980¹⁹⁰⁶ alors que certaines décisions du fond semblaient ébranler le critère organique de l'insaisissabilité¹⁹⁰⁷. Fonder l'insaisissabilité des biens publics sur leur affectation au service, c'est ainsi mettre fin au critère organique et « *arbitraire* »¹⁹⁰⁸ de l'insaisissabilité des biens publics, donc à l'immunité d'exécution *stricto sensu*. Pour reprendre les termes de Monsieur PLESSIX, « *l'immunité d'exécution n'est plus un privilège de la personnalité publique ; l'insaisissabilité devient un mécanisme qui, avec d'autres, garantit l'affectation du bien à la bonne exécution du service public* »¹⁹⁰⁹.

402. Une évolution conforme à la Constitution et au droit de l'Union. – Le basculement est d'autant plus acquis qu'il est appuyé par le Conseil constitutionnel. Que les biens appartiennent au domaine public ou soient transférés à une personne privée, la préoccupation majeure du Conseil constitutionnel est de s'assurer, dans le régime de protection de ces biens, du respect des principes constitutionnels régissant le service public¹⁹¹⁰. Ainsi, examinant la loi du 20 avril 2005 qui transforme l'établissement public Aéroports de Paris en une société anonyme, le Conseil constitutionnel a contrôlé la validité de cette loi, et notamment son dispositif de protection des biens privés affectés au service public, *uniquement* à l'aune du

¹⁹⁰⁴ G. VEDEL, « Le régime des biens des entreprises nationalisées », *CJEG* 1956, doctr. p. 23, spéc. p. 31 ; J. RIVERO, « Les régimes des Entreprises nationalisées et l'évolution du Droit administratif », *APD* 1952, p. 147 s., spéc. p. 159.

¹⁹⁰⁵ G. VEDEL, art. préc., p. 31.

¹⁹⁰⁶ P. DELVOLVÉ, « L'exécution des décisions de justice contre l'administration », *EDCE* 1983-1984, p. 111 ; Y. GAUDEMET, « La saisie des biens des établissements publics : nouveaux développements de la question », *Gaz. pal.* 1984, II, doctr. p. 565.

¹⁹⁰⁷ V. not. Paris, 11 juill. 1984, *SNCF c. GARP* (D. 1985, p. 174), admettant la pratique d'une saisie-arrêt sur les biens des personnes privées chargées d'un service public industriel et commercial sous la réserve qu'une telle saisie « *ne compromette pas le fonctionnement régulier et continu du service public* ».

¹⁹⁰⁸ Y. GAUDEMET, *Traité de droit administratif*, t. 2. *Droit administratif des biens*, 15^e éd., LGDJ, 2014, p. 33, n° 44.

¹⁹⁰⁹ B. PLESSIX, « L'éternelle jouvence du service public », *JCP A* 2005, doctr. 1350, n° 9.

¹⁹¹⁰ S. NICINSKI, art. préc. : « *Le Conseil constitutionnel a défini un objectif et a semblé vouloir maintenir une sorte d'unité dans la définition de cet objectif pour les biens affectés à un service public, qu'ils continuent d'appartenir au domaine public ou qu'ils soient transférés à une personne privée.* »

principe constitutionnel de continuité du service public¹⁹¹¹. Il n'est fait aucune référence au principe d'insaisissabilité des biens publics, qui n'a qu'une valeur législative. De cette manière, les sages de la rue Montpensier contribuent à favoriser « *une protection fonctionnelle au détriment d'une protection organique* »¹⁹¹². Une telle direction est d'autant plus souhaitable pour l'État qu'elle « *permettrait tout simplement de mettre fin à la garantie implicite et illimitée de l'État au profit des EPIC, ces derniers étant susceptibles de faire l'objet de voies d'exécution sur une partie de leurs biens* »¹⁹¹³. L'évolution n'est pas, pour l'heure, aussi profonde puisque le régime des biens appartenant aux EPIC reste inchangé grâce à l'artifice de la sociétisation, mais elle paraît inévitable. La première brèche semble avoir été ouverte par la loi ELAN.

2. UNE ATTEINTE DIRECTE A L'INSAISSABILITE ORGANIQUE : LA POSSIBILITE POUR LES OPH DE CONSENTIR DES SURETES REELLES MOBILIERES

403. La possibilité théorique de consentir des sûretés réelles. – Il est classique, dans la doctrine administrativiste, d'affirmer l'impossibilité pour les personnes publiques de consentir des sûretés réelles sur leurs biens et de la justifier comme étant une conséquence de l'insaisissabilité frappant ces derniers¹⁹¹⁴. L'explication est pourtant inexacte : ce n'est pas le droit réel créé par la sûreté au profit du créancier bénéficiaire qui autorise ce dernier à saisir le bien grevé, mais le gage général que lui octroie son droit de créance. La sûreté réelle procure seulement au créancier la possibilité de suivre le bien grevé en quelque main qu'il soit et d'obtenir paiement préférentiel sur le produit de sa vente. Il est donc, en théorie, possible de constituer une sûreté réelle sur un bien insaisissable, bien que l'utilité d'une telle sûreté s'avère

¹⁹¹¹ Cons. const., 14 avr. 2005, n° 2005-513 DC, not. § 4 : « *Considérant que le déclassement d'un bien appartenant au domaine public ne saurait avoir pour effet de priver de garanties légales les exigences constitutionnelles qui résultent de l'existence et de la continuité des services publics auxquels il reste affecté [...]* »

¹⁹¹² B. PLESSIX, art. préc., n° 8.

¹⁹¹³ C. ROUX, *Propriété publique et droit de l'Union européenne*, préf. S. Caudal, Bibliothèque de droit public, t. 290, LGDJ, 2015, p. 729, n° 1091.

¹⁹¹⁴ J.-M. AUBY, P. BON, J.-B. AUBY, Ph. TERNEYRE, *Droit administratif des biens*, 7^e éd., coll. Précis, Dalloz, 2016, p. 22, n° 23 ; C. CHAMARD, *La distinction des biens publics et des biens privés – Contribution à l'étude de la notion de biens publics*, préf. J. Untermaier, Nouvelle bibliothèque de thèses, vol. 33, Dalloz, 2004, p. 391, n° 518 ; E. FATÔME, « À propos de l'apport en garantie des équipements publics », *AJDA* 2003, p. 21.

considérablement limitée par la paralysie de sa réalisation à l'initiative du créancier¹⁹¹⁵. Cette analyse a conduit certains auteurs publicistes à exclure le « *soi-disant lien de nécessité entre l'insaisissabilité des biens publics et l'impossibilité de les hypothéquer* »¹⁹¹⁶ et à soutenir qu'une personne publique puisse constituer une sûreté sur l'un de ses biens, soit en adaptant simplement le contenu du contrat aux contraintes du droit public¹⁹¹⁷, soit par une intervention législative visant à articuler les sûretés de droit privé avec les voies d'exécution administratives ou à créer des sûretés administratives¹⁹¹⁸. L'enjeu pratique de l'admission des sûretés réelles est important pour les personnes publiques puisqu'elle leur permettrait de se financer à des conditions moins onéreuses¹⁹¹⁹. C'est pourtant une autre voie qui a été choisie par le législateur, moins ambitieuse pour l'heure, mais lourde de sens¹⁹²⁰.

404. Une brèche ouverte par la loi ELAN. – S'inscrivant pleinement dans le mouvement de remise en cause de l'immunité d'exécution, la loi ELAN du 23 novembre 2018 a introduit dans le Code de la construction et de l'habitation un nouvel article L. 421-4-1¹⁹²¹ donnant aux offices publics de l'habitat la possibilité d'« *accorder des sûretés réelles mobilières dès lors que cela est susceptible de faciliter leur action dans le cadre de la réglementation des*

¹⁹¹⁵ C. SÉJEAN-CHAZAL, *La réalisation de la sûreté*, préf. M. Grimaldi, Nouvelle bibliothèque de thèses, vol. 190, Dalloz, 2019, p. 72, n° 51. Appliquant ce raisonnement au droit administratif : W. DROSS, *Droit civil – Les choses*, LGDJ, 2012, p. 599, n° 325-4.

¹⁹¹⁶ N. FOULQUIER, *Droit administratif des biens*, 5^e éd., LexisNexis, 2019, p. 20, n° 45.

¹⁹¹⁷ N. FOULQUIER, *op. cit.*, p. 20, n° 45 : « *L'intervention du législateur n'est pas indispensable ; il suffirait que le contrat d'hypothèque et/ou le juge conditionnent sa réalisation en cas de défaillance de la personne publique débitrice à l'exigence constitutionnelle de la préservation des biens nécessaires à l'existence et à la continuité des services publics.* »

¹⁹¹⁸ Ph. YOLKA, « Principe d'insaisissabilité et « banalisation » de l'actionnariat public », *AJDA* 2014, p. 460, qui préconise l'intervention du législateur : « *Deux solutions seraient envisageables, soit que l'on tente d'articuler « voies d'exécution administratives » [...] et sûretés du droit privé, soit que l'on invente des mécanismes de « sûretés administratives.* » »

¹⁹¹⁹ V. en ce sens C. GIJSBERS, *Sûretés réelles et droit des biens*, préf. M. Grimaldi, coll. Recherches juridiques, Economica, 2016, p. 410-411, n° 403. À défaut d'obtenir des sûretés réelles, les créanciers des personnes publiques exigent, dans la plupart des contrats de dette publique, l'insertion d'une sûreté négative : L. ICHER, *L'obligation de paiement de la dette publique française*, préf. V. Dussart, coll. thèses de l'IFR, PUT1, 2018, p. 542-543, n° 1074.

¹⁹²⁰ Il faut tout de même noter l'existence de certaines dispositions singulières « *consistant à organiser le régime de sûretés dont la constitution n'a pas été prévue auparavant* » (Ph. YOLKA, « Sûretés, filles de prudence ? », *AJDA* 2020, p. 1025). Il s'agit de dispositions relatives aux biens – insaisissables – appartenant à Pôle emploi (C. travail, art. L. 5312-13 et R. 5312-24) et à l'Agence nationale pour la formation professionnelle des adultes (C. travail, art. L. 5315-7 et R. 5315-12). Le même paradoxe se retrouve à propos des immeubles d'EPIC transformés en sociétés (C. transports, art. L. 6323-6 pour les immeubles d'Aéroports de Paris, et C. transports, art. L. 2102-17 et L. 2141-13 pour la SNCF), ainsi que de biens de certaines personnes publiques susceptibles d'être grevés d'une hypothèque légale (v. not. très récemment CE, 23 janv. 2020, *Société JV immobilier et autres*, n° 430192 ; *Dr. voirie* 2020, p. 28, concl. R. VICTOR ; *AJDA* 2020, p. 199, note J.-M. PASTOR ; *JCP A* 2020, 2039, note Ph. YOLKA). Sur cette tendance, v. les propos critiques de Ph. YOLKA, art. préc.

¹⁹²¹ Loi n° 2018-1021 du 23 novembre 2018 portant évolution du logement, de l'aménagement et du numérique (*JORF* n° 0272, 24 nov. 2018), art. 85.

habitations à loyer modéré ». Le deuxième alinéa ajoute que les biens grevés d'une telle sûreté peuvent être saisis par la voie des procédures civiles d'exécution. L'innovation est passée relativement inaperçue alors qu'elle emporte des conséquences majeures sur le plan théorique. En admettant qu'un établissement public, l'OPH, puisse nantir ou mettre en gage ses biens meubles et se les faire saisir comme si elle était une personne privée, cette disposition est « *la première à porter une entaille directe au principe bicentenaire d'insaisissabilité générale des biens publics* »¹⁹²² et dresse « *l'acte de décès d'une immunité attachée à la personnalité publique* »¹⁹²³. En effet, si l'insaisissabilité des biens publics n'est plus absolue, c'est qu'elle ne peut plus être fondée sur un critère organique. Cette disposition a toutefois pour défaut de légitimer le lien de causalité – erroné – entre l'insaisissabilité des biens publics et l'impossibilité de constituer des sûretés sur ces biens. Est ainsi confortée « *l'idée qu'en dehors des exceptions prévues par le législateur, le principe d'insaisissabilité interdit la constitution de sûretés réelles sur les biens publics* »¹⁹²⁴, ce qui semble empêcher les évolutions judiciaires proposées par les auteurs précités. Il est désormais temps de déterminer l'impact qu'ont ces évolutions du droit administratif sur notre objet d'étude, aujourd'hui et dans les années à venir.

III. LES EFFETS DE LA REMISE EN CAUSE : L'APPLICATION PROGRESSIVE DU GAGE GENERAL AU DEBITEUR PUBLIC

405. L'ouverture du gage général des créanciers des personnes publiques. – La disparition de l'immunité d'exécution des personnes publiques est désormais actée en droit français : le critère organique justifiant traditionnellement l'insaisissabilité des biens publics a perdu sa pertinence, au profit d'un critère fonctionnel lié à l'affectation des biens à une mission de service public. En d'autres termes, il existe désormais, dans le patrimoine des personnes publiques, une parcelle de biens saisissables, qui ouvre par conséquent à leurs créanciers un véritable gage général. Il convient toutefois de préciser que ce gage octroyé aux créanciers d'une personne publique voit certains de ses attributs neutralisés en raison de la spécificité du débiteur : la personne publique de droit français étant censée ne pas connaître l'insolvabilité, son créancier ne pourra pas emprunter la voie oblique ou la voie paulienne, faute d'intérêt à

¹⁹²² C. GENTILI, *JCl. Voies d'exécution*, fasc. 495 : *Immunités en droit interne*, mars 2018 (actualisation janv. 2019), n° 23-1.

¹⁹²³ C. ROUX, « L'insaisissabilité des biens publics emportée par l'ELAN », *AJDA* 2019, p. 601.

¹⁹²⁴ N. FOULQUIER, *op. cit.*, p. 21, n° 50.

agir. Et si, d'aventure, la personne publique devenait insolvable, d'autres considérations conduisent à rejeter la possibilité d'exercer de telles actions. L'action oblique serait, en effet, impossible : la réalisation d'une créance détenue par la personne publique implique, la plupart du temps, l'exercice de ses prérogatives de puissance publique, ce qui exclut bien entendu leur exercice par voie oblique. Quant à l'action paulienne, il est peu vraisemblable que ses conditions d'application¹⁹²⁵ puissent être réunies : il est difficile, pour ne pas dire impossible, de concevoir une personne publique aliénant ses biens dans le but d'organiser son insolvabilité. Le gage général sur le patrimoine d'une personne publique a donc, non seulement une assiette limitée, mais aussi une mise en œuvre circonscrite. Ces restrictions de pouvoir des créanciers pourraient, toutefois, évoluer quelque peu à l'avenir.

406. Vers une soumission des personnes publiques aux procédures civiles d'exécution ?

– La procédure que les créanciers doivent engager pour réaliser leur gage général pourrait être modifiée. Il est, bien sûr, envisageable que le droit administratif français continue à soumettre les créanciers des personnes publiques aux voies d'exécution administratives. Mais il semble qu'une seconde voie s'ouvre, dans la continuité du mouvement de « civilisation » du droit administratif¹⁹²⁶ : appliquer les procédures civiles d'exécution aux personnes publiques débitrices. Cette voie a été tracée, d'abord indirectement par la sociétisation des grands EPIC, puis directement par l'innovation introduite par la loi ELAN que nous avons mentionnée. Les opposants à une application des voies d'exécution de droit commun à la personne publique invoquent le « *désordre dans le fonctionnement général* »¹⁹²⁷ des organismes publics qui en résulterait, mais la portée de cet argument est aujourd'hui amoindrie. À une époque caractérisée par un besoin croissant des administrés que l'État et ses démembrements rendent des comptes et répondent de leurs actes, le fait que ces derniers s'exposent à la saisie de leurs biens s'ils n'honorent pas leur dette n'est plus choquant et est considérée comme une « *conséquence acceptée de l'État de droit* »¹⁹²⁸. Il faut, en outre, relever que certains biens publics sont déjà potentiellement soumis aux voies d'exécution de droit commun : il s'agit des biens publics

¹⁹²⁵ C. civ., art. 1341-2 : « *Le créancier peut aussi agir en son nom personnel pour faire déclarer inopposables à son égard les actes faits par son débiteur en fraude de ses droits, à charge d'établir, s'il s'agit d'un acte à titre onéreux, que le tiers cocontractant avait connaissance de la fraude.* »

¹⁹²⁶ Mouvement incitant à « *penser le droit administratif autrement* » : Ph. YOLKA, « Penser le droit administratif autrement ? », *AJDA* 2019, p. 1622.

¹⁹²⁷ P. AMSELEK, « Les établissements publics sans comptable public et le principe de l'insaisissabilité des biens des personnes publiques », *JCP G* 1986, I, 3236, n° 30.

¹⁹²⁸ C. ROUX, *Propriété publique et droit de l'Union européenne*, préf. S. Caudal, Bibliothèque de droit public, t. 290, LGDJ, 2015, p. 712, n° 1062.

français situés à l'étranger. En effet, la *lex rei sitae* étant applicable à l'égard de ces biens, ils échappent à l'application du régime français dérogatoire de la propriété publique¹⁹²⁹. Or, il est fréquent aujourd'hui que la loi étrangère admette la saisissabilité des biens appartenant à un autre État situés sur son territoire et utilisés à des fins privées¹⁹³⁰. La soumission des biens publics situés à l'étranger aux voies d'exécution de droit commun étant donc acquise, il reste à montrer que cette voie est également envisageable, et envisagée, pour les biens publics situés en France. Une brève étude du droit des États voisins en la matière s'avère instructive.

407. Le choix des voies de droit commun en droit belge et en droit suisse. – Il existe en droit suisse, depuis 1947, une loi fédérale réglant la poursuite pour dettes contre les communes et autres collectivités du droit public cantonal. Celle-ci prévoit que l'assiette du gage des créanciers des personnes publiques englobe tous les « *biens patrimoniaux* »¹⁹³¹, excluant les « *biens administratifs* » de la collectivité publique, définis comme étant « *tous ceux qui sont affectés directement à l'accomplissement de ses tâches de droit public* »¹⁹³². S'agissant de la réalisation de ce gage, il est prévu que « *la poursuite pour dettes ne peut tendre qu'à la saisie ou à la réalisation de gage* »¹⁹³³, ce qui exclut la poursuite par voie de faillite¹⁹³⁴. En d'autres termes, le créancier d'une personne publique met en œuvre son gage général par la voie des procédures civiles d'exécution, sans que le débiteur public puisse être placé en procédure collective.

Un système analogue existe en droit belge. Depuis une loi du 30 juin 1994, l'article 1412 bis du Code judiciaire belge prévoit, tout d'abord, la possibilité pour les personnes publiques d'établir elles-mêmes une liste de leurs biens saisissables¹⁹³⁵. Et « *à défaut d'une telle déclaration ou lorsque la réalisation des biens qui y figurent ne suffit pas à désintéresser le créancier, les biens qui ne sont manifestement pas utiles à ces personnes morales pour l'exercice de leur mission ou pour la continuité du service public* »¹⁹³⁶. Ce gage général portant

¹⁹²⁹ Sur le statut de ces biens, dont le régime se rapproche de la propriété privée, v. S. BRACONNIER, « Le régime des biens publics situés à l'étranger – Réflexions sur la propriété publique transfrontalière » in *Bien public, bien commun – Mélanges en l'honneur de Étienne Fatôme*, Dalloz, 2011, p. 63.

¹⁹³⁰ Sur cette question, v. *infra*, n° 417.

¹⁹³¹ Loi fédérale réglant la poursuite pour dettes contre les communes et autres collectivités du droit public cantonal, art. 7.

¹⁹³² Loi préc., art. 9, al. 1.

¹⁹³³ Loi préc., art. 2, al. 1.

¹⁹³⁴ Loi préc., art. 2, al. 2.

¹⁹³⁵ Code judiciaire belge, art. 1412 bis, § 2, 1°.

¹⁹³⁶ Art. préc., § 2, 2°.

sur une fraction du patrimoine du débiteur public est mis en œuvre, selon ce même texte, par la voie de la saisie, donc par les procédures civiles d'exécution. Cette issue n'est d'ailleurs pas dépourvue d'illustrations, un huissier de justice s'étant déjà présenté au Ministère de la justice belge afin de réaliser un inventaire des biens en vue de procéder à une saisie¹⁹³⁷. Les voies d'exécution de droit commun sont également applicables aux débiteurs publics en Grèce¹⁹³⁸, en Russie ainsi que dans un certain nombre d'États de l'ancien bloc soviétique¹⁹³⁹. Ce rapide survol conduit à partager le constat de Monsieur ROUX selon lequel « *la conception française paraît au final isolée* »¹⁹⁴⁰.

408. La multiplication des propositions en ce sens en droit français. – Plusieurs propositions dans le sens d'une telle évolution ont été formulées depuis les années 2000 afin, d'une part, de mettre le droit français en conformité avec les contraintes européennes précitées et, d'autre part, de favoriser l'accès des personnes publiques au crédit à des conditions plus avantageuses. Une proposition de réforme du Code général de la propriété des personnes publiques a ainsi été émise par l'Institut de gestion déléguée, préconisant, dans le même sens que les droits belge et suisse, l'introduction d'une disposition selon laquelle « *les biens meubles ou immeubles, corporels ou incorporels, appartenant à des personnes publiques et nécessaires à la continuité d'une activité de service public ne peuvent pas faire l'objet d'une mesure d'exécution forcée ou d'une saisie conservatoire* »¹⁹⁴¹.

Dans un sens analogue, le 109^e Congrès des notaires de France qui s'est tenu en 2013, contestant le bienfondé du critère organique de l'insaisissabilité des biens publics et encourageant l'ouverture d'un gage aux créanciers des personnes publiques¹⁹⁴², a proposé « *qu'à l'initiative du législateur, les propriétés publiques qui ne sont pas indispensables à la*

¹⁹³⁷ Anecdote citée par Ph. YOLKA, *JCl. Propriétés publiques*, fasc. 60 : *Protection des propriétés publiques*. – *Régime général*, janv. 2016, n° 31.

¹⁹³⁸ C. ROUX, *op. cit.*, p. 729, n° 1091.

¹⁹³⁹ C. HUGON, « L'État responsable des dettes des collectivités territoriales », *D.* 2007, p. 545.

¹⁹⁴⁰ C. ROUX, *op. cit.*, p. 729, n° 1091.

¹⁹⁴¹ L. DERUY, Y. GAUDEMET, « Les travaux de législation privée, le rapport de l'Institut de gestion déléguée », *LPA* 23 juill. 2004, p. 9.

¹⁹⁴² 109^e Congrès des notaires de France, *Propriétés publiques, quels contrats, quels projets ?*, Lyon, 2013, Troisième proposition, considérants n° 5 et 7 : « *Considérant que l'existence d'un régime organique d'insaisissabilité du patrimoine porte une atteinte injustifiée aux conditions d'exercice du droit des créanciers lorsqu'il n'existe aucun enjeu de service public, [...] que la reconnaissance d'un droit de gage au profit des créanciers permettrait aux collectivités un meilleur accès au financement [...].* »

continuité du service public, puissent être saisies selon les voies d'exécution du droit commun sous contrôle du juge judiciaire »^{1943 1944}.

Outre les propositions émises par des organismes privés, la doctrine a également apporté sa contribution. Les propositions rédigées par Monsieur ROUX à l'occasion de sa thèse de doctorat doivent, en particulier, être mentionnées¹⁹⁴⁵. L'auteur préconise que les biens du domaine public – domaine qui, dans sa conception, « *ne regrouperait plus que les biens qui ne sont pas affectés à l'exercice d'une activité économique* »¹⁹⁴⁶ – restent insaisissables, tandis que « *les biens du domaine privé bénéficieraient d'un régime dual, seuls ceux nécessaires à la continuité du service public étant exclus du droit de gage des créanciers* »¹⁹⁴⁷. Monsieur ROUX propose également, sur le modèle belge, d'introduire la possibilité pour les personnes publiques de définir elles-mêmes leurs biens susceptibles d'être saisis en priorité, « *gage de transparence et de clarté pour les créanciers qui, en fonction des biens listés, connaissent l'objet de leurs garanties* »¹⁹⁴⁸ et « *gage de célérité a priori puisque la saisie serait prioritairement opérée sur certains biens* »¹⁹⁴⁹. Il en résulterait un nouveau principe garant d'un équilibre entre, d'une part, la continuité du service public et, d'autre part, les droits des créanciers des personnes publiques¹⁹⁵⁰.

¹⁹⁴³ 109^e Congrès des notaires de France, *Propriétés publiques, quels contrats, quels projets ?*, Lyon, 2013, Troisième proposition. Commentant cette proposition, l'une de ses rédactrices, Madame Pero Augerau-Hue, précise que « *c'est un droit de gage général au même titre qu'il y a un droit de gage général sur les propriétés privées, donnant une garantie supplémentaire* ».

¹⁹⁴⁴ Proposition qui, si elle se concrétisait, rapprocherait encore plus la propriété publique de la propriété privée, puisque l'impossibilité d'exercer à l'encontre d'une personne publique une voie d'exécution de droit commun est considérée comme une des dernières spécificités de la propriété publique (v. not. C. CHAMARD-HEIM, « Les propriétés publiques » in P. GONOD, F. MELLERAY, Ph. YOLKA (dir.), *Traité de droit administratif*, t. 2, Dalloz, 2011, p. 283 s., spéc. p. 304).

¹⁹⁴⁵ C. ROUX, *Propriété publique et droit de l'Union européenne*, préf. S. Caudal, Bibliothèque de droit public, t. 290, LGDJ, 2015.

¹⁹⁴⁶ C. ROUX, *op. cit.*, p. 735, n° 1102.

¹⁹⁴⁷ *Ibid.*

¹⁹⁴⁸ C. ROUX, *op. cit.*, p. 735, n° 1103.

¹⁹⁴⁹ *Ibid.*

¹⁹⁵⁰ Voici l'énoncé de la proposition de Monsieur ROUX qui pourrait être retranscrite dans le CGPPP : « *Les biens du domaine public sont insaisissables. Les biens du domaine privé peuvent faire l'objet de saisies sous réserve qu'ils ne soient pas nécessaires pour assurer la régularité et la continuité du service public. Les personnes publiques ont la faculté d'établir, sous le contrôle de l'autorité de tutelle, une déclaration des biens saisissables en priorité, sous réserve que ces derniers ne portent pas atteinte à la continuité et la régularité des services publics dont elles ont la charge. Cette offre lie le créancier si les biens énumérés sont de nature à le désintéresser. À défaut d'une telle déclaration ou si les biens qui y figurent ne suffisent pas à désintéresser le créancier, seuls les biens mentionnés à l'alinéa 1^{er} peuvent faire l'objet d'une saisie.* » (C. ROUX, *op. cit.*, p. 736, n° 1104)

409. Une voie encore exclue : l'admission de la faillite d'une personne publique. – S'il est désormais acquis que les créanciers d'une personne publique bénéficient d'un gage général qui semble destiné à devenir plus effectif et à octroyer une assiette de garantie plus large, il est encore une voie que le droit administratif ne semble pas prêt à prendre : admettre la faillite d'une personne publique. Selon les informations de droit comparé dont dispose la Cour européenne des droits de l'homme, seuls deux États membres du Conseil de l'Europe, l'Autriche et la Hongrie, admettent qu'une collectivité puisse tomber en faillite et qu'une procédure collective soit organisée pour procéder au paiement de ses créanciers¹⁹⁵¹, système qui existe également aux États-Unis¹⁹⁵². L'actualité internationale ne manque, certes, pas d'illustrations de municipalités, voire d'États en cessation de paiement. Il a bien existé, dans les années 1990, des collectivités territoriales françaises en défaut de paiement temporaire, mais leurs créanciers impayés n'ont pas opté pour la voie contentieuse et ont accepté de rééchelonner la dette moyennant une aide de l'État¹⁹⁵³. Il faut, ainsi, encore considérer, en droit français, que si les émanations de l'État se voient reconnaître la personnalité juridique, cette « *personnalisation [est] un acte d'organisation administrative qui ne doit pas réduire les droits des créanciers* »¹⁹⁵⁴. Aussi les dettes d'un organisme public sont-elles, subsidiairement, assumées par l'État lui-même, malgré les nombreuses injonctions de la Commission et de la CJUE¹⁹⁵⁵.

410. Conclusion de la section 2. – Les points abordés au sein de cette section ont permis de prendre la mesure des mutations qu'a connues le droit administratif, et plus précisément l'un de ses grands principes, l'immunité d'exécution accordée aux personnes publiques. Fustigé par les institutions de l'Union européenne – qui y voient une aide d'État accordée aux EPIC attentatoire à la libre concurrence – et par la Cour européenne des droits de l'homme – qui condamne toute atteinte au droit de créance dès lors qu'elle n'est pas justifiée par l'intérêt général –, ce privilège ne pouvait rester intact. C'est dans cette optique qu'a été créée une nouvelle voie d'exécution organisant une véritable vente forcée des biens de la personne

¹⁹⁵¹ CEDH, 24 sept. 2013, *De Luca c. Italie*, n° 43870/04, RDC 2014, p. 126, obs. F. MARCHADIER, § 25.

¹⁹⁵² Les collectivités bénéficient, aux États-Unis, d'une procédure d'insolvabilité leur permettant de restructurer leur dette : US Bankruptcy Code, Chapter 9.

¹⁹⁵³ C'est notamment le cas des communes d'Angoulême et de Briançon, qui ont voté un budget en déséquilibre et n'ont pas payé leurs créanciers en 1991 et 1992 : L. ICHER, *L'obligation de paiement de la dette publique française*, préf. V. Dussart, coll. thèses de l'IFR, PUT1, 2018, p. 701 s., n° 1422 s.

¹⁹⁵⁴ A. DELION, « L'insolvabilité des entités publiques autres que l'État », *RIDC* 2002, p. 603 s., spéc. p. 605.

¹⁹⁵⁵ C'est également le choix qu'a fait récemment le droit belge en confirmant l'exclusion du champ d'application du droit commun de l'insolvabilité aux personnes morales de droit public par une loi du 11 août 2017 : A. MAYENCE, E. SLAUTSKY, « L'inapplicabilité du droit commun de l'insolvabilité aux personnes morales de droit public à l'épreuve du droit des aides d'État », *Revue belge de droit commercial* 2018, p. 828..

publique débitrice non affectés au service public, qu'ont été transformés en sociétés de droit privé un certain nombre d'EPIC, et qu'a été expressément reconnue la saisissabilité des biens meubles des offices publics de l'habitat. Ces évolutions, si elles prennent différentes formes, participent d'un même mouvement : mettre fin au critère organique de l'insaisissabilité des biens publics et instaurer un critère fonctionnel qui permet de rendre insaisissables uniquement les biens affectés au service public. Par là même, une brèche est ouverte dans le patrimoine des personnes publiques qui fait émerger au profit des créanciers de ces dernières un gage général. Cette garantie est, certes, encore restreinte, mais elle pourrait se rapprocher à l'avenir des dispositions de droit privé, comme c'est le cas dans des législations étrangères, et comme l'envisage une partie de la doctrine en France.

411. Conclusion du chapitre 1. – Cette incursion dans le droit administratif a permis de montrer que, malgré l'apparence créée par les textes¹⁹⁵⁶, l'immunité d'exécution octroyée aux personnes publiques de droit interne fondant l'insaisissabilité de tous les biens publics se vide de son contenu pour laisser progressivement place à un système d'insaisissabilité fonctionnelle.

Cet attribut de souveraineté de la personne publique n'a, jusqu'ici, pas empêché d'envisager que la personne publique puisse être débitrice d'une obligation, mais rendait difficile une analogie entre la garantie singulière accordée aux créanciers de personnes publiques et le gage général existant en droit privé. L'obstacle est, toutefois, en train d'être levé sous la pression des institutions de l'Union européenne et de la Cour européenne des droits de l'homme. Afin d'éviter les condamnations à l'échelle européenne, le Conseil d'État et le législateur ont dû abandonner leur conception absolutiste de l'insaisissabilité des biens publics induite par l'immunité d'exécution et opter pour une insaisissabilité fondée sur l'affectation des biens à l'utilité publique. En témoignent la création d'une voie d'exécution se rapprochant des procédures civiles d'exécution et visant les biens non affectés au service public, la sociétéisation de plusieurs EPIC ainsi soumis au droit privé et la consécration de la saisissabilité des biens mobiliers des offices publics de l'habitat.

Ce mouvement se traduit, sur le plan conceptuel, par l'émergence de la notion de gage général en droit administratif : la personne publique est, en effet, de plus en plus obligée sur ses biens, avec la valeur symbolique que cela implique. Le régime de ce gage général est, certes,

¹⁹⁵⁶ CGPPP, art. L. 2311-1 ; CPCE, art. L. 111-1, al. 3 qui mentionne expressément l'immunité d'exécution.

loin d'être le même qu'en droit privé, mais il est probable qu'il s'en rapproche à l'avenir, toujours adapté aux besoins du service public. Tout comme il « *colore la propriété* »¹⁹⁵⁷, le droit public colore le gage général. Plus fondamentalement, la tendance du droit administratif à faire descendre la personne publique de son piédestal en lui retirant ses privilèges est à relier, comme nous le remarquons en début de chapitre, à un constat général de désacralisation progressive de l'État, qui n'est pas seulement valable pour l'État français mais aussi à l'échelle internationale.

¹⁹⁵⁷ Ph. YOLKA, comm. n° 1 in C. CHAMARD-HEIM, F. MELLERAY, R. NOGUELLOU, Ph. YOLKA, *Les grandes décisions du droit administratif des biens*, 3^e éd., Dalloz, 2018, p. 12, n° 17.

CHAPITRE 2 : L'ENGAGEMENT CROISSANT DU PATRIMOINE DE LA PERSONNE PUBLIQUE ÉTRANGÈRE

412. Le double mouvement de primauté de l'idéologie de l'État de droit et de participation croissante des États et de leurs émanations dans la sphère économique a conduit à un bouleversement profond du droit des immunités à l'échelle internationale. Le nombre de relations contractuelles des personnes publiques avec des personnes privées a connu une augmentation exponentielle et a provoqué, corrélativement un contentieux croissant, en particulier lié aux dettes impayées des personnes publiques. Bénéficiaires d'une immunité d'exécution quelle que soit la localisation de leurs biens, et notamment lorsqu'ils se situent en France, les personnes publiques étrangères subissent toutefois depuis plusieurs décennies une limitation importante de leur protection, notamment celle portant sur leurs biens. En France, c'est la jurisprudence qui a initié ce mouvement de relativisation de l'immunité d'exécution : non seulement l'insaisissabilité de leurs biens obéit désormais à un régime fonctionnel, mais les États étrangers peuvent de surcroît, en garantie de la dette qu'ils contractent, consentir à renoncer à leur immunité et étendre par là même l'assiette du gage de leur créancier (Section 1). Ces évolutions ont, de toute évidence, traduit une application du gage général aux dettes des personnes publiques étrangères. Si la relativisation de l'immunité d'exécution n'a pas été infirmée, la protection des biens de l'État étranger a été renforcée par l'intervention du législateur en réaction aux difficultés économiques sérieuses rencontrées par certains États acculés par leur dette et les saisies pratiquées par leurs créanciers. Le régime français de l'immunité d'exécution de l'État étranger a ainsi été codifié en rendant plus complexe la mise en œuvre du gage des créanciers de l'État étranger (Section 2).

SECTION 1 : UN MOUVEMENT INITIÉ PAR LA JURISPRUDENCE

413. Des rapprochements peuvent, de toute évidence, être effectués entre l'immunité d'exécution de la personne publique de droit interne et l'immunité d'exécution de la personne publique étrangère, puisqu'à la base de ces deux privilèges se trouve le nécessaire respect de la souveraineté de l'État¹⁹⁵⁸. Si certains auteurs estiment que cette « *liaison intime* »¹⁹⁵⁹ entre les deux immunités d'exécution justifie de traiter de manière identique personnes publiques étrangères et personnes publiques de droit interne¹⁹⁶⁰, leurs trajectoires d'évolution ont pourtant été bien différentes. Là où l'immunité d'exécution de la personne publique de droit interne a gardé, jusqu'à récemment, son caractère absolu, et où l'application du gage général est progressive et pour l'instant très limitée, l'immunité d'exécution de la personne publique étrangère a été relativisée en droit français dès les années 1980, la jurisprudence ayant ouvert le gage des créanciers de la personne publique étrangère aux biens publics affectés à des fins privées (I). Il a, de plus, été admis que l'État étranger puisse renoncer à son immunité d'exécution, à des conditions fluctuantes, afin d'octroyer au créancier qui en bénéficie un gage à l'assiette plus large (II).

¹⁹⁵⁸ Comp. P. AMSELEK, « Les établissements publics sans comptable public et le principe de l'insaisissabilité des biens des personnes publiques, *JCP G* 1986, I, 3236, note 61 : « [...] le principe de l'insaisissabilité des patrimoines publics est très différent de la solution – relevant du droit international – de l'immunité d'exécution qui est appliquée par les tribunaux aux États étrangers : cette solution [...] se fonde traditionnellement sur l'idée de courtoisie internationale et de déférence à l'égard de la souveraineté étrangère ; ce qui explique qu'elle n'ait pas une portée absolue et que des tempéraments lui soient apportés dans la jurisprudence actuelle [...]. On ne saurait évidemment tirer de ces tempéraments le moindre argument à l'égard du principe de droit interne tout à fait différent qu'est le principe général de l'insaisissabilité des patrimoines publics [...]. »

¹⁹⁵⁹ Ph. YOLKA, « L'insaisissabilité des biens publics à l'épreuve de l'internationalisation du droit », *JCP A* 2012, 104. Rapp. D. CARREAU, C. KLEINER, *Rép. int.*, v° *Dettes d'État*, janv. 2019, n° 21 : « [...] le recouvrement des dettes d'État se heurte au principe général du droit interne reconnaissant l'insaisissabilité des biens et deniers publics lequel est consacré dans l'ordre international sous la forme de l'immunité d'exécution dont bénéficient les biens et avoirs de l'État étranger. »

¹⁹⁶⁰ C. ROUX, *Propriété publique et droit de l'Union européenne*, préf. S. Caudal, Bibliothèque de droit public, t. 290, LGDJ, 2015, p. 727, n° 1089.

I. LA CONSTRUCTION D'UN SYSTEME D'INSAISSABILITE FONCTIONNELLE DES BIENS

414. Loin d'être un mouvement isolé, la relativisation de l'immunité d'exécution de l'État s'est manifestée à l'échelle internationale, sous l'influence des législations des États occidentaux, et a abouti à l'adoption d'une convention internationale faisant de cette tendance un véritable principe de droit international (A). En France, c'est la jurisprudence qui a opéré ce tournant : le passage d'une immunité d'exécution *stricto sensu*, attachée à la personne publique étrangère, à un système d'insaisissabilité des biens de l'État étranger affectés à des fins publiques (B).

A.- UNE EVOLUTION TOUCHANT L'ORDRE JURIDIQUE INTERNATIONAL

415. Un principe de droit international. – L'immunité d'exécution en droit international a pour particularité de s'intégrer dans un principe plus large d'*immunité souveraine*, qui « s'oppose à ce qu'un État laisse se dérouler une procédure contre un État étranger, un souverain étranger ou un agent diplomatique qui le représente »¹⁹⁶¹. Le principe peut se justifier par la courtoisie internationale et par la souveraineté internationale des États¹⁹⁶². En matière de compétence internationale, un tel principe implique de soustraire tout État étranger ou entité étatique étrangère aux juridictions internes – l'immunité de juridiction –, et aux autorités titulaires du pouvoir de contrainte légitime – l'immunité d'exécution¹⁹⁶³. Les deux

¹⁹⁶¹ B. AUDIT, L. D'AVOUT, *Droit international privé*, LGDJ, 2018, p. 412-413, n° 486.

¹⁹⁶² Ces deux principes paraissent contradictoires, la tension entre solidarité et indépendance des États est pourtant, avait relevé Charles CHAUMONT, « une antinomie avec laquelle il faut vivre ; et le droit international contemporain a fait la synthèse en surmontant ses contradictions. Car la coopération est faite avec des indépendances nationales, et si ces dernières sont absentes, elle n'est plus de la coopération, mais elle est de la domination » (C. CHAUMONT, *Cours général de droit international public*, RCADI 1970, vol. 129, p. 333 s., spéc. p. 349).

¹⁹⁶³ Il convient de préciser que les organisations internationales bénéficient, elles aussi, d'une immunité d'exécution. Leur fondement ne repose, bien sûr, pas sur la souveraineté puisque ces organisations en sont dépourvues, faute de territoire, mais « réside principalement dans des instruments conventionnels » (I. PREZAS, *JCl. International*, fasc. 409-50 : *Immunités internationales*, nov. 2016, n° 99). L'immunité d'exécution dont bénéficient ces organisations est ainsi stipulée dans leur acte constitutif et/ou dans les accords conclus entre l'organisation et l'État de son siège (*Ibid.*). Dans certains États, comme les États-Unis, le Royaume-Uni ou encore la Suisse, cette immunité a un fondement légal. Pour une illustration en droit français, concernant l'Union latine qui a conclu un accord de siège avec la France : civ. 1^{re}, 28 oct. 2003, *Union latine*, n° 01-16927, *Bull. civ. I*, n° 212 ; *Rev. crit. DIP* 2004, p. 773, note S. CLAVEL ; *Gaz. pal.* 16 avr. 2004, p. 8, note I. PINGEL-LENUZZA ; *JCP G* 2004, II, 10102, note J.-G. MAHINGA.

prérogatives du juge – *jurisdictio et imperium* – sont donc neutralisées face à un État étranger défendeur. Aussi la personne publique étrangère ne pourra-t-elle se prévaloir de l'immunité d'exécution qu'en présence d'une formule exécutoire à son encontre, supposant qu'elle n'a pas invoqué au préalable son immunité de juridiction ou que le litige a été soumis à l'arbitrage¹⁹⁶⁴. En principe, ces immunités sont attribuées *ratione personae*. Par conséquent, les biens dont est propriétaire l'État étranger et qui se situent dans le territoire du for en bénéficient, et sont ainsi rendus insaisissables sans distinction.

416. La conception absolutiste de l'immunité d'exécution. – Déterminée durant la première moitié du XX^e siècle selon une « *analyse patrimoniale* »¹⁹⁶⁵, l'immunité d'exécution était absolue¹⁹⁶⁶ et s'appliquait en pratique dès lors que l'État revendiquait la propriété ou l'usage d'un bien¹⁹⁶⁷. En d'autres termes, elle était considérée comme attachée à la personne de l'État, et non à ses biens. Manifestation d'une conception de la souveraineté étendue à la sphère économique, l'analyse absolutiste de l'immunité d'exécution dans les rapports internationaux

¹⁹⁶⁴ La convention d'arbitrage s'analyse, en effet, comme une renonciation par l'État ou l'organisme étatique à son immunité de juridiction : TGI Paris, réf., 6 juill. 1970, *SEEE c. République socialiste fédérale de Yougoslavie, Ministre français des affaires étrangères, Rev. arb.* 1975, p. 328, note J.-L. DELVOLVÉ ; *JDI* 1971, p. 131, note Ph. KAHN ; *JCP* 1971, II, 16810, note D. RUZIÉ : « [...] en souscrivant une clause compromissoire, l'État yougoslave a accepté par là même de renoncer à [l']immunité à l'égard des arbitres et de leur sentence, jusques et y compris la procédure d'exequatur nécessaire pour que celle-ci acquière son entière force [...]. » En réalité, comme le remarquent d'éminents spécialistes de l'arbitrage, « la question de l'immunité de l'État étranger ne se pose pas en matière d'arbitrage, au motif que l'immunité [est] destinée à protéger un État des juridictions des autres États » (Ph. FOUCHARD, E. GAILLARD, B. GOLDMAN, *Traité de l'arbitrage commercial international*, Litec, 1996, p. 405, n° 642).

¹⁹⁶⁵ M. COSNARD, *La soumission des États aux tribunaux internes – Face à la théorie des immunités des États*, préf. B. Stern, A. Pedone, 1996, p. 157.

¹⁹⁶⁶ V. par ex. Rouen, 7 déc. 1937, *État espagnol et Banque d'Espagne et Établissements Edouard Aget c. Banco de Bilbao et autres*, *DMF* 1938, p. 37 : « Attendu qu'il est de principe, en raison de l'indépendance et de la souveraineté des États, que les États étrangers jouissent de la double immunité de juridiction et d'exécution ; que si la règle de l'immunité de juridiction a pu fléchir dans certains cas [...], la règle de l'immunité d'exécution par contre a toujours interdit, de façon absolue, la soumission des États étrangers aux voies d'exécution et même à de simples mesures conservatoires [...]. » – civ. 1^{re}, 2 nov. 1971, *Bull. civ. I*, n° 278 ; *JCP* 1972, II, 16969, obs. D. RUZIÉ ; *JDI* 1972, p. 267, note R. PINTO ; *Rev. crit. DIP* 1972, p. 310, note P. BOUREL : « [...] La République démocratique du Viêt-Nam [...] constituait un État souverain et indépendant dont les fonds ne pouvaient – leur origine et leur destination n'étant pas déterminées – faire l'objet d'une saisie eu égard à cette souveraineté et cette indépendance auxquelles la courtoisie internationale impose qu'il ne soit pas porté atteinte, même pour obtenir paiement de dettes ayant leur origine dans des actes de gestion relevant du droit privé [...]. » – TGI Paris, 23 sept. 1978, *Iptrade*, *JDI* 1979, p. 857, note B. OPPETIT : « [...] si le juge, saisi d'une demande de levée de saisie-arrêt, ne peut que constater le caractère absolu de l'immunité d'exécution bénéficiant à la République fédérale du Nigeria, il reste que le bénéfice reconnu à cet État étranger peut valablement faire l'objet d'une renonciation [...]. »

¹⁹⁶⁷ M. COSNARD, *op. cit.*, p. 157 : « L'intérêt plus ou moins puissant que l'État témoignait dans un bien suffisait à soustraire celui-ci de l'emprise des tribunaux étrangers. »

a été le modèle prédominant durant la première moitié du XX^e siècle¹⁹⁶⁸. Elle est, aujourd'hui, toujours défendue par les États à économie planifiée¹⁹⁶⁹ ou en en voie de développement¹⁹⁷⁰, « *pour qui la souveraineté est économique ou elle n'est pas* »¹⁹⁷¹, tandis que les États développés prônent une conception restrictive de l'immunité d'exécution, favorable au commerce des sociétés multinationales ayant leur siège sur leur territoire¹⁹⁷². Mais si les États peuvent maîtriser la conception de l'immunité adoptée dans leur ordre juridique interne, ils n'ont aucun contrôle sur la conception de l'immunité adoptée dans les ordres juridiques des États étrangers.

417. Banalisation de la personne publique étrangère. – Depuis la seconde moitié du XX^e siècle, le contentieux relatif aux immunités d'exécution s'est principalement posé dans des relations commerciales entre des États en développement et des entreprises d'États développés. « *Il en résulte, remarquait Charles LEBEN, une conséquence quelque peu perverse du principe de réciprocité : si les États développés s'orientent majoritairement vers une doctrine restrictive des immunités d'État, ils sont susceptibles d'entraîner nolens volens tous les États vers cette*

¹⁹⁶⁸ Aussi JÈZE affirmait-il que « *la dette publique n'est pas le premier service public à satisfaire* » (G. JÈZE, « Les défaillances d'États », *RCADI* 1933, vol. 44, p. 377 s., spéc. p. 391).

¹⁹⁶⁹ V. les déclarations d'un représentant de l'URSS devant la Commission des Nations unies : « *Les États sont souverains sur leur territoire et à l'extérieur, et ce, sur un pied d'égalité avec les autres États, d'où le principe selon lequel un État ne peut être soumis à la puissance publique ou étatique d'un autre État, à la base de la notion d'immunité des États. [...] Dans le cas des mesures de saisie ou de saisie-exécution, ce principe est d'autant plus important que la puissance publique s'exerce alors par la force. Or, pour M. Ouchakov, il est inconcevable d'employer la force, en l'occurrence de procéder à des mesures de saisie ou de saisie-exécution contre les biens d'un État sans le consentement de celui-ci.* » (*ACDI* 1985, I, p. 247, § 9)

¹⁹⁷⁰ V. par exemple dans les travaux de la Commission des Nations unies, les déclarations d'un représentant de Sierra-Leone à propos de l'immunité d'exécution : « *Cette immunité est attachée à l'État et non à ses biens et, par conséquent, une fois qu'un État a établi son droit à la propriété en vertu de son droit interne, l'État et ses biens jouissent de l'immunité de juridiction à l'étranger. Il faut avoir présent à l'esprit que la saisie de biens d'État consistant en comptes bancaires d'une ambassade ou en dépôts d'une banque centrale peut perturber la bonne marche de l'ambassade ou paralyser la vie économique de l'État, d'où l'importance des règles de l'immunité d'exécution énoncées [...].* » (*ACDI* 1985, I, p. 267, § 30)

¹⁹⁷¹ B. STERN, « Conclusions générales » in *L'immunité d'exécution de l'État étranger*, Cahiers du CEDIN, Montchrestien, 1990, p. 219 s., spéc. p. 223. Adde A. MAHIOU, « L'immunité d'exécution de l'État et les travaux de codification de la commission du droit international », in *L'immunité d'exécution de l'État étranger*, op. cit., p. 159 s., spéc. p. 175 : « [...] un État peut accomplir, tant dans l'ordre interne, que dans l'ordre international, une activité de nature commerciale mais sans aucun esprit de lucre et en ayant en vue uniquement des préoccupations de service public ou d'intérêt national. Cela est particulièrement vrai pour les pays en développement en raison des données qui leur sont propres et qui les incitent ou les contraignent à intervenir selon la forme commerciale alors que la finalité de l'acte est de répondre à un besoin d'intérêt national. Si ces pays pouvaient obtenir ce résultat par voie de traités, ils le feraient [...]. »

¹⁹⁷² *Ibid.*

doctrine. »¹⁹⁷³ C'est en effet dans ce sens qu'ont évolué les législations occidentales¹⁹⁷⁴, à la poursuite d'un droit plus attractif pour les entreprises créancières de personnes publiques étrangères¹⁹⁷⁵.

418. La confirmation de la relativisation par l'ordre juridique international. – Après de longues années de préparation, l'Organisation des Nations unies a adopté en 2004 une Convention sur les immunités juridictionnelles des États et de leurs biens¹⁹⁷⁶. Parmi les vingt-huit États parties à la Convention figure la France qui l'a ratifiée en 2011¹⁹⁷⁷. L'article 19, c) de cette Convention dispose :

« Aucune mesure de contrainte postérieure au jugement, telle que saisie, saisie-arrêt ou saisie-exécution, ne peut être prise contre des biens d'un État en relation avec une procédure intentée devant un tribunal d'un autre État excepté si et dans la mesure où [...] c) Il a été établi que les biens sont spécifiquement utilisés ou destinés à être utilisés par l'État autrement qu'à des fins de service public non commerciales et sont situés sur le territoire de l'État du for, à condition que les mesures de contrainte postérieures au jugement ne portent que sur des biens qui ont un lien avec l'entité contre laquelle la procédure a été intentée. »

L'ordre juridique international a donc également adopté une conception fonctionnelle de l'immunité d'exécution, en retenant, à défaut de renonciation par l'État du bénéfice de l'immunité d'exécution¹⁹⁷⁸, l'affectation des biens comme critère du champ d'insaisissabilité

¹⁹⁷³ C. LEBEN, « Les fondements de la conception restrictive de l'immunité d'exécution des États », in *L'immunité d'exécution de l'État étranger*, op. cit., p. 7 s., spéc. p. 21. Rapp. D. LOCHAK, *Le droit et les paradoxes de l'universalité*, coll. Les voies du droit, PUF, 2010, p. 56-57 : « L'extension d'un fonds de règles et de principes communs n'est pas toujours l'expression d'une prise de conscience par les États de la nécessité de solutions concertées et librement adoptées, non plus que d'une communauté toujours plus grande de valeurs. Elle résulte aussi d'un mimétisme apparemment spontané mais en réalité contraint qui pousse les États à se rallier au modèle juridique des pays les plus puissants ou les plus influents. [...] La globalisation se targue certes d'une prétention à l'universel ; mais cette prétention, n'est-elle pas l'alibi dont se pare la « loi du marché » pour apparaître comme irréfragable et inéluctable ? »

¹⁹⁷⁴ Pour un aperçu de cette évolution, v. H. SYNDET, « Quelques réflexions sur l'immunité d'exécution de l'État étranger », *JDI* 1985, p. 865.

¹⁹⁷⁵ Le cas du Royaume-Uni dans les années 1970 est une parfaite illustration : « C'est en partie parce que la loi américaine sur l'immunité des États de 1976 constituait une garantie très attractive pour les banques consentant des prêts à des gouvernements étrangers au moyen de contrats soumis à la loi et aux juridictions de l'État de New York, que la communauté financière londonienne fit pression sur le Gouvernement du Royaume-Uni pour prendre des mesures législatives en vue de redresser le déséquilibre causé par la fuite des affaires vers New York... La conséquence en fut la loi sur l'immunité des États de 1978 [...] qui introduit ou confirme un nombre d'exceptions majeures au principe de l'immunité absolue. » (L. COLLINS, « La loi anglaise du 20 juillet 1978 sur l'immunité des États », *Rev. crit. DIP* 1980, p. 171 s., spéc. p. 172)

¹⁹⁷⁶ Convention des Nations unies sur les immunités juridictionnelles des États et de leurs biens, 2 déc. 2004, UN-Doc. A/RES/59/38.

¹⁹⁷⁷ Loi n° 2011-734 du 28 juin 2011 (*JORF* n° 149, 29 juin 2011, p. 10953).

¹⁹⁷⁸ Sur laquelle, v. *infra*, n° 425.

des biens de l'État¹⁹⁷⁹. C'est un régime analogue qu'a adopté, à partir des années 1980, le droit français.

B.- LA RELATIVISATION DE L'IMMUNITÉ D'EXECUTION PAR LA COUR DE CASSATION

419. C'est à la jurisprudence qu'il a incombé, en droit français, de faire évoluer l'immunité d'exécution des États étrangers rendant insaisissables les biens de ces derniers situés sur le territoire français¹⁹⁸⁰. En 1984, la Cour de cassation a rendu un arrêt de principe rendant saisissables les biens de l'État étrangers affectés à une activité de droit privé (1). Ce tournant a été poursuivi par le développement, en jurisprudence, de la théorie de l'émanation d'État, permettant de déterminer l'étendue de l'assiette du gage général des créanciers d'un organisme public (2).

1. L'OUVERTURE D'UN GAGE COMPOSE DES BIENS PUBLICS AFFECTES A UNE ACTIVITE DE DROIT PRIVE

420. Une relativisation initiée par l'arrêt *Eurodif*. – La jurisprudence française a infléchi sa position sur l'immunité d'exécution dans les années 1980, à l'occasion d'une affaire impliquant l'État iranien. Ce dernier avait conclu un accord commercial avec deux sociétés pour l'exploitation d'usines d'enrichissement d'uranium. Dans le cadre de cet accord, l'État iranien a accordé un prêt au Commissariat à l'énergie atomique (CEA), garanti par l'État français. À la suite de la révolution de 1979 et du changement de régime, l'État iranien a cessé d'honorer ses engagements vis-à-vis de ces sociétés. Parallèlement à une procédure d'arbitrage, les sociétés ont pratiqué une saisie conservatoire sur les sommes prêtées par l'État iranien au CEA, mesure dont l'État iranien a demandé la mainlevée. En première instance comme en

¹⁹⁷⁹ Sur ce caractère alternatif, v. les déclarations de l'un des membres français ayant participé à la rédaction de la Convention : R. ABRAHAM, Débats in I. PINGEL (dir.), *Droit des immunités et exigences du procès équitable*, A. Pedone, 2004, p. 140-141 : « [...] il n'y a pas besoin de renonciation pour pouvoir exécuter une décision judiciaire à l'encontre d'un État sur des biens qui sont par nature saisissables, c'est-à-dire qui par nature ne sont pas soumis au principe d'immunité d'exécution. Il n'y a pas besoin pour ceux-là de renonciation. [...] l'article 19 présente deux cas clairement alternatifs : il y a possibilité de mesures de contrainte contre l'État, soit que l'État y a consenti, soit lorsque ces mesures de contrainte portent sur des biens spécifiquement utilisés autrement qu'à des fins de service public non commercial. C'est clairement alternatif. Il suffit de l'un ou de l'autre. »

¹⁹⁸⁰ La loi applicable aux voies d'exécution étant la loi du lieu de situation du bien : v. *supra*, n° 358.

appel, les juridictions se sont déclarées incompétentes en raison de l'immunité dont bénéficiait l'État iranien. La première chambre civile de la Cour de cassation, au visa des « *principes de droit international privé régissant les immunités des États étrangers* », a censuré l'arrêt d'appel en affirmant que si « *l'immunité d'exécution dont jouit l'État étranger est de principe [...] elle peut être exceptionnellement écartée ; qu'il en est ainsi lorsque le bien saisi a été affecté à l'activité économique ou commerciale relevant du droit privé qui donne lieu à la demande en justice* »¹⁹⁸¹. La Cour de cassation, pour écarter l'immunité d'exécution, a vérifié que le bien saisi – les sommes prêtées par l'État iranien au CEA – a été affecté à l'activité commerciale ayant donné lieu à la demande en justice, c'est-à-dire l'accord commercial entre l'État iranien et les sociétés créancières. La preuve du caractère privé de l'affectation des biens incombe au créancier, charge probatoire qui peut s'avérer très lourde en particulier lorsque la saisie vise des avoirs bancaires. Le critère de base est donc l'affectation du bien saisi et, s'il fait défaut, l'origine du bien est retenue si elle révèle un lien avec l'activité privée ayant donné lieu à la demande du créancier saisissant¹⁹⁸². Il a ainsi pu être jugé par la Cour de cassation, en application de cette règle, que l'immunité d'exécution ne permettait pas de faire obstacle à une saisie pratiquée sur immeuble affecté au logement du personnel diplomatique en exécution d'une créance de charges de copropriété¹⁹⁸³.

421. Le passage d'un système d'immunité à un système d'insaisissabilité. – L'arrêt *Eurodif* est devenu le point de départ de l'adoption par le droit français d'un régime fonctionnel de l'immunité d'exécution, et a incité à repenser la terminologie à employer, car « *bénéficiaire de l'immunité d'exécution pour certains biens et pas pour d'autres a-t-il un sens* »¹⁹⁸⁴ ? En effet, dès lors que le champ du bénéfice de l'immunité d'exécution n'est pas déterminé par

¹⁹⁸¹ Civ. 1^{re}, 14 mars 1984, *Sté Eurodif c. République islamique d'Iran*, n° 82-12462, *Bull. civ. I*, n° 98 ; *Rev. crit. DIP* 1984, p. 644, note J.-M. BISCHOFF ; *JDI* 1984, p. 598, note B. OPPETIT ; *D.* 1984, p. 629, rapp. FABRE, note J. ROBERT ; *JCP G* 1984, II, 20205, concl. P. GULPHE, note H. SYNDET ; *Rev. arb.* 1985, p. 69, note G. COUCHEZ ; *GAJDIP*, comm. 65-66.

¹⁹⁸² V. en ce sens P. MAYER, V. HEUZÉ, *Droit international privé*, 11^e éd., coll. Domat, LGDJ, 2014, p. 235, n° 338.

¹⁹⁸³ Civ. 1^{re}, 25 janv. 2005, n° 03-18176, *Bull. civ. I*, n° 39 ; *D.* 2005, p. 616, concl. J. SAINTE-ROSE ; *Rev. crit. DIP* 2006, p. 123, note H. MUIR WATT ; *Gaz. pal.* 27 mai 2005, p. 39, note O. LESPOUR. V. dans un sens analogue, pour une hypothèque judiciaire inscrite sur un immeuble affecté au logement d'un officier supérieur par le titulaire d'une créance née de travaux d'entretien de l'immeuble : civ. 1^{re}, 19 nov. 2008, n° 07-10570, *Bull. civ. I*, n° 266 ; *D.* 2008, p. 3012, note I. GALLMEISTER ; *D.* 2009, p. 1168, obs. A. LEBORGNE ; *JCP G* 2009, II, 10002, note L. D'AVOUT et L. PERREAU-SAUSSINE ; *RDBF* 2009, comm. 28, note S. PIÉDELIÈVRE ; *Procédures* 2009, comm. 53, note J. JUNILLON.

¹⁹⁸⁴ M. COSNARD, *La soumission des États aux tribunaux internes – Face à la théorie des immunités des États*, préf. B. Stern, A. Pedone, 1996, p. 199.

l'identité du propriétaire, mais par *l'affectation des biens*, ce n'est plus d'immunité dont il s'agit mais d'*insaisissabilité*¹⁹⁸⁵. Si l'immunité d'exécution n'a pas encore disparu des ouvrages et revues juridiques, il ne fait aucun doute que la notion a été vidée de son sens¹⁹⁸⁶, comme c'est le cas en droit public interne¹⁹⁸⁷. Cette évolution significative conduit ainsi à reconnaître « *l'existence d'un véritable patrimoine commercial de l'État à l'étranger, affecté par avance à la satisfaction de ses obligations commerciales de par la nature des opérations pour lesquelles il est utilisé* »¹⁹⁸⁸. Tout en octroyant un gage général aux créanciers de l'État étranger, le droit français limite l'assiette du gage pour ne pas rendre la règle trop sévère pour les débiteurs souverains ; comme le remarque Monsieur LAGARDE, « *le lien établi entre l'activité et les biens saisis contribue en effet à cloisonner le patrimoine de l'État étranger situé dans l'État du for* »¹⁹⁸⁹.

422. Une relativisation étendue aux organismes publics. – Une étape supplémentaire dans la relativisation de l'immunité d'exécution est franchie par la Cour de cassation à l'occasion de l'arrêt *Sonatrach*¹⁹⁹⁰. L'arrêt réaffirme une conception résolument relative de l'immunité d'exécution¹⁹⁹¹ et pose une nouvelle pierre à l'édifice construit par la jurisprudence en précisant le régime applicable aux biens des organismes publics distincts de l'État étranger :

« [...] à la différence des biens de l'État étranger, qui sont en principe insaisissables, sauf exceptions, notamment quand ils ont été affectés à l'activité économique ou commerciale de droit privé qui est à l'origine du titre du créancier saisissant, les biens des organismes publics personnalisés ou non, distincts de l'État étranger, peuvent être, lorsqu'ils font partie d'un patrimoine que celui-ci a affecté à une activité principale relevant du droit privé, saisis par tous les créanciers, quels qu'ils soient, de cet organisme [...] »

¹⁹⁸⁵ M. COSNARD, *op. cit.*, p. 201-202 : « Par cette institution [l'immunité d'exécution], c'est l'ensemble du patrimoine qui est protégé. Il est en tout état de cause difficile de parler de l'immunité d'un bien. S'attacher à la question des biens couverts par le privilège ne peut être compris que comme l'établissement d'un régime d'insaisissabilité. » ; Adde P. MAYER, V. HEUZÉ, *op. cit.*, p. 235, n° 337.

¹⁹⁸⁶ M. COSNARD, *op. cit.*, p. 202 : « Et c'est justement en ne se préoccupant plus de la personne du bénéficiaire que la jurisprudence et la doctrine ont effacé l'immunité d'exécution des « tables de la loi ». »

¹⁹⁸⁷ V. *supra*, n° 399.

¹⁹⁸⁸ D. NEDJAR, « Tendances actuelles du droit international des immunités des États », *JDI* 1997, p. 59 s., spéc. p. 93.

¹⁹⁸⁹ P. LAGARDE, « Conclusions générales » in I. PINGEL (dir.), *Droit des immunités et exigences du procès équitable*, coll. Contentieux européen, A. Pedone, 2004, p. 149 s., spéc. p. 158.

¹⁹⁹⁰ Civ. 1^{re}, 1^{er} oct. 1985, *Sonatrach c. Migeon*, n° 84-13605, *Bull. civ.* I, n° 236 ; *Rev. crit. DIP* 1986, p. 527, note B. AUDIT ; *JDI* 1986, p. 170, B. OPPETIT ; *JCP G* 1986, II, 20566, concl. P. GULPHE, note H. SYNDET ; *GAJDIP*, comm. 65-66.

¹⁹⁹¹ La Cour énonce que « les biens de l'État étranger [...] sont en principe insaisissables, sauf exceptions, notamment quand ils ont été affectés à l'activité économique ou commerciale de droit privé qui est à l'origine du titre du créancier saisissant ». Elle laisse donc la porte ouverte à l'édition de nouvelles exceptions au principe.

Le principe posé par l'arrêt *Eurodif* est donc en quelque sorte inversé lorsque le débiteur est un organisme public distinct de l'État étranger. Dans ce cas, cet organisme ne peut invoquer l'immunité d'exécution et ses créanciers ont, par conséquent, pour gage l'intégralité du patrimoine de leur débiteur. L'arrêt soulève toutefois une question épineuse tenant à l'appréciation du caractère distinct de l'État étranger de l'organisme public débiteur, laquelle a fait l'objet de développements ultérieurs de la part de la Cour de cassation.

2. LA DELIMITATION DE L'ASSIETTE DU GAGE PAR LA THEORIE DE L'EMANATION D'ÉTAT

423. Une question déterminant l'étendue de l'assiette du gage du créancier. – La détermination de l'indépendance ou non d'un organisme public est d'un enjeu crucial, puisqu'elle détermine l'étendue de l'assiette du gage du créancier poursuivant : si l'organisme public est débiteur, établir sa dépendance par rapport à l'État étranger permettra au créancier d'étendre son gage aux biens de l'État affectés à une activité économique ; si c'est l'État étranger qui est débiteur, établir la dépendance d'un organisme public par rapport à l'État débiteur permettra au créancier de mettre en œuvre son gage sur les biens de cet organisme, qu'il aura bien souvent visé « *par des considérations d'actifs facilement repérables et saisissables* »¹⁹⁹². La jurisprudence rendue sur la question a donné naissance à une théorie dite de l'émanation d'État, qui existe également à l'étranger, particulièrement dans les droits de *common law* sous le terme d'*instrumentality*.

424. Les critères de détermination de l'autonomie de l'organisme public. – Il est affirmé sans équivoque dans l'arrêt *Sonatrach* que la personnalité juridique dont pourrait bénéficier l'organisme public est indifférente quant à la détermination de son autonomie par rapport à l'État étranger¹⁹⁹³. En outre, le contrôle exercé par l'État sur l'organisme est, selon la jurisprudence, insuffisant à le qualifier d'émanation d'État, dès lors qu'il dispose effectivement

¹⁹⁹² D. COHEN, « Sur l'émanation d'État » in *Mélanges en l'honneur du Professeur Bernard Audit – Les relations privées internationales*, LGDJ, 2014, p. 233 s., spéc. p. 248, n° 28.

¹⁹⁹³ Cette indifférence à la personnalité juridique de l'organisme public doit être considérée, selon un auteur, comme faisant de la notion d'émanation « *une loi de police du for venant contrecarrer l'application de principe de la loi d'origine de l'État condamné* » (M. AUDIT, « De l'immunité d'exécution contre les sociétés émanation d'un État », *Rev. crit. DIP* 2008, p. 303).

d'une autonomie budgétaire et financière¹⁹⁹⁴. Ce n'est donc pas un critère organique que retiennent les juges pour qualifier un organisme public d'émanation d'État, mais plutôt un critère fonctionnel, « *tiré de l'absence complète d'autonomie par rapport à l'État de l'entité* »¹⁹⁹⁵, en droit comme en fait. Deux arrêts rendus en 2007 par la Cour de cassation témoignent d'un recours des juges à la technique du faisceau d'indices pour établir, d'une part, l'absence de réelle autonomie de l'entité et, d'autre part, la confusion de patrimoines avec l'État¹⁹⁹⁶. Les indices relevés doivent mettre en évidence l'existence d'une dépendance financière et de gestion de l'entité par rapport à l'État étranger : capital détenu entièrement par l'État, financement de l'entité provenant majoritairement de subventions étatiques, absorption des bénéfices de l'entité par l'État¹⁹⁹⁷, placement de l'entité sous la tutelle de l'État, conseil d'administration composé exclusivement de représentants de l'État, absence de rémunération des services rendus à l'État¹⁹⁹⁸, ... Dans un sens convergent, un récent arrêt de la Cour d'appel de Paris a énoncé que, pour qualifier deux entités d'émanations de l'État libyen et admettre ainsi la saisie de leurs biens par un créancier de l'État libyen, il appartenait au poursuivant d'établir la réunion de deux conditions cumulatives appréciées à la date de la saisie en cause : l'entité doit être dépourvue d'autonomie structurelle, organique et décisionnelle par rapport à l'État, et doit avoir son patrimoine confondu avec celui de l'État¹⁹⁹⁹. Il est intéressant de relever que cette jurisprudence relative à l'émanation d'État se rapproche singulièrement de la jurisprudence relative à la confusion de patrimoines au sein des groupes de sociétés²⁰⁰⁰, ce qui

¹⁹⁹⁴ Civ. 1^{re}, 21 juill. 1987, *Benvenuti et Bonfant c. Banque commerciale angolaise*, n° 85-14843, *Bull. civ. I*, n° 244 ; *JDI* 1988, p. 108, note Ph. KAHN ; *Rev. crit. DIP* 1988, p. 347, note M. RÉMOND-GUILLOUD ; *RTD civ.* 1988, p. 744, obs. J. MESTRE. Solution confirmée et explicitée : civ. 1^{re}, 4 janv. 1995, *Office des céréales de Tunisie c. Société Bec Frères*, n° 93-10175, *Bull. civ. I*, n° 6 ; *JDI* 1995, p. 645, note A. MAHIOU ; *Defrénois* 1995, p. 747, note Ph. DELEBECQUE : « [...] la tutelle, voire le contrôle, d'un État sur une personne morale exercé notamment au travers de ses dirigeants, ainsi que la mission de service public dévolue à celle-ci, ne suffisent pas à la faire considérer comme une émanation de l'État impliquant son assimilation à celui-ci [...] »

¹⁹⁹⁵ D. COHEN, art. préc., p. 238, n° 9.

¹⁹⁹⁶ Civ. 1^{re}, 6 févr. 2007, *Sté nationale des pétroles du Congo c. Sté Walker International Holdings, et Sté nationale des pétroles du Congo c. Sté Connecticut Bank of Commerce*, n° 04-13107 et 04-13108, *Bull. civ. I*, n° 52 ; *RGDIP* 2007, p. 967, obs. T. HAAS ; *Rev. arb.* 2007, p. 483, note L. FRANC-MENGET ; *RTD com.* 2008, p. 207, obs. Ph. DELEBECQUE ; *RJ com.* 2008, p. 240, note B. MOREAU ; *AFDI* 2008, p. 666, obs. J. CAZALA, A. MARIE, M. MANOURY ; *Penant* 2008, p. 75, note D. MOTTE-SURANITI – civ. 1^{re}, 14 nov. 2007, n° 04-15388, *Bull. civ. I*, n° 355 ; *Rev. crit. DIP* 2008, p. 303, note M. AUDIT ; *RTD com.* 2008, p. 207, obs. Ph. DELEBECQUE ; *AFDI* 2008, p. 666, obs. J. CAZALA, A. MARIE, M. MANOURY ; *Penant* 2008, p. 75, note D. MOTTE-SURANITI.

¹⁹⁹⁷ Faisceau d'indices tiré de civ. 1^{re}, 6 févr. 2007, préc.

¹⁹⁹⁸ Faisceau d'indices tiré de civ. 1^{re}, 14 nov. 2007, préc.

¹⁹⁹⁹ Paris, 5 sept. 2019, *Al-Kharafi c. Libyan investment authority (LIA) et Libyan Arab Foreign Investment Company (LAFICO)*, n° 18/17592 ; *Gaz. pal.* 19 nov. 2019, p. 24, note D. BENSUAUDE.

²⁰⁰⁰ « Cette analogie n'est pas nouvelle et peut à l'évidence se comprendre : après tout, les groupes de sociétés partagent cette place prépondérante dans le commerce et les investissements internationaux avec les États. » (D. COHEN, art. préc., p. 243, n° 18)

manifeste une attraction du régime applicable aux États étrangers vers celui applicable aux personnes de droit privé. Cette attraction s'illustre également par la possibilité, admise par la jurisprudence, pour l'État étranger de renoncer à son immunité d'exécution et d'étendre ainsi l'assiette du gage général du créancier bénéficiaire.

II. L'ADMISSION DE LA RENONCIATION DE L'ÉTAT ÉTRANGER A L'IMMUNITÉ D'EXECUTION

425. Une clause omniprésente. – Puisque seuls les biens relevant des activités de droit privé de l'État étranger sont saisissables, les biens de ce dernier relevant de ses activités de souveraineté continuent à être insaisissables. Or, sous l'effet de la libéralisation de l'économie prônée par les États développés, le droit du commerce international s'est développé en marge des ordres juridiques interne et international²⁰⁰¹. Ce droit, issu, de la pratique contractuelle des sociétés multinationales, dispose d'une justice elle-même transnationale, l'arbitrage, dont le recours est systématique en cas de litige par l'effet de la clause compromissoire, systématiquement insérée²⁰⁰². Puisque l'ordre juridique transnational s'est créé sur les bases idéologiques du libéralisme économique, il promeut un *ordre spontané*²⁰⁰³, rétif à toute manifestation de puissance publique. Ainsi, lorsque l'État contracte dans la sphère transnationale, « *il doit s'y présenter en simple marchand et on lui dénie le droit de faire jouer*

²⁰⁰¹ D. COHEN, « Droit du commerce international et modernité » in *Études à la mémoire du professeur Bruno Oppetit*, Litec, 2009, p. 109 s., spéc. p. 111 : « Existe-t-il en effet *prima facie* matière plus variée, plus éclatée, plus soumise aux tensions, aux contradictions dans une société moderne marquée par la diversité, les interrogations, matière, par essence, plus confrontée à la modernité qui exprime une vision du monde, plus fortement marquée par l'époque contemporaine où la mondialisation des échanges triomphe désormais sans maîtrise, unité ou réelle harmonisation des règles applicables ? »

²⁰⁰² Il en est ainsi y compris lorsque l'une des parties au contrat est une personne publique, puisqu' « *il est beaucoup plus facile de faire accepter à une [telle] partie la compétence d'un tribunal arbitral que celle d'un juge étatique autre que le sien* » (M. AUDIT, S. BOLLÉ, P. CALLÉ, *Droit du commerce international et des investissements étrangers*, 3^e éd., coll. Domat, LGDJ, 2019, p. 679, n° 843).

²⁰⁰³ L'expression fait référence à la conception du droit d'un des théoriciens majeurs de l'économie libérale du XX^e siècle, Friedrich HAYEK : « *Le droit n'a certainement pas été créé pour servir à un but formulable quelconque, il s'est au contraire développé parce qu'il rendait les gens qui s'y conformaient plus efficaces dans la poursuite de leurs propres objectifs. Bien que les gens se rendent d'habitude assez bien compte qu'en un certain sens les règles du droit sont nécessaires pour maintenir l'« ordre », ils ont tendance à identifier cet ordre avec l'obéissance aux lois, et ne se rendent pas compte que les règles assurent un ordre d'une autre façon, à savoir, en réalisant une certaine concordance entre les actions de personnes différentes.* » (F. A. HAYEK, *Droit, législation et liberté*, vol. 1. *Règles et ordre*, trad. R. Audouin, coll. Libre échange, PUF, 1980, p. 135)

la moindre prérogative de puissance publique »²⁰⁰⁴. Parmi les prérogatives honnies figure en bonne place l'immunité d'exécution. Comment admettre qu'un État accepte d'être jugé, bien souvent par un tribunal arbitral, « *tout en se réservant le droit de ne pas exécuter sa décision* »²⁰⁰⁵ ? Il est ainsi très courant que les contrats internationaux stipulent une clause de renonciation de l'État étranger à son immunité d'exécution²⁰⁰⁶ afin que l'entreprise contractante voit l'assiette de son gage s'étendre et obtienne ainsi une garantie plus robuste. Un tel usage du droit achève de faire de l'État étranger, dans le commerce international, une personne juridique *presque* comme une autre. Les conséquences qu'emporte la renonciation à l'immunité d'exécution sont considérables pour l'État étranger débiteur, puisque, selon les termes choisis, la clause peut aller jusqu'à provoquer l'extension de l'assiette du gage du créancier bénéficiaire à la plupart des biens de l'État²⁰⁰⁷. C'est pourquoi ses conditions de validité sont appréciées de manière restrictive par les juridictions, à la suite d'une évolution importante de la jurisprudence.

426. Une renonciation à l'origine admise restrictivement. – Du fait de la gravité de cette renonciation pour l'État étranger, un contentieux important s'est créé à propos de la forme que doit revêtir la renonciation de l'État à son immunité d'exécution. La question s'est posée de savoir si la stipulation d'une clause compromissoire – dont il est acquis qu'elle vaut renonciation à l'immunité de juridiction²⁰⁰⁸ – valait renonciation à l'immunité d'exécution. Longtemps les tribunaux ont refusé de le reconnaître, estimant par exemple que l'acceptation du règlement d'arbitrage de la Chambre de commerce internationale – aux termes duquel « *les parties s'engagent à exécuter sans délai la sentence à intervenir* » – constitue « *seulement un engagement de se soumettre volontairement à la sentence et d'en reconnaître la force*

²⁰⁰⁴ Ph. LEBOULANGER, *Les contrats entre États et entreprises étrangères*, préf. B. Goldman, coll. Droit des affaires et de l'entreprise, Economica, 1985, p. 327, n° 555.

²⁰⁰⁵ L. JAEGER, « Le retour en force de l'immunité d'exécution » in M. DE FONTMICHEL, J. JOURDAN-MARQUES (dir.), *L'exécution des sentences arbitrales internationales*, LGDJ, 2017, p. 195 s., spéc. p. 195.

²⁰⁰⁶ Selon un auteur ayant analysé un échantillon significatif de contrats d'emprunt d'État, une grande majorité comporte une clause de renonciation aux immunités de juridiction et d'exécution : C. LEQUESNE ROTH, *Le régime contractuel de défaut des États débiteurs européens*, préf. B. Frydman, coll. Bibliothèque de droit des entreprises en difficulté, t. 16, LGDJ, 2018, p. 223, n° 292.

²⁰⁰⁷ Pour des illustrations de clauses de renonciation à l'immunité d'exécution consenties par des États européens, allant d'une renonciation restreinte jusqu'à une renonciation absolue, v. C. LEQUESNE-ROTH, *op. cit.*, p. 224 s., n° 294 s.

²⁰⁰⁸ TGI Paris, réf., 6 juill. 1970, *SEEE c. République socialiste fédérale de Yougoslavie, Ministre français des affaires étrangères*, *Rev. arb.* 1975, p. 328, note J.-L. DELVOLVÉ ; *JDI* 1971, p. 131, note Ph. KAHN ; *JCP* 1971, II, 16810, note D. RUZIÉ : « [...] *en souscrivant une clause compromissoire, l'État yougoslave a accepté par là même de renoncer à [l']immunité à l'égard des arbitres et de leur sentence, jusques et y compris la procédure d'exequatur nécessaire pour que celle-ci acquière son entière force [...].* »

obligatoire, mais ne contient aucune allusion à l'immunité d'exécution dont une partie pourrait éventuellement bénéficier et qu'elle ne doit donc pas être interprétée comme emportant renonciation à un droit qui n'entre pas dans son objet »²⁰⁰⁹. À propos de cette jurisprudence, Bruno OPPETIT s'était interrogé ironiquement : « *Qu'est-ce que l'engagement de se soumettre volontairement à une sentence, sinon un engagement d'exécution ? Et qu'est-ce qu'un engagement d'exécution d'une sentence, sinon un engagement de ne pas faire obstacle à son exécution par son fait personnel ? On est en pleine fiction...* »²⁰¹⁰ Lorsqu'un litige concerne l'exécution sur les biens d'un État étranger, il ne faut pas sous-estimer, dans le processus de décision des juges, l'influence des considérations politiques. Dans les années 1980, le président Pierre DRAI évoquait cette question épineuse. Ayant fait état d'affaires dans lesquelles l'autorisation de mesures d'exécution sur les biens d'États étrangers avaient provoqué des crises diplomatiques, il reconnaissait que cette expérience passée l'avait amené par la suite à agir « *en tant que magistrat responsable* »²⁰¹¹ en limitant le cas échéant les mesures d'exécution sur les biens de l'État étranger débiteur défaillant²⁰¹². L'évolution de la jurisprudence relative à la renonciation à l'immunité d'exécution reflète ce délicat arbitrage à opérer entre, d'une part, la légitimité du créancier à réclamer l'exécution de son droit sur les biens de son débiteur et, d'autre part, le respect de la souveraineté de l'État étranger qui, malgré le rapport d'obligation dans lequel il est engagé, reste un débiteur à part.

427. L'arrêt *Creighton*, tournant libéral. – En 2000, la Cour de cassation a fait considérablement évoluer sa position²⁰¹³ : elle censure l'arrêt d'appel ayant ordonné la mainlevée de saisies-attributions effectuées contre l'État du Qatar, en affirmant que « *l'engagement pris par l'État signataire de la clause d'arbitrage d'exécuter la sentence dans les termes de l'article 24 du règlement d'arbitrage de la Chambre de commerce*

²⁰⁰⁹ Paris, 21 avr. 1982, *Eurodif*, *JDI* 1983, p. 145, note B. OPPETIT ; *Rev. crit. DIP* 1983, p. 101, note P. MAYER.

²⁰¹⁰ B. OPPETIT, « La pratique française en matière d'immunité d'exécution » in *L'immunité d'exécution de l'État étranger*, coll. Cahiers du CEDIN, Montchrestien, 1990, p. 49 s., spéc. p. 56.

²⁰¹¹ Débats in Travaux du Comité français de droit international privé, 1985, p. 153.

²⁰¹² *Ibid.*, p. 154 : « *Par conséquent, nous prenons des mesures non pas pour heurter de front l'État étranger mais pour essayer de l'amener à meilleure composition pour qu'il exécute les sentences et les condamnations prononcées contre lui.* »

²⁰¹³ Évolution annoncée par certaines décisions de juridictions du fond : Rouen, 20 juin 1996, *Sté Bec frères c. Office des céréales de Tunisie* ; *JDI* 1996, p. 968, note Ph. KAHN ; *Rev. arb.* 1997, p. 263, note E. GAILLARD.

*internationale*²⁰¹⁴ impliquait renonciation de cet État à l'immunité d'exécution »²⁰¹⁵. Si la solution a été vivement critiquée par certains²⁰¹⁶, c'est en particulier à cause du texte sur lequel la Cour de cassation se fonde – le règlement de la CCI – qui a pu être considéré comme une « capitulation »²⁰¹⁷ en faveur de l'arbitrage. À ce fondement – maladroit – aurait dû être substitué celui, légal, de la force obligatoire des conventions²⁰¹⁸, ou celui de la bonne foi²⁰¹⁹, comme l'a fait la cour d'appel de renvoi²⁰²⁰. Cette jurisprudence résolument libérale a fini par être abandonnée par la Cour de cassation.

428. Un retour récent à une solution plus protectrice de l'État étranger. – Prenant acte des critiques doctrinales formulées à la réception de l'arrêt *Creighton*, la Cour de cassation est revenue à une solution plus protectrice de l'État étranger. Elle a d'abord jugé plus restrictivement la renonciation à l'immunité d'exécution des missions diplomatiques, estimant que celles-ci bénéficiaient d'une « *immunité d'exécution autonome à laquelle il ne peut être renoncé que de façon expresse et spéciale* »²⁰²¹, s'appuyant ainsi sur un arrêt antérieur de la

²⁰¹⁴ Dont les termes étaient les suivants : « 1. La sentence arbitrale est définitive. 2. Par la soumission de leur différend à l'arbitrage de la chambre de commerce internationale, les parties s'engagent à exécuter sans délai la sentence à intervenir et renoncent à toutes voies de recours auxquelles les parties peuvent renoncer. » Cette stipulation figure désormais à l'article 35.6 du même règlement.

²⁰¹⁵ Civ. 1^{re}, 6 juill. 2000, *Creighton*, n° 98-19068, *Bull. civ. I*, n° 207, p. 135 ; *JDI* 2000, p. 1054, note I. PINGEL-LENUZZA ; *JCP E* 2001, 223, note C. KAPLAN et G. CUNIBERTI ; *RTD com.* 2001, p. 409, obs. E. LOQUIN ; *Rev. arb.* 2001, p. 114, note Ph. LÉBOULANGER ; *Gaz. pal.* 12 juin 2001, p. 18, obs. Ph. THÉRY ; *Les grandes décisions du droit de l'arbitrage commercial*, comm. 44.

²⁰¹⁶ Ph. THÉRY, obs. préc., n° 4 : « Que peut-on déduire alors d'une clause qui s'applique qu'un État soit ou non partie ? Quelle signification conserve-t-elle à l'égard des particuliers si elle « implique » pour les États, une renonciation à leur immunité ? Et, si elle a un sens – lequel ? – lorsque l'arbitrage oppose des particuliers, comment dire, en présence d'un État, qu'elle traduit « sans équivoque », une renonciation ? Ainsi envisagé sous l'angle de la volonté, l'arrêt n'est guère justifié. Il nous apporte cependant un enseignement : que si les renonciations ne se présument pas, elles peuvent se décréter. »

²⁰¹⁷ Ph. THÉRY, obs. préc.

²⁰¹⁸ Ph. LÉBOULANGER, note préc., p. 131.

²⁰¹⁹ I. FADLALLAH, D. HASCHER, *Les grandes décisions du droit de l'arbitrage commercial*, Dalloz, 2019, comm. 44, p. 347, n° 8 : « [...] la renonciation à l'immunité d'exécution s'induit du principe de bonne foi dans la conclusion de la convention d'arbitrage. »

²⁰²⁰ Paris, 12 déc. 2001, *Rev. arb.* 2003, p. 417, note Ph. LÉBOULANGER ; *AFDI* 2001, p. 752, obs. N. MAZIAU : « Considérant que les biens d'un État étranger ne peuvent, au regard des principes du droit international régissant les immunités des États étrangers, faire l'objet d'une procédure en vue de l'exécution d'un jugement sauf si cet État y a expressément consenti, en concluant notamment une clause compromissoire, l'acceptation du caractère obligatoire de la sentence qui résulte de celle de la convention d'arbitrage opérant, au vu du principe de bonne foi et sauf clause contraire, une renonciation à l'immunité d'exécution [...]. »

²⁰²¹ Civ. 1^{re}, 28 sept. 2011, *Sté NML Capital Limited c. République argentine*, n° 09-72057, *Bull. civ. I*, n° 153 ; *Rev. crit. DIP* 2012, p. 124, note H. GAUDEMET-TALLON ; *JDI* 2012, p. 668, note G. CUNIBERTI ; *JCP E* 2012, 1349, chron. J. STOUFFLET et N. MATHEY ; *Dr. & patr.* 2012, p. 86, obs. J.-P. MATTOUT et A. PRÜM ; *RDBF* 2012, comm. 74, F.-J. CRÉDOT et T. SAMIN ; *Gaz. pal.*, 28-29 févr. 2012, p. 18, note C. BRENNER ; *Procédures* 2012, étude 2, obs. P. CHEVALIER et R. LE COTTY ; *Les grandes décisions de la jurisprudence française de droit international public*, Dalloz, 2015, comm. 53, obs. R. BISMUTH.

Cour d'appel de Paris qui avait retenu une solution analogue dans l'un des nombreux épisodes judiciaires de l'affaire *Noga*²⁰²². Cette solution a été, par la suite, généralisée²⁰²³, la première chambre civile précisant, de surcroît, ce qu'elle entendait par l'adjectif « *spéciale* », absent des exigences de l'article 19 de la Convention des Nations unies. Elle exige que la clause de renonciation mentionne « *les biens ou la catégorie des biens pour lesquels la renonciation est consentie* ». Autant la solution de l'arrêt *Creighton* pouvait paraître excessivement libérale, autant cette solution témoigne, à l'inverse, d'une « *politique jurisprudentielle particulièrement protectrice* »²⁰²⁴ des immunités souveraines, bien qu'un avocat général à la Cour de cassation la justifie par une recherche scrupuleuse du respect du dernier état du droit international

²⁰²² Paris, 10 août 2000 (sur cet arrêt, v. G. GEOUFFRE DE LA PRADELLE, « Blocage des comptes en banque de missions diplomatiques et saisie d'un navire d'État affecté à une personne publique », *Gaz. pal.* 12 juin 2001, p. 22). La Cour d'appel de Paris, examinant la renonciation à laquelle avait consenti l'État russe, a jugé que l'État russe avait, certes, abdicé à son immunité de droit commun mais pas à son « *immunité d'exécution diplomatique* », en se fondant sur la Convention de Vienne relative aux relations diplomatiques du 18 avril 1961. Aussi la cour d'appel a-t-elle prononcé la mainlevée des saisies pratiquées sur les comptes bancaires de l'ambassade de Russie en France, de la délégation russe auprès de l'UNESCO et de sa représentation commerciale.

²⁰²³ Civ. 1^{re}, 28 mars 2013, *Sté NML Capital Limited c. République argentine*, n° 10-25938, 11-13323 et 11-10450, *Bull. civ.* I, n° 62, 63 et 64 ; *D.* 2013, p. 1574, obs. A. LEBORGNE, p. 1728, note D. MARTEL et p. 2294, obs. S. BOLLÉE ; *JDI* 2013, comm. 10, rapp. A. MAÎTREPIERRE, note G. CUNIBERTI ; *Rev. crit. DIP* 2013, p. 671, note H. MUIR WATT ; *JCP G* 2013, 406, note J.-B. DONNIER ; *RTD civ.* 2013, p. 437, obs. R. PERROT ; *RDC* 2013, p. 1485, note M. LAAZOUZI ; *Gaz. pal.*, 15 mars 2014, p. 12, obs. C. BRENNER ; *Les grandes décisions de la jurisprudence française de droit international public*, Dalloz, 2015, comm. 53, obs. R. BISMUTH : « [...] *si les États peuvent renoncer, par contrat écrit, à leur immunité d'exécution sur des biens ou des catégories de biens utilisés ou destinés à être utilisés à des fins publiques, il ne peut y être renoncé que de manière expresse et spéciale, en mentionnant les biens ou la catégorie de biens pour lesquels la renonciation est consentie [...].* »

²⁰²⁴ D. MARTEL, note préc., p. 1731.

public²⁰²⁵. Excédant pourtant les exigences de ce dernier²⁰²⁶, il est permis de se demander si cette solution jurisprudentielle ne porte pas une atteinte disproportionnée au droit à l'exécution par rapport au but poursuivi²⁰²⁷ qui est le respect de la souveraineté des États étrangers²⁰²⁸. Sur le plan de la pratique contractuelle, l'exigence d'une renonciation spéciale conduirait les rédacteurs des contrats à établir des listes de renonciations, sans pour autant qu'il soit matériellement possible d'identifier tous les biens saisissables appartenant à l'État étranger²⁰²⁹. En l'absence de liste, une renonciation énoncée en termes généraux ne devrait étendre l'assiette du gage général du créancier qu'aux biens de l'État affectés à des fins privées n'ayant pas de lien avec l'activité cause de la créance²⁰³⁰. La Cour de cassation a ajouté, un an plus tard, que la renonciation à l'immunité d'exécution ne valait que pour les créanciers à qui elle avait été

²⁰²⁵ P. CHEVALIER, « L'immunité d'exécution attachée aux biens publics de l'État », *Justice & Cassation* 2015, p. 118-119 : « [...] la première chambre civile a cherché à faire correspondre ses solutions avec le dernier état de l'opinio juris internationale qui trouve son expression dans la convention des Nations unies de 2004 sur les immunités des États. » Pour fonder la solution de la Cour, Monsieur CHEVALIER s'appuie sur un rapport de la commission de droit international commentant l'article 21-1° de la Convention des Nations unies, énonçant qu'une « renonciation générale ou une renonciation concernant tous les biens situés sur le territoire de l'État du for, qui ne mentionnerait aucune des catégories spécifiques, ne suffirait pas à autoriser des mesures de contrainte à l'égard des biens [...] utilisés à des fins publiques » (p. 122).

²⁰²⁶ Dans l'arrêt de 2011, la Cour de cassation invoque à l'appui de sa solution la Convention de Vienne du 18 avril 1961 sur les relations diplomatiques. Or, l'article 32 de cette Convention indique certes que « l'État accréditant peut renoncer à l'immunité notamment des agents diplomatiques », renonciation qui « doit toujours être expresse ». Mais elle n'évoque à aucun moment l'exigence d'une renonciation « spéciale » pour que la renonciation soit valable. V. en ce sens R. BISMUTH, obs. préc., p. 53, n° 12 ; Ph. LÉBOULANGER, « La renonciation à l'immunité d'exécution : désordre ou pragmatisme ? » in *Mélanges en l'honneur de Pierre Mayer*, LGDJ, 2015, p. 455 s., spéc. p. 462. La solution des arrêts de 2013 est, quant à elle, fondée sur la Convention des Nations unies de 2004. Le fondement est pourtant, ici aussi, contestable, la Convention n'exigeant, nulle part, une renonciation spéciale à l'immunité d'exécution. C'est seulement dans le commentaire rédigé par la Commission du droit international des Nations unies que l'on retrouve cette exigence, fruit d'une interprétation de l'article 21 de la Convention. Mais ce commentaire a-t-il une valeur normative ? Selon un auteur, cette annexe « sera utilisable seulement comme « partie du contexte pour les buts de l'interprétation » mais ne pourra modifier la portée des articles auxquels elle se rapporte » (I. PINGEL, « Observations sur la convention du 17 janvier 2005 sur les immunités juridictionnelles des États et de leurs biens », *JDI* 2005, p. 1045 s., spéc. p. 1053). De surcroît, la Cour internationale de justice a, dans un arrêt, appliqué l'article 19 de la Convention des Nations unies, sans parler d'une quelconque exigence de spécialité de la renonciation (CIJ, 3 févr. 2012, *Allemagne c. Italie*, Recueil 2012, p. 99 ; *JDI* 2012, chron. 8, obs. A. GESLIN et G. LE FLOCH ; *Rev. crit. DIP* 2012, p. 539, note H. MUIR WATT ; *RGDIP* 2010, p. 396, note W. HOEFFNER ; *Dr. pén.* 2013, chron. 1, n° 5, obs. O. BEAUVEALLET, M. RAFFRAY et A. PASQUERO, spéc. § 118).

²⁰²⁷ V. en ce sens D. MARTEL, note préc., p. 1732 : « Si, comme nous l'avons montré, la solution de la Cour de cassation va au-delà des exigences du droit international, la sanction des clauses de renonciation apparaît bien disproportionnée au but poursuivi et, partant, devrait être considérée comme contraire au droit à un procès équitable. »

²⁰²⁸ Sur la position de la Cour européenne des droits de l'homme quant aux immunités souveraines, v. *infra*, n° 394.

²⁰²⁹ R. BISMUTH, note préc., p. 649, n° 36.

²⁰³⁰ V. en ce sens M. LAAZOUZI, obs. préc.

consentie, donc qu'elle ne s'appliquait pas *erga omnes*²⁰³¹. En 2015, l'arrêt *Commisimpex* a, toutefois, fait pressentir un revirement de jurisprudence, lequel énonçait que « *le droit international coutumier n'exige pas une renonciation autre qu'expresse à l'immunité d'exécution* »²⁰³². Il revenait donc au législateur de redonner une certaine stabilité à la matière, ce qu'il a entrepris, comme on va le constater, par la loi *Sapin II*.

429. Conclusion de la section 1. – L'évolution qu'a connu le droit international et le droit français s'agissant de l'immunité d'exécution de la personne publique étrangère s'est donc traduite par un abandon de la conception absolue de l'immunité d'exécution et l'adoption d'un système d'insaisissabilité fonctionnelle. Les biens de la personne publique étrangère situés sur le territoire français, affectés à des fins privées et ayant un lien avec l'activité cause de la créance font ainsi partie de l'assiette du gage général des créanciers d'un État étranger. Cette assiette peut être étendue aux autres biens affectés à des fins privées, voire aux biens affectés à des fins publiques si, dans le contrat liant l'État étranger, ce dernier consent à renoncer à son immunité d'exécution. La jurisprudence a toutefois connu de nombreux soubresauts quant aux conditions de validité de cette renonciation, tiraillée entre un régime libéral, favorisant les créanciers et l'extension de l'assiette de leur gage, et un régime protecteur de la souveraineté des États. Ces fluctuations appelaient, à terme, une intervention du législateur qui, on va le voir, a plutôt renforcé la protection des biens des États étrangers situés en France.

²⁰³¹ Civ. 1^{re}, 5 mars 2014, *Sté Romak c. État de la République d'Ouzbékistan*, n° 12-22406, *Bull. civ. I*, n° 28 ; *D.* 2014, p. 1470, obs. A. LEBORGNE, et p. 1970, obs. S. BOLLÉE ; *Gaz. pal.* 20 juill. 2014, p. 29, note A. BOLZE ; *JCP G* 2014, doct. 977, n° 8, obs. C. NOURRISSAT et doct. 1162, n° 17, obs. Ph. SIMLER et Ph. DELEBECQUE ; *LEDB* mai 2014, p. 6, obs. Ph. HOONAKKER ; *RGDIP* 2015, p. 302, obs. B. TRANCHANT.

²⁰³² Civ. 1^{re}, 13 mai 2015, *Commisimpex I*, n° 13-17751, *Bull. civ. I*, n° 107 ; *D.* 2015, p. 1936, note S. BOLLÉE, p. 2031, note L. D'AVOUT, et p. 2588, obs. T. CLAY ; *JCP G* 2015, 758, note M. LAAZOUZI ; *Rev. crit. DIP* 2015, p. 652, note H. MUIR WATT ; *JDI* 2016, p. 141, note S. EL SAWAH et Ph. LÉBOULANGER ; *Gaz. pal.* 5 sept. 2015, p. 11, obs. C. BRENNER.

SECTION 2 : UN MOUVEMENT ATTENUÉ PAR L'INTERVENTION DU LEGISLATEUR

430. Si plusieurs États, notamment anglo-saxons, ont adopté dès les années 1970 une loi pour stabiliser leur régime de l'immunité d'exécution de la personne publique étrangère²⁰³³, le droit français en la matière est longtemps resté exclusivement jurisprudentiel. Le revers d'une telle construction est la potentielle volatilité des solutions posées, ce qui s'est vérifié s'agissant du régime de la renonciation à l'immunité d'exécution. Or le droit de l'immunité d'exécution peut avoir des répercussions importantes sur le plan économique et politique, et plus précisément sur les relations diplomatiques qu'entretient la France avec d'autres États²⁰³⁴. Ces considérations ont contribué à motiver le législateur à finalement entreprendre une codification de l'immunité d'exécution de l'État étranger orientée vers une restriction du gage général du créancier de l'État étranger. Le législateur est venu d'abord réglementer le statut des avoirs détenus par les banques centrales étrangères (I) avant de réaliser une codification de plus grande ampleur en 2016, consacrant le « droit commun » de l'immunité d'exécution de l'État étranger (II).

I. LE RENFORCEMENT DE L'INSAISSABILITE DES FONDS DETENUS PAR LES BANQUES CENTRALES ETRANGERES

431. Une innovation à rebours de la tendance de restriction de l'immunité. – Depuis la loi du 26 juillet 2005, une disposition spéciale – l'article L. 153-1 du Code monétaire et financier – protège les banques centrales étrangères contre les saisies opérées par les créanciers des États étrangers dont elles relèvent sur les fonds qu'elles détiennent pour le compte de ces

²⁰³³ Aux États-Unis, le *Foreign Sovereign Immunities Act* a été adopté en 1976 (trad. fr. in *JDI* 1986, p. 429 s., comm. G. DELAUME), au Royaume-Uni, le *State Immunity Act* date de 1978 (trad. fr. in *Rev. crit. DIP* 1980, p. 156 s., comm. L. COLLINS), celui du Canada date de 1982 (trad. fr. in *Rev. crit. DIP* 1986, p. 374, comm. C. EMMANUELLI) et enfin, en Australie, le *Foreign States Immunities Act* date de 1985 (trad. fr. in *Rev. crit. DIP* 1987, p. 452 s., comm. M. CRAWFORD).

²⁰³⁴ Rapp. P. LAGARDE, « Conclusions générales » in I. PINGEL (dir.), *Droit des immunités et exigences du procès équitable*, coll. Contentieux européen, A. Pedone, 2004, p. 149 s., spéc. p. 152

États. Une exception est posée par ce texte, selon laquelle le créancier muni d'un titre exécutoire « peut solliciter du juge de l'exécution l'autorisation de poursuivre l'exécution forcée [...] s'il établit que les biens détenus ou gérés pour son propre compte par la banque centrale ou l'autorité monétaire étrangère font partie d'un patrimoine qu'elle affecte à une activité principale relevant du droit privé ». Cette disposition renforce de manière évidente l'immunité d'exécution des États étrangers et de leurs banques centrales²⁰³⁵. D'abord, si le créancier souhaite obtenir la saisie de biens détenus par la banque centrale étrangère pour son propre compte, ce dernier devra solliciter au préalable l'autorisation du juge de l'exécution et prouver que les fonds sont affectés à une activité de droit privé²⁰³⁶. Si cette charge probatoire n'est qu'une reprise de la jurisprudence antérieure, elle s'avère complexe – voire impossible²⁰³⁷ – à rapporter « à défaut de pouvoir disposer de la comptabilité de la banque centrale »²⁰³⁸. Ensuite, l'exception énoncée a un champ d'application limité : le créancier peut obtenir la saisie de fonds seulement s'ils sont « détenus ou gérés pour son propre compte ». Il faut en déduire que les fonds détenus par la banque centrale étrangère pour le compte de l'État dont elle relève sont, de manière indifférenciée, *insaisissables* par les créanciers de cet État²⁰³⁹, et instaurent ainsi une protection plus importante²⁰⁴⁰ – et, pour le moins, peu fondée²⁰⁴¹ – des biens de l'État étranger par rapport aux dispositions internationales²⁰⁴².

²⁰³⁵ Il est, par ailleurs, notable que l'ordonnance européenne de saisie conservatoire des comptes bancaires n'est pas applicable aux comptes bancaires détenus par ou auprès des banques centrales agissant en leur qualité d'autorités monétaires (Règl. n° 655/2014, art. 2, § 4).

²⁰³⁶ Nous reviendrons plus longuement sur cette autorisation préalable : v. *infra*, n° 439.

²⁰³⁷ Cette impossibilité est confirmée par le fait qu'à ce jour, aucun créancier n'a réussi à établir en justice l'affectation privée d'un compte bancaire détenu par une banque centrale étrangère : C. KLEINER, note sous civ. 2^e, 11 janv. 2018, *Gaz. pal.* 12 juin 2018, p. 81.

²⁰³⁸ C. LEGROS, « Affaire NOGA : l'émergence d'une nouvelle immunité d'exécution ? L'immunité de l'article L. 153-1 CMF », *Gaz. pal.* 21 févr. 2009, p. 2, spéc. n° 30.

²⁰³⁹ J.-P. MATTOUT, « La saisie des avoirs de banques centrales étrangères et le tiers saisi » in *Mélanges AEDBF-France V*, Revue Banque éd., 2008, p. 305 s., spéc. p. 308, n° 10.

²⁰⁴⁰ Ce que ne prévoit pas, par exemple, le droit belge, dont l'article 1412 *quater* du Code judiciaire est une disposition en tout point comparable à l'article L. 153-1, sauf pour le champ d'application de l'exception, qui n'est pas limité.

²⁰⁴¹ V. en ce sens J.-B. DONNIER, *JCl. Voies d'exécution*, fasc. 496 : *Immunités d'exécution. – Droit international*, juill. 2016 (actualisation juill. 2018), spéc. n° 51 : « Il y a là comme un lapsus profondément regrettable de la loi. Lorsqu'un État étranger affecte des biens à une activité de droit privé, ces biens sont saisissables, en vertu de la jurisprudence Eurodif, s'ils sont détenus ou gérés par un organisme autre qu'une banque centrale, alors qu'ils seront insaisissables s'ils sont détenus ou gérés par une banque centrale étrangère ! [...] Cette différence de régime est totalement infondée et risque de nuire gravement aux intérêts légitimes des créanciers d'un État étranger. »

²⁰⁴² Sur lesquelles v. *supra*, n° 418.

432. L'objectif : rendre la place financière française plus attractive. – La lecture des travaux préparatoires de la loi permet d'éclairer les motivations de la création d'une disposition spéciale relative à l'immunité d'exécution des banques centrales étrangères. Le sénateur à l'origine de l'amendement ayant abouti à l'intégration de cette disposition a explicitement affirmé qu'elle était destinée à rendre la place de Paris plus attractive pour la gestion des actifs des banques centrales étrangères²⁰⁴³. Cette finalité semble respectée par les juridictions, qui interprètent de manière littérale l'article L. 153-1 du Code monétaire et financier. On en trouve une illustration dans le cadre d'une affaire dans laquelle une société suisse, tentant depuis plus de dix ans d'obtenir le paiement d'une dette de plusieurs centaines de millions d'euros contractée par l'État russe, a engagé deux procédures de saisie-attribution sur des comptes détenus par la Banque centrale de la Fédération de Russie dans des banques localisées en France. Les juges de l'exécution, saisis par la banque centrale, en ont prononcé la mainlevée, décision confirmée par les Cours d'appel de Paris et de Versailles²⁰⁴⁴, cette dernière énonçant que « *seul l'alinéa 1^{er} [de l'article L. 153-1] a vocation à s'appliquer dès lors que la saisie pratiquée par la société Noga ne porte pas sur les avoirs propres de la BCFR mais sur ceux qu'elle détient pour le compte de la Fédération de Russie* ». La doctrine semble avoir majoritairement approuvé ce dispositif visant à favoriser le dépôt d'avoirs bancaires des banques centrales étrangères en France²⁰⁴⁵.

433. La menace : le contrôle de proportionnalité. – Asseyant la légitimité de ce texte, la Cour de cassation a jugé à deux reprises que l'article L. 153-1 du Code monétaire et financier n'était pas contraire à l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme²⁰⁴⁶. Pourtant, l'opinion contraire dispose de solides arguments. Il est vrai que la Cour européenne

²⁰⁴³ *JORF Sénat* 5 juill. 2005, p. 5133-5134, propos du sénateur Philippe MARINI.

²⁰⁴⁴ Paris, 17 sept. 2009, n° 09/05950 ; *RDBF* 2010, comm. 3, obs. T. SAMIN ; *Gaz. pal.* 29 mai 2010, p. 39, obs. C. LEGROS ; *D.* 2010, p. 1043, obs. H. SYNDET – Versailles, 7 janv. 2010, n° 08/04300 ; *D.* 2010, p. 1043, obs. H. SYNDET. Sur cette affaire et les décisions rendues en première instance, v. C. LEGROS, « *Affaire NOGA : l'émergence d'une nouvelle immunité d'exécution ? L'immunité de l'article L. 153-1 CMF* », *Gaz. pal.* 21 févr. 2009, p. 2.

²⁰⁴⁵ V. not. H. SYNDET, obs. préc., p. 1044 : « *En eux-mêmes, ces arrêts appellent une entière approbation, et l'on se réjouit de l'énoncé de solutions qui contribuent à asseoir la crédibilité de la place financière française.* » ; O. CACHARD, *Droit du commerce international*, 3^e éd., coll. Manuel, LGDJ, 2018, p. 566, n° 1319 : « *Il faut se réjouir que la loi française protège légitimement la souveraineté des États étrangers et ne transforme pas Paris en juridiction d'élection d'un forum shopping de saisie.* »

²⁰⁴⁶ Civ. 2^e, 11 juill. 2013, n° 13-40036, QPC ; *LPA* 19 nov. 2013, p. 13, note J. LASSERRE-CAPDEVILLE – Civ. 2^e, 11 janv. 2018, n° 16-10661, Inédit ; *D.* 2018, p. 966, obs. S. CLAVEL et F. JAULT-SESEKE et p. 1934, obs. L. D'AVOUT ; *Gaz. pal.* 12 juin 2018, p. 81, note C. KLEINER ; *Banque & Droit* mars-avril 2018, p. 40, obs. L. MOREL-MAROGER (Arrêt attaqué : Versailles, 1^{er} oct. 2015, n° 14/05200, *JurisData* n° 2015-027713 ; *JCP G* 2016, 442, note R. BISMUTH ; *JDI* 2016, comm. 18, note G. CUNIBERTI).

des droits de l'homme se montre très prudente lorsque les dispositions contestées devant elle sont fondées sur la souveraineté des États. La Cour de Strasbourg reconnaît en effet que « l'octroi de l'immunité souveraine à un État dans une procédure civile poursuit le but légitime de respecter le droit international afin de favoriser la courtoisie et les bonnes relations entre États grâce au respect de la souveraineté d'un autre État »²⁰⁴⁷, ce dont il résulte que l'on ne peut « de façon générale, considérer comme une restriction disproportionnée au droit d'accès à un tribunal tel que le consacre l'article 6 § 1 des mesures prises par une Haute Partie contractante qui reflètent des règles de droit international généralement reconnues en matière d'immunité des États »²⁰⁴⁸. Cela n'empêche toutefois pas la Cour européenne des droits de l'homme, depuis plusieurs années, de soumettre au contrôle de proportionnalité les immunités souveraines lorsqu'elles sont accordées par un État à une personne publique étrangère pour des actes relevant de la sphère du droit privé²⁰⁴⁹. Si les condamnations prononcées par la Cour européenne des droits de l'homme dans ces litiges ne concernent que des immunités de juridiction, cette jurisprudence est tout à fait applicable aux immunités d'exécution.

434. Une menace fondée. – Si l'on transpose cette jurisprudence à l'article L. 153-1 du Code monétaire et financier, cette disposition nous semble, sur plusieurs aspects, porter une atteinte disproportionnée au droit à l'exécution du créancier. D'abord, s'agissant de l'insaisissabilité frappant indifféremment tous les fonds détenus par une banque centrale étrangère pour le compte de l'État dont elle relève, comment justifier que l'insaisissabilité frappe autant les avoirs de l'État affectés à une activité de souveraineté que ceux affectés à une activité privée, dès lors qu'ils sont détenus par une banque centrale étrangère ? Une telle disposition, lorsqu'elle est appliquée de manière stricte, est susceptible de légitimer le non-paiement de la dette d'un État étranger alors même que celui-ci est parfaitement solvable et dispose de biens qui ne sont en

²⁰⁴⁷ CEDH, 21 nov. 2001, *Fogarty c. Royaume-Uni*, n° 37112/97 ; *RGDIP* 2002, p. 893, note I. PINGEL ; *D.* 2003, p. 1246, obs. J.-F. FLAUSS ; *JCP G* 2002, I, 105, chron. F. SUDRE ; *JDI* 2002, comm. 273, obs. O. DE FROUVILLE ; *GACEDH*, comm. 28, obs. L. MILANO, § 34.

²⁰⁴⁸ Arrêt préc., § 36.

²⁰⁴⁹ CEDH, 23 mars 2010, *Cudak c. Lituanie*, n° 15869/02, *JDI* 2011, chron. 12, note P. VON MÜHLENDAHL, § 54 s. : condamnation de l'État lituanien pour avoir accordé l'immunité de juridiction à un État dans un litige relatif au contrat de travail du personnel non diplomatique d'une ambassade située sur son territoire. Cette conception restreinte de l'immunité ne se réduit pas au contentieux en matière d'emploi puisque le même raisonnement a été tenu par la Cour à propos d'une immunité de juridiction accordée par l'État russe à l'ambassade de Corée du Nord dans un litige relatif au remboursement d'un prêt consenti à cette ambassade : CEDH, 14 mars 2013, *Oleynikov c. Russie*, n° 36703/04.

rien liés à sa souveraineté²⁰⁵⁰. Ensuite, l'exception énoncée au second alinéa du texte entrave également de manière importante la mise en œuvre du gage général du créancier. En exigeant du créancier qu'il sollicite une autorisation préalable du juge de l'exécution et qu'il établisse le caractère privé de l'affectation des biens de la banque centrale étrangère que sa saisie vise, l'article L. 153-1 du Code monétaire et financier poursuit un objectif louable – prévenir les saisies infondées et l'indisponibilité des fonds qui en résulte²⁰⁵¹ – mais sa mise en œuvre peut avoir un effet pervers. En effet, un créancier qui solliciterait une mesure d'instruction pour établir l'affectation privée de fonds détenus pour son compte par la banque centrale étrangère donnerait l'occasion à cette dernière de déplacer ses avoirs afin de les mettre hors de portée du créancier poursuivant²⁰⁵². De surcroît, cette autorisation préalable est une protection supplémentaire par rapport au dispositif prévu par la Convention des Nations unies, qui ne prévoit pas une telle autorisation préalable. L'ensemble de ces éléments constituant une atteinte importante aux droits du créancier fait douter sérieusement de la conventionalité de l'article L. 153-1 du Code monétaire et financier. C'est pourtant dans cette direction qu'a persisté le législateur, en renforçant la protection des autres biens des États étrangers à l'occasion de la loi Sapin II.

II. UN RENFORCEMENT POURSUIVI PAR LA LOI SAPIN II

435. L'affaire *Ioukos*, un élément déclencheur. – L'article 59 de la loi n° 2016-1691 du 9 décembre 2016 relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique, dite loi *Sapin II*, est d'abord remarquable en ce qu'il vient codifier et

²⁰⁵⁰ Ce cas de figure correspond en tous points à l'affaire *Noga* précitée, la société créancière étant confrontée à l'inertie de l'État russe. Dans ses conclusions, la société a ainsi affirmé que « *la France ne peut que souffrir gravement du fait que, notoirement, les créanciers détenteurs de titres jugés exécutoires par les plus hautes juridictions françaises, ne parviennent pas à obtenir ce qui leur est dû par un État étranger parfaitement solvable mais parfaitement décidé à ne jamais régler sa dette* » (cité par C. LEGROS, « *Affaire NOGA : l'émergence d'une nouvelle immunité d'exécution ? L'immunité de l'article L. 153-1 CMF* », *Gaz. pal.* 21 févr. 2009, p. 2, spéc. n° 27).

²⁰⁵¹ Encore faut-il qu'en pratique, l'huissier de justice ne procède à la saisie d'avoirs d'une banque centrale étrangère que sur production d'une telle autorisation, ce qui n'a pas été le cas dans l'affaire *Central Bank of Iraq c. Novoparc* et a ainsi occasionné le blocage de fonds de la *Central Bank of Iraq* durant plusieurs années jusqu'à la mainlevée des saisies (TGI Nanterre, JEX, 1^{er} juill. 2014, n° 12/02928 et TGI Paris, JEX, 22 oct. 2012, n° 12/80662). Sur cette affaire, v. A. AMIR-ASLANI, A. ALBOU, « *La forteresse de l'immunité d'exécution des biens des banques centrales étrangères* », *Banque & Droit* mars-avril 2015, p. 12.

²⁰⁵² « *Dès lors, l'onus probandi exigé par la cour d'appel, qui se drape de l'apparence d'une règle de procédure inoffensive, organise en réalité une impossibilité de fait pour le créancier d'obtenir la mesure d'exécution qu'il sollicite.* » (R. BISMUTH, note sous Versailles, 1^{er} oct. 2015, *JCP G* 2016, 442)

modifier le régime de droit français de l'immunité d'exécution construit depuis plus de trente ans par la jurisprudence. Mais il est d'autant plus remarquable que son audience a largement dépassé le sérail de la doctrine. Une telle médiatisation est due à l'événement qui semble avoir déterminé l'amendement à l'origine de cet article. En juillet 2014, une sentence arbitrale a condamné l'État russe à indemniser à hauteur de cinquante milliards de dollars les anciens actionnaires de la société *Ioukos*, liquidée pour des motifs politiques²⁰⁵³. Ces derniers ont alors obtenu l'*exequatur* de la sentence dans plusieurs États sur le territoire desquels la Russie possède des biens, dont la France, pour solliciter la saisie d'un certain nombre de ces biens²⁰⁵⁴. À la suite de pressions exercées sur le gouvernement français et rapportées par la presse généraliste²⁰⁵⁵, un amendement gouvernemental réformant le régime de l'immunité d'exécution a donc été déposé et adopté pour devenir l'article 59 de la loi *Sapin II*. Si cet événement n'est probablement pas la cause exclusive de cette réforme de l'immunité d'exécution, il ne fait aucun doute qu'il a été un élément déclencheur²⁰⁵⁶.

436. Une loi motivée par la conservation de bonnes relations diplomatiques. – Dès la présentation du projet de loi au Sénat par le ministre de l'époque – Michel SAPIN –, les motivations sont affichées : dénonçant les incertitudes entourant l'application de la Convention des Nations unies de 2004, le ministre remarquait que « *cela aboutit à une prolifération, tout particulièrement dans notre pays, de demandes de saisie d'un certain nombre de créanciers, quels que soient les pays concernés. [...] Cela est très dommageable, y compris pour la qualité de certaines de nos relations diplomatiques* »²⁰⁵⁷. Face à une législation garantissant au patrimoine des États étrangers une « *protection perfectible au regard de nos engagements internationaux* »²⁰⁵⁸, la loi n° 2016-1691 du 9 décembre 2016 a introduit des modifications

²⁰⁵³ Affaire qui a également donné lieu à une condamnation de l'État russe par la Cour européenne des droits de l'homme : CEDH, 20 sept. 2011, *OAO Neftyanaya Kompaniya Yukos c. Russie*, n° 14902/04.

²⁰⁵⁴ Il s'agit notamment de saisies-attributions pratiquées auprès de débiteurs d'entités russes comme *Arianespace* qui était débitrice de *Roscosmos*, l'agence spatiale russe. Sur les décisions du fond rendues à propos de ces saisies, v. T. CLAY, « Arbitrage et règlement alternatif des litiges », *pan.*, *D.* 2016, p. 2589 s., spéc. p. 2600.

²⁰⁵⁵ Le Figaro, « L'« amendement Poutine » adopté dans la loi Sapin 2 », 10 juin 2016 (<https://www.lefigaro.fr/conjoncture/2016/06/10/20002-20160610ARTFIG00199-l-amendement-poutine-adopté-dans-la-loi-sapin-2.php>).

²⁰⁵⁶ Une réforme analogue est intervenue un an plus tôt en Belgique, État sur le territoire duquel des saisies de biens russes ont également été pratiquées, toujours dans le cadre de l'affaire *Ioukos*. La loi du 23 août 2015 a ainsi inséré dans le Code judiciaire belge un article 1412 *quinquies* régissant la saisie des biens appartenant à une puissance étrangère ou à une organisation supranationale ou internationale de droit public.

²⁰⁵⁷ Compte-rendu intégral de la séance du jeudi 7 juillet 2016, *JORF Sénat* 2016, p. 12540.

²⁰⁵⁸ Loi n° 2016-1691 du 9 décembre 2016 relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique, Exposé des motifs (à propos de l'article 24 de la loi).

substantielles quant au régime des saisies de biens d'un État étranger, dont l'étude d'impact prévoit qu'elles auront un « *impact positif sur les relations diplomatiques de la France dont la législation ainsi amendée permettra de garantir une sécurité aux missions diplomatiques* »²⁰⁵⁹ et un « *effet vertueux face aux stratégies contentieuses de certains créanciers qui procèdent à des tentatives de voies d'exécution alors même que le bien est susceptible de revêtir un caractère immune en vertu du droit international* »²⁰⁶⁰. Parvenir à cet objectif a impliqué nécessairement de rendre moins aisée la saisie des biens des États étrangers par leurs créanciers sur le territoire français (A), et de déterminer avec plus de précision que la jurisprudence quels biens de l'État étranger situés en France faisaient partie de l'assiette du gage général des créanciers (B).

A.- LA MISE EN ŒUVRE DU GAGE GENERAL COMPLEXIFIEE

437. Ces nouvelles dispositions issues de la loi Sapin II rendent globalement plus fastidieuse l'exécution sur les biens des États étrangers situés en France. Des garde-fous d'ordre procédural sont mis en place pour toute voie d'exécution pratiquée sur des biens publics étrangers (1), et un dispositif spécifique est prévu pour endiguer les stratégies de recouvrement agressives des fonds vautours, catégorie de créanciers mettant en péril l'économie d'États surendettés (2).

1. DES OBSTACLES PROCEDURAUX PLUS NOMBREUX

438. Sans remettre en cause l'existence du gage général que les créanciers ont sur certains biens de leur débiteur souverain situés en France, sa mise en œuvre a été complexifiée. Il est désormais exigé une autorisation judiciaire préalable à la pratique de toute saisie sur ces biens (a). En outre, la renonciation d'un État à son immunité d'exécution est soumise à des conditions plus restrictives (b).

²⁰⁵⁹ Étude d'impact, point 4.2.

²⁰⁶⁰ Étude d'impact, point 4.3.

a. L'AUTORISATION PRÉALABLE, FILTRE JUDICIAIRE AUX VOIES D'EXECUTION SUR LES BIENS D'UN ÉTAT ÉTRANGER

439. L'exigence d'une autorisation préalable du JEX. – Il a été ajouté une disposition dérogatoire au droit commun de l'exécution, reprise de l'article L. 153-1 du Code monétaire et financier, et absente de la Convention des Nations unies²⁰⁶¹ bien qu'existante dans des systèmes juridiques voisins²⁰⁶² : la nécessité d'une autorisation préalable du juge de l'exécution pour exercer une mesure conservatoire ou d'exécution sur des biens appartenant à un État étranger sur le territoire français²⁰⁶³. Au regard du droit commun, cette exigence constitue une « *sérieuse entorse* »²⁰⁶⁴ à l'efficacité du titre exécutoire, censé permettre au créancier qui en est muni de poursuivre l'exécution forcée sur les biens du débiteur²⁰⁶⁵. Préservant l'État étranger²⁰⁶⁶ de saisies mal fondées et préjudiciables pour le bon fonctionnement de ses missions diplomatiques²⁰⁶⁷, cette disposition, aux yeux du gouvernement, ne nuit pas aux créanciers. En effet, puisque l'autorisation du juge doit être rendue par ordonnance sur requête – donc sans procédure contradictoire²⁰⁶⁸ –, l'État étranger n'est pas censé être au courant de la mesure de saisie qui se prépare et est ainsi empêché de déplacer entretemps ses biens en dehors du territoire

²⁰⁶¹ Ce que le ministre SAPIN a reconnu : « *Je le dis d'emblée, cette disposition n'est pas nécessaire pour respecter la convention des Nations unies.* » (Compte-rendu intégral de la séance du jeudi 7 juillet 2016, *JORF Sénat* 2016, p. 12541)

²⁰⁶² Notamment en Belgique : Code judiciaire belge, art. 1412 *quinquies*.

²⁰⁶³ Article 59 de la loi, intégré dans le Code des procédures civiles d'exécution, art. L. 111-1-1 : « *Des mesures conservatoires ou des mesures d'exécution forcée ne peuvent être mises en œuvre sur un bien appartenant à un État étranger que sur autorisation préalable du juge par ordonnance rendue sur requête.* »

²⁰⁶⁴ D. MOURALIS, « Le contentieux devant le juge de l'exécution » in M. DE FONTMICHEL, J. JOURDAN-MARQUES (dir.), *L'exécution des sentences arbitrales internationales*, LGDJ, 2017, p. 131 s., spéc. p. 137, n° 15.

²⁰⁶⁵ CPCE, art. L. 111-2.

²⁰⁶⁶ L'article L. 111-1-1 ne mentionnant que l'État étranger, à la différence de l'article 60 de la loi *Sapin II*, la question se pose de savoir si ce texte ainsi que les deux suivants sont applicables aussi aux entités publiques indépendantes : H. HERMAN, G. HANNOTIN, « Le nouveau régime applicable aux mesures conservatoires et mesures d'exécution prises contre des États étrangers issu de la loi Sapin 2 », *Gaz. pal.*, 9 mai 2017, p. 14.

²⁰⁶⁷ À propos de cette modification, Monsieur SAPIN donnait les raisons suivantes : « *Aujourd'hui, certains créanciers qui savent que leur demande n'est pas forcément tout à fait légitime ou solide la mettent néanmoins en œuvre par le biais d'huissiers ne connaissant pas forcément l'ensemble des subtilités du droit international. Au bout du compte, plusieurs mois après, ils sont déboutés. Mais, entre le moment où ils font fermer tel ou tel consulat ou saisir tel ou tel bien et celui où la justice remet les choses en ordre, le créancier s'est trouvé en situation de force pour discuter avec l'État concerné. Cela ne nous paraît pas être une bonne chose.* » (Compte-rendu intégral de la séance du jeudi 7 juillet 2016, *JORF Sénat* 2016, p. 12540)

²⁰⁶⁸ CPC, art. 493.

français²⁰⁶⁹. Les mêmes doutes que ceux relatifs à la conventionalité de l'article L. 153-1 du Code monétaire et financier²⁰⁷⁰ peuvent être émis s'agissant de cet article L. 111-1-1 du Code des procédures civiles d'exécution²⁰⁷¹. Il n'est pas anodin que cette exigence ait connu « *moult péripéties parlementaires* »²⁰⁷², les commissions des lois des deux chambres parlementaires s'étant prononcées en sa défaveur, puis l'ayant finalement adopté face à sa réintroduction systématique en séance par le gouvernement. L'autorisation préalable contribue à une rejudiciarisation des voies d'exécution lorsqu'elles sont pratiquées sur des biens appartenant à un État étranger²⁰⁷³, qui complexifie la mise en œuvre du gage général des créanciers : établir *ab initio* l'affectation privée du bien visé pour obtenir l'autorisation du juge peut vite relever de la gageure, particulièrement s'il s'agit d'un compte bancaire.

440. Un système complexifiant la saisie des biens de l'État étranger. – Le périmètre des biens saisissables de l'État étranger a également été précisé. Un nouvel article L. 111-1-2 a été ajouté au Code des procédures civiles d'exécution, prenant pour modèle l'article 19 précité de la Convention des Nations unies²⁰⁷⁴. Parmi les conditions autorisant un créancier à pratiquer une saisie sur les biens d'un État étranger, figure au 3° un jugement ou une sentence arbitrale, à condition que le bien concerné par la décision soit « *spécifiquement utilisé ou destiné à être utilisé par ledit État autrement qu'à des fins de service public non commerciales et entretenant un lien avec l'entité contre laquelle la procédure a été intentée* ». À l'approche « substantielle » déterminée par l'arrêt *Eurodif* semble donc succéder une approche « *personnaliste* »²⁰⁷⁵ analogue à celle adoptée par la Convention des Nations unies²⁰⁷⁶, qui dessine un périmètre de biens saisissables potentiellement plus important que le précédent. En effet, sont engagés tous les biens utilisés ou destinés à être utilisés à des fins privées et entretenant « *un lien avec l'entité*

²⁰⁶⁹ Une telle procédure permet de « *ménager les intérêts du créancier poursuivant* » (Exposé des motifs, à propos de l'article 24 du projet de loi). Le Conseil constitutionnel a également relevé que « *cette condition préserve le créancier d'un déplacement des biens visés par la mesure conservatoire ou d'exécution forcée* » (Cons. const., 8 déc. 2016, n° 2016-741 DC ; D. 2017, p. 881, obs. D. FERRIER ; Rev. sociétés 2017, p. 121, obs. B. LECOURT ; Constitutions 2017, p. 52, chron. P. BACHSCHMIDT, et p. 75, chron. J.-F. GIACUZZO ; RTD civ. 2017, p. 593, obs. P. DEUMIER, § 72).

²⁰⁷⁰ V. *supra*, n° 434.

²⁰⁷¹ V. en ce sens R. BISMUTH, « L'immunité d'exécution après la loi Sapin 2 », JDI 2018, doct. 4, spéc. n° 15 ; J. HEYMANN, « La loi Sapin 2 et les immunités d'exécution – À propos de la loi n° 2016-1691 du 9 décembre 2016 », JCP G 2016, 102.

²⁰⁷² J. HEYMANN, art. préc.

²⁰⁷³ V. en ce sens J.-J. ANSAULT, Procédures civiles d'exécution, coll. Manuel, LGDJ, 2019, p. 86, n° 70.

²⁰⁷⁴ V. *supra*, n° 418.

²⁰⁷⁵ V. en ce sens R. BISMUTH, art. préc., spéc. n° 21.

²⁰⁷⁶ Convention des Nations unies préc., art. 19 c).

contre laquelle la procédure a été intentée », qu'ils aient ou non un lien avec la créance cause de la saisie. Comme l'ont relevé certains auteurs, supprimer la condition d'un lien entre la créance cause de la saisie et le bien saisi est « *conforme à la notion de patrimoine, selon laquelle l'actif répond du passif sans distinction* »²⁰⁷⁷, bien qu'il semble que le lien en question soit à comprendre plus largement que la propriété²⁰⁷⁸. Quant à la notion d'usage, elle est susceptible de poser autant de problèmes d'ordre probatoire que la précédente notion d'affectation à laquelle se référait l'arrêt *Eurodif*. Autant l'usage d'un navire de guerre semble relever de manière évidente d'une activité de souveraineté de l'État étranger, autant l'usage de sommes d'argent déposées dans des comptes bancaires est bien plus opaque. La jurisprudence du fond rendue sous l'empire de ces nouveaux textes confirme ces difficultés d'ordre probatoire, particulièrement lorsque les biens visés par le créancier saisissant sont des créances de sommes d'argent²⁰⁷⁹. Certains auteurs ont ainsi perçu dans cette nouvelle procédure de l'autorisation judiciaire préalable l'instauration d'une « *quasi-insaisissabilité de facto* »²⁰⁸⁰.

441. Des doutes quant à la conventionalité du mécanisme. – L'exigence d'une autorisation préalable du juge, combinée à la nécessité de prouver l'utilisation du bien à des fins de service public non commerciales, peut sembler porter une atteinte manifestement disproportionnée au droit à l'exécution. Ce n'est pourtant pas la position retenue par le Conseil d'État ainsi que le Conseil constitutionnel. Le premier a affirmé, dans son avis sur le projet de loi, que les dispositions étaient « *strictement conformes au droit international* »²⁰⁸¹ et « *ne soulevaient pas de difficulté constitutionnelle, ni ne se heurtaient aux stipulations de la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales* »²⁰⁸². Le Conseil constitutionnel considère quant à lui, de manière tout aussi laconique, que le législateur a « *cherché à protéger la propriété des personnes publiques étrangères [...] [et] a ainsi poursuivi un objectif d'intérêt général* »²⁰⁸³, et qu'il en résulte que ces dispositions « *ne méconnaissent*

²⁰⁷⁷ B. AUDIT, L. D'AVOUT, *Droit international privé*, LGDJ, 2018, p. 426, n° 501.

²⁰⁷⁸ M. AUDIT, S. BOLLEÉ, P. CALLÉ, *Droit du commerce international et des investissements étrangers*, 3^e éd., coll. Précis Domat droit privé, LGDJ, 2019, p. 124, n° 143, se référant à l'Annexe de la Convention des Nations unies précisant que le lien entre le bien et l'entité s'entend « *dans un sens plus large que la propriété ou la possession* ».

²⁰⁷⁹ V. les décisions citées par J. MOREL-MAROGER, « Jurisprudence du tribunal de grande instance de Paris », *JCP G* 2017, doct. 687, spéc. n° 6.

²⁰⁸⁰ R. BISMUTH, art. préc., n° 15.

²⁰⁸¹ CE, 24 mars 2016, Avis sur un projet de loi relatif à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique, n° 391.262, § 27 a).

²⁰⁸² Avis préc., § 27 b)

²⁰⁸³ Cons. const., 8 déc. 2016, n° 2016-741 DC, préc., § 69.

ni le droit de propriété ni le droit à obtenir l'exécution d'une décision juridictionnelle »²⁰⁸⁴, sans examen supplémentaire. La pauvreté de la motivation interpelle, alors que sa promotion est aujourd'hui de rigueur dans toutes les juridictions²⁰⁸⁵. Si, à l'avenir, ces dispositions étaient examinées par la Cour européenne des droits de l'homme, le fait qu'elles assurent une protection plus intense de l'immunité d'exécution des États étrangers que les exigences du droit international coutumier pourrait concourir à établir l'absence de rapport raisonnable de proportionnalité entre ces mesures et le but visé de protection des biens de l'État étranger et, plus largement, de sa souveraineté.

b. L'EXIGENCE D'UNE RENONCIATION EXPRESSE A L'IMMUNITÉ D'EXECUTION

442. L'exigence d'une renonciation expresse. – La valse-hésitation de la Cour de cassation quant aux conditions de renonciation de l'État étranger à son immunité d'exécution entre 2011 et 2015²⁰⁸⁶ rendait nécessaire une clarification, au nom de la sécurité juridique. Le législateur a donc figé la position du droit français en la matière, par deux dispositions. L'article L. 111-1-2, 1° du Code des procédures civiles d'exécution dispose que le créancier peut mettre en œuvre son gage général sur les biens de son débiteur souverain si « *l'État concerné a expressément consenti à l'application d'une telle mesure* », entérinant la condamnation de la solution de l'arrêt *Creighton* ²⁰⁸⁷. L'appréciation de cette exigence par le juge de l'exécution va s'avérer cruciale : une convention dans laquelle, par exemple, l'État débiteur s'engage à

²⁰⁸⁴ Déc. préc., § 74.

²⁰⁸⁵ D'une part, les avis du Conseil d'État sont censés – de l'aveu de son vice-président – être « *beaucoup plus développés et approfondis dans leur motivation qu'ils ne l'étaient auparavant, puisqu'ils ne s'adressent plus aux seuls experts du Gouvernement, mais aussi aux membres du Parlement, à la presse, à la communauté juridique et à la population dans son ensemble* » (J.-M. SAUVÉ, Conclusions du colloque « L'Assemblée nationale et les avis du Conseil d'État », 25 nov. 2016, p. 8), et que le Conseil d'État « *s'attache aussi à exposer les raisons d'un avis favorable, lorsqu'il apparaît clair que la disposition en cause fera l'objet d'une contestation devant les juridictions nationales, en particulier le Conseil constitutionnel, ou devant les juridictions européennes* » (J.-M. SAUVÉ, conclusions préc., p. 5). Il faut reconnaître que ces directives de rédaction n'ont pas été respectées. D'autre part, la motivation des décisions est également un nouvel objectif que s'est assigné le Conseil constitutionnel dans son mouvement de réforme de la rédaction de ses décisions (V. le communiqué du président du Conseil constitutionnel, 10 mai 2016). Il semble toutefois, au regard des décisions rédigées à l'aune du nouveau modèle, que la réforme relève plutôt du « *tour de passe-passe médiatique* » (T. PIAZZON, « Chronique de droit privé », *Les nouveaux cahiers du Conseil constitutionnel*, oct. 2016, n° 53, p. 141), certaines formes de rédaction ayant changé – comme la phrase unique – sans pour autant modifier en substance la motivation des décisions. La décision rendue à propos de la loi Sapin II ne dément pas cette impression.

²⁰⁸⁶ V. *supra*, n° 428.

²⁰⁸⁷ Condamnation confirmée par des décisions du fond : v. la jurisprudence sélectionnée et commentée par J. MOREL-MAROGER, « Jurisprudence du tribunal de grande instance de Paris », *JCP G* 2018, doct. 687, spéc. n° 5.

exécuter la sentence arbitrale ne devrait pas permettre de « déduire qu'il a accepté le principe de mesures conservatoires prises avant toute sentence »²⁰⁸⁸.

443. Une disposition spéciale pour étendre le gage aux biens diplomatiques. – En outre, une disposition spéciale a été introduite pour les biens diplomatiques, l'article L. 111-1-3 exigeant, pour autoriser toute voie d'exécution sur ces biens, une renonciation « *expresse et spéciale* » du débiteur. Ce dernier article est la reprise de la solution de la Cour de cassation du 28 septembre 2011²⁰⁸⁹ et infirme donc, de manière évidente, l'arrêt *Commisimpex* de 2015²⁰⁹⁰, mais aussi, par une interprétation *a contrario*, la solution des trois arrêts du 28 mars 2013²⁰⁹¹ ayant étendu l'exigence d'une renonciation expresse et spéciale à tous les biens de l'État étranger utilisés ou destinés à être utilisés à des fins publiques²⁰⁹². Pour justifier la consécration d'une « *immunité d'exécution diplomatique* »²⁰⁹³, il est invoqué la Convention de Vienne du 18 avril 1961 sur les relations diplomatiques, qui ne contient pourtant aucune disposition précise

²⁰⁸⁸ D. MOURALIS, « Le contentieux devant le juge de l'exécution » in M. DE FONTMICHÉL, J. JOURDAN-MARQUES (dir.), *L'exécution des sentences arbitrales internationales*, LGDJ, 2017, p. 131 s., spéc. p. 173, citant, en guise d'illustration un arrêt d'appel : Paris, 6 nov. 2013, *Polo Garments Majunga c. Madagascar*, n° 13/11017.

²⁰⁸⁹ Civ. 1^{re}, 28 sept. 2011, *Sté NML Capital Limited c. République argentine*, n° 09-72057, *Bull. civ. I*, n° 153 ; *Rev. crit. DIP* 2012, p. 124, note H. GAUDEMÉT-TALLON ; *JDI* 2012, comm. 9, note G. CUNIBERTI ; *JCP E* 2012, 1349, chron. J. STOUFFLET et N. MATHEY ; *Dr. & patr.* 2012, p. 86, obs. J.-P. MATTOUT et A. PRÜM ; *RDBF* 2012, comm. 74, F.-J. CRÉDOT et T. SAMIN ; *Gaz. pal.*, 28-29 févr. 2012, p. 18, note C. BRENNER ; *Procédures* 2012, étude 2, obs. P. CHEVALIER et R. LE COTTY ; *Les grandes décisions de la jurisprudence française de droit international public*, Dalloz, 2015, comm. 53, obs. R. BISMUTH.

²⁰⁹⁰ Civ. 1^{re}, 13 mai 2015, *Commisimpex I*, n° 13-17751, *Bull. civ. I*, n° 107 ; *D.* 2015, p. 1936, note S. BOLLÉE, p. 2031, note L. D'AVOUT, et p. 2588, obs. T. CLAY ; *JCP G* 2015, 758, note M. LAAZOUZI ; *Rev. crit. DIP* 2015, p. 652, note H. MUIR WATT ; *JDI* 2016, p. 141, note S. EL SAWAH et Ph. LÉBOULANGER ; *Gaz. pal.* 5 sept. 2015, p. 11, obs. C. BRENNER.

²⁰⁹¹ Civ. 1^{re}, 28 mars 2013, *Sté NML Capital Limited c. République argentine et Sté Total Austral*, n° 10-25938, 11-13323 et 11-10450, *Bull. civ. I*, n° 62, 63 et 64 ; *D.* 2013, p. 1574, obs. A. LEBORGNE, p. 1728, note D. MARTEL et p. 2294, obs. S. BOLLÉE ; *JDI* 2013, comm. 10, rapp. A. MAÏTREPIERRE, note G. CUNIBERTI ; *Rev. crit. DIP* 2013, p. 671, note H. MUIR WATT ; *JCP G* 2013, 406, note J.-B. DONNIER ; *RTD civ.* 2013, p. 437, obs. R. PERROT ; *RTD civ.* 2014, p. 319, obs. L. USUNIER ; *RDC* 2013, p. 1485, note M. LAAZOUZI ; *Gaz. pal.*, 15 mars 2014, p. 12, obs. C. BRENNER ; *Les grandes décisions de la jurisprudence française de droit international public*, Dalloz, 2015, comm. 53, note R. BISMUTH.

²⁰⁹² Il est notable qu'en droit belge, la loi codifiant le régime de l'immunité d'exécution avait, en premier lieu, exigé que la renonciation à l'immunité d'exécution soit, pour tous les biens, expresse et spéciale (Code judiciaire, art. 1412 *quinquies*, § 2, 1^o). L'exigence de spécialité a toutefois été censurée par la Cour constitutionnelle belge, laquelle s'est fondée sur l'article 19 de la Convention des Nations unies du 2 décembre 2004 et sur un arrêt de la Cour internationale de justice (CIJ, *Allemagne c. Italie*, 3 févr. 2012, Recueil 2012, p. 99, spéc. § 118) pour considérer que cette exigence allait « *au-delà de ce qui résulte des règles de droit international généralement reconnues en la matière* » et violait notamment l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme et l'article 1^{er} du Premier Protocole additionnel à cette Convention (Cour constitutionnelle belge, 27 avr. 2017, n° 48/2017, *Moniteur belge* 12 juin 2017, p. 6353, spéc. B.20.1). Elle n'a admis l'exigence de spécialité que pour les biens diplomatiques, sur le fondement de la Convention de Vienne du 18 avril 1961 (*id.*).

²⁰⁹³ M.-L. NIBOYET, G. DE GEOUFFRE DE LA PRADELLE, *Droit international privé*, 6^e éd., coll. Manuel, LGDJ, 2017, p. 459, n° 677.

relative aux modalités de renonciation à l'immunité d'exécution des biens d'une mission diplomatique²⁰⁹⁴. Elle se justifie bien plutôt par l'incident diplomatique créé par l'arrêt *Commisimpex*, dont la solution libérale a été le point de départ de nombreuses saisies pratiquées sur les comptes bancaires de missions diplomatiques d'États endettés sur le territoire français, occasionnant à ces dernières des difficultés de fonctionnement considérables²⁰⁹⁵. En somme, depuis la loi *Sapin II*, une renonciation expresse est exigée pour que le créancier d'un État étranger puisse solliciter la saisie de biens utilisés à des fins de service public non commerciales, à l'exception des biens utilisés par les missions diplomatiques de l'État, lesquels nécessitent une renonciation expresse *et spéciale* de l'État étranger pour être saisissables.

444. La curieuse réception des textes par la Cour de cassation. – Aucune application rétroactive des dispositions de la loi *Sapin II* n'ayant été prévue, il était probable que la Cour de cassation ne livrerait son interprétation de ces textes qu'un certain nombre d'années après leur entrée en vigueur. Pourtant, la Cour régulatrice a, dans deux arrêts rendus en janvier 2018²⁰⁹⁶, déjà fait référence, dans son visa, aux articles L. 111-1-2 et L. 111-1-3 du Code des procédures civiles d'exécution pour casser un arrêt d'appel ayant validé des saisies pratiquées par un créancier de la République du Congo sur des comptes bancaires diplomatiques, sur le fondement du dernier état de la jurisprudence de la Cour de cassation à l'époque, l'arrêt du 13 mai 2015. La curiosité de la motivation de la Cour de cassation nous impose de citer exhaustivement la Cour :

²⁰⁹⁴ L'article 32, 4° de cette convention dispose seulement que « la renonciation à l'immunité de juridiction pour une action civile ou administrative n'est pas censée impliquer la renonciation à l'immunité quant aux mesures d'exécution du jugement, pour lesquelles une renonciation distincte est nécessaire ».

²⁰⁹⁵ V. not. les déclarations de l'ambassadeur d'Argentine en France : « On ne pouvait plus payer ni les salaires des employés, ni EDF, ni rien, raconte Jorge Faurie. On a obtenu l'autorisation du juge de retirer de l'argent pendant quelques jours pour acquitter les factures urgentes. Le reste du temps, on a fonctionné grâce à l'aide de notre ambassade en Suisse... » (Propos rapportés par Libération, « La France, complice malgré elle des fonds vautours », 31 mai 2016, disponible sur https://www.liberation.fr/france/2016/05/31/la-france-complice-malgre-elle-des-fonds-vautours_1456457).

²⁰⁹⁶ Civ. 1^{re}, 10 janv. 2018, *Commisimpex 2*, n° 16-22494, *Bull. civ. I*, n° 2 ; *D.* 2018, p. 541, note B. HAFTEL, p. 966 obs. F. JAULT-SESEKE, p. 1223, obs. A. LEBORGNE, p. 1934, obs. L. D'AVOUT, et p. 2448, obs. T. CLAY ; *Rev. crit. DIP* 2018, p. 315, note D. ALLAND ; *RTD civ.* 2018, p. 353, obs. L. USUNIER et P. DEUMIER, et p. 474, obs. Ph. THÉRY ; *JCP G* 2018, 294, concl. N. ANCEL, 295, note M. LAAZOUZI et J. DALMASSO, et 1282, note C. NOURISSAT ; *JDI* 2018, p. 570, note J.-S. BAZILLE et R. BISMUTH ; *Rev. arb.* 2018, p. 382, note D. COHEN ; *Procédures* 2018, comm. 74, note L. RASCHEL ; *Gaz. pal.*, 15 mai 2018, n° 17, p. 80, obs. M. NIOCHE, et 19 juin 2018, n° 22, p. 37, obs. C. BRENNER – Civ. 1^{re}, 24 janv. 2018, n° 16-16511, Inédit ; *D.* 2018, p. 1934, obs. L. D'AVOUT et p. 2448, obs. T. CLAY ; *JCP G* 2018, 687, n° 5, obs. J. MOREL-MAROGER ; *JDI* 2018, p. 570, note J.-S. BAZILLE et R. BISMUTH ; *Gaz. pal.* 24 juill. 2018, p. 22, obs. D. BENSUADE.

« [...] ces dispositions législatives [les articles L. 111-1-2 et L. 111-1-3], qui subordonnent la validité de la renonciation par un État étranger à son immunité d'exécution, à la double condition que cette renonciation soit expresse et spéciale, contredisent la doctrine isolée résultant de l'arrêt du 13 mai 2015, mais consacrent la jurisprudence antérieure (1re Civ., 28 septembre 2011, pourvoi n° 09-72.057, Bull. 2011, I, n° 153 ; 1re Civ., 28 mars 2013, pourvois n° 10-25.938 et n° 11-10.450, Bull. 2013, I, n° 62 et 63) ; que certes, elles concernent les seules mesures d'exécution mises en oeuvre après l'entrée en vigueur de la loi et, dès lors, ne s'appliquent pas au présent litige ; que, toutefois, compte tenu de l'impérieuse nécessité, dans un domaine touchant à la souveraineté des États et à la préservation de leurs représentations diplomatiques, de traiter de manière identique des situations similaires, l'objectif de cohérence et de sécurité juridique impose de revenir à la jurisprudence confortée par la loi nouvelle [...]. »

Si cet arrêt soulève des questions de différents ordres, nous nous concentrerons sur les enseignements qu'il apporte sur le régime de l'immunité d'exécution. Le raisonnement adopté par la Cour de cassation est, sans aucun doute, animé par des considérations politiques, ce qu'elle ne cherche pas à dissimuler²⁰⁹⁷. L'interprétation qu'elle semble retenir des dispositions de la loi *Sapin II* est, quant à elle, plus surprenante : celles-ci, selon la Cour, « subordonnent la validité de la renonciation par un État étranger à son immunité d'exécution, à la double condition que cette renonciation soit expresse et spéciale ». Aucune distinction n'est ici faite entre les biens diplomatiques et les autres biens, ce qui évoque la position que la Cour avait adoptée dans les arrêts de 2013. Cette jurisprudence est d'ailleurs mentionnée par les hauts magistrats comme étant, selon eux, consacrée par la loi, ce qui est pourtant inexact. La Cour de cassation compte-t-elle interpréter les textes de la loi *Sapin II* de telle manière qu'une renonciation expresse et spéciale à l'immunité d'exécution soit exigée pour saisir les biens utilisés à des fins publiques par l'État étranger ? C'est l'impression que donne la lecture de cet arrêt²⁰⁹⁸, qui a cependant été dissipée par un arrêt ultérieur relatif à une question prioritaire de constitutionnalité posée quant à la conformité à la Constitution de « la portée effective de l'interprétation jurisprudentielle constante conférée par la Cour de cassation à l'article L. 111-1-3 du code des procédures civiles d'exécution ». La Cour a répondu, pour ne pas

²⁰⁹⁷ L'avocat général a ainsi souligné, dans son avis, qu'« il mérite de ne pas perdre de vue la dimension stratégique de telles saisies en ce qu'elles mettent sous pression les États concernés en multipliant les mesures de contrainte. Par ricochet, elles mettent sous pression la France et certains de ses intérêts économiques à l'étranger » (N. ANCEL, concl. préc.).

²⁰⁹⁸ Semblant retenir une telle interprétation, v. B. AUDIT, L. D'AVOUT, *Droit international privé*, LGDJ, 2018, p. 424, n° 500 ; J.-B. RACINE, F. SIIRIAINEN, *Droit du commerce international*, 3^e éd., coll. Cours, Dalloz, 2018, p. 137, n° 170 ; H. KENFACK, *Droit du commerce international*, 7^e éd., coll. Mémentos, Dalloz, 2019, p. 113. Préconisant cette solution, v. F. GIANSETTO, *Le traitement juridictionnel de l'insolvabilité de l'État*, préf. V. Heuzé et H. Muir Watt, coll. des thèses, Institut universitaire Varenne, 2017, p. 412, n° 551. Cette interprétation semble même avoir été adoptée dans une décision de première instance : TGI Paris, JEX, 16 janv. 2018, n° 18/68 cité par J. MOREL-MAROGER, « Jurisprudence du tribunal de grande instance de Paris », *JCP G* 2018, doct. 687, spéc. n° 5.

renvoyer la QPC au Conseil constitutionnel, qu'il résultait des deux arrêts précités de 2018 « *qu'une mesure conservatoire portant sur des comptes bancaires ouverts par l'ambassade en France d'un État étranger, affectés à l'exercice de sa mission diplomatique, ne peut être pratiquée qu'autant que cet État a renoncé expressément et spécialement à son immunité d'exécution* »²⁰⁹⁹. Cette interprétation stricte des textes de la loi *Sapin II* est également adoptée par la Cour d'appel de Paris, laquelle a eu l'occasion de valider des saisies-attributions pratiquées sur des comptes bancaires de la République du Congo non affectés au fonctionnement d'une mission diplomatique en énonçant que l'article L. 111-1-3 du Code des procédures civiles d'exécution « *concerne les mesures d'exécution sur les seuls biens des missions diplomatiques ou des postes consulaires des États étrangers* » et qu'ainsi, « *pour les autres biens appartenant à un État étranger, l'article L. 111-1-2 continue de ne poser que la seule exigence d'une renonciation expresse, sans ajouter l'exigence d'une renonciation spéciale* »²¹⁰⁰.

L'interprétation à donner à ces dispositions paraît donc, à présent, stabilisée, ce qui vient enfin apporter de la sécurité juridique au régime de la renonciation à l'immunité d'exécution. Ces dispositions issues de la loi *Sapin II* que nous avons décrites rendent plus ardue la mise en œuvre du gage général des créanciers d'États étrangers sur les biens de leur débiteur situés en France, mais il est une catégorie de créanciers pour laquelle la tâche est rendue encore plus rude.

2. UNE DISPOSITION SPECIALE DESTINEE AUX FONDS VAUTOURS

445. Face à la recrudescence de saisies pratiquées en France contre des biens publics étrangers par des créanciers aux méthodes de recouvrement très offensives et susceptibles de mettre en péril des États en grande difficulté financière (a), le législateur a décidé de contenir ces agissements en affectant la mise en œuvre, par ces créanciers, de leur gage général (b).

²⁰⁹⁹ Civ. 1^{re}, 2 oct. 2019, n° 19-10669, QPC ; *D.* 2020, p. 951, obs. F. JAULT-SESEKE ; *RTD civ.* 2019, p. 927, obs. Ph. THÉRY.

²¹⁰⁰ Paris, 24 janv. 2018, n° 17/13173, *Gaz. pal.* 24 juill. 2018, p. 22, obs. D. BENSUADE. Outre cet arrêt, v. Paris, 3 mai 2018, n° 17/09302 ; Paris, 6 sept. 2018, n° 17/13150, n° 17/15690 et 18/02522, *D.* 2018, p. 2448, obs. T. CLAY.

a. LA NECESSITE DE REGULER LES STRATEGIES DE RECOUVREMENT AGRESSIVES DES
FONDS VAUTOURS

446. Des acquéreurs de créances cédées sur le marché secondaire. – Les fonds vautours sont des entités commerciales dont l'activité consiste à acquérir des créances détenues en particulier contre des États étrangers en péril financier²¹⁰¹, pour lesquelles ces derniers ont consenti à renoncer à leur immunité d'exécution. Face aux difficultés de recouvrement rencontrées par le créancier cédant, la créance est cédée à un prix modique par rapport à sa valeur nominale, ce qui donne l'opportunité au cessionnaire, le fonds vautour, de réaliser un bénéfice conséquent s'il parvient à recouvrer la créance, ne serait-ce que partiellement. Selon un rapport du Comité consultatif du Conseil des droits de l'homme réalisé en 2016, « *les taux de recouvrement des fonds vautours représentent en moyenne 3 à 20 fois leur investissement, ce qui équivaut à des rendements de 300% à 2000%* »²¹⁰². Une telle rentabilité est obtenue au moyen de stratégies de recouvrement extrêmement agressives, qui ont valu à ces fonds d'être qualifiés de « vautours » par l'opinion internationale.

447. Des fonds abusant du droit de recouvrer leur créance. – En l'absence de procédure d'insolvabilité applicable aux États, un État en difficulté doit, pour restructurer sa dette, négocier avec ses créanciers, ce qui implique leur coopération²¹⁰³. La stratégie des fonds vautours consiste à refuser toute coopération et à chercher à mettre en œuvre leur gage général sur le patrimoine de l'État débiteur. Cette phase de recouvrement est très longue²¹⁰⁴, et s'opère à l'échelle internationale, des saisies étant pratiquées dans les États sur le territoire desquels l'État débiteur possède des biens et, de préférence, dans lesquels les juridictions adoptent une conception restrictive de l'immunité d'exécution²¹⁰⁵. Les fonds vautours font alors souvent

²¹⁰¹ Avant de concentrer leur activité sur les dettes d'États, les fonds vautours rachetaient et poursuivaient le recouvrement de dettes de sociétés au bord de la faillite : C. LEQUESNE ROTH, *Le régime contractuel de défaut des États débiteurs européens*, préf. B. Frydman, coll. Bibliothèque de droit des entreprises en difficulté, t. 16, LGDJ, 2018, p. 255, n° 339.

²¹⁰² *Rapport du Comité consultatif du Conseil des droits de l'homme sur les activités des fonds vautours et leurs incidences sur les droits de l'homme*, Conseil des droits de l'homme, 33^e session, 20 juill. 2016, A/HRC/33/54, p. 5.

²¹⁰³ Sur cette pratique chez les États membres de l'Union, v. C. LEQUESNE ROTH, *op. cit.*

²¹⁰⁴ Qui s'accompagne donc d'une majoration des intérêts et pénalités de retard.

²¹⁰⁵ H. MUIR WATT, « L'immunité souveraine et les fonds « vautour » - À propos de *La générale des Carrières et des Mines v. F.G. Hemisphere Associates LLC* », *Rev. crit. DIP* 2012, p. 789 s., spéc. p. 791, n° 3.

preuve d'audace quant aux biens qu'ils cherchent à saisir : créances sociales et fiscales²¹⁰⁶, comptes bancaires des missions diplomatiques²¹⁰⁷, avion présidentiel²¹⁰⁸, navire militaire²¹⁰⁹, satellite spatial²¹¹⁰, autant de biens dont la saisissabilité a été questionnée en présence d'une renonciation générale de l'État débiteur à son immunité d'exécution. La tactique consiste, pour les fonds vautours, à contester le régime de l'immunité d'exécution applicable dans l'État concerné pour convaincre les juridictions du bienfondé de leur mesure d'exécution et ainsi « ouvrir la brèche la plus large possible dans le cordon sanitaire dont le droit entoure la souveraineté »²¹¹¹. Si les fonds vautours n'obtiennent pas gain de cause et subissent la mainlevée de leur saisie, ils mettent alors en œuvre leur gage général sur des biens dont la saisissabilité est moins douteuse, « jusqu'à ce que l'exécution s'ensuive »²¹¹² et que les fonds obtiennent, au fil des procédures, recouvrement complet de leur créance.

448. La nécessité de protéger les États débiteurs les plus pauvres. – Le risque de telles méthodes est de mener à la ruine les États débiteurs visés, alors qu'ils sont, bien souvent, déjà

²¹⁰⁶ Le fonds NML a ainsi pratiqué des saisies conservatoires entre les mains des sociétés Total, Air France et BNP Paribas sur des créances portant sur des sommes dues au titre de contributions sociales et fiscales par les succursales argentines de ces sociétés. Ce sont ces saisies qui ont fait l'objet des trois arrêts du 28 mars 2013 rendus par la Cour de cassation.

²¹⁰⁷ Le fonds NML a ainsi pratiqué des saisies sur les comptes bancaires de l'ambassade d'Argentine en France, plus précisément sur les comptes affectés à l'attaché à la Défense, à l'armée argentine, à la force aérienne, à la Fondation argentine aidant les étudiants, à l'Office du tourisme et à la délégation argentine à l'UNESCO. Ce sont ces saisies qui ont fait l'objet de l'arrêt du 28 septembre 2011 rendu par la Cour de cassation.

²¹⁰⁸ Le gouvernement argentin a ainsi décidé, en 2013, de louer un avion pour les déplacements présidentiels dans quatre États afin de ne pas ne pas subir la saisie de l'avion présidentiel, « hautement probable » selon le secrétaire général de la présidence (<https://www.24heures.ch/monde/argentine-loue-avion-eviter-saisie/story/12113166>).

²¹⁰⁹ Le fonds NML a ainsi saisi un navire de la marine argentine, la frégate *Libertad*, amarré au Ghana. La mesure a été validée par les juridictions du fond ghanéennes puis, un an plus tard, le Tribunal international du droit de la mer a ordonné que le navire soit autorisé à quitter les eaux du Ghana, et la Cour suprême du Ghana a cassé l'arrêt d'appel validant la saisie. Pour un bref résumé de cet épisode de l'affaire opposant NML à l'État argentin, v. C. KLEINER, « L'affaire du siècle : *NML c/ République d'Argentine* ou la « contribution » des fonds vautours au droit international » in *Mélanges en l'honneur du Professeur Pierre Mayer*, LGDJ, 2014, p. 391 s., spéc. p. 403.

²¹¹⁰ Saisie tentée par le fonds NML contre l'État argentin, qui a été empêchée par une juridiction californienne dans la mesure où le satellite n'était pas utilisé à des fins commerciales : US District Court for Central district of California, *NML Capital Ltd v. Spaceport Systems International LP*, 788 F. Supp. 2d 1111, May 25th 2011, cité par C. LEQUESNE ROTH, *op. cit.*, p. 331, n° 431.

²¹¹¹ D. BUREAU, H. MUIR WATT, *Droit international privé*, t. I, *Partie générale*, 4^e éd., coll. Thémis, PUF, 2017, p. 126, n° 100.

²¹¹² *Ibid.*

en proie à des désordres sociaux importants²¹¹³. Cette issue peut advenir même si les saisies n'aboutissent pas eu égard au coût que représente la défense à de si nombreuses procédures intentées dans le monde entier. Les méthodes de recouvrement utilisées par les fonds vautours ont peu à peu éveillé les soupçons des juridictions étatiques, des gouvernements nationaux et des institutions internationales. Il est, en effet, difficilement concevable de faire primer le droit à l'exécution d'une créance sur le droit de tout État à subsister, raisonnement qu'implique l'application des règles de droit privé à ces rapports d'obligation²¹¹⁴. Ces pratiques sont également condamnables en ce que les fonds vautours, dans leur quête d'actifs étatiques à appréhender, pourraient tout à fait être amenés à saisir des sommes versées à l'État en difficulté par des institutions internationales comme le Fonds monétaire international ou la Banque mondiale au titre d'une aide au développement, ce qui détournerait ainsi ces sommes de leur affectation initiale.

449. Peu de loi « anti-fonds vautours » en droit comparé. – Avant que le législateur français ne s'empare du sujet, deux États, la Belgique et le Royaume-Uni, ont refusé de continuer à considérer ces litiges entre fonds vautours et États étrangers en difficulté comme un « *banal contentieux de l'inexécution contractuelle* »²¹¹⁵ et ont adopté une loi « anti-fonds vautours ». En droit belge, une première loi a été adoptée en 2008²¹¹⁶ afin de rendre insaisissables les sommes et les biens destinés à la coopération internationale belge, les sommes et les biens destinés à l'aide publique belge au développement, ainsi que les sommes prêtées par l'État belge à des États ou organismes étrangers²¹¹⁷. Ces dispositions visent donc les

²¹¹³ Il ne faut, toutefois, pas surestimer l'impact des actions des créanciers sur le défaut d'un État : P. WAUTELET, « Vulture funds, creditors and sovereign debtors : how to find a balance ? » in M. AUDIT (dir.), *Insolvabilité des États et dettes souveraines*, coll. Droit des affaires, LGDJ, 2011, p. 103 s., spéc. p. 130. De surcroît, les fonds vautours, en recouvrant, certes de manière très agressive, les dettes d'État, assurent à ces dernières une certaine liquidité sur le marché, ce qui permet de « *favoriser les échanges commerciaux et financiers avec les États* » (R. THOMINETTE, « Faut-il interdire au créancier d'un État étranger d'avoir accès aux juridictions françaises ? », *D.* 2007, p. 1897).

²¹¹⁴ Rapp. H. MUIR WATT, « Dette souveraine et main visible du marché : de nouveaux enjeux du droit international privé des contrats », *Rev. crit. DIP* 2015, p. 331 s., spéc. p. 352, n° 44 : « *Le rachat de la dette souveraine en détresse par des fonds d'investissement ouvre plus largement le débat relatif à l'utilisation de mécanismes juridiques de droit commercial contractuel pour régler des problèmes qui mettent en cause les politiques publiques. Le régime de droit privé, morcelé et largement déterminé par la mobilisation d'une stratégie contentieuse implacable, est clairement inadéquat pour répondre aux problèmes structurels que pose la relation entre les marchés financiers et l'économie globale.* »

²¹¹⁵ M. AUDIT, « Le « défaut souverain » l'est-il vraiment ? Analyse rétrospective du non-remboursement de dettes publiques », *RFDA* 2019, p. 243 s., spéc. n° 36.

²¹¹⁶ Loi du 6 avril 2008 visant à empêcher la saisie ou la cession des fonds publics destinés à la coopération internationale, notamment par la technique des fonds vautours, *Moniteur belge*, 16 mai 2008, p. 25594.

²¹¹⁷ Loi préc., art. 2 et 3.

méthodes de recouvrement des fonds vautours, sans pour autant faire de ces derniers une catégorie spécifique de créanciers. Ce pas a été franchi en 2015 par une seconde loi²¹¹⁸, dont le champ d'application est limité aux créanciers « [poursuivant] *un avantage illégitime par le rachat d'un emprunt ou d'une créance sur un État* »²¹¹⁹. La recherche d'un avantage illégitime se déduit, selon cette loi, de l'existence d'une disproportion manifeste entre la valeur de rachat de la créance et sa valeur nominale ou le montant demandé par le créancier²¹²⁰, et d'un critère supplémentaire parmi plusieurs établis par cette loi, caractéristiques des fonds vautours et de leur *modus operandi*²¹²¹. Cette loi a pour effet de *limiter* les droits du créancier « *au prix qu'il a payé pour racheter ledit emprunt ou ladite créance* »²¹²², privant ainsi de tout bénéfice, dans cette opération, le créancier censé être un fonds vautour. En outre, pour assurer l'effectivité de la loi²¹²³, il a été prévu que ces dispositions étaient d'ordre public, empêchant le créancier d'obtenir un titre exécutoire en Belgique ou une voie d'exécution sur un bien de l'État débiteur situé sur le territoire belge²¹²⁴.

Au Royaume-Uni, le *Debt Relief Act* a été adopté en 2010²¹²⁵. Il ne vise pas spécifiquement les fonds vautours mais les créances détenues contre les États éligibles à l'Initiative PPTE (Pays pauvres très endettés) mise en place par le FMI et la Banque mondiale afin de rendre soutenable la dette des États les plus pauvres²¹²⁶. Ce texte vise à plafonner le

²¹¹⁸ Loi du 12 juillet 2015 relative à la lutte contre les fonds vautours, *Moniteur belge*, 11 sept. 2015, p. 57357.

²¹¹⁹ Loi préc., art. 2, al. 1^{er}.

²¹²⁰ Loi préc., art. 2, al. 3 : « *La recherche d'un avantage illégitime se déduit de l'existence d'une disproportion manifeste entre la valeur de rachat de l'emprunt ou de la créance par le créancier et la valeur faciale de l'emprunt ou de la créance ou encore entre la valeur de rachat de l'emprunt ou de la créance par le créancier et les sommes dont il demande le paiement.* »

²¹²¹ Il peut s'agir de l'état d'insolvabilité ou de cessation des paiements subi par l'État au moment du rachat de la créance, ou de la localisation du siège du créancier sur le territoire d'un État considéré comme un paradis fiscal, ou de l'usage systématique par le créancier de procédures judiciaires pour obtenir remboursement de la créance acquise, ou du refus par le créancier de participer aux mesures de restructuration de la dette dont a fait l'objet l'État débiteur, ou de l'abus de la situation de faiblesse de l'État débiteur pour négocier un accord de remboursement manifestement déséquilibré, ou, enfin, de l'impact défavorable sur les finances publiques de l'État débiteur et sur le développement socio-économique de sa population qu'aurait le remboursement intégral de la dette (Loi préc., art. 2, al. 4).

²¹²² Loi préc., art. 2, al. 1^{er}.

²¹²³ V. en ce sens A. BELLE, « La loi belge anti-fonds vautours au sein du droit international sur la dette souveraine : le droit national comme outil de signalement et de gestion de risques de défaut », *Revue belge de droit international* 2018/1, p. 166 s., spéc. p. 172.

²¹²⁴ Loi préc., art. 2, al. 2 : « *Quel que soit le droit applicable à la relation juridique entre le créancier et l'État débiteur, aucun titre exécutoire ne peut être obtenu en Belgique et aucune mesure conservatoire ou d'exécution forcée ne peut être prise en Belgique à la demande dudit créancier en vue d'un paiement à percevoir en Belgique si ce paiement lui procure un avantage illégitime tel que défini par la loi.* »

²¹²⁵ Debt Relief (Developing Countries) Act 2010, Chapter 22.

²¹²⁶ Le texte vise les « *potentially eligible Initiative countries* » (*Debt Relief (Developing Countries) Act*, Chapter 22, Section 1, § 6).

montant des sommes pouvant être recouvrées au montant qui pourrait être obtenu si le créancier agissait dans le cadre de la restructuration de dette prévue par l'initiative²¹²⁷, que le titre sur lequel se fonde le créancier provienne d'un jugement anglais, étranger ou d'une sentence arbitrale²¹²⁸.

b. LA SOLUTION DU DROIT FRANÇAIS : UNE SUSPENSION DU GAGE GENERAL

450. Un dispositif visant les pratiques des fonds vautours. – Près d'une décennie après une proposition de loi visant à lutter contre les fonds vautours, restée à l'époque sans suite²¹²⁹, le législateur français a finalement agi en ce sens à l'article 60 de la loi *Sapin II*, bien déterminé à contenir les stratégies contentieuses de ces créanciers professionnels²¹³⁰ et à devenir un « forum inhospitalier au profit des « fonds vautours » et assimilés »²¹³¹. Le dispositif concerne les dettes contractées par les États étrangers bénéficiant de l'aide publique au développement²¹³² – États auxquels sont assimilés l'État central, les États fédérés ainsi que leurs établissements

²¹²⁷ Le texte parle de « *relevant proportion* » (*Debt Relief (Developing Countries) Act*, Chapter 22, Section 3, § 1 b). V. Sections 3 et 4.

²¹²⁸ *Debt Relief (Developing Countries) Act*, Chapter 22, Section 5, § 1.

²¹²⁹ Proposition de loi de M. Marc LE FUR visant à lutter contre l'action des fonds financiers dits "fonds vautours", n° 131, déposée le 2 août 2007 et renvoyée à la commission des finances, de l'économie générale et du contrôle budgétaire, le texte proposé étant l'insertion d'un article 1701-1 dans le Code civil, énonçant : « *Lorsque le cessionnaire d'une créance née à raison d'une activité autre qu'industrielle et commerciale sur un État souverain ou l'un de ses établissements publics bénéficiant, sous quelque forme que ce soit, y compris d'abandon ou de différé de paiement, d'une aide financière consentie par l'État, l'un de ses établissements publics, ou toute institution internationale à laquelle appartient la France, en poursuit le recouvrement devant un tribunal français, le juge ne fait droit à la demande que dans la limite qu'il estime satisfaisante compte tenu de l'aide consentie par la collectivité publique, des efforts des autres créanciers, et des facultés du débiteur. Les dispositions ci-dessus sont applicables devant toute juridiction.*

Il ne peut être prononcé aucune condamnation ni donné aucun effet en France à un jugement étranger prononcé contre un débiteur visé à l'alinéa précédent ni procédé à aucune voie d'exécution lorsqu'il apparaît au vu des circonstances que l'acquisition de la créance procède d'une spéculation sur les procédures susceptibles d'être intentées contre le cédé et les tiers et non sur la valeur de marché de la créance et son évolution. »

²¹³⁰ Les déclarations du ministre SAPIN sont sans équivoque, lorsqu'il répond aux inquiétudes d'un député à propos de l'article 24 du projet de loi de l'époque : « [...] *je vous demande de ne pas oublier ce qui s'est passé, ou qui pourrait se passer, quand des fonds privés, des « fonds vautours », ont pu saisir, pour des raisons strictement privées, des biens incontestablement diplomatiques dans différents pays dans le but de récupérer des sommes qui leur étaient par ailleurs dues. De tels procédés sont parfaitement tout à fait inadmissibles.* » (Rapport de M. Sébastien DENAJA au nom de la Commission des lois, sur le projet de loi (n° 3623), après engagement de la procédure accélérée, relatif à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique, n° 3785, déposé le 26 mai 2016, spéc. p. 51)

²¹³¹ D. CARREAU, C. KLEINER, *Rép. int.*, v° *Dettes d'État*, janv. 2019, n° 169.

²¹³² Loi n° 2016-1691 du 9 décembre 2016, art. 60, I, 1°.

publics²¹³³ – et qui se trouvent en situation de défaut²¹³⁴ ou ont proposé une modification des termes de la créance au moment où le créancier acquiert le titre²¹³⁵.

451. Un effet de suspension du gage général du créancier. – La disposition a pour effet de contraindre le juge²¹³⁶ à refuser toute mesure conservatoire ou d'exécution sollicitée par le créancier sur des biens de l'État étranger dès lors que ce dernier est en situation de défaut depuis moins de quarante-huit mois, ou a proposé une modification des termes de la créance depuis moins de quarante-huit mois²¹³⁷, ou a obtenu l'acceptation par ses créanciers représentant au moins deux tiers du montant de ses créances de sa proposition de restructuration de la dette²¹³⁸. Il est ainsi laissé un délai minimum de quatre ans à l'État débiteur en difficulté pour restructurer sa dette et faire face aux poursuites des fonds vautours. S'il n'a pas obtenu, d'ici là, un accord de restructuration de sa dette de la part de ses créanciers détenant au moins deux tiers de sa dette, alors le fonds vautour retrouve le libre exercice de son gage général²¹³⁹. Si le débiteur souverain a obtenu cet accord, le juge pourra autoriser les voies d'exécution sollicitées par le cessionnaire dès lors qu'elles portent sur des biens d'une valeur inférieure ou égale au montant qu'il aurait obtenu s'il avait accepté lui aussi la restructuration de la dette²¹⁴⁰.

452. Une disposition incitant le fonds vautour à la coopération. – L'article 60 de la loi *Sapin II* a donc pour objectif clair, outre de préserver indirectement les ressources issues de l'aide publique au développement²¹⁴¹, de contraindre les fonds vautours à participer à la restructuration de la dette de l'État en difficulté²¹⁴², du moins à « *démontrer qu'ils agissent en*

²¹³³ Loi préc., art. 60, V. Une telle disposition est judicieuse car « *le contentieux de l'exécution [intéresse], à titre principal, les émanations d'État* » (C. LEQUESNE ROTH, « La fin des « vautours » ? Retour sur le contentieux stratégique des dettes souveraines », *RIDE* 2018/3, p. 351 s., spéc. p. 360).

²¹³⁴ La situation de défaut étant définie « *conformément aux clauses prévues dans le contrat d'émission ou, en l'absence de telles clauses, par un manquement à l'échéance initiale prévue dans le contrat d'émission* » (Loi préc., art. 60, III).

²¹³⁵ Loi préc., art. 60, I, 2°.

²¹³⁶ Le texte prévoit explicitement qu'« *aucune mesure conservatoire et aucune mesure d'exécution forcée [...] ne peut être autorisée par le juge* » (Loi préc., art. 60, I).

²¹³⁷ Il est ajouté à l'article 60, II que « *le juge peut porter les deux limites de délai de quarante-huit mois mentionnées au 3° du I du présent article à soixante-douze mois en cas de comportement manifestement abusif du détenteur du titre de créance* ».

²¹³⁸ Loi préc., art. 60, I, 3°.

²¹³⁹ D. CARREAU, C. KLEINER, *op. cit.*, n° 168.

²¹⁴⁰ Loi préc., art. 60, IV.

²¹⁴¹ V. en ce sens F. GIANSETTO, *Le traitement juridictionnel de l'insolvabilité de l'État*, préf. V. Heuzé et H. Muir Watt, coll. des thèses, Institut universitaire Varenne, 2017, p. 347, n° 468.

²¹⁴² V. en ce sens C. LEQUESNE ROTH, art. préc., p. 360 : « *[...] l'ensemble de ces mesures exhorte à y participer : les créanciers sont invités à privilégier les voies de la négociation.* »

vertu d'une clause d'action collective »²¹⁴³. L'article 60 évoque ainsi fortement la règle commercialiste de l'arrêt des poursuites individuelles lors de l'ouverture d'une procédure collective : pour que le fonds vautour, d'ordinaire récalcitrant à toute coopération, participe à l'effort collectif de restructuration de la dette, son gage sur les biens du débiteur souverain est neutralisé. Le mécanisme adopté semble équilibré²¹⁴⁴ : il est susceptible de contenir efficacement les stratégies de recouvrement des fonds vautours sans pour autant porter une atteinte trop importante au droit de créance de ces derniers²¹⁴⁵, ce que le Conseil constitutionnel a reconnu en considérant l'article 60 conforme à la Constitution²¹⁴⁶. Le champ d'application restreint de cette disposition participe de ce souci de modérer l'atteinte au droit de créance des fonds vautours : puisque seuls les États bénéficiaires de l'aide publique au développement peuvent se prévaloir de l'article 60, des débiteurs souverains comme la Grèce ou l'Argentine – pourtant prise d'assaut ces dernières années par les multiples saisies pratiquées notamment par le fonds NML²¹⁴⁷ – continuent à être en proie aux poursuites des fonds vautours, ce que certains auteurs ont pu regretter²¹⁴⁸.

Si la loi Sapin II contribue à rendre moins aisée la mise en œuvre du gage général des créanciers des États étrangers sur les biens situés en France, elle a notamment pour mérite de déterminer avec plus de précision, parmi ces biens, lesquels intègrent l'assiette du gage.

B.- L'ASSIETTE DU GAGE GENERAL ESQUISSEE

453. À défaut de conforter le gage général des créanciers des États étrangers, la loi Sapin II vient donner des précisions quant à l'étendue de leur garantie et apporte de la sécurité juridique à une matière jusqu'alors instable. Une liste de biens insaisissables de l'État étranger a ainsi été

²¹⁴³ J.-P. MATTOUT, A. PRÜM, obs. sur la loi n° 2016-1691 du 9 décembre 2016, *Dr. & patr.* mars 2017, p. 108 s., spéc. p. 109.

²¹⁴⁴ Pour une analyse de la proportionnalité de cette disposition, v. A. TENENBAUM, « La limitation des moyens d'action des fonds vautours sur les biens des États étrangers débiteurs : efficacité des initiatives nationales ? » in *Mélanges AEDBF France VII*, RB éd., 2018, p. 375 s., spéc. p. 383-384.

²¹⁴⁵ Il nous paraît moins attentatoire que le dispositif belge précité, qui, si les conditions énoncées sont remplies, limite de plein droit le montant recouvrable par le fonds vautour au prix qu'il a payé pour racheter la créance.

²¹⁴⁶ Cons. const., 8 déc. 2016, n° 2016-741 DC ; *D.* 2017, p. 881, obs. D. FERRIER ; *Rev. sociétés* 2017, p. 121, obs. B. LECOURT ; *Constitutions* 2017, p. 52, chron. P. BACHSCHMIDT, et p. 75, chron. J.-F. GIACUZZO ; *RTD civ.* 2017, p. 593, obs. P. DEUMIER, spéc. § 69, le Conseil affirmant que la protection des biens des États bénéficiant de l'aide publique au développement et exposés à des difficultés financières est un « objectif d'intérêt général », et § 74.

²¹⁴⁷ V. C. KLEINER, « L'affaire du siècle : NML c/ République d'Argentine ou la « contribution » des fonds vautours au droit international » in *Mélanges en l'honneur du Professeur Pierre Mayer*, LGDJ, 2014, p. 391.

²¹⁴⁸ D. CARREAU, C. KLEINER, *op. cit.*, n° 169.

dressée (1), mais il subsiste des incertitudes quant à l'étendue de l'assiette du gage général dans l'hypothèse où l'État débiteur a consenti à renoncer à son immunité d'exécution (2).

1. DES PRECISIONS APPORTEES A LA COMPOSITION DE L'ASSIETTE DU GAGE DU CREANCIER DE L'ÉTAT ETRANGER

454. Le souci didactique du législateur. – La loi *Sapin II* vient utilement apporter des éléments de réponse à la question cruciale de l'assiette du gage du créancier d'un État étranger. Nous avons déjà précisé qu'une disposition proche de l'arrêt *Eurodif*, inspirée de l'article 19 de la Convention des Nations unies, avait été introduite dans le Code des procédures civiles d'exécution, prévoyant que le gage général du créancier était, en toute hypothèse, composé de tout bien « *spécifiquement utilisé ou destiné à être utilisé par ledit État autrement qu'à des fins de service public non commerciales et [entretenant] un lien avec l'entité contre laquelle la procédure a été intentée* »²¹⁴⁹. Le législateur n'en est pas resté là puisqu'il a adjoint à cette disposition une liste non-exhaustive de biens considérés comme spécifiquement utilisés ou destinés à être utilisés par l'État à des fins de service public non commerciales, en d'autres termes des biens *insaisissables*. Un tel souci rédactionnel paraît superflu dans la mesure où cette liste n'est ni plus ni moins que la reprise de la liste énoncée à l'article 21 de la Convention des Nations unies, ratifiée par la France et censée refléter le dernier état du droit international coutumier, mais c'est sans doute dans une volonté de meilleure lisibilité du régime de l'immunité d'exécution que le législateur a préféré « *figer dans le « marbre de la loi » ces stipulations conventionnelles* »²¹⁵⁰.

455. La liste de biens insaisissables. – Sont inclus dans cette catégorie de biens irréfragablement présumés utilisés à des fins souveraines, et par suite insaisissables, tout d'abord les biens utilisés ou destinés à être utilisés par les missions de représentation de l'État étranger, en particulier les missions diplomatiques, les comptes bancaires étant spécialement mentionnés. Cette dernière précision n'est pas innocente, elle renvoie aux multiples litiges qu'ont connus les juridictions françaises à propos de saisies pratiquées sur ces biens, notamment

²¹⁴⁹ CPCE, art. L. 111-1-2, 3°.

²¹⁵⁰ J. HEYMANN, « La loi Sapin 2 et les immunités d'exécution – À propos de la loi n° 2016-1691 du 9 décembre 2016 », *JCP G* 2017, 102.

dans l'affaire opposant la société *Noga* à l'État russe et dans celle opposant le fonds *NML* à l'État argentin²¹⁵¹. Les biens militaires sont, de manière prévisible, également intégrés à cette liste de biens publics insaisissables. Une tentative de saisie sur ces biens peut sembler, de prime abord, improbable, c'est pourtant ce qui est arrivé à l'État russe sur des avions militaires qu'il exposait au salon du Bourget²¹⁵², de même qu'à l'État argentin sur un navire militaire amarré au Ghana²¹⁵³. Suivent, dans la liste, les biens culturels de l'État, situés ou simplement exposés temporairement sur le territoire français. Pour cette dernière hypothèse, une disposition légale préexistait, frappant temporairement d'insaisissabilité les biens culturels prêtés par une puissance étrangère et destinés à être exposés au public en France²¹⁵⁴. Il existe, en outre, des précédents de saisies pratiquées sur des biens culturels d'un État étranger exposés en France, comme la célèbre saisie du navire *Sedov* lors d'une manifestation nautique à Brest, dont la mainlevée a été ordonnée quelques jours plus tard²¹⁵⁵. Enfin, la liste mentionne les créances fiscales et sociales de l'État, seule catégorie de biens ne figurant pas à l'article 21 de la Convention des Nations unies. Cet ajout trouve certainement sa source dans les saisies pratiquées par le fonds *NML* sur des créances détenues par l'Argentine sur des succursales argentines d'entreprises françaises au titre de contributions fiscales et sociales et de redevances relatives à l'exploitation de gisements pétroliers, qui ont donné lieu aux trois arrêts rendus par la Cour de cassation le 28 mai 2013²¹⁵⁶. L'insaisissabilité de ces biens n'étonne pas, tant l'impôt est un attribut de la souveraineté et s'avère indispensable à la subsistance financière de l'État et

²¹⁵¹ V. *supra*, n° 428.

²¹⁵² Le juge de l'exécution a toutefois prononcé la mainlevée des saisies, retenant la nature militaire de ces biens : TGI Bobigny, JEX, 2 juill. 2003, n° 01/06987.

²¹⁵³ Au terme d'une longue bataille judiciaire, le Tribunal international du droit de la mer a ordonné la mainlevée de la saisie : Tribunal international du droit de la mer, 15 déc. 2012, *Argentine c. Ghana*, JDI 2013, comm. 9, note S. EL SAWAH et J. E. VINUALES.

²¹⁵⁴ Loi n° 94-679 du 8 août 1994 (*JORF* n° 184, 10 août 1994, p. 11668), art. 61. Il est prévu, en outre, qu'un « arrêté conjoint du ministre de la culture et du ministre des affaires étrangères fixe, pour chaque exposition, la liste des biens culturels, détermine la durée du prêt et désigne les organisateurs de l'exposition ».

²¹⁵⁵ TGI Brest, JEX, 24 juill. 2000, *DMF* 2000, p. 1026. Décision confirmée en appel : Rennes, 27 juin 2002, n° 00/04888. Sur cette affaire, v. les remarques de J.-P. RÉMERY, « Pour une insaisissabilité temporaire des navires invités à une manifestation nautique. Remarques et réflexions à propos de l'affaire de la saisie du voilier école *Sedov* », *DMF* 2001, p. 611. À l'occasion d'une nouvelle exposition du *Sedov*, en 2016, lors de la même manifestation nautique, un arrêté du ministre de la culture et du ministre des affaires étrangères a été pris afin de rendre temporairement insaisissables les deux navires (Arrêté du 27 juin 2016 relatif à l'insaisissabilité de biens culturels (*JORF* n° 0151, 30 juin 2016, texte n° 66)).

²¹⁵⁶ Civ. 1^{re}, 28 mars 2013, *Sté NML Capital Limited c. République argentine*, n° 10-25938, 11-13323 et 11-10450, *Bull. civ.* I, n° 62, 63 et 64 ; *D.* 2013, p. 1574, obs. A. LEBORGNE, p. 1728, note D. MARTEL et p. 2294, obs. S. BOLLÉE ; *JDI* 2013, comm. 10, rapp. A. MAÎTREPIERRE, note G. CUNIBERTI ; *Rev. crit. DIP* 2013, p. 671, note H. MUIR WATT ; *JCP G* 2013, 406, note J.-B. DONNIER ; *RTD civ.* 2013, p. 437, obs. R. PERROT ; *RDC* 2013, p. 1485, note M. LAAZOUZI ; *Gaz. pal.*, 15 mars 2014, p. 12, obs. C. BRENNER ; *Les grandes décisions de la jurisprudence française de droit international public*, Dalloz, 2015, comm. 53, obs. R. BISMUTH.

du service public qu'il assure²¹⁵⁷. Mais déterminer qu'une créance est fiscale ou sociale ne relève pas de l'évidence, et implique également de savoir au regard de quel droit la qualification est opérée, ce qui est, comme le souligne un auteur, « *annonciateur de bien des difficultés pour le juge de l'exécution* »²¹⁵⁸. D'autres difficultés sont de nature à émerger, malgré ces précisions apportées par la loi *Sapin II*, et concernent l'assiette du gage des créanciers bénéficiaires d'une renonciation de leur débiteur souverain à son immunité d'exécution.

2. LES CONTOURS INCERTAINS DE L'ASSIETTE DU GAGE EN PRESENCE D'UNE RENONCIATION A L'IMMUNITÉ D'EXECUTION

456. L'impossible engagement de tous les biens de l'État débiteur. – Ces précisions apportées par la loi *Sapin II* quant aux biens composant l'assiette du gage des créanciers d'un État étranger s'appliquent que le débiteur ait renoncé ou non à son immunité d'exécution. La question se pose donc de savoir dans quelle mesure une renonciation du débiteur souverain à son immunité d'exécution étend l'assiette du gage de son créancier lorsqu'elle est énoncée en termes généraux²¹⁵⁹. En théorie, si la renonciation de l'État débiteur est expresse, générale et comporte une renonciation spéciale à l'insaisissabilité des biens diplomatiques, celui-ci engage littéralement *tous* ses biens. Toutefois, la doctrine s'accorde pour reconnaître qu'une telle solution n'est « *guère praticable* »²¹⁶⁰ : le droit à l'exécution du créancier ne peut aller jusqu'à justifier la mise en péril de l'État débiteur²¹⁶¹. Cette affirmation peut être fondée sur le droit de

²¹⁵⁷ V. not. J. BUISSON, « Impôt et souveraineté », *APD*, t. 46, 2002, p. 25 s., spéc. p. 31 : « *En fin de compte, l'impôt est sans conteste un révélateur de la Souveraineté. L'État souverain ne peut vivre que grâce aux impôts qu'il lève.* »

²¹⁵⁸ R. BISMUTH, « L'immunité d'exécution après la loi Sapin 2 », *JDI* 2018, doctr. 4, spéc. n° 22.

²¹⁵⁹ L'article L. 111-1-2, 2° prévoit en effet la possibilité pour le créancier d'obtenir de son débiteur souverain une renonciation spéciale sur certains de ses biens.

²¹⁶⁰ Ph. THÉRY, note sous civ. 1^{re}, 6 juill. 2000, *Gaz. pal.* 12 juin 2001, p. 18.

²¹⁶¹ V. en ce sens M. G. KOHEN, « La portée et la validité des clauses contractuelles exorbitantes de renonciation à l'immunité des États » in *Mélanges en l'honneur du professeur Jean-Michel Jacquet*, LexisNexis, 2013, p. 201 s., spéc. p. 212 : « *Si tous les détenteurs de bons argentins contenant la clause examinée avaient agi comme NML, et les organes judiciaires de dernière instance concernés avaient accepté une telle interprétation du droit, l'Argentine serait tout simplement un État incapable de fonctionner.* » ; D. ALLAND, T. FLEURY GRAFF, « Les limites de la renonciation par l'État à son immunité d'exécution », *Rev. crit. DIP* 2016, p. 1 s., spéc. p. 15 s., n° 21 s. ; F. GIANSETTO, *Le traitement juridictionnel de l'insolvabilité de l'État*, préf. V. Heuzé et H. Muir Watt, coll. des thèses, Institut universitaire Varenne, 2017, p. 411 s., n° 550 s., l'auteur préconisant une interprétation extensive de l'article L. 111-1-3 CPCE pour exiger une renonciation expresse et spéciale pour tous les biens utilisés à des fins de service public non commercial.

tout État à sa conservation, lequel trouve généralement à s'appliquer en contexte de guerre²¹⁶², mais pourrait s'appliquer, au besoin, en contexte d'insolvabilité de l'État²¹⁶³. Une réflexion sur ce point est d'autant plus nécessaire que ce risque n'est aujourd'hui plus virtuel au vu du recours massif des États à l'endettement.

457. Vers la reconnaissance d'un « patrimoine de souveraineté » ? – En faisant, une fois de plus, un parallèle avec le droit privé, il est tout à fait envisageable de considérer qu'il existe un « noyau »²¹⁶⁴, un ensemble de biens aussi indispensables à la survie d'un État que les biens formant le patrimoine de dignité²¹⁶⁵ le sont pour une personne privée²¹⁶⁶. Cette parcelle du patrimoine de l'État étranger, par son caractère vital, doit être considérée comme *insaisissable par nature*, de telle sorte que l'État ne puisse consentir à l'intégration de ces biens dans le gage de ses créanciers. Il reste à savoir de quels biens serait composé ce « patrimoine de souveraineté ».

L'on peut, d'abord, sans nul doute considérer comme indispensables à la subsistance d'un État les biens nécessaires à sa défense. C'est le cas des législations américaine et canadienne, qui considèrent les biens de nature militaire ou affectés à une activité militaire comme insaisissables nonobstant une renonciation à l'immunité d'exécution²¹⁶⁷.

Les biens faisant partie du patrimoine culturel de l'État et ceux faisant partie d'une exposition d'objet d'intérêt scientifique, culturel ou historique doivent également être considérés comme insaisissables par nature. S'agissant de ces derniers, ils font déjà l'objet d'une protection spécifique : lorsqu'un État est en proie à des tentatives de saisie de ses créanciers et qu'il prête des biens culturels en vue de leur exposition sur le territoire français,

²¹⁶² Comme l'évoque l'article 51 de la Charte des Nations unies : « *Aucune disposition de la présente Charte ne porte atteinte au droit naturel de légitime défense, individuelle ou collective, dans le cas où un Membre des Nations Unies est l'objet d'une agression armée [...].* »

²¹⁶³ V. en ce sens D. ALLAND, T. FLEURY GRAFF, art. préc., p. 16, n° 21.

²¹⁶⁴ « *Peut-être y a-t-il un noyau où on arriverait à une impossibilité totale ? Par exemple, un navire de guerre est-il insaisissable par nature ?* » (M. COSNARD, *La soumission des États aux tribunaux internes – Face à la théorie des immunités des États*, préf. B. Stern, A. Pedone, 1996, p. 145)

²¹⁶⁵ Sur lequel, v. *supra*, n° 303.

²¹⁶⁶ Opérant ce parallèle, v. L. USUNIER, P. DEUMIER, « Le re-revirement de jurisprudence, source tumultueuse du droit », *RTD civ.* 2018, p. 353 : « *Une insaisissabilité pourrait ainsi être consacrée pour les biens nécessaires à l'existence même de l'État étranger, à l'instar de celles qui sont consacrées en droit privé à l'égard de la partie alimentaire des salaires ou des biens mobiliers nécessaires à la vie du débiteur saisi (C. pr. exéc., art. L. 112-2).* »

²¹⁶⁷ Aux États-unis : *Foreign Sovereign Immunity Act*, art. 1611 (b) (2) ; Au Canada : Loi portant sur l'immunité des États étrangers devant les tribunaux du 3 juin 1982, art. 11, (3), (a) et (b).

le ministre de la culture et le ministre des affaires étrangères ont le pouvoir de prendre un arrêté visant à rendre insaisissables ces biens le temps de l'exposition²¹⁶⁸. Il nous semble peu vraisemblable qu'un bien visé par un tel arrêté puisse être saisi par un créancier de l'État bénéficiaire d'une renonciation de ce dernier à son immunité d'exécution. Quant aux biens faisant partie du patrimoine culturel de l'État, leur insaisissabilité « absolue » pourrait tout à fait trouver sa source dans l'application d'une loi de police de l'État débiteur saisi²¹⁶⁹. Rappelons que les lois de police ont pour caractéristique d'être « *applicables immédiatement, en ce sens qu'elles se passent de l'intermédiaire du procédé des conflits de lois* »²¹⁷⁰ du fait de l'importance de leur observation pour la sauvegarde de l'organisation du pays²¹⁷¹. Il est probable que la loi de l'État débiteur prévoit une insaisissabilité de ses biens culturels, or il s'agit de toute évidence d'une disposition essentielle, en particulier pour la sauvegarde de l'identité culturelle du pays. Aussi le juge français devrait-il appliquer cette disposition étrangère afin de protéger l'intérêt de l'État étranger²¹⁷² et prononcer le cas échéant la mainlevée de la voie d'exécution pratiquée sur un tel bien²¹⁷³. De surcroît, parmi ces biens culturels, certains peuvent prétendre à faire partie d'une universalité plus vaste que le patrimoine de l'État, le patrimoine commun²¹⁷⁴. De par son caractère commun à l'humanité, la question de son appartenance ne se pose pas véritablement²¹⁷⁵, ce qui rend inenvisageable toute voie d'exécution pratiquée sur des biens de ce patrimoine commun.

²¹⁶⁸ Loi n° 94-679 du 8 août 1994 (*JORF* n° 184, 10 août 1994, p. 11668), art. 61.

²¹⁶⁹ Précisons également que si les biens culturels appartenant à l'État étranger ont été mis en dépôt sur le territoire français à la suite d'une situation d'urgence sur le territoire de l'État étranger, l'alinéa 3 de l'article L. 111-11 du Code du patrimoine prévoit que ces biens sont « *insaisissables pendant la durée de leur séjour sur le territoire national* ». De la même manière que pour l'insaisissabilité temporaire frappant les biens culturels de l'État étranger exposés sur le territoire français, il nous semble que cette insaisissabilité vaut nonobstant la renonciation à l'immunité d'exécution qu'a consenti l'État étranger au créancier cherchant à saisir un tel bien.

²¹⁷⁰ Ph. FRANCESKAKIS, « Quelques précisions sur les « lois d'application immédiate » et leurs rapports avec les règles de conflits de lois », *Rev. crit. DIP* 1966, p. 1 s., spéc. p. 3.

²¹⁷¹ Elles sont ainsi « *considérées dans l'ordre juridique dont elles émanent comme internationalement impératives compte tenu de leur but* » (B. AUDIT, L. D'AVOUT, *Droit international privé*, LGDJ, 2018, p. 173, n° 188).

²¹⁷² Sur l'application d'une loi de police étrangère par le juge français, v. P. MAYER, V. HEUZÉ, *Droit international privé*, 11^e éd., coll. Domat, LGDJ, 2014, p. 104, n° 131.

²¹⁷³ L'application de la loi de l'État débiteur saisi pour protéger ce dernier d'une saisie n'est pas inédite : le juge de l'exécution ainsi que la cour d'appel ayant statué sur la saisie du navire *Sedov* ont, en effet, fondé leur décision de prononcer la mainlevée de la saisie sur une disposition de droit russe.

²¹⁷⁴ Construction doctrinale, le patrimoine commun est conçu « *pour soustraire les ressources qu'[il intègre] (qu'elles soient naturelles, culturelles, etc.) à un usage désorganisé de tous – dans le cas des res nullius –, mais également à une circulation marchande ordinaire* » et ainsi assurer leur conservation et leur transmission, aussi cette notion est-elle profondément « *anti-économique* » (J. ROCHFELD, *Les grandes notions du droit privé*, 2^e éd., coll. Thémis, PUF, 2013, Notion 6, n° 29).

²¹⁷⁵ Sur cette question, v. not. F.-G. TRÉBULLE, « La propriété à l'épreuve du patrimoine commun : le renouveau du domaine universel » in *Études offertes au professeur Philippe Malinvaud*, Litec, 2007, p. 659.

La représentation de l'État à l'étranger et au sein des organisations internationales dont il est partie n'est pas moins essentielle à la subsistance de cet État. Sans remettre en cause la saisissabilité des biens diplomatiques lorsque le débiteur souverain renonce spécifiquement à leur insaisissabilité, ne pourrait-on pas considérer comme insaisissable par nature une certaine quotité de biens, nécessaire à la subsistance financière de ces représentations²¹⁷⁶ ? Cette proposition peut trouver un fondement dans la Convention de Vienne du 19 avril 1961 sur les relations diplomatiques, dont l'article 22 (3) dispose notamment que « *l'État accréditaire a l'obligation spéciale de prendre toutes mesures appropriées afin d'empêcher que [...] [la] dignité [de la mission soit] amoindrie* ». Rendre ainsi absolument insaisissable une part des biens affectés à une mission diplomatique permettrait d'éviter les situations extrêmes qu'ont pu connaître certaines ambassades en France, contraintes d'emprunter des fonds à d'autres missions diplomatiques pour continuer à fonctionner²¹⁷⁷.

La question de l'existence et de la détermination des biens de l'État insaisissables par nature mérite une réflexion approfondie, qu'il nous est bien sûr impossible de mener, d'autant que l'étude a été ici limitée au patrimoine de l'État étranger sur le territoire français. Notre objectif est seulement de souligner les nécessaires limites de l'assiette du créancier de l'État étranger bénéficiaire de la renonciation la plus étendue possible de ce dernier à l'immunité d'exécution. Il est évident qu'une juridiction française ne peut, sur le fondement d'une clause contractuelle, autoriser la saisie de tous les biens d'un État étranger et mettre en péril l'existence même de ce dernier²¹⁷⁸. Un des remparts à de telles situations nous semble être l'existence d'un ensemble de biens de l'État insaisissables par nature et ainsi constitutifs d'une universalité par retrait semblable à celle existant dans le patrimoine d'une personne physique. Tout comme le respect de la dignité du débiteur personne physique, le respect de la souveraineté de l'État étranger constitue une limite au gage général du créancier, qui se traduit par l'insaisissabilité absolue de certains de ses biens.

²¹⁷⁶ À la manière de la fraction de salaire insaisissable du débiteur personne physique.

²¹⁷⁷ V. not. les propos de l'ambassadeur de la République argentine en France rapportés par Libération, « La France, complice malgré elle des fonds voutours », 31 mai 2016 (https://www.liberation.fr/france/2016/05/31/la-france-complice-malgre-elle-des-fonds-voutours_1456457).

²¹⁷⁸ D. ALLAND, T. FLEURY GRAFF, « Les limites de la renonciation par l'État à son immunité d'exécution », *Rev. crit. DIP* 2016, p. 1 s., spéc. p. 19, n° 27 : « *On peut sérieusement douter que serait conforme à l'ordre public français de faire droit à des stipulations dont l'effet serait de faire disparaître cet État de jure ou de facto. Quel juge autoriserait sans ciller la saisie de tous les biens d'un État ?* »

458. Conclusion de la section 2. – Si l’immunité d’exécution a connu un recul très important à la fin du XX^e siècle à l’initiative de la jurisprudence, il est clair, à l’issue de cette section, que cette tendance s’est enrayée depuis²¹⁷⁹. Conscient de l’impact politique du régime de l’immunité d’exécution accordée aux États étrangers, le législateur a d’abord consacré un régime spécial et protecteur des fonds détenus par les banques centrales étrangères, avant de s’emparer entièrement de la matière pour mettre fin à l’instabilité jurisprudentielle et à plusieurs incidents diplomatiques. Il en a résulté un ensemble de règles rendant, en somme, le gage général du créancier sur les biens de l’État étranger situés en France plus fragile. Une autorisation judiciaire préalable à toute voie d’exécution exercée sur un bien de l’État étranger est exigée, sans que le droit international coutumier ne l’impose, ce qui pose question quant à sa conformité au droit à l’exécution du créancier et au droit au respect de ses biens, tous deux protégés par la Convention européenne des droits de l’homme. De plus, une catégorie particulière de créanciers, redoutés pour leurs stratégies de recouvrement agressives, fait l’objet d’une disposition spéciale ayant pour effet de conditionner la mise en œuvre de leur gage dans le but de réguler leurs pratiques. L’intervention du législateur a également été l’occasion de rendre plus lisible la composition de l’assiette du gage du créancier de l’État étranger, par l’ajout d’une liste non limitative de biens considérés comme utilisés à des fins de service public non commerciales, donc insaisissables en l’absence de toute renonciation de l’État étranger à son immunité d’exécution. En l’absence de disposition relative à la portée de la renonciation à l’immunité d’exécution, il est souhaitable de considérer qu’une parcelle de biens de l’État étranger reste insaisissable car nécessaire à l’exercice effectif de sa souveraineté, puisque l’hypothèse d’une faillite étatique est désormais une réalité.

459. Conclusion du chapitre 2. – Retracer l’évolution de l’immunité d’exécution de la personne publique étrangère permet de constater que l’engagement du patrimoine de cette dernière en garantie de ses obligations a été admis bien plus tôt et dans des conditions plus proches de celles applicables à la personne privée que l’engagement du patrimoine de la personne publique de droit interne. Suivant la tendance internationale, la jurisprudence

²¹⁷⁹ Partageant ce constat : M. AUDIT, « Le « défaut souverain » l’est-il vraiment ? Analyse rétrospective du non-remboursement de dettes publiques », *RFDA* 2019, p. 243 s., spéc. n° 39 : « Depuis une petite dizaine d’années, il est en effet manifeste que le droit français en matière d’immunités d’États étrangers est assurément devenu bien moins libéral qu’il ne fut dans un passé pas si lointain. Les créanciers d’États se voient plus fréquemment opposer l’immunité de leurs débiteurs étatiques devant les juridictions françaises. » ; C. NOURISSAT, « Rapport de synthèse » in M. DE FONTMICHÉL, J. JOURDAN-MARQUES (dir.), *L’exécution des sentences arbitrales internationales*, LGDJ, 2017, p. 221 s., spéc. p. 228 : « Où on constatera que – en cette matière comme en d’autres – l’on assiste à une sorte de retour sur la scène internationale des États souverains et que ce retour n’est pas pour favoriser l’exécution des sentences contre eux... »

française a d'abord reconnu, dès les années 1980 et s'agissant des biens situés en France, que le créancier d'un État étranger avait pour gage général un patrimoine affecté à une activité de droit privé en lien avec sa créance, avant que le législateur n'énonce, en 2016, qu'il était titulaire d'un gage général sur le patrimoine de l'entité publique débitrice composé de biens utilisés à des fins privées. Si cette règle rapproche déjà le gage général du créancier d'un État étranger de celui du créancier d'une personne privée, la ressemblance s'accroît lorsque l'État étranger consent à renoncer à son immunité d'exécution au profit du créancier. Une telle clause a pour effet d'étendre l'assiette du gage général du créancier dans des proportions plus ou moins importantes selon les termes de la renonciation. Un régime aussi libéral est, cependant, de nature à mettre en difficulté certains États. Ce risque s'est matérialisé par l'apparition de fonds d'investissement qui se sont spécialisés dans le rachat à vil prix de créances détenues sur des États, adoptant des stratégies de recouvrement agressives pour obtenir paiement du montant nominal de la créance et qui leur ont valu le surnom de « fonds vautours ». Des raisons diplomatiques expliquent donc en partie que les moyens d'action des créanciers sur les biens des États étrangers situés en France aient été amoindris, notamment par l'intervention du législateur dans une matière jusqu'ici jurisprudentielle. Les voies d'exécution ont ainsi été rendues plus difficiles à pratiquer pour les créanciers d'États étrangers – la mise en œuvre du gage étant même conditionnée pour les fonds vautours –, les conditions de renonciation à l'immunité d'exécution sont devenues plus restrictives, et la portée de cette renonciation semble devoir être limitée. Malgré ce retour en force de la souveraineté des États, il demeure qu'une brèche s'est ouverte dans le patrimoine de ces derniers. Il ne fait aucun doute que le gage général s'applique à ces débiteurs atypiques²¹⁸⁰, adapté aux contraintes liées au respect de leur souveraineté, et dont le régime est de plus en plus précisé²¹⁸¹.

²¹⁸⁰ Il n'est pas anodin que les annotateurs du Code civil publié par les éditions Dalloz aient ajouté, sous l'article 2284, les grands arrêts mentionnés dans ce chapitre. V. *Code civil 2021 annoté*, Dalloz, notes 2 et 3. Comme le souligne l'un de ses annotateurs, le choix des décisions à reproduire sous les articles du Code civil est vaste dans la mesure où le « *droit civil ne s'identifie plus au Code civil* » (X. HENRY, « Réflexions méthodologiques sur l'annotation du Code civil » in *Mélanges en l'honneur du Professeur Gilles Goubeaux – Liber amicorum*, Dalloz – LGDJ, 2009, p. 249 s., spéc. p. 255).

²¹⁸¹ Très récemment, l'assemblée plénière de la Cour de cassation a été confrontée à la question de savoir si des mesures conservatoires pouvaient être pratiquées sur des avoirs gelés détenus par une banque iranienne (sanction adoptée par le Conseil de sécurité de l'ONU à l'encontre de l'État iranien et transposée dans l'Union européenne). La question étant inédite, la Cour de cassation a décidé de surseoir à statuer et de saisir la CJUE d'un renvoi préjudiciel : ass. plén., 10 juill. 2020, n° 18-18542, publié au Bulletin ; *JCP G* 2020, 1032, note P. OUDOT et 1052, n° 11, obs. Ph. DELEBECQUE.

CONCLUSION DU TITRE II

460. Au terme de ce titre qui nous a amené à envisager la condition de la personne publique débitrice, interne comme étrangère, le constat est sans appel. Le régime juridique dérogatoire et privilégié de l'État et de ses émanations ne doit plus constituer une limite indiscutable au champ d'application de la notion de gage général. L'époque à laquelle la personne publique s'obligeait sans engager aucun de ses biens, livrant le créancier au bon vouloir du débiteur souverain, est révolue. En droit interne, malgré l'exorbitance bien ancrée du droit administratif, l'immunité d'exécution de la personne publique rendant insaisissable tout bien appartenant à une personne publique et soumettant ces dernières à des voies d'exécution dérogatoires a été remise en cause sous la pression des juridictions supra-nationales. Il en résulte un remplacement de la protection organique de la personne publique par une protection fonctionnelle des biens publics affectés à une activité de service public. Les créanciers des personnes publiques de droit interne se voient ainsi reconnaître un gage sur une universalité de biens affectés à une activité de droit privé, et la faculté émergente d'exercer des voies d'exécution sur ces biens de la même manière qu'en droit privé.

Le mouvement est encore plus avancé s'agissant des personnes publiques étrangères puisque leur immunité d'exécution s'est transformée en une insaisissabilité de leurs biens situés sur le territoire français et affectés à des fins publiques depuis la fin du XX^e siècle. Pis, il est devenu courant pour les États qui empruntent auprès de personnes privées de renoncer dans une plus ou moins large mesure à l'insaisissabilité de leurs biens affectés à des fins publiques, une telle clause ne faisant qu'étendre l'assiette du gage de leurs créanciers. Ces pratiques ainsi que la détérioration de la situation économique de certains États ont conduit à des défauts de plus en plus fréquents et, partant, à la multiplication des mesures d'exécution pratiquées sur des biens publics étrangers, en particulier sur le territoire français. Face aux conséquences néfastes, sur le plan diplomatique, de l'admission de ces saisies, le droit français a décidé de renforcer ces dernières années la protection des biens des personnes publiques étrangères contre leurs créanciers, sans pour autant remettre en cause l'application du gage général à ces débiteurs atypiques.

En somme, l'ouverture pour les créanciers d'une personne publique d'un gage général sur ses biens peut être perçue comme une conséquence prévisible de la transformation du rôle

de l'État. Dès lors que ce dernier devient un véritable acteur de l'économie privée, empruntant auprès des banques et entrant en concurrence avec des sociétés privées, son statut privilégié – dont l'immunité d'exécution fait partie – devient moins légitime²¹⁸². Pour autant, il n'est ni réaliste, ni souhaitable, de ravalier la personne publique au rang de personne soumise purement et simplement au droit privé. L'engagement des biens de la personne publique obligée doit se concilier avec le statut souverain de ces débiteurs, qui impose de limiter l'assiette et l'exercice du gage général de leurs créanciers.

²¹⁸² L'une des manifestations de l'État post-moderne est le mouvement de rapprochement du droit public vers le droit privé : J. CHEVALLIER, *L'État post-moderne*, 4^e éd., coll. Droit et société, LGDJ, 2014, p. 73 : « [...] dès l'instant où l'État est invité à s'inspirer des préceptes de gestion du privé, plus rien en effet ne semble justifier le particularisme des règles juridiques qui lui sont applicable ; le principe d'un « droit commun » [...] tend logiquement à s'imposer. »

CONCLUSION DE LA PARTIE II

461. Indubitablement, la notion de gage général a connu de profondes mutations ces dernières décennies. C'est naturellement au droit privé que l'on pense d'abord. L'assiette du gage général se trouve globalement rétrécie. Dans l'entreprise d'abord, dans une logique de limitation des risques, la personnalité morale est utilisée comme une technique d'organisation patrimoniale, ce qui a encouragé le législateur à finalement admettre, de manière restrictive, le patrimoine d'affectation. Dans la famille ensuite, sous l'effet d'un déclin de la solidarité familiale, le modèle traditionnel de succession à la personne est progressivement délaissé au profit du modèle de succession aux biens faisant bénéficier l'héritier d'une responsabilité limitée, et, au sein du couple, le régime matrimonial de la communauté réduite aux acquêts subit le même sort, au profit du modèle de la séparation de biens. Au sein du patrimoine de la personne physique enfin, l'objectif de protection de la dignité de la personne a conduit la loi à accroître le nombre de biens frappés d'insaisissabilité, faisant émerger une véritable masse de biens à l'abri du gage des créanciers. Outre les atteintes portées à la consistance de l'assiette du gage général, le droit privé contemporain a également vu la mise en œuvre du gage général sensiblement altérée. C'est le cas lorsque le débiteur se trouve appauvri : en tant que caution personne physique, il bénéficie de dispositions très protectrices susceptibles de limiter voire de neutraliser les prérogatives que les créanciers tirent du gage général ; en tant qu'insolvable placé en liquidation judiciaire, certains de ses biens échappent à l'effet réel de la procédure collective et il se trouve à l'abri des poursuites de ses créanciers après la clôture de la procédure pour insuffisance d'actifs, afin de lui ménager une « seconde chance ». C'est aussi le cas s'agissant des biens du débiteur situés à l'étranger. Tandis que la migration d'actifs vers l'étranger est favorisée par la dématérialisation et la mondialisation des échanges, les poursuites des créanciers sur ces biens demeurent un parcours semé d'embûches, tant au stade de la collecte d'informations qu'à celui de la saisie, en raison du principe vivace de territorialité de l'exécution. Ainsi dressé ce portrait des mutations du gage général en droit privé contemporain, un constat d'affaiblissement de sa force symbolique et de celle de l'obligation s'impose. La notion de gage général subsiste, mais son rôle est modifié, adapté à un nouvel équilibre au sein de l'obligation globalement plus favorable au débiteur.

462. Tout autre est l'évolution que l'on observe en droit public. La personne publique est traditionnellement protégée contre toute poursuite de ses créanciers sur ses biens par l'immunité

d'exécution qui lui est accordée. Ce statut privilégié a cependant été sérieusement remis en cause dans un contexte marqué par une participation croissante des États à l'économie privée et par un déclin de l'idée de souveraineté. S'agissant des personnes publiques de droit interne, c'est sous la pression des institutions européennes que l'immunité d'exécution a subi plusieurs coups de boutoir : par l'introduction d'une voie d'exécution administrative aboutissant à une vente forcée des biens du débiteur public récalcitrant, par la sociétéisation d'un certain nombre d'EPIC, et par l'admission récente – mais encore très circonscrite – de la saisissabilité de certains biens publics. S'agissant des personnes publiques étrangères, leur immunité d'exécution a été remise en cause plus tôt et de manière plus importante : non seulement à l'échelle internationale, mais aussi en droit français, la jurisprudence ayant admis la saisissabilité des biens des États étrangers situés en France et affectés à une activité de droit privé, ainsi que la possibilité pour l'État étranger de renoncer à cette immunité. Si le législateur a fini par intervenir ces dernières années afin de limiter les saisies pratiquées sur les biens des États étrangers situés en France, il demeure que l'immunité d'exécution, dans son sens strict, n'existe plus. En droit interne comme en droit international, l'effacement de l'immunité d'exécution au profit d'une insaisissabilité fonctionnelle est aujourd'hui acté. Il ressort de ces évolutions que le gage général doit être considéré comme une notion s'appliquant désormais autant à la personne privée qu'à la personne publique, bien que dans des termes différents.

CONCLUSION GÉNÉRALE

463. Omniprésente dans le discours juridique et pourtant méconnue, la notion de gage général méritait une étude approfondie. Ses fondements, de l'avis majoritaire, auraient été bouleversés par les transformations contemporaines du droit, ce qu'il nous appartenait de vérifier. Aussi a-t-il fallu, d'abord, s'atteler à l'appréhension de la notion et de ses contours en se nourrissant des réflexions passées et présentes de la doctrine. Une fois identifiée la notion de gage général, il s'est agi d'évaluer dans quelle mesure celle-ci se trouvait remodelée par les évolutions du droit contemporain. Il convient à présent de faire la synthèse de nos réflexions.

464. Une notion difficilement cernée par la doctrine. – Si le gage général est une notion globalement absente des intitulés de thèses de doctorat, elle a tout de même suscité un certain nombre de réflexions depuis la création du Code civil. Leur grande diversité est, cependant, longtemps restée dans l'ombre de l'imposante théorie du patrimoine. Il était nécessaire de présenter ces différentes théories explicatives du gage général qui, bien que riches et inspirantes, nous paraissent contenir des défauts que nous avons mis en exergue. La fameuse théorie dualiste de l'obligation, qui représente l'obligation comme la réunion d'une dette et d'un pouvoir de contrainte reconnu au créancier, est inapte à isoler le gage général d'autres notions composant aussi la contrainte dans l'obligation. Un défaut comparable se retrouve dans une théorie moins connue, consistant à identifier le gage général dans le droit du créancier à solliciter l'intervention de l'État, car la notion est, dans ce cas, à la fois confondue avec le droit fondamental à l'exécution, et réduite à la seule mesure de saisie, soit une manifestation parmi d'autres du gage général. Un autre problème dans l'identification du gage général se retrouve dans les analyses soutenant la qualité d'ayant cause universel du créancier ou de représentant par rapport à son débiteur pour estimer que le créancier, lorsqu'il met en œuvre son gage général, ne fait qu'exercer les droits de son débiteur. Assimiler le créancier à un ayant cause universel est erroné puisque ce dernier a droit à une valeur et n'est tenu d'aucun passif, il est bien plus proche de l'ayant cause particulier. Et le qualifier de représentant du débiteur n'est pas plus satisfaisant puisque le gage général dont il bénéficie sur le patrimoine de son débiteur n'est pas constitué par la volonté de ce dernier, mais par la loi. Le dernier écueil rencontré par la doctrine dans l'appréhension de la notion de gage général a été de réduire celle-ci tantôt à sa dimension subjective, tantôt à sa dimension objective. L'incontournable théorie du patrimoine forgée à la fin du XIX^e siècle par AUBRY et RAU et passée ensuite à la postérité au prix d'une

réinterprétation, a fait du patrimoine une émanation de la personnalité de son titulaire, et a conduit à considérer le gage général comme une emprise du créancier sur la personne même de son débiteur. Populaire, l'explication du gage général à travers le prisme de la théorie du patrimoine en donne toutefois une vision déformée : le créancier n'a pas autant de pouvoir et son assiette de garantie n'est pas aussi immuable que ne le suggère cette théorie. À l'opposé s'est formée, à partir d'une lecture plus objective de l'obligation, une explication du gage général consistant à le qualifier comme un droit réel du créancier sur le patrimoine du débiteur. Le patrimoine est alors considéré, à tort, comme un bien cessible, et le gage général est perçu comme conférant au créancier un droit autonome de la créance, tandis que nous avons démontré par la suite que le gage général était essentiel à l'obligation civile.

Malgré les reproches que l'on peut émettre à l'égard de ces différentes théories explicatives de la notion de gage général, celles-ci lui ont donné une épaisseur conceptuelle. Notre ambition de proposer une nouvelle identification du gage général s'inscrit, comme tout travail de théorie juridique, dans la continuité de ces œuvres²¹⁸³.

465. Une garantie commune affectant un ensemble de biens. – L'identification de la notion de gage général que nous proposons s'appuie sur deux critères : il s'agit d'une garantie – en ce qu'elle prémunit le créancier contre le risque d'inexécution du débiteur – dont l'originalité est d'être commune aux titulaires d'une créance, et d'affecter un ensemble de biens. Le gage général est, d'abord, octroyé à tout créancier, ce qui en fait un élément structurant de la notion d'obligation civile. Il procure à l'obligation une grande part de sa force symbolique – la personne du débiteur étant encore engagée symboliquement à travers ses biens – et en fait l'instrument juridique de tout échange économique puisque cette garantie donne une assise au crédit. Ainsi, en tant que modalité principale d'exécution de l'obligation, le gage général ne peut être dissocié de l'obligation civile, ce qui se traduit par l'impossibilité pour le créancier de renoncer complètement au bénéfice du gage général, sous peine de faire de l'obligation un engagement potestatif. Le caractère commun du gage général doit toutefois être bien dissocié du principe d'égalité entre les créanciers chirographaires : le gage général ne préjuge pas de la règle à appliquer en cas de concours entre créanciers au stade de la distribution. Comme nous

²¹⁸³ « Tout travail de théorie juridique consiste à « suivre » suffisamment pour pouvoir se suivre et être suivi, c'est-à-dire à la fois pour ne pas repartir de zéro et pour apporter son épisode à l'histoire du sens, tout en ne « suivant » pas tout à fait pour déposer, au fond du mot, un sens quelque peu différent des précédents, une couche supplémentaire sur le sol théorique qu'il avait fallu longer. » (C. ATIAS, *Théorie contre arbitraire – Pour une théorie des théories juridiques*, coll. Les voies du droit, PUF, 1987, p. 195-196, n° 48)

l'enseignant l'histoire et le droit comparé, le privilège du premier saisissant peut tout à fait être adopté dans un système qui reconnaît le gage général. Aussi faut-il en déduire que l'égalité entre créanciers chirographaires n'est pas un principe déduit du gage général, il en est distinct.

Le gage général a, ensuite, pour caractéristique d'affecter un ensemble de biens. Il s'agit d'une technique de garantie spécifique qui le distingue d'autres mécanismes de garantie de l'obligation que la doctrine associe parfois au gage général, comme la compensation, l'action directe, le droit de rétention, ou encore l'action en responsabilité pour insuffisance d'actif. Ce critère permet non seulement d'exclure certaines institutions du giron du gage général, mais aussi de reconnaître ses diverses manifestations, plus nombreuses que les seules actions oblique et paulienne qui lui sont traditionnellement attachées. Ces attributs peuvent être classés selon leur fonction : ceux ayant une fonction défensive, de protection de l'assiette, qu'ils aient pour propriété de permettre au créancier de conserver la valeur de son gage (oppositions en droit de la famille et en droit des sociétés, saisie conservatoire et sûreté judiciaire, action oblique, action en acceptation de la succession), ou de la restaurer (action paulienne, action en déclaration de simulation, certaines nullités de la période suspecte, extension de procédure pour fictivité ou confusion des patrimoines) ; ceux ayant une fonction offensive, de réalisation du gage (prise d'informations patrimoniales, saisies, liquidation judiciaire). Quant à l'assiette du gage général, elle est constituée d'une masse de biens saisissables appartenant au débiteur, qu'il s'agisse de son patrimoine personnel ou d'une autre universalité de droit admise par la loi, ce qui distingue cette garantie des sûretés réelles. Les parties au rapport d'obligation ont un pouvoir sur la composition de cette assiette : le créancier peut valablement consentir à en limiter la surface, et des mécanismes ont été adoptés afin de permettre à un tiers cédant ou au débiteur de rendre insaisissables certains biens. La notion de gage général ainsi identifiée, il nous a appartenu d'évaluer dans quelle mesure elle avait pu être transformée par le droit contemporain.

466. Une notion affectée par le relâchement du rapport d'obligation de droit privé. – En droit privé, le mécanisme du gage général a été affecté de deux manières. Son assiette, d'abord, a été morcelée de toute part selon un constat unanimement dressé. C'est le cas en droit commercial, la personnalité morale étant utilisée par les entreprises comme un moyen de limiter leur responsabilité patrimoniale, ce qui a été encouragé par l'admission des sociétés unipersonnelles à responsabilité limitée puis, plus récemment, par l'admission des patrimoines affectés, dans des termes encore restrictifs. C'est également le cas en droit de la famille où, suivant une aspiration de la société à un délitement de la cellule familiale, le législateur fait de

moins en moins peser les dettes du défunt sur les biens propres de l'héritier, et accorde moins de place à l'idée de communauté patrimoniale au sein du couple. On l'observe, enfin, dans la multiplication des biens frappés d'insaisissabilité par la loi, qui a fait émerger avec le temps une masse de biens au sein du patrimoine de la personne physique échappant au gage général, afin de protéger plus efficacement la dignité de la personne humaine.

Outre la division de son assiette, le mécanisme du gage général a été affecté, en droit contemporain, dans sa mise en œuvre. À une époque marquée par l'endettement massif, la loi multiplie les dispositifs visant à prévenir le surendettement, et à y remédier. Les cautions personnes physiques bénéficient ainsi de dispositions protectrices, au stade de la conclusion du contrat comme au stade de l'appel en garantie, susceptibles de limiter voire neutraliser la réalisation par les créanciers de leur gage général. Quant aux débiteurs insolvables, entreprises comme particuliers, un droit au rebond leur a été accordé, ce qui a incité la jurisprudence à exclure de la saisie collective les salaires du débiteur perçu durant la procédure, et a conduit le législateur à retirer aux créanciers inscrits leurs prérogatives d'action après la clôture de la procédure. La mise en œuvre du gage général se trouve, de surcroît, enrayée lorsque le créancier cherche à atteindre les biens de son débiteur situés à l'étranger : la collecte d'informations relatives à ces biens est peu aisée, particulièrement lorsqu'il s'agit d'actifs bancaires ; et quand bien même le créancier parviendrait-il à les localiser, l'exécution sur ces biens est alors soumise à la loi et à la compétence de la juridiction du lieu de situation de ces biens. Il est vrai qu'un effort d'harmonisation du droit de l'exécution a été effectué à l'échelle européenne, mais il reste limité. La somme de ces modifications que subit le gage général produit incontestablement une baisse d'efficacité de la garantie pour le créancier. Le « *robuste compagnon* »²¹⁸⁴ de l'obligation qu'il fut a été affaibli pour satisfaire d'autres intérêts, inconciliables avec le paiement du créancier.

467. Une notion affectée par la banalisation de la personne publique débitrice. – À rebours du sens de cette évolution en droit privé, la protection des créanciers face à l'inexécution des personnes publiques débitrices a été globalement renforcée. De multiples atteintes ont, en effet, été portées à l'immunité d'exécution, privilège faisant échapper les personnes publiques aux poursuites intentées par leurs créanciers sur leurs biens et rendant ces derniers insaisissables sans exception. L'évolution est motivée par la participation croissante

²¹⁸⁴ Mis de VAREILLES-SOMMIÈRES, « Du conflit de créances et du droit de préférence entre créanciers (suite) », *Rev. crit. lég. jur.* 1906, p. 474 s., spéc. p. 478.

des États à l'économie privée, plus particulièrement leur tendance à contracter des emprunts auprès de banques privées. Un déclin de l'immunité d'exécution se constate depuis plusieurs années s'agissant de la personne publique de droit interne. Le droit administratif français a, en effet, été contraint de basculer vers un système d'insaisissabilité fonctionnelle, acculé par les institutions de l'Union européenne qui fustigent ce privilège accordé aux EPIC, qu'elles qualifient d'aide d'État, et par la Cour européenne des droits de l'homme pour qui l'immunité d'exécution porte une atteinte disproportionnée aux droits des créanciers. Ainsi, plusieurs grands EPIC ont été convertis en sociétés de droit privé, rendant saisissables leurs biens non affectés au service public. Une nouvelle voie d'exécution administrative a été, en outre, admise par le Conseil d'État, consistant en une vente forcée d'un bien du débiteur public récalcitrant ordonnée par le préfet, ce qui la rapproche d'une procédure civile d'exécution. Enfin, le législateur a récemment introduit une première entaille directe à l'insaisissabilité générale des biens publics en admettant la saisissabilité des biens mobiliers des offices publics de l'habitat.

Le droit administratif remplace ainsi progressivement l'immunité d'exécution par un système d'insaisissabilité fonctionnelle, poursuivant une direction qui a déjà été prise, en droit international et en droit français, quant à la personne publique étrangère. La jurisprudence admet en effet, depuis les années 1980, la saisissabilité des biens d'un État étranger situés en France et affectés à une activité de droit privé, l'assiette du gage général pouvant même s'étendre aux autres biens lorsque l'État étranger consent à renoncer à son immunité d'exécution au profit de son créancier. Face aux incidents diplomatiques provoqués par certaines saisies subies en France par des États étrangers, et au péril financier que connaissent de plus en plus d'États endettés, le droit français a cependant fait le choix de rendre plus complexe la mise en œuvre du gage des créanciers de ces débiteurs atypiques. Malgré ce dernier tempérament, il convient d'admettre qu'en l'espace de quelques décennies, l'immunité d'exécution, en droit interne et international, a été vidée de son contenu, les personnes publiques étant de plus en plus contraintes d'engager en garantie de leurs dettes leurs biens non affectés au service public. Ainsi émerge la notion de gage général en droit public, son contenu étant adapté à la particularité de ces débiteurs.

468. Persistance d'une notion fondamentale du droit. – Il nous est désormais possible de répondre à certaines affirmations formulées en doctrine selon lesquelles la notion de gage général serait remise en cause, tendrait à disparaître. Ce discours traduit une certaine conception du droit civil, dont les transformations sont jugées sous l'emprise de « *la nostalgie de l'âge*

d'or, où le rapport d'obligation procurait le paiement, volontaire ou forcé »²¹⁸⁵. Le gage général est, sous ce prisme, conçu de manière idéalisée : il ne peut être que l'engagement de *tous* les biens du débiteur, apte à forcer le paiement en *toute* hypothèse. Mais une telle garantie a-t-elle jamais été en vigueur ? Certes, les limitations apportées au gage général sont aujourd'hui nombreuses, mais il en a toujours été prévu : on retrouve dès le XIX^e siècle des auteurs soulignant que l'article 2092 était « *trop absolu dans sa rédaction* »²¹⁸⁶. Le gage général a, comme toute notion, un contenu évolutif, adapté en partie aux valeurs de l'époque, au contexte socio-économique²¹⁸⁷, comme l'a montrée notre analyse du droit contemporain. Cette plasticité n'en fait pas pour autant une notion au contenu aléatoire²¹⁸⁸. « *Quelles que soient les adaptations et transformations que subissent les formules et principes on a le sentiment d'une résistivité qui indique des structures ou des lignes de force* »²¹⁸⁹ remarquait BATIFFOL. La ligne de force, dans la notion de gage général, est à trouver dans l'idée même d'engagement des biens, modalité qui rend l'obligé responsable sans porter une atteinte excessive à sa liberté. Une telle valeur semble vouée à perdurer, entraînant la notion de gage général dans son sillage.

469. Pour un retour à l'analyse des notions générales. – Le pullulement des législations spéciales et l'émergence de nombreuses branches du droit qui en résulte sont des phénomènes dont les effets pervers sont dénoncés de longue date : les notions fondamentales du droit sont

²¹⁸⁵ L. AYNÈS, « Crise économique et rapports de droit privé » in *Droit de la crise : crise du droit ? Les incidences de la crise économique sur l'évolution du système juridique*, Cinquièmes Journées René Savatier, PUF, 1997, p. 57 s., spéc. p. 71

²¹⁸⁶ D. DALLOZ, A. DALLOZ, *Répertoire méthodique et alphabétique de législation, de doctrine et de jurisprudence*, nouvelle éd., t. XXXVII, Bureau de la jurisprudence générale, 1858, p. 50, n° 113 : « *Il y a toutefois ceci à remarquer dans l'art. 2092 qu'il est trop absolu dans sa rédaction, en ce qu'il suppose que le droit de gage général qu'il mentionne affecte tous les biens du débiteur. Des exceptions assez nombreuses résultent de textes spéciaux [...].* »

²¹⁸⁷ Comme le précise Madame ROCHFELD, les notions juridiques « *résultent de choix et d'arbitrages entre les nécessités des faits, les valeurs dominantes, la présentation doctrinale qui a présidé à sa mise en perspective, les fluctuations sociales et historiques diverses* » (J. ROCHFELD, *Les grandes notions du droit privé*, 2^e éd., coll. Thémis, PUF, 2013, p. 4). Adde H. BATIFFOL, *La philosophie du droit*, 7^e éd., coll. Que sais-je ?, PUF, 1987, p. 121 : « *Au contact des faits l'illusion est celle d'un droit géométrique : l'application au flux de la vie de règles générales, si adéquates soient-elles, comportera toujours une marge d'appréciation intellectuelle et humaine sur les frontières de beaucoup de concepts et l'analyse de cas singuliers.* »

²¹⁸⁸ Michel VILLEY craignait précisément « *qu'à vouloir chercher dans les faits (« scientifiquement ») les principes du droit, on n'y trouve que des principes contradictoires. Quel puzzle incompréhensible risque de devenir notre droit, si nous lui reconnaissons pour sources des opinions et solutions si disparates et dispersées [...]. Car nous ne devons pas oublier que l'un des pôles aussi de l'art juridique est l'unité, la cohérence, condition même de l'efficacité* » (M. VILLEY, *Leçons d'histoire de la philosophie du droit*, Annales de la faculté de droit et des sciences politiques de Strasbourg, IV, Dalloz, 1957, p. 375-376).

²¹⁸⁹ H. BATIFFOL, *op. cit.*, p. 121.

négligées²¹⁹⁰, le savoir juridique perdant ainsi son homogénéité²¹⁹¹. L'étude d'une notion aussi fondamentale que celle de gage général s'inscrivait donc à rebours de cette division du droit, animée par la conviction que le droit civil demeure, par ses grandes notions, la matrice des autres branches du droit²¹⁹². « *On ne résoudra pas la crise de notre art juridique actuel en laissant dormir les principes ; il nous faut les remettre sans fin sur le métier, les éprouver, les reconstruire* »²¹⁹³ avertissait VILLEY. Loin de constituer un choix passéiste²¹⁹⁴, l'analyse du droit au prisme des grandes notions permet non seulement de perpétuer une culture juridique très riche²¹⁹⁵, mais aussi de donner une présentation plus cohérente du droit²¹⁹⁶ et d'observer avec plus d'acuité les mutations à l'œuvre en droit contemporain²¹⁹⁷. Gageons que ces grandes notions continuent, à l'avenir, d'être éprouvées par la théorie juridique pour demeurer un cadre d'analyse pertinent du droit positif.

²¹⁹⁰ J.-M. MOUSSERON, « Valeurs, biens, droits » in *Mélanges en hommage à André Breton et Fernand Derrida*, Dalloz, 1991, p. 277 s., spéc. p. 277, n° 1 : « *Techniciens de plus en plus fins du Droit, praticiens et universitaires descendons de plus en plus fortement dans les arcanes de nos instruments juridiques mais négligeons, parfois, de retrouver les concepts de départ de toutes nos constructions.* »

²¹⁹¹ M. VILLEY, *op. cit.*, p. 376 : « *C'est un grand signe de décadence du droit français contemporain que le désordre et l'incohérence, l'éparpillement des « matières » spécialisées, la perte d'une doctrine homogène. L'absence totale de théorie, vers laquelle nous inclinons, ne nous réussira pas mieux qu'une théorie conservatrice.* » Les effets délétères de cette tendance se ressentent également dans la manière dont les codes sont aujourd'hui élaborés ou réformés : v. en ce sens F. ZENATI-CASTAING, « La proposition de refonte du livre II du Code civil – Étude critique », *RTD civ.* 2009, p. 211 s., spéc. p. 214, n° 3, remarquant que la méthode consistant aujourd'hui à « *faire des livres du code [civil] des sites de spécialité [...] oblige à percevoir le droit civil comme une agrégation de spécialités, défaut qu'accroît le morcellement contemporain du savoir juridique* ». L'auteur poursuit : « *Une telle conception heurte de plein fouet le contenu du code dans la tradition moderne que la codification française a initiée, celle d'un recueil de principes généraux constitutifs du droit commun.* »

²¹⁹² Rapp. F. ROUVIÈRE, « L'avenir du droit civil », *RTD civ.* 2019, p. 451 : « *Le droit civil est la matrice des autres branches du droit. Elles ne parviennent à se penser qu'à travers les concepts fondamentaux du droit civil, ce qui explique et justifie sa place incontournable dans l'enseignement. Le droit civil exprime le noyau du droit, voire son unité. Elle n'est plus celle du code civil ou de ses matières : elle est devenue celle de ses concepts.* »

²¹⁹³ M. VILLEY, *op. cit.*, p. 376.

²¹⁹⁴ Inclination souvent attribuée au droit civil et à ses théoriciens, v. not. G. RIPERT, préface à O. IONESCU, *La notion de droit subjectif dans le droit privé*, Sirey, 1931, p. I : « *Les civilistes sont par leur éducation intellectuelle et la sévère discipline de leur science peu épris de nouveauté. Occupés à commenter un code plus que centenaire, ils savent que ce droit privé ne dépend pas des transformations politiques de l'État et qu'il faudrait un bien grand bouleversement social pour qu'il apparaisse inapplicable.* »

²¹⁹⁵ La classification du droit en règles générales est initialement due à l'activité savante des juristes. Ce n'est que par la suite que cette méthode, que l'on nommera droit commun, a été récupérée par les États pour fonder leur droit national : v. la profonde étude de F. ZENATI-CASTAING, « La nature savante du droit commun », *RIDC* 2016, p. 577.

²¹⁹⁶ J. ROCHFELD, *Les grandes notions du droit privé*, 2^e éd., coll. Thémis, PUF, 2013, p. 6.

²¹⁹⁷ J. ROCHFELD, *op. cit.*, p. 6.

BIBLIOGRAPHIE

I. OUVRAGES GÉNÉRAUX, TRAITÉS, MANUELS

XVIII^e et XIX^e siècles :

- AUBRY (C.), RAU (C.), *Cours de droit civil français traduit de l'allemand de M. C. S. Zachariae*, t. I, F. Lagier, 1839
- *Cours de droit civil français traduit de l'allemand de M. C. S. Zachariae*, t. IV, F. Lagier, 1844
 - *Cours de droit civil français d'après l'ouvrage allemand de C.-S. Zachariae*, t. V, 3^e éd., Cosse, 1857
 - *Cours de droit civil français d'après la méthode de Zachariae*, t. VI, t. VIII, 4^e éd., Marchal et Billard, 1873 et 1878
- BAUDRY-LACANTINERIE (G.), BARDE (L.), *Traité théorique et pratique de droit civil – Des obligations*, t. I, L. Larose, 1897
- BEAUMANOIR (Ph. de ~), *Les Coutumes de Beauvoisis*, éd. publiée par le Comte Beugnot, t. II, J. Renouard et cie, 1842
- BOISSONADE (G.), *Projet de code civil pour l'Empire du Japon, accompagné d'un commentaire*, 2^e éd., t. II, E. Thorin, 1883
- CAPITANT (H.), *Introduction à l'étude du droit civil – Notions générales*, A. Pedone, 1898
- COLMET DE SANTERRE (E.), *Cours analytique de Code Napoléon*, t. V, E. Plon et c^{ie}, 1865
- DALLOZ (D.), DALLOZ (A.), *Répertoire méthodique et alphabétique de législation, de doctrine et de jurisprudence*, t. XXXVII, 1858
- DAVOT (G.), *Traité de droit français à l'usage du duché de Bourgogne & des autres pays qui ressortissent au Parlement de Dijon*, t. VII, 1757
- DELSOL (J.-J.), *Explication élémentaire du Code civil mise en rapport avec la doctrine et la jurisprudence*, 3^e éd., t. III, A. Cotillon et C^{ie}, 1878
- DELVINCOURT (C.-E.), *Cours de Code Napoléon*, t. II, P. Gueffier, 1813
- DEMANGEAT (C.), *Cours élémentaire de droit romain*, t. II, 3^e éd., A. Marescq aîné, 1876
- DEMANTE (A. M.), *Programme du cours de droit civil français fait à l'École de Paris*, 2^e éd., t. III, 1835
- DEMOLOMBE (C.), *Cours de Code Napoléon*, t. XXV, *Traité des contrats et des obligations conventionnelles en général*, t. II, Durand & Pedone Lauriel – Hachette et c^{ie}, 1845
- *Cours de Code Napoléon*, t. XVIII, *Traité des donations entre vifs et des testaments*, 2^e éd., t. I, A. Durand et L. Hachette, 1863
- DUMOULIN (C.), *Coutumes de la prévosté et vicomté de Paris*, t. I, 1709
- DURANTON (A.), *Cours de droit français suivant le Code civil*, t. XIII et XIX, 4^e éd., G. Thorel – E. Guilbert, 1844
- ESMEIN (A.), *Études sur les contrats dans le très ancien droit français*, Larose et Forcel, 1883
- FENET (P. A.), *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, t. I, II, III, IV, XII, XIII et XV, Videcoq, 1836
- GUILLOUARD (L.), *Traité de la vente & de l'échange*, t. I, G. Pedone-Lauriel, 1889
- HUC (T.), *Commentaire théorique & pratique du Code civil*, t. VII, F. Pichon, 1894

- JOURDAN (A.), *Cours analytique d'économie politique professé à la Faculté de droit*, 2^e éd., 1890
- LAURENT (F.), *Principes de droit civil français*, t. XVI, XXIV, XXIX et XXXII, Bruylant-Christophe – A. Durand & Pedone Lauriel, Bruxelles-Paris, 1875 à 1878
- *Le droit civil international*, t. VII, Bruylant-Christophe – Marescq, Bruxelles-Paris, 1881
- MARCADÉ (V.), *Explication théorique et pratique du Code civil*, t. I, 8^e éd., Delamotte fils et C^{ie}, 1884
- MARTOU (E.), *Des privilèges et hypothèques ou Commentaire de la loi du 16 décembre 1851 sur la révision du régime hypothécaire*, t. I, A. Decq & A. Durand, 1855
- MOURLON (F.), *Examen critique et pratique du commentaire de M. Troplong sur les privilèges*, Larcier, 1855
- ORTOLAN (J.), *Histoire de la législation romaine depuis son origine jusqu'à la législation moderne suivie d'une généralisation du droit romain*, t. I, 9^e éd. par BONNIER (M. E.), E. Plon et C^{ie}, 1875
- PATOU (F.), *Commentaire sur les coutumes de la ville de Lille, et de sa châellenie*, t. II, 1788
- PERREAU (J. A.), *Principes généraux du droit civil privé*, Hacquart, 1805
- PONT (P.), *Explication théorique et pratique du Code civil*, t. X, *Des privilèges et hypothèques*, t. I, 3^e éd., Delamotte, 1876
- POTHIER (R.-J.), *Coutumes des duché, bailliage et prévôté d'Orléans et ressort d'Iceux*, 1780
- *Œuvres*, par M. Bugnet, t. VIII, Videcoq, 1845
 - *Traité des obligations*, rééd. Dalloz, préf. J.-L. Halpérin, 2011
- POULLAIN DU PARC (A. M.), *Principes du droit français suivant les maximes de Bretagne*, t. VII, 1769
- SAVIGNY (F. K. von ~), *Traité de droit romain*, t. I, trad. M. Guenoux, Firmon Didot, 1840
- *Le droit des obligations*, t. I, trad. C. Gerardin et P. Jozon, A. Durand, 1863
- TARRIBLE (J. D. L.), *Traité des privilèges et hypothèques suivant les principes du Code civil*, t. I, C. A. Bassompierre, Liège, 1819
- THALLER (E.), *Des faillites en droit comparé*, t. II, A. Rousseau, 1887
- TOULLIER (C. B. M.), *Le droit civil français suivant l'ordre du code*, t. VI, 4^e éd., Warée, 1824
- TROPLONG (R.-T.), *Le droit civil expliqué suivant l'ordre des articles du Code – De la contrainte par corps en matière civile et commerciale*, t. XVIII, C. Hingray, 1847
- *Droit civil expliqué – De la prescription*, 4^e éd., t. I, C. Hingray, 1857
 - *Le droit civil expliqué suivant l'ordre des articles du Code – Des privilèges et hypothèques*, t. I, 1^{re} éd. et 5^e éd., C. Hingray, 1854
 - *Le droit civil expliqué dans l'ordre du code – Des privilèges et hypothèques*, éd. augmentée par M. SPINNAEL, t. I, Société typographique belge, Bruxelles, 1844
- WINDSCHEID (B.), *Diritto delle pandette*, trad. C. Fadda et P. E. Bensa, t. II, Torino, 1904
- ZACHARIAE (K. S.), *Le droit civil français*, trad. G. Massé, C. Vergé, t. I et II, A. Durand, 1854 et 1855

XX^e siècle :

- AUBRY (C.), RAU (C.), *Cours de droit civil français d'après la méthode de Zachariae*, t. IV, 6^e éd. par BARTIN (E.), Éd. techniques, 1942
- BATIFFOL (H.), *La philosophie du droit*, 7^e éd., coll. Que sais-je ?, PUF, 1987
- *Traité élémentaire de droit international privé*, 3^e éd., LGDJ, 1959
- BAUDRY-LACANTINERIE (G.), CHAUVEAU (M.), *Traité théorique et pratique de droit civil – Des biens*, 3^e éd., Larose & Tenin, 1905

- BAUDRY-LACANTINERIE (G.), CHÉNEAUX (G.), *Précis de droit civil*, t. II, 11^e éd., Sirey, 1913
- BEUDANT (C.), *Cours de droit civil français*, t. IV, *Les biens*, 2^e éd. par VOIRIN (P.), A. Rousseau, 1938
- *Cours de droit civil français*, t. XIII, *Les sûretés personnelles et réelles*, 2^e éd. par BEUDANT (R.), LEREBOURS-PIGEONNIÈRE (P.), VOIRIN (P.), A. Rousseau, 1948
- BONNARD (R.), *Précis de droit public*, 6^e éd., Sirey, 1944
- BONNECASE (J.), *Précis de droit civil*, t. II, 2^e éd., A. Rousseau, 1939
- *Supplément au Traité théorique et pratique de droit civil de G. Baudry-Lacantinerie*, t. III et V, Sirey, 1926 et 1930
- BRISSAUD (J.), *Manuel d'histoire du droit privé*, A. Fontemoing, 1908
- CARBONNIER (J.), *Droit civil*, t. III, *Les biens*, 18^e éd., coll. Thémis, PUF, 1988
- CATALA (P.), TERRÉ (F.), *Procédure civile et voies d'exécution*, coll. Thémis, PUF, 1965
- CHAPUT (Y.), *Droit des entreprises en difficulté et faillite personnelle*, coll. Droit fondamental, PUF, 1996
- CHIOVENDA (G.), *Principi di diritto processuale civile*, 4^e éd., N. Jovene & C. editori, 1928
- COLIN (A.), CAPITANT (H.), *Traité de droit civil*, par JULLIOT DE LA MORANDIÈRE (L.), t. II, Dalloz, 1959
- CORNU (G.), *Les régimes matrimoniaux*, 9^e éd., coll. Thémis, PUF, 1997
- *Droit civil – Introduction au droit*, 13^e éd., coll. Domat droit privé, Montchrestien, 2007
 - *Vocabulaire juridique*, 9^e éd., coll. Quadrige, PUF, 2011
- CORNU (G.), FOYER (J.), *Procédure civile*, 3^e éd., coll. Thémis, PUF, 1996
- CUCHE (P.), *Précis des voies d'exécution et des procédures de distribution*, 4^e éd., Dalloz, 1938
- CUQ (E.), *Manuel des institutions juridiques des Romains*, 2^e éd., Plon-LGDJ, 1928
- DABIN (J.), *Théorie générale du droit*, Dalloz, 1969
- DEMOGUE (R.), *Traité des obligations en général*, t. VII, A. Rousseau, 1933
- DUGUIT (L.), *Traité de droit constitutionnel*, t. I, 3^e éd., E. de Boccard, 1927
- DUMAS (A.), *Histoire des obligations dans l'Ancien droit français*, Publications du centre d'histoire institutionnelle et économique de l'Antiquité romaine, 1972
- FLOUR (J.), CHAMPENOIS (G.), *Les régimes matrimoniaux*, Armand Colin, 1995
- FOUCHARD (Ph.), GAILLARD (E.), GOLDMAN (B.), *Traité de l'arbitrage commercial international*, Litec, 1996
- GARSONNET (E.), CÉZAR-BRU (C.), *Traité théorique et pratique de procédure civile et commerciale*, 3^e éd., t. I, Sirey, 1912
- GAUDEMET (E.), *Théorie générale des obligations*, Sirey, 1937
- GAZZANIGA (J.-L.), *Introduction historique au droit des obligations*, coll. Droit fondamental, PUF, 1992
- GHESTIN (J.), DESCHE (B.), *Traité des contrats – La vente*, LGDJ, 1990
- GHESTIN (J.), GOUBEAUX (G.), FABRE-MAGNAN (M.), *Traité de droit civil – Introduction générale*, 4^e éd., LGDJ, 1994
- GIRARD (P.-F.), *Manuel élémentaire de droit romain*, 5^e éd., A. Rousseau, 1911
- GLASSON (E.), MOREL (R.), TISSIER (A.), *Traité théorique et pratique d'organisation judiciaire, de compétence et de procédure civile*, 3^e éd., t. IV, Sirey, 1932
- JOSSERAND (L.), *Cours de droit civil positif français*, t. II, *Théorie générale des obligations – Les principaux contrats du droit civil – Les sûretés*, 3^e éd., Sirey, 1939
- MACQUERON, *Histoire des obligations – Le droit romain*, Centre d'histoire institutionnelle et économique de l'Antiquité romaine, Aix-en-Provence, 1971

- MALAURIE (Ph.), *Successions et libéralités*, fasc. I, Licence et Maîtrise 1983-1984, Les cours de droit
- MALINVAUD (Ph.), *Le cadre juridique des relations économiques – Introduction au droit*, 3^e éd., coll. Droit et gestion, Librairies techniques, 1979
- MARTY (G.), RAYNAUD (P.), *Droit civil*, t. I, Sirey, 1956,
 - *Droit civil*, t. II, *Les obligations*, Sirey, 1962
 - *Droit civil*, t. III, vol. 1, *Les sûretés – La publicité foncière*, Sirey, 1971
 - *Droit civil*, t. IV, vol. 1, *Les régimes matrimoniaux*, 2^e éd., Sirey, 1985
- MAZEAUD (H., L., J.), CHABAS (F.), *Leçons de droit civil*, t. I, *Introduction à l'étude du droit*, 12^e éd., Montchrestien, 2000
- MAZEAUD (H., L., J.), CHABAS (F.), *Leçons de droit civil*, t. II, vol. 1, *Obligations – Théorie générale*, 9^e éd., Montchrestien, 1998
- MAZEAUD (H., L., J.), CHABAS (F.), *Leçons de droit civil*, t. IV, *Successions – Libéralités*, 5^e éd. par LEVENEUR (L. et S.), Montchrestien, 1999
- MESTRE (J.), PUTMAN (E.), BILLIAU (M.), *Traité de droit civil – Droit commun des sûretés réelles*, LGDJ, 1996
- OLIVIER-MARTIN (F.), *Histoire de la coutume de la prévôté et vicomté de Paris*, t. II, fasc. II, E. Leroux, 1930
- OPPETIT (B.), *Philosophie du droit*, coll. Précis, Dalloz, 1999
- PAGE (H. de ~), *Traité élémentaire de droit civil belge*, t. III, 2^e éd., Bruylant, 1950
- PATAULT (A.-M.), *Introduction historique au droit des biens*, coll. Droit fondamental, PUF, 1989
- PILLET (A.), *Principes de droit international privé*, Pedone & Allier frères, 1903
- PLANIOL (M.), RIPERT (G.), *Traité pratique de droit civil français*, t. III, *Les biens*, avec le concours de PICARD (M.), LGDJ, 1926
- PLANIOL (M.), RIPERT (G.), *Traité pratique de droit civil français*, 2^e éd., t. IV, *Successions*, par MAURY (J.) et VIALLETON (H.), LGDJ, 1956
- PLANIOL (M.), RIPERT (G.), *Traité pratique de droit civil français*, t. VII, par ESMEIN (P.), RADOUANT (J.), GABOLDE (G.), LGDJ, 1954
- RIPERT (G.), BOULANGER (J.), *Traité élémentaire de droit civil de Planiol*, 4^e éd., t. II, LGDJ, 1952
- ROUAST (H.), *Les grands adages coutumiers*, DES droit privé 1953-1954, Les cours de droit
- ROUBIER (P.), *Théorie générale du droit – Histoire des doctrines juridiques et philosophie des valeurs sociales*, 2^e éd., Dalloz, 1951
- SOINNE (B.), *Traité des procédures collectives*, 2^e éd., Litec, 1997
- STARCK (B.), ROLAND (H.), BOYER (L.), *Droit civil – Les obligations*, 2. *Contrat*, 6^e éd., Litec, 1998
 - *Droit civil – Les obligations*, 3. *Régime général*, 6^e éd., Litec, 1998
- THÉRY (Ph.), *Sûretés et publicité foncière*, 2^e éd., coll. Droit fondamental, PUF, 1998
- VILLEY (M.), *Philosophie du droit – Définitions et fins du droit – Les moyens du droit*, Dalloz, 1979 et 1984, rééd. Dalloz, 2001
- WEILL (A.), *Droit civil – Les biens*, coll. Précis, Dalloz, 1969
 - *Droit civil – Les obligations*, coll. Précis, Dalloz, 1971
- WEISS (A.), *Traité théorique et pratique de droit international privé*, t. V, Société du Recueil Sirey & du Journal du Palais, 1905

XXI^e siècle :

- ALLAND (D.), RIALS (S.) (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, coll. Quadrige, Lamy-PUF, 2003

- ANCEL (B.), *Éléments d'histoire du droit international privé*, éd. Panthéon-Assas, 2017
- ANCEL (P.), *Droit des obligations*, coll. Séquences, Dalloz, 2018
- ANDREU (L.), THOMASSIN (N.), *Cours de droit des obligations*, 3^e éd., coll. Amphi LMD, Gualino, 2018
- ANSAULT (J.-J.), *Procédures civiles d'exécution*, coll. Manuel, LGDJ, 2019
- ATIAS (C.), *Droit civil – Les biens*, 12^e éd., coll. Manuel, LexisNexis, 2014
- *Le droit civil*, coll. Que sais-je ?, PUF, 2004
 - *Philosophie du droit*, 4^e éd., coll. Thémis, PUF, 2016
- AUBY (J.-M.), BON (P.), AUBY (J.-B.), TERNEYRE (Ph.), *Droit administratif des biens*, 7^e éd., coll. Précis, Dalloz, 2016
- AUDIT (B.), AVOUT (L. d'~), *Droit international privé*, LGDJ, 2018
- AUDIT (M.), BOLLEÉ (S.), CALLÉ (P.), *Droit du commerce international et des investissements étrangers*, 3^e éd., coll. Domat droit privé, LGDJ, 2019
- AYNÈS (L.), CROCQ (P.), AYNÈS (A.), *Droit des sûretés*, 13^e éd., coll. Droit civil, LGDJ, 2019
- BARTHEZ (A.-S.), HOUTCIEFF (D.), *Traité de droit civil – Les sûretés personnelles*, LGDJ, 2010
- BEIGNIER (B.), *Droit des assurances*, coll. Domat droit privé, Montchrestien, 2011
- BEIGNIER (B.), TORRICELLI-CHRIFI (S.), *Droit des régimes matrimoniaux, du pacs et du concubinage*, 6^e éd., coll. Cours, LGDJ, 2018
- BÉNABENT (A.), MAZEAUD (D.), *Les grands articles du Code civil*, 3^e éd., Dalloz, 2017
- BERGEL (J.-L.), CIMAMONTI (S.), ROUX (J.-M.), TRANCHANT (L.), *Traité de droit civil – Les biens*, 3^e éd., LGDJ, 2019
- BERLIOZ (P.), *Droit des biens*, coll. Cours magistral, Ellipses, 2014
- BONNEAU (T.), *Droit bancaire*, 13^e éd., coll. Précis Domat droit privé, LGDJ, 2019
- BOURASSIN (M.), BRÉMOND (V.), *Droit des sûretés*, 7^e éd., coll. Université, Sirey, 2019
- BUREAU (D.), MUIR WATT (H.), *Droit international privé*, t. I, *Partie générale*, 4^e éd., coll. Thémis, PUF, 2017
- CABRILLAC (M.), MOULY (C.), CABRILLAC (S.), PÉTEL (Ph.), *Droit des sûretés*, 10^e éd., coll. Manuel, LexisNexis, 2015
- CABRILLAC (R.), *Droit des régimes matrimoniaux*, 10^e éd., coll. Précis Domat, LGDJ, 2017
- CABRILLAC (R.) (dir.), *Libertés et droits fondamentaux*, 26^e éd., Dalloz, 2020
- CACHARD (O.), *Droit du commerce international*, 3^e éd., coll. Manuel, LGDJ, 2018
- *Droit international privé*, 7^e éd., coll. Paradigme, Bruylant, 2018
- CADIET (L.), JEULAND (E.), *Droit judiciaire privé*, 9^e éd., coll. Manuel, LexisNexis, 2016
- CAPITANT (H.), TERRÉ (F.), LEQUETTE (Y.), CHÉNEDÉ (F.), *Les grands arrêts de la jurisprudence civile*, t. I et II, 13^e éd., Dalloz, 2015
- CARBONNIER (J.), *Droit civil*, t. II, *La famille, l'enfant, le couple*, 21^e éd., et t. IV, *Les obligations*, 22^e éd., coll. Thémis, PUF, 2002 et 2000
- *Sociologie juridique*, 2^e éd., coll. Quadrige, PUF, 2004
- CAYROL (N.), *Droit de l'exécution*, 2^e éd., coll. Précis Domat droit privé, LGDJ, 2016
- CHAMARD-HEIM (C.), MELLERAY (F.), NOGUELLOU (R.), YOLKA (Ph.), *Les grandes décisions du droit administratif des biens*, 3^e éd., Dalloz, 2018
- CHAMPEIL-DESPLATS (V.), *Méthodologie du droit et des sciences du droit*, 2^e éd., coll. Méthodes du droit, Dalloz, 2016
- COHET (F.), *Le contrat*, coll. Droit en +, PUG, 2020
- CREST (A. du ~), *Le droit expliqué aux étudiants en écoles de commerce – Droit général – Droit des contrats*, 2^e éd., Gualino, 2017
- CUNIBERTI (G.), NORMAND (C.), CORNETTE (F.), *Droit international de l'exécution – Recouvrement des créances civiles et commerciales*, coll. Droit des affaires, LGDJ, 2011

- DAMMANN (R.), SÉNÉCHAL (M.), *Le droit de l'insolvabilité internationale – Pratique des affaires*, préf. J.-L. Vallens, Joly éd., 2018
- DAURIAC (I.), *Droit des régimes matrimoniaux et du PACS*, 4^e éd., coll. Manuel, LGDJ, 2015
- DELEBECQUE (Ph.), *Droit maritime*, 14^e éd., coll. Précis, Dalloz, 2020
- DELEBECQUE (Ph.), BINCTIN (N.), ANDREU (L.), *Traité de droit des affaires*, t. 3, *Opérations bancaires et contrats commerciaux*, 18^e éd., LGDJ, 2018
- DELEBECQUE (Ph.), PANSIER (F.-J.), *Droit des obligations – Régime général*, 8^e éd., coll. Objectif droit – Cours, LexisNexis, 2016
- DONNIER (M.), DONNIER (J.-B.), *Voies d'exécution et procédures de distribution*, 9^e éd., coll. Manuel, LexisNexis, 2017
- DONY (M.), *Aides d'État*, coll. Répertoire pratique du droit belge, Larcier, 2019
- DROSS (W.), *Clausier – Dictionnaire des clauses ordinaires et extraordinaires des contrats de droit privé interne*, 3^e éd., LexisNexis, 2016
- *Droit civil – Les choses*, LGDJ, 2012
- FADLALLAH (I.), HASCHER (D.), *Les grandes décisions du droit de l'arbitrage commercial*, Dalloz, 2019
- FLOUR (J.), AUBERT (J.-L.), SAVAUX (E.), *Droit civil – Les obligations*, 3. *Le rapport d'obligation*, 9^e éd., coll. Université, Sirey, 2015
- FOULQUIER (N.), *Droit administratif des biens*, 5^e éd., coll. Manuel, LexisNexis, 2019
- FRANÇOIS (J.), *Traité de droit civil*, t. IV, *Les obligations – Régime général*, 4^e éd., coll. Corpus Droit privé, Economica, 2017
- *Traité de droit civil*, t. VII, *Les sûretés personnelles*, Economica, 2004
- FROMONT (M.), KNETSCH (J.), *Droit privé allemand*, 2^e éd., coll. Précis Domat droit privé, LGDJ, 2017
- GAUDEMET (Y.), *Traité de droit administratif*, t. 2. *Droit administratif des biens*, 15^e éd., LGDJ, 2014
- GERMAIN (M.), MAGNIER (V.), *Traité de droit des affaires*, t. 2, *Les sociétés commerciales*, 21^e éd., LGDJ, 2014
- GHESTIN (J.), JAMIN (C.), BILLIAU (M.), *Traité de droit civil – Les effets du contrat*, 3^e éd., LGDJ, 2001
- GHESTIN (J.), BILLIAU (M.), LOISEAU (G.), *Traité de droit civil – Le régime des créances et des dettes*, LGDJ, 2005
- GRIMALDI (C.), *Droit des biens*, 2^e éd., coll. Manuel, LGDJ, 2018
- GRIMALDI (M.), *Droit des successions*, 7^e éd., coll. Manuel, LexisNexis, 2017
- GUINCHARD (S.), MOUSSA (T.) (dir.), *Droit et pratique des voies d'exécution*, 9^e éd., Dalloz action 2018/2019
- GUYON (Y.), *Droit des affaires*, t. 1, *Droit commercial général et sociétés*, 12^e éd., Economica, 2003
- HALPÉRIN (J.-L.), *Introduction au droit*, 2^e éd., coll. Séquences, Dalloz, 2019
- HENRY (G. M.), *Histoire de la pensée économique*, coll. U, Armand Colin, 2009
- HOONAKKER (Ph.), *Procédures civiles d'exécution*, 8^e éd., coll. Paradigme, Bruylant, 2018
- JACQUEMONT (H.), VABRES (R.), MASTRULLO (T.), *Droit des entreprises en difficulté*, 10^e éd., coll. Manuel, LexisNexis, 2017
- JEANTIN (M.), LE CANNU (P.), *Droit commercial – Entreprises en difficulté*, 7^e éd., coll. Précis, Dalloz, 2007
- JESTAZ (Ph.), *Le droit*, 10^e éd., coll. Connaissance du droit, Dalloz, 2018
- JULIENNE (M.), *Régime général des obligations*, 2^e éd., LGDJ, 2018
- KENFACK (H.), *Droit du commerce international*, 7^e éd., coll. Mémentos, Dalloz, 2019
- LARROUMET (C.), BROS (S.), *Traité de droit civil*, t. 3, *Les obligations – Le contrat*, 9^e éd., coll. Corpus droit privé, Economica, 2018

- LARROUMET (C.), MALLET-BRICOUT (B.), *Traité de droit civil*, t. 2, *Les biens, droits réels principaux*, 6^e éd., coll. Corpus droit privé, Economica, 2019
- LE CORRE (P.-M.), *Droit et pratique des procédures collectives*, 10^e éd., Dalloz action, 2018
- LEGEAIS (D.), *Droit des sûretés et garanties du crédit*, 10^e éd., coll. Manuel, LGDJ, 2015
- LÉVY (J.-L.), CASTALDO (A.), *Histoire du droit civil*, 2^e éd., coll. Précis, Dalloz, 2010
- LOUSSOUARN (Y.), BOUREL (P.), VAREILLES-SOMMIÈRES (P. de ~), *Droit international privé*, 10^e éd., coll. Précis, Dalloz, 2013
- LUCAS (F.-X.), *Manuel de droit de la faillite*, 2^e éd., coll. Droit fondamental, PUF, 2018
- MALAURIE (Ph.), AYNÈS (L.), *Droit des régimes matrimoniaux*, coll. Droit civil, LGDJ, 2017
- MALAURIE (Ph.), AYNÈS (L.), *Droit des biens*, avec le concours de JULIENNE (M.), 8^e éd., coll. Droit civil, LGDJ, 2019
- MALAURIE (Ph.), AYNÈS (L.), STOFFEL-MUNCK (Ph.), *Droit des obligations*, 10^e éd., coll. Droit civil, LGDJ, 2018
- MALAURIE (Ph.), BRENNER (C.), *Droit des successions et des libéralités*, 8^e éd., coll. Droit civil, LGDJ, 2018
- MALAURIE-VIGNAL (M.), *Droit de la concurrence interne et européen*, 7^e éd., coll. Université, Sirey, 2017
- MALINVAUD (Ph.), FENOUILLET (D.), MEKKI (M.), *Droit des obligations*, 14^e éd., coll. Manuel, LexisNexis, 2017
- MATHIEU (M.-L.), *Droit civil – Les biens*, 3^e éd., coll. Université, Sirey, 2013
- MAYER (P.), HEUZÉ (V.), *Droit international privé*, 11^e éd., coll. Domat droit privé, LGDJ, 2014
- MAYER (P.), HEUZÉ (V.), REMY (B.), *Droit international privé*, 12^e éd., coll. Précis Domat droit privé, LGDJ, 2019
- MAZEAUD (D.), BOFFA (R.), BLANC (N.) (dir.), *Dictionnaire du contrat*, LGDJ, 2018
- MIGNOT (M.), *Droit des sûretés et de la publicité foncière*, 3^e éd., coll. Cours, LGDJ, 2017
- NEUVILLE (S.), *Philosophie du droit*, coll. Précis Domat droit privé, LGDJ, 2019
- NIBOYET (M.-L.), GEOUFFRE DE LA PRADELLE (G. de ~), *Droit international privé*, 6^e éd., coll. Manuel, LGDJ, 2017
- PELLET (A.), MIRON (A.), *Les grandes décisions de la jurisprudence française de droit international public*, Dalloz, 2015
- PELLIER (J.-D.), *Droit de la consommation*, 2^e éd., coll. Cours, Dalloz, 2019
- PÉRÈS (C.), VERNIÈRES (C.), *Droit des successions*, coll. Thémis, PUF, 2018
- PÉROCHON (F.), *Entreprises en difficulté*, 10^e éd., coll. Manuel, LGDJ, 2014
- PERROT (R.), THÉRY (Ph.), *Procédures civiles d'exécution*, 3^e éd., coll. Hors cours, Dalloz, 2013
- PÉTEL (Ph.), *Procédures collectives*, 9^e éd., coll. Cours, Dalloz, 2017
- PIÉDELIÈVRE (S.), *Droit des sûretés*, 2^e éd., coll. Cours magistral, Ellipses, 2015
- RACINE (J.-B.), SIIRIAINEN (F.), *Droit du commerce international*, 3^e éd., coll. Cours, Dalloz, 2018
- RENAULT-BRAHINSKY (C.), *Droit des obligations*, 10^e éd., coll. Mémentos LMD, Gualino, 2013
- RENUCCI (J.-F.), *Droit européen des droits de l'homme*, 2^e éd., LGDJ, 2012
- RICCI (J.-C.), LOMBARD (F.), *Droit administratif des obligations*, coll. Université, Sirey, 2018
- ROUVIÈRE (F.), *Le droit civil*, coll. Que sais-je ?, PUF, 2019
- ROUX (C.), *Droit administratif des biens*, coll. Mémentos, Dalloz, 2019
- SAINT-ALARY-HOUIN (C.), *Droit des entreprises en difficulté*, 11^e éd., coll. Précis Domat droit privé, LGDJ, 2018

- SÈVE (R.), *Philosophie et théorie du droit*, 2^e éd., coll. Cours, Dalloz, 2017
- SIMLER (Ph.), *Cautionnement – Garanties autonomes – Garanties indemnitaires*, 5^e éd., coll. Traités, LexisNexis, 2015
- SIMLER (Ph.), DELEBECQUE (Ph.), *Droit civil – Les sûretés – La publicité foncière*, 7^e éd., coll. Précis, Dalloz, 2016
- TAFFOREAU (P.), *Droit des sûretés – Sûretés personnelles et réelles*, préf. R. Cabrillac, coll. Paradigme, Bruylant, 2020
- TERRÉ (F.), LEQUETTE (Y.), GAUDEMET (S.), *Droit civil – Les successions – Les libéralités*, 4^e éd., coll. Précis, Dalloz, 2013
- TERRÉ (F.), SIMLER (Ph.), LEQUETTE (Y.), CHÉNEDÉ (F.), *Droit civil – Les obligations*, 12^e éd., coll. Précis, Dalloz, 2018
- TRANCHANT (L.), ÉGÉA (V.), *Droit des obligations*, 24^e éd., coll. Les mémentos, Dalloz, 2020
- VILLEY (M.), *Le droit romain*, coll. Que sais-je ?, PUF, 2002
- VOINOT (D.), *Droit économique des entreprises en difficulté*, coll. Droit & économie, LGDJ, 2007
- ZENATI-CASTAING (F.), REVET (T.), *Cours de droit civil – Obligations – Régime*, coll. Droit fondamental, PUF, 2013
- *Cours de droit civil – Obligations – Sûretés personnelles – Supplément aux obligations*, coll. Droit fondamental, PUF, 2013
 - *Cours de droit civil – Successions*, coll. Droit fondamental, PUF, 2012
 - *Les biens*, 3^e éd., coll. Droit fondamental, PUF, 2008
 - *Manuel de droit des personnes*, coll. Droit fondamental, PUF, 2006

II. OUVRAGES SPÉCIAUX

• Thèses

- ANSAULT (J.-J.), *Le cautionnement réel*, préf. P. Crocq, coll. Doctorat & Notariat, t. 40, Defrénois, 2009
- AVOUT (L. d'~), *Sur les solutions du conflit de lois en droit des biens*, préf. H. Synvet, coll. Recherches juridiques, Economica, 2006
- AYNÈS (A.), *Le droit de rétention – Unité ou pluralité*, préf. C. Larroumet, coll. Recherches juridiques, Economica, 2005
- BANDRAC (M.), *La nature juridique de la prescription extinctive en matière civile*, préf. P. Raynaud, Economica, 1986
- BARGUE (N.), *La notion de garantie*, th. Paris I, dactyl., 2008
- BASTIAN (D.), *Essai d'une théorie générale de l'inopposabilité*, Sirey, 1929
- BEIGNIER (B.), *L'honneur et le droit*, préf. J. Foyer, Bibliothèque de droit privé, t. 234, LGDJ, 1995
- BERLIOZ (P.), *La notion de bien*, préf. L. Aynès, Bibliothèque de droit privé, t. 489, LGDJ, 2007
- BERRA (D.), *Le principe de libre disposition des biens en droit civil : contribution à la notion d'indisponibilité juridique*, th. Nancy, dactyl., 1969
- BÉZERT (A.), *Les effets de l'extension de la procédure collective pour confusion des patrimoines*, th. Montpellier I, dactyl., 2017
- BLANDIN (Y.), *Sûretés et bien circulant – Contribution à la réception d'une sûreté réelle globale*, préf. A. Ghozi, Bibliothèque de droit privé, t. 567, LGDJ, 2016

- BLASSELLE (R.), *Essai sur la notion d'action paulienne – L'opposabilité du droit de gage général*, th. Paris II, dactyl., 1994
- BOFFA (R.), *La destination de la chose*, préf. M.-L. Mathieu-Izorche, coll. Doctorat & Notariat, t. 32, Defrénois, 2009
- BORGA (N.), *L'ordre public et les sûretés conventionnelles – Contribution à l'étude de la diversité des sûretés*, préf. S. Porchy-Simon, Nouvelle bibliothèque de thèses, vol. 82, Dalloz, 2009
- BOSKOVIC (O.), *La réparation du préjudice en droit international privé*, préf. P. Lagarde, Bibliothèque de droit privé, t. 407, LGDJ, 2003
- BOUGEROL-PRUD'HOMME (L.), *Exclusivité et garanties de paiement*, préf. P. Crocq, Bibliothèque de droit privé, t. 538, LGDJ, 2012
- BRENAUT (M.), *Le renouveau des mesures de sûreté en droit pénal français*, th. Paris II, dactyl., 2016
- BRENNER (C.), *L'acte conservatoire*, préf. P. Catala, Bibliothèque de droit privé, t. 323, LGDJ, 1999
- BRUNET (F.), *La normativité en droit*, préf. E. Picard, coll. Droit public, Mare & Martin, 2012
- CAMENSULI-FEUILLEARD (L.), *La dimension collective des procédures civiles d'exécution*, préf. Y. Desdevises, Nouvelle bibliothèque de thèses, vol. 73, Dalloz, 2008
- CASTAING-SICARD (M.), *Les contrats dans le très ancien droit toulousain (X-XIII^e siècle)*, M. Espic, 1959
- CAVALIER (G.), *De la limitation du gage des créanciers*, Y. Cadoret, 1903
- CHAMARD (C.), *La distinction des biens publics et des biens privés – Contribution à la définition de la notion de biens publics*, préf. J. Untermaier, Nouvelle bibliothèque de thèses, vol. 33, Dalloz, 2004
- CHAUVIRÉ (Ph.), *L'acquisition dérivée de la propriété – Le transfert volontaire des biens*, préf. T. Revet, Bibliothèque de droit privé, t. 547, LGDJ, 2013
- CHOUQUET (M.), *Le domaine privé des personnes publiques – Contribution à l'étude du droit des biens publics*, préf. J. du Bois de Gaudusson, Bibliothèque de droit public, t. 295, LGDJ, 2017
- CIMAMONTI (S.), *L'effectivité des droits du créancier chirographaire en droit contemporain*, th. Aix-Marseille, dactyl., 1990
- COLLINET (P.), *La saisie privée*, L. Larose, 1893
- COMPARATO (F. K.), *Essai d'analyse dualiste de l'obligation*, préf. A. Tunc, Dalloz, 1964
- COSNARD (D.), *La soumission des États aux tribunaux internes – Face à la théorie des immunités des États*, préf. B. Stern, A. Pedone, 1996
- COUTANT (R.), *Des créanciers chirographaires considérés comme tiers*, Bonvalot-Jouve, 1906
- COZIAN (M.), *L'action directe*, préf. A. Ponsard, Bibliothèque de droit privé, t. 92, LGDJ, 1969
- CROCQ (P.), *Propriété et garantie*, préf. M. Gobert, Bibliothèque de droit privé, t. 248, LGDJ, 1995
- CUNIBERTI (G.), *Les mesures conservatoires portant sur des biens situés à l'étranger*, préf. H. Muir Watt, Bibliothèque de droit privé, t. 341, LGDJ, 2000
- DAGOT (M.), *La simulation en droit privé*, préf. P. Hébraud, Bibliothèque de droit privé, t. 73, LGDJ, 1967
- DANOS (F.), *Propriété, possession et opposabilité*, préf. L. Aynès, coll. Recherches juridiques, Economica, 2007
- DAUCHEZ (C.), *Le principe de spécialité en droit des sûretés réelles*, th. Paris II, dactyl., 2013
- DERRUPPÉ (J.), *La nature juridique du droit du preneur à bail et la distinction des droits réels et des droits de créance*, préf. J. Maury, Dalloz, 1952

- DEBOISSY (F.), *La simulation en droit fiscal*, préf. M. Cozian, Bibliothèque de droit privé, t. 276, LGDJ, 1997
- DECOCQ (A.), *Essai d'une théorie générale des droits sur la personne*, préf. G. Levasseur, Bibliothèque de droit privé, t. XXI, LGDJ, 1960
- DELRIEU (S.), *Indivision et procédures collectives*, préf. C. Saint-Alary-Houin, coll. Doctorat & Notariat, t. 47, Defrénois, 2010
- DENIZOT (A.), *L'universalité de fait*, préf. R. Libchaber, Institut universitaire Varenne, 2008
- DIDIER (Ph.), *De la représentation en droit privé*, préf. Y. Lequette, Bibliothèque de droit privé, t. 339, LGDJ, 2000
- DOLS-MAGNEVILLE (M.), *La réalisation des sûretés réelles*, th. Toulouse I, dactyl., 2013
- DONDERO (B.), *Les groupements dépourvus de personnalité juridique en droit privé – Contribution à la théorie de la personnalité morale*, préf. H. Le Nabasque, PUAM, 2006
- DREIFUSS-NETTER (F.), *Les manifestations de volonté abdicatives*, préf. P. Tercier, Bibliothèque de droit privé, t. 185, LGDJ, 1985
- DROSS (W.), *La théorie de l'accession – Éléments pour une théorie de la revendication en valeur*, th. Nancy II, dactyl., 2000
- DUCLOS (J.), *L'opposabilité – Essai d'une théorie générale*, préf. D. Martin, Bibliothèque de droit privé, LGDJ, 1984
- DULEY (L.), *De la détermination des droits et actions que le créancier est susceptible d'exercer par voie oblique*, th. Dijon, 1935
- DUPICHOT (Ph.), *Le pouvoir des volontés individuelles en droit des sûretés*, préf. M. Grimaldi, éd. Panthéon-Assas, 2005
- DUPRÉ-DALLEMAGNE (A.-S.), *La force contraignante du rapport d'obligation*, préf. Ph. Delebecque, PUAM, 2004
- DURNERIN (Ph.), *Le passif successoral*, préf. G. Cornu, Bibliothèque de droit privé, t. 217, LGDJ, 1992
- EMERICH (Y.), *La propriété des créances : approche comparative*, préf. F. Zenati-Castaing, Bibliothèque de droit privé, t. 469, LGDJ, 2007
- FERRARI (B.), *Le dessaisissement du débiteur en liquidation judiciaire – Contribution à l'étude de la situation du débiteur sous procédure collective*, th. Nice, dactyl., 2019
- FOREST (G.), *Essai sur la notion d'obligation en droit privé*, préf. F. Leduc, Nouvelle bibliothèque de thèses, vol. 116, Dalloz, 2012
- FOUGERAT (H.), *Du droit de gage général des créanciers sur les biens de leur débiteur*, Oudin et c^{ie}, 1897
- FROMION-HÉBRARD (B.), *Essai sur le patrimoine en droit privé*, th. Paris II, dactyl., 1998
- GAILLARD (E.), *Le pouvoir en droit privé*, préf. G. Cornu, coll. Recherches juridiques, Economica, 1985
- GAUDEMET (E.), *Étude sur le transport de dettes à titre particulier*, A. Rousseau, 1898
- GAZIN (H.), *Essai critique sur la notion de patrimoine dans la doctrine classique*, A. Rousseau, 1910
- GIANSETTO (F.), *Le traitement juridictionnel de l'insolvabilité de l'État*, préf. V. Heuzé et H. Muir Watt, coll. des thèses, Institut universitaire Varenne, 2017
- GIJSBERS (C.), *Sûretés réelles et droit des biens*, préf. M. Grimaldi, coll. Recherches juridiques, Economica, 2016
- GJIDARA (S.), *L'endettement et le droit privé*, préf. A. Ghozi, Bibliothèque de droit privé, t. 316, LGDJ, 1999
- GOMAA (N. M. K.), *Théorie des sources de l'obligation*, préf. J. Carbonnier, Bibliothèque de droit privé, t. 88, LGDJ, 1968
- GRÉGOIRE (M.), *Théorie générale du concours des créanciers en droit belge*, Université libre de Bruxelles, Bruylant, 1992

- GRIMAUD (D.), *Le caractère accessoire du cautionnement*, préf. D. Legeais, PUAM, 2001
- GUINCHARD (S.), *L'affectation des biens en droit privé français*, préf. R. Nerson, Bibliothèque de droit privé, t. CXLV, LGDJ, 1976
- HAFTTEL (B.), *La notion de matière contractuelle en droit international privé : Etude dans le domaine du conflit de lois*, th. Paris II, dactyl., 2008
- HANNOUN (C.), *Le droit et les groupes de sociétés*, préf. A. Lyon-Caen, Bibliothèque de droit privé, t. 216, LGDJ, 1991
- HÉRON (J.), *Le morcellement des successions internationales*, préf. P. Mayer, coll. Recherches juridiques, Economica, 1986
- HIEZ (D.), *Étude critique de la notion de patrimoine en droit privé actuel*, préf. Ph. Jestaz, Bibliothèque de droit privé, t. 399, 2003
- HOUIN-BRESSAND (C.), *Les contre-garanties*, préf. H. Synvet, Nouvelle bibliothèque de thèses, vol. 54, Dalloz, 2006
- ICHER (L.), *L'obligation de paiement de la dette publique française*, préf. V. Dussart, coll. thèses de l'IFR, PUT1, 2018
- JACOB (F.), *Le constitut ou l'engagement autonome de payer la dette d'autrui pris à titre de garantie*, préf. Ph. Simler, Bibliothèque de droit privé, t. 294, LGDJ, 1998
- JALLU (O.), *Essai critique sur l'idée de continuation de la personne*, A. Rousseau, 1902
- JUILLET (C.), *Les accessoires de la créance*, préf. C. Larroumet, coll. Doctorat & Notariat, t. 37, Defrénois, 2009
- JULIENNE (M.), *Le nantissement de créance*, préf. L. Aynès, coll. Recherches juridiques, Economica, 2012
- JULLIAN (N.), *La cession de patrimoine*, préf. R. Mortier, Nouvelle bibliothèque de thèses, vol. 174, Dalloz, 2018
- KLEINER (C.), *La monnaie dans les relations privées internationales*, préf. P. Mayer, Bibliothèque de droit privé, t. 516, LGDJ, 2010
- LABORDE-LACOSTE (M.), *Essai sur la notion d'ayant cause à titre particulier en droit privé français*, Y. Cadoret, 1916
- LAFAURIE (K.), *La force obligatoire du contrat à l'épreuve des procédures d'insolvabilité*, préf. G. Wicker, Bibliothèque de droit privé, t. 595, LGDJ, 2020
- LAKSSIMI (T.), *La summa divisio des droits réels et des droits personnels – Étude critique*, préf. Ph. Jacques, Nouvelle bibliothèque de thèses, vol. 155, Dalloz, 2016
- LAURENT (J.), *La propriété des droits*, préf. T. Revet, Bibliothèque de droit privé, t. 537, LGDJ, 2012
- LEBOULANGER (Ph.), *Les contrats entre États et entreprises étrangères*, préf. B. Goldman, coll. Droit des affaires et de l'entreprise, Economica, 1985
- LEQUESNE ROTH (C.), *Le régime contractuel de défaut des États débiteurs européens*, préf. B. Frydman, Bibliothèque de droit des entreprises en difficulté, t. 16, LGDJ, 2018
- LIBCHABER (R.), *Recherches sur la monnaie en droit privé*, préf. P. Mayer, Bibliothèque de droit privé, t. 225, LGDJ, 1992
- MAIRE (G.), *Volonté et exécution forcée de l'obligation*, préf. N. Damas et L. Perreau-Saussine, Bibliothèque de droit privé, t. 587, LGDJ, 2018
- MARTIN DE LA MOUTTE (J.), *L'acte juridique unilatéral*, préf. P. Raynaud, Sirey, 1951
- MICHELIN-BRACHET (H.), *L'entretien des personnes et des biens*, préf. T. Revet, Nouvelle bibliothèque de thèses, vol. 187, Dalloz, 2019
- MILLEVILLE (S.), *Les restrictions au droit de disposer*, th. Paris II, dactyl., 2008
- MORVAN (P.), *Le principe de droit privé*, préf. J.-L. Sourieux, éd. Panthéon-Assas, 1999
- MOULY (C.), *Les causes d'extinction du cautionnement*, préf. M. Cabrillac, Librairies techniques, 1979
- MOZAS (Ph.), *La notion de dette en droit privé*, th. Bordeaux IV, dactyl., 1996

- NALLET (A.), *La notion d'universalité, étude de droit civil*, th. Lyon III, dactyl., 2019
- NOGUELLOU (R.), *La transmission des obligations en droit administratif*, préf. Y. Gaudemet, Bibliothèque de droit public, t. 241, LGDJ, 2004
- OLLARD (R.), *La protection pénale du patrimoine*, préf. V. Malabat, Nouvelle bibliothèque de thèses, vol. 98, Dalloz, 2010
- PAPANDRÉOU-DETERVILLE (M.-F.), *Le droit anglais des biens*, avant-propos C. Witz, préf. G. Samuel, Bibliothèque de droit privé, t. 418, LGDJ, 2004
- PARAISO (F.), *Le risque d'inexécution de l'obligation contractuelle*, préf. C. Atias, coll. de l'IDA, PUAM, 2011,
- PAYAN (G.), *Droit européen de l'exécution en matière civile et commerciale*, préf. J. Normand, coll. Droit de l'Union européenne, Bruylant, 2012
- PELET (J.), *La théorie dualiste de l'obligation et son application en droit suisse*, Lausanne, C. Pache, 1937
- PELTIER (V.), *Le secret des correspondances*, préf. Ph. Conte, PUAM, 1999
- PICOD (N.), *La remise de la dette en droit privé*, préf. C. Saint-Alary-Houin, Nouvelle bibliothèque de thèses, vol. 128, Dalloz, 2013
- PLANCKEEL (F.), *Indisponibilités et théorie du droit – Contribution à la redéfinition du système juridique*, th. Lille II, dactyl., 2004
- PLASTARA (G.), *La notion juridique du patrimoine*, A. Rousseau, 1903
- PLESSIX (B.), *L'utilisation du droit civil dans l'élaboration du droit administratif*, préf. J.-J. Bienvenu, éd. Panthéon-Assas, 2003
- POPA (E.), *Les notions de « debitum » (Schuld) et d'« obligatio » (Haftung) et leur application en droit français moderne*, E. Muller, 1935
- POPLAWSKI (R.), *La notion de privilège en droit romain et en droit civil français*, th. Bordeaux, 1913
- PRETELLI (I.), *La protection du droit de gage général en droit international privé (l'action oblique, l'action paulienne et l'action en déclaration de simulation)*, th. Paris II, dactyl., 2005
- PUTMAN (E.), *La formation des créances*, th. Aix-Marseille, dactyl., 1987
- RAFFRAY (R.), *La transmission universelle du patrimoine des personnes morales*, préf. F. Deboissy, Nouvelle bibliothèque de thèses, vol. 108, Dalloz, 2011
- RAIMON (M.), *Le principe de l'unité du patrimoine en droit international privé – Etude des nationalisations, des faillites et des successions internationales*, préf. G. Khairallah, Bibliothèque de droit privé, t. 359, LGDJ, 2002
- REILLE (F.), *La notion de confusion des patrimoines, cause d'extension des procédures collectives*, préf. Ph. Pétel, Bibliothèque de droit de l'entreprise, t. 74, Litec, 2007
- REMPLEUR (J.-P.), *L'individu et son patrimoine*, A. Rousseau, 1910
- REYMOND DE GENTILE (M.-J.), *Le principe de l'égalité entre les créanciers chirographaires et la loi du 13 juillet 1967*, préf. G. Lagarde, Bibliothèque de droit commercial, t. 25, Sirey, 1973
- RIGAUD (L.), *Le droit réel – Histoire et théories – Son origine institutionnelle*, th. Toulouse, 1912
- ROMAN (B.), *Essai sur l'insaisissabilité*, th. Paris I, dactyl., 2008
- ROUX (C.), *Propriété publique et droit de l'Union européenne*, préf. S. Caudal, Bibliothèque de droit public, t. 290, LGDJ, 2015
- SAUTONIE-LAGUIONIE (L.), *La fraude paulienne*, préf. G. Wicker, Bibliothèque de droit privé, t. 500, LGDJ, 2008
- SCHMALTZ (B.), *Les personnes publiques propriétaires*, préf. J.-F. Sestier, Nouvelle bibliothèque de thèses, vol. 160, Dalloz, 2016

- SÉJEAN (M.), *La bilatéralisation du cautionnement ? – Le caractère unilatéral du cautionnement à l'épreuve des nouvelles contraintes du créancier*, préf. D. Houtcieff, Bibliothèque de droit privé, t. 528, LGDJ, 2011
- SÉJEAN-CHAZAL (C.), *La réalisation de la sûreté*, préf. M. Grimaldi, Nouvelle bibliothèque de thèses, vol. 190, Dalloz, 2019
- SÉNÉCHAL (M.), *L'effet réel de la procédure collective – Essai sur la saisie collective du gage commun des créanciers*, préf. M.-H. Monsérié-Bon, Bibliothèque de droit de l'entreprise, t. 59, Litec, 2002
- TANAGHO (S.), *De l'obligation judiciaire – Étude morale et technique de la révision du contrat par le juge*, préf. P. Raynaud, Bibliothèque de droit privé, t. LXIV, LGDJ, 1965
- TANGER (M.), *La faillite en Droit fédéral des États-Unis*, préf. J. Larrieu, coll. Recherches juridiques, Economica, 2002
- THÉRON (J.), *L'intervention du juge dans les transmissions de biens*, préf. C. Saint-Alary-Houin, Bibliothèque de droit privé, t. 499, LGDJ, 2008
- THOMAT-RAYNAUD (A.-L.), *L'unité du patrimoine : essai critique*, préf. D. Tomasin, coll. Doctorat & Notariat, t. 25, Defrénois, 2007
- TOLEDO (A.-M.), *Notion de sûreté et droit du commerce international*, th. Paris I, dactyl., 1997
- VASSEUR (M.), *L'égalité entre les créanciers chirographaires dans la faillite*, préf. J. Hamel, Rousseau, 1949
- VERN (F.), *Les objets juridiques – Recherches en droit des biens*, préf. Ph. Jacques, Nouvelle bibliothèque de thèses, vol. 200, Dalloz, 2020
- VILLEGAS (D.), *L'ordre juridique mafieux – Étude à partir du cas de l'organisation criminelle colombienne des années 1980 et 1990*, préf. N. Molfessis, Nouvelle bibliothèque de thèses, vol. 180, Dalloz, 2018
- WICKER (G.), *Les fictions juridiques – contribution à l'analyse de l'acte juridique*, préf. J. Amiel-Donat, Bibliothèque de droit privé, t. 253, LGDJ, 1997
- WINTGEN (R.), *Étude critique de la notion d'opposabilité – Les effets du contrat à l'égard des tiers en droit français et allemand*, préf. J. Ghestin, Bibliothèque de droit privé, t. 426, LGDJ, 2004
- XIFARAS (M.), *La propriété – Étude de philosophie du droit*, PUF, 2004
- YOLKA (Ph.), *La propriété publique – Éléments pour une théorie*, préf. Y. Gaudemet, Bibliothèque de droit public, t. 191, LGDJ, 1997
- YVER (J.), *Les contrats dans le très ancien droit normand (XI^e-XIII^e siècles)*, Domfront, 1926
- ZENATI (F.), *Essai sur la nature juridique de la propriété – Contribution à la théorie du droit subjectif*, th. Lyon, dactyl., 1981

• Monographies

- AMSELEK (P.), *Études de droit public*, préf. Y. Gaudemet, éd. Panthéon-Assas, 2009
- ATIAS (C.), *Questions et réponses en droit*, coll. L'interrogation philosophique, PUF, 2009
- *Théorie contre arbitraire – Pour une théorie des théories juridiques*, coll. Les voies du droit, PUF, 1987
- BETTI (E.), CARNELUTTI (F.), *Diritto sostanziale et processo*, préf. N. Irti, Dott. A. Giuffrè, 2006
- BOBBIO (N.), *De la structure à la fonction : nouveaux essais de théorie du droit*, trad. D. Soldini, Dalloz, 2012
- CARBONNIER (J.), *Flexible droit – Pour une sociologie du droit sans rigueur*, 10^e éd., LGDJ, 2001

- CHAUMONT (C.), *Cours général de droit international public*, RCADI 1970, vol. 129
- CHEVALLIER (J.), *L'État post-moderne*, 4^e éd., coll. Droit et société, LGDJ, 2014
- CICU (A.), *L'obbligazione nel patrimonio del debitore*, Dott. A. Giuffrè, 1948
- COMMAILLE (J.), *À quoi nous sert le droit ?*, coll. Folio essais, Gallimard, 2015
- DABIN (J.), *Le droit subjectif*, Dalloz, 1952
- DEMOGUE (R.), *Les notions fondamentales du droit privé*, A. Rousseau, 1911
- FRYDMAN (B.), *Le sens des lois*, 2^e éd., coll. Penser le droit, Bruylant-LGDJ, 2007
- *Petit manuel pratique de droit global*, coll. L'Académie en poche, Académie royale de Belgique, 2014
- GÉNY (F.), *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif – Essai critique*, préf. R. Saleilles, 2^e éd., t. I, LGDJ, 1954
- GINOSSAR (S.), *Droit réel, propriété et créance – Élaboration d'un système rationnel des droits patrimoniaux*, LGDJ, 1960
- HAUBERT-McGETRICK (V.), ANSALONI (G.), *Financement de projet – Enjeux juridiques et bancabilité d'une opération*, préf. T. Bonneau, avant-propos Ph. Théry, RB éd., 2011
- HAURIOU (M.), *Leçons sur le mouvement social*, Larose, 1899
- HAYEK (F. A.), *Droit, législation et liberté*, vol. 1. *Règles et ordre*, trad. R. Audouin, coll. Libre échange, PUF, 1980
- JAMIN (C.), AUDREN (F.), BLOQUET (S.), *Lettres de François Gény à Raymond Saleilles – Une trajectoire intellectuelle 1892-1912*, LGDJ, 2015
- JAMIN (C.), MELLERAY (F.), *Droit civil et droit administratif*, coll. Méthodes du droit, Dalloz, 2018
- JELLINEK (G.), *L'État moderne et son droit*, t. I, *Théorie générale de l'État* et t. II, *Théorie juridique de l'État*, trad. G. Fardis, Giard et Brière, 1911, rééd. Panthéon-Assas, 2005
- JESTAZ (Ph.), *Autour du droit civil – Écrits dispersés, idées convergentes*, Dalloz, 2004
- JESTAZ (Ph.), JAMIN (C.), *La doctrine*, coll. Méthodes du droit, Dalloz, 2004
- JEULAND (E.), *Théorie relationniste du droit – De la French Theory à une pensée européenne des rapports de droit*, LGDJ, 2016
- JÈZE (G.), *Les défaillances d'États*, RCADI 1933, vol. 44
- JHERING (R. von ~), *La lutte pour le droit*, trad. O. de Meulenaere (1890), rééd. Dalloz, préf. O. Jouanjan, 2006
- JOSSERAND (L.), *Les mobiles dans les actes juridiques du droit privé*, Dalloz, 1928, rééd. CNRS, 1984
- *Évolutions et actualités – Conférences de droit civil*, Sirey, 1936
- JOUANJAN (O.), *Justifier l'injustifiable – L'ordre du discours juridique nazi*, coll. Léviathan, PUF, 2017
- *Une histoire de la pensée juridique en Allemagne (1800-1918)*, coll. Léviathan, PUF, 2005
- KIESOW (R. M.), *L'unité du droit*, coll. Cas de figure, éd. de l'EHESS, 2014
- KRIEF-SEMITKO (C.), *La valeur en droit civil français*, avant-propos F. Chabas, préf. C. Atias, L'Harmattan, 2009
- LENOBLE (J.), OST (F.), *Droit, mythe et raison – Essai sur la dérive mythologique de la rationalité juridique*, Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, Bruxelles, 1980
- LÉVY (E.), *La vision socialiste du droit*, préf. E. Lambert, Marcel Giard, 1926
- LOCHAK (D.), *Le droit et les paradoxes de l'universalité*, coll. Les voies du droit, PUF, 2010
- MALAURIE (Ph.), *Anthologie de la pensée juridique*, 2^e éd., Cujas, 2001
- MICHELET (J.), *Origines du droit français cherchées dans les symboles et formules du droit universel*, L. Hachette, 1837
- MICHOUD (L.), *La théorie de la personnalité morale et son application en droit français*, t. I, LGDJ, 1906

- MOTULSKY (H.), *Écrits, études et notes de procédure civile*, préf. J. Foyer et G. Cornu, Dalloz, 1973
- *Principes de réalisation méthodique du droit privé*, préf. P. Roubier, Sirey, 1948
- OST (F.), *À quoi sert le droit ? Usages – Fonctions – Finalités*, coll. Penser le droit, Bruylant, 2016
- *Le temps du droit*, éd. Odile Jacob, 1999
- OST (F.), VAN DE KERCHOVE (M.), *Le droit ou les paradoxes du jeu*, coll. Les voies du droit, PUF, 1992
- RIPERT (G.), *Le régime démocratique et le droit civil moderne*, LGDJ, 1936
- *Les forces créatrices du droit*, LGDJ, 1955
- ROCCO (A.), *Il fallimento – Teoria generale ed origine storica*, F. Bocca editori, 1917
- ROCHFELD (J.), *Les grandes notions du droit privé*, 2^e éd., coll. Thémis, PUF, 2013
- ROUBIER (P.), *Droits subjectifs et situations juridiques*, Sirey, 1963
- SAVIGNY (F. K. von ~), *De la vocation de notre temps pour la législation et la science du droit*, trad. A. Dufour, coll. Léviathan, PUF, 2006
- SCHIAVONE (A.), *Ius – L'invention du droit en occident*, Belin, 2011
- SUPIOT (A.), *Homo juridicus – Essai sur la fonction anthropologique du Droit*, coll. La couleur des idées, Seuil, 2005
- TARDE (G.), *Les transformations du droit – Étude sociologique*, 5^e éd., F. Alcan, 1906
- VILLEY (M.), *Critique de la pensée juridique moderne – Douze autres essais*, Dalloz, 1976
- *Philosophie du droit – Définition et fins du droit – Les moyens du droit*, Dalloz, 1979 et 1984, rééd. 2001
 - *Seize essais de philosophie du droit dont un sur la crise universitaire*, Dalloz, 1969
- VIRALLY (M.), *La pensée juridique*, LGDJ, 1960
- VIZIOZ (H.), *Études de procédure*, éd. Bière, 1931
- ZIMMERMANN (R.), *The Law of obligations – Roman Foundation of the Civilian Tradition*, Clarendon Paperbacks, 1996

• **Ouvrages collectifs**

- ANDREU (L.) (dir.), *Liberté contractuelle et droits réels*, coll. Colloques & Essais, Institut universitaire Varenne, 2015
- ANDREU (L.), MIGNOT (M.) (dir.), *La réforme du droit des sûretés*, coll. Colloques & Essais, Institut universitaire Varenne, 2019
- AUBY (J.-B.) (dir.), *L'influence du droit européen sur les catégories du droit administratif*, coll. Thèmes & commentaires, Dalloz, 2010
- AUDIT (M.) (dir.), *Insolvabilité des États et dettes souveraines*, coll. Droit des affaires, LGDJ, 2011
- AUDREN (F.), BARBOU DES PLACES (S.) (dir.), *Qu'est-ce qu'une discipline juridique ?*, coll. Contextes, LGDJ, 2018
- AUDREN (F.), CHENE (C.), MATHEY (N.), VERGNEN (A.) (dir.), *Raymond Saleilles et au-delà*, coll. Thèmes et Commentaires, Dalloz, 2013
- BÉHAR-TOUCHAIS (M.) (dir.), *Comparaison de la réforme du droit français des contrats et du régime de l'obligation avec le nouveau Code civil roumain*, vol. 2, *Régime de l'obligation*, IRJS éd., 2017
- BEUDANT (R.) et alii, *L'œuvre juridique de Raymond Saleilles*, A. Rousseau, 1914
- BLANDIN (Y.), MAZEAUD (V.) (dir.), *Quelle réforme pour le droit des sûretés ?*, coll. Thèmes & commentaires, Dalloz, 2019
- BOFFA (R.) (dir.), *L'avenir du droit des biens*, coll. Grands colloques, LGDJ, 2016

- BONNET (B.), DEUMIER (P.) (dir.), *De l'intérêt de la summa divisio droit public-droit privé ?*, coll. Thèmes & commentaires, Dalloz, 2010
- BOURASSIN (M.), REVEL (J.) (dir.), *Réformes du droit civil et vie des affaires*, coll. Thèmes & commentaires, Dalloz, 2014
- BRENNER (C.) (dir.), *Le droit de l'exécution forcée : entre mythe et réalité*, coll. Droit et procédures, EJT, 2007
- BRICTEUX (C.), FRYDMAN (B.) (dir.), *Les défis du droit global*, coll. Penser le droit, Bruylant, 2018
- Cahiers du CEDIN, *L'immunité d'exécution de l'État étranger*, Montchrestien, 1990
- CAUDAL (S.) (dir.), *Les principes en droit*, coll. Études juridiques, Economica, 2008
- DAURIAC (I.), GRARE-DIDIER (C.), GAUDEMET (S.) (dir.), *Quelle association patrimoniale pour le couple ?*, coll. Thèmes et commentaires, Dalloz, 2010
- DESDEVISES (Y.) (dir.), *Les saisies spéciales*, coll. Droit et procédures, EJT, 2009
- FLISE (L.), JEULAND (E.) (dir.), *L'exécution forcée : des procès dans le procès ?*, IRJS éd., 2017
- FONTMICHEL (M. de ~), JOURDAN-MARQUES (J.) (dir.), *L'exécution des sentences arbitrales internationales*, LGDJ, 2017
- FORTI (V.), ANDREU (L.) (dir.), *Le nouveau régime général des obligations*, coll. Thèmes & commentaires, Dalloz, 2016
- FRISON-ROCHE (M.-A.) (dir.), *Sociologie juridique du patrimoine – Rapport général*, Laboratoire de sociologie juridique, Paris II, 1995
- HECQUARD-THERON (M.), KRYNEN (J.) (dir.), *Regards critiques sur quelques (r)évolutions récentes du droit*, PUT, 2005
- LE CORRE (P.-M.) (dir.), *Les grands concepts du droit des entreprises en difficulté*, coll. Thèmes et commentaires, Dalloz, 2018
- LEBORGNE (A.), PUTMAN (E.) (dir.), *Les obstacles à l'exécution forcée : permanence et évolution*, coll. Droit et procédures, EJT, 2009
- MACORIG-VENIER (F.) (dir.), *Le droit des entreprises en difficulté après 30 ans : droit dérogatoire, précurseur ou révélateur ?*, coll. Actes de colloque de l'IFR, PUT, 2017
- MENJUCQ (M.), FAGES (B.) (dir.), *Actualité et évolutions comparées du droit allemand et français des sociétés*, coll. Thèmes et commentaires, Dalloz, 2010
- MIGNOT (M.), LASSERRE-CAPDEVILLE (J.) (dir.), *Le paiement*, coll. Droit privé et sciences criminelles, L'Harmattan, 2014, p. 9
- PÉRINET-MARQUET (H.) (dir.), *Proposition de réforme du Livre II du Code civil relatif aux biens* (accessible sur le site de l'Association Henri Capitant), 2009
- PINGEL (I.) (dir.), *Droit des immunités et exigences du procès équitable*, A. Pedone, 2004
- PLANTY-BONJOUR (G.), LEGEAIS (R.) (dir.), *L'évolution de la philosophie du droit en Allemagne et en France depuis la fin de la Seconde Guerre mondiale*, PUF, 1991
- REVEL (T.) (dir.), *Code civil et modèles – Des modèles du Code au Code comme modèle*, Bibliothèque de l'Institut André Tunc, t. 6, LGDJ, 2005
- ROQUILLY (C.) (dir.), *La contribution des juristes et du droit à la performance de l'entreprise – Management juridique et culture juridique*, coll. Pratique des affaires, Joly éd., 2011
- SCHMATZ (M.) (dir.), GIELEN (P.) (coord.), *Avoirs dématérialisés et exécution forcée*, coll. Pratique du droit européen, Bruylant, 2019
- SIMONIAN-GINESTE (H.) (dir.), *La (dis)continuité en Droit*, PUT, 2014
- TERRÉ (F.) (dir.), *EIRL – L'entrepreneur individuel à responsabilité limitée*, coll. Droit 360°, Litec, 2011
- *Pour une réforme du droit de la responsabilité civile*, coll. Thèmes & commentaires, Dalloz, 2011

- *Pour une réforme du régime général des obligations*, coll. Thèmes & commentaires, Dalloz, 2013

THIBIERGE (C.) *et alii*, *La force normative – Naissance d'un concept*, LGDJ-Bruylant, 2006
Travaux de l'Association Henri Capitant, *Concepts, intérêts et valeurs dans l'interprétation du droit positif*, Journées italiennes, t. LXVIII, Bruylant-LB2V, 2018

- *L'effectivité des décisions de justice*, Journées françaises, t. XXXVI, *Economica*, 1987
- *L'endettement*, Journées argentines, t. XLVI, LGDJ, 1997
- *La fiducie dans tous ses états*, Journées nationales, t. XV, coll. Thèmes et commentaires, Dalloz, 2011
- *Nul ne peut se faire justice à soi-même : le principe et ses limites*, Journées françaises, t. XVIII, Dalloz, 1969

• **Ouvrages non-juridiques**

BACHELARD (G.), *La formation de l'esprit scientifique*, Vrin, 1938

BALZAC (H.), *La peau de chagrin*, 1831

CHRÉTIEN (J.-L.), *Symbolique du corps – La tradition du Cantique des Cantiques*, coll. Epiméthée, PUF, 2005

DECHARNEUX (B.), NEFONTAINE (L.), *Le symbole*, coll. Que sais-je ?, PUF, 2014

FOUCAULT (M.), *Les mots et les choses – Une archéologie des sciences humaines*, coll. Tel, Gallimard, 1966

MORIN (E.), *La méthode*, III, *La connaissance de la connaissance*, Seuil, 1986

NIETZSCHE (F.), *Œuvres philosophiques complètes*, t. VII, coll. NRF, Gallimard, 1971

RABELAIS (F.), *Le Tiers livre des faits et dits héroïques du noble Pantagruel*, 1546

RICOEUR (P.), *Le Juste*, éd. Esprit, 1995

SIMMEL (G.), *Philosophie de l'argent* (1977), trad. S. Cornille et Ph. Ivernel, coll. Quadrige, PUF, 2014

III. ARTICLES, COMMUNICATIONS

• Droit civil et commercial

- ACHER (J.), « De l'application de l'autorité de la chose jugée à l'action indirecte de l'article 1166 », *Rev. crit. lég. jur.* 1903, p. 237
- ANCEL (P.), « Droit au recouvrement de sa créance ou droit de ne pas payer ses dettes ? », *Dr. & patr.* mai 1998, p. 88
- « L'exécution par la puissance publique », *RTD civ.* 1993, p. 139
- ANDREU (L.), « Projet de réforme du droit des sûretés : deux améliorations possibles relatives aux moyens de défense de la caution », *RDA* déc. 2019, p. 138
- ANSALONI (G.), « Des renoncements à recours dans les financements structurés », *RDBF* 2010, étude 18
- ANSAULT (J.-J.), « L'abus du droit de recouvrer sa créance... 30 ans après » in *Mélanges en l'honneur de Jacques Mestre*, LGDJ, 2019, p. 33
- ATIAS (C.), « Propos sur l'article L. 341-4 du code de la consommation », *D.* 2003, p. 2620
- AUDIT (P.-E.), « Les conditions relatives à la créance dans l'exercice de l'action oblique », *RRJ* 2016-2, p. 583
- AYNÈS (L.), « Crise économique et rapports de droit privé » in *Droit de la crise : crise du droit ? Les incidences de la crise économique sur l'évolution du système juridique*, Cinquièmes Journées René Savatier, PUF, 1997, p. 57
- BAIAST (F. A.), COLTAN (T.), « Action paulienne, action oblique, action directe, droits d'opposition – Rapport roumain » in M. BÉHAR-TOUCHAIS (dir.), *Comparaison de la réforme du droit français des contrats et du régime de l'obligation avec le nouveau Code civil roumain*, vol. 2, *Régime de l'obligation*, IRJS éd., 2017, p. 167
- BANDRAC (M.), « Procédures civiles d'exécution et droit des sûretés », *RTD civ.* 1993, p. 49
- BARBIERI (J.-F.), « Confusion des patrimoines et fictivité des sociétés », *LPA* 25 oct. 1996, p. 9
- BÉRAUD (R.), « L'indisponibilité juridique », *D.* 1952, p. 187
- BERLIOZ (P.), « Patrimoine d'affectation : esquisse d'un régime général » in *Le droit des affaires à la confluence de la théorie et de la pratique – Mélanges en l'honneur du Professeur Paul Le Canu*, Dalloz – LGDJ, 2014, p. 499
- BICHERON (F.), « Sécuriser la masse successorale : le point de vue de l'universitaire », *JCP N* 2011, 1133
- BOFFA (R.), « L'ensemble de biens comme objet de sûreté » in *Études en l'honneur du professeur Marie Laure Mathieu – Comprendre : des mathématiques au droit*, Bruylant, 2019, p. 75
- BOFFA (R.), CHAUVIRÉ (Ph.), « Le changement en droit des biens », *RDA* févr. 2015, p. 67
- BOILLOT (C.), « Les perspectives renouvelées des rapports entre action paulienne et nullités de la période suspecte à travers l'avant-projet Catala et la réforme du 26 juillet 2005 » in *Études offertes à Geneviève Viney*, LGDJ, 2008, p. 113
- BONNEAU (T.), « Fonds communs de placement, de créances et droit civil », *RTD civ.* 1991, p. 1
- BONNECASE (J.), « La condition juridique du créancier chirographaire – Sa qualité d'ayant cause à titre particulier », *RTD civ.* 1920, p. 103
- BONNIER (E.), « De la nature du droit établi par l'article 1166 », *Revue pratique de droit français*, t. I, 1856, p. 97

- BORGHETTI (J.-S.), « Des droits du créancier » in F. TERRÉ (dir.), *Pour une réforme du régime général des obligations*, coll. Thèmes & commentaires, Dalloz, 2013, p. 57
- BORLOO (J.-L.), « Une seconde chance pour les ménages surendettés », *AJ Famille* 2003, p. 328
- BOURASSIN (M.), « Quelle réforme pour la formation du cautionnement ? » in Y. BLANDIN, V. MAZEAUD (dir.), *Quelle réforme pour le droit des sûretés ?*, coll. Thèmes & commentaires, Dalloz, 2019, p. 99
- BRÉMOND (V.), « La nouvelle acceptation à concurrence de l'actif net », *JCP N* 2006, 1331
- « Les nouveaux tempéraments à l'obligation *ultra vires successionis* », *JCP N* 2006, 1366
- BRENNER (C.), « L'action paulienne et la défense du droit de poursuite des créanciers contre les actes de soustraction ou d'appauvrissement » in *Les poursuites contre les tiers non débiteurs*, Actes du colloque organisé par l'AAPPE, 16 sept. 2011 (disponible sur <https://aappe.fr/wp-content/uploads/2016/07/aappe-colloque-16-09-2011-site-aappe.pdf>), p. 65
- « L'ineffectivité de l'exécution forcée » in C. BRENNER (dir.), *Le droit de l'exécution forcée : entre mythe et réalité*, coll. Droit et procédures, EJT, 2007, p. 43
 - « La saisie des biens immatériels » in Y. DESDEVISES (dir.), *Les saisies spéciales*, coll. Droit et procédures, EJT, 2009, p. 101
- CABRILLAC (M.), « L'impertinente réapparition d'un condamné à mort ou la métémpsychose de la masse des créanciers » in *Propos impertinents de droit des affaires – Mélanges en l'honneur de Christian Gavalda*, Dalloz, 2001, p. 69
- « Les ambiguïtés de l'égalité entre les créanciers » in *Mélanges en hommage à André Breton et Fernand Derrida*, Dalloz, 1991, p. 31
- CABRILLAC (R.), « L'emprunt ou le cautionnement dans le passif de la communauté légale », *Dr. & patr.* mai 2003, p. 72
- CABRILLAC (S.), « L'exigence légale de proportionnalité du cautionnement : plaider pour le maintien d'une comparaison utilisée par la loi et sa sanction... disproportionnée » in *Études en l'honneur du professeur Marie Laure Mathieu – Comprendre : des mathématiques au droit*, Bruylant, 2019, p. 119
- CALAIS-AULOY (J.), « Que reste-t-il de la notion de patrimoine de mer ? » in *Études offertes à Alfred Jauffret*, Faculté de droit et de science politique d'Aix-Marseille, p. 173
- CALOMILI (C.), « Les gains du débiteur devenu salarié en liquidation judiciaire », *Gaz. pal.* 8 oct. 2011, p. 6
- CAMPANA (M.-J.), « L'effacement des dettes », *Gaz. pal.*, 27 févr. 2003, p. 44
- CARBONNIER (J.), « Le Code civil » in P. NORA (dir.), *Les lieux de mémoire*, t. II, Gallimard, 1986, p. 293
- « Un essai de statistique de la répartition des régimes matrimoniaux conventionnels à la veille de la réforme de 1965 », *L'Année sociologique* 1964, p. 443
- CARNELUTTI (F.), « Appunti sulle obbligazioni », *Rivista del diritto commerciale*, 1915, I, p. 515
- « Diritto e processo nella teoria delle obbligazioni » in *Studi per Chiovenda*, Cedam, 1927, p. 221 s., reproduit in E. BETTI, F. CARNELUTTI, *Diritto sostanziale et processo*, préf. N. Irti, Dott. A. Giuffrè, 2006, p. 203
- CATALA (P.), « L'évolution contemporaine du droit des biens – Exposé de synthèse » in *L'évolution contemporaine du droit des biens – Journées Savatier*, PUF, 1991, p. 181 s., rééd. in P. CATALA, *Famille et patrimoine*, coll. Doctrine juridique, PUF, 2000, p. 67
- « La loi du 23 juin 2006 et les colonnes du temple », *Dr. fam.* 2006, étude 43
 - « La transformation du patrimoine en droit civil moderne », *RTD civ.* 1966, p. 185

- CHAMOULAUD-TRAPIERS (A.), « La réforme de l'option successorale », *Defrénois* 2016, p. 1321
- CHAMPAUD (C.), « Rapport sur l'entreprise personnelle à responsabilité limitée », *RTD com.* 1979, p. 579
- CHAMPENOIS (G.), « L'article 1413 du Code civil condamne-t-il le régime légal de la communauté ? » in *Études en l'honneur de André Ponsard*, Litec, 2003, p. 129
- « Quelques observations sur l'obligation à la dette et la rénovation de la communauté » in *Études offertes à Jacques Flour*, Rép. Defrénois, 1979, p. 33
 - « Rapport de synthèse » in Dossier *La communauté de biens entre époux, Bilan critique*, *JCP N* 2009, 1193
- CHAPUT (Y.), « Les cessions forcées, sauvegardes de la compétitivité » in *Le droit comparé des affaires au XXI^e siècle – Mélanges à la mémoire de Claude Ducouloux-Favard*, Bruylant, 2017, p. 355
- CHARMONT (J.), « La socialisation du droit (Leçon d'introduction d'un cours de droit civil) », *Revue de métaphysique et de morale* 1902, p. 380
- CHAUVEAU (M.), « Classification nouvelle des droits réels et personnels », *Rev. crit. lég. jur.* 1931, p. 539
- CHAUVIRÉ (Ph.), « Concepts, intérêts et valeurs dans l'interprétation du droit privé en France » in Travaux de l'Association Henri Capitant, *Concepts, intérêts et valeurs dans l'interprétation du droit positif*, Journées italiennes, t. LXVIII, Bruylant-LB2V, 2018, p. 133
- « Le passif », *Dr. & patr.* janv. 2013, p. 50
 - « Les biens vitaux », communication au colloque *La propriété au XXI^e siècle*, ss. la dir. de V. MALABAT, Université Bordeaux IV, 26 sept. 2019
 - « Quel avenir pour la propriété ? » in R. BOFFA (dir.), *L'avenir du droit des biens*, coll. Grands colloques, LGDJ, 2016, p. 63
 - « Voyage sur les terres de l'inaliénabilité conventionnelle » in L. ANDREU (dir.), *Liberté contractuelle et droits réels*, coll. Colloques & Essais, Institut universitaire Varenne, 2015, p. 155
- CHAZAL (J.-P.), « Réflexions épistémologiques sur le droit commun et les droits spéciaux » in *Études de droit de la concommation – Liber amicorum Jean Calais-Auloy*, Dalloz, 2004, p. 279
- CHÉNEDÉ (F.), « La mutation du patrimoine », *Gaz. pal.* 19 mai 2011, p. 19
- CHERON (A.), « La jurisprudence sur les clauses d'inaliénabilité – sa logique – ses limites », *RTD civ.* 1906, p. 339
- COHEN (D.), « La légitimité des montages en droit des sociétés » in *L'avenir du droit – Mélanges en hommage à François Terré*, Dalloz – PUF – éd. du Jurisclasseur, 1999, p. 261
- COHET-CORDEY (F.), « La valeur explicative de la théorie du patrimoine », *RTD civ.* 1996, p. 819
- COLIN (A.), « Le droit de succession dans le Code civil » in *Le Code civil – 1804-1904 – Livre du centenaire*, A. Rousseau, 1904, p. 295
- COMANGES (L.), « Le dangereux paradoxe de la nullité des sociétés fictives », *BJS* 2003, p. 12
- COZIAN (M.), « Du bon usage des sociétés civiles immobilières », *D.* 1994, p. 199
- CROCQ (P.), « Le principe de spécialité des sûretés réelles : chronique d'un déclin annoncé », *Dr. & patr.* avr. 2001, p. 63
- « Propriété fiduciaire, propriété unitaire » in Travaux de l'Association Henri Capitant, *La fiducie dans tous ses états*, Journées nationales, t. XV, coll. Thèmes et commentaires, Dalloz, 2011, p. 8
 - « Sûretés et proportionnalité » in *Études offertes au Doyen Philippe Simler*, Litec-Dalloz, 2006, p. 291

- CUIF (P.-F.), « L'attribution judiciaire de l'immeuble hypothéqué : spécificité et efficacité », *RLDC* mars 2010, p. 25
- DAGOT (M.), « La notion de privilège » in *Mélanges Christian Mouly*, t. II, Litec, 1998, p. 335
- DAMMANN (R.), OLLIVRY (M.), « Réflexions sur l'aménagement du principe d'universalité de la faillite », *JCP E* 2006, 2628
- DAMMANN (R.), ROTARU (V.), « La fiducie et le trust : une concurrence inégale », *D.* 2018, p. 1763
- DANIS-FATÔME (A.), VINEY (G.), « La responsabilité civile dans la loi relative au devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre », *D.* 2017, p. 1610
- DANOS (F.), « La diversité des restrictions conventionnelles au droit de disposer », *RDC* 2016, p. 158
- « La qualification des droits des différentes parties à une opération de fiducie » in *Liber amicorum – Mélanges en l'honneur de Philippe Merle*, Dalloz, 2012, p. 137
- DAUCHEZ (C.), « Pour une théorie générale des sûretés », *RRJ* 2016-3, p. 1121
- DELEBECQUE (Ph.), « L'action oblique et l'action paulienne : *nihil novi sub sole* », *Dr. & patr.* juil. 2015, p. 65
- « L'actualité en matière de sûretés réelles », *RLDC* mai 2004, suppl., p. 33
 - « Le droit de gage général des créanciers a-t-il un caractère égalitaire ? » in *Mélanges en l'honneur du professeur Claude Witz*, LexisNexis, 2018, p. 247
 - « Le droit de gage des créanciers sur le patrimoine de leur débiteur a-t-il un caractère général ? » in *Mélanges en l'honneur de François Collart-Dutilleul*, Dalloz, 2017, p. 299
 - « Les nouvelles procédures civiles d'exécution », *RTD civ.* 1993, p. 15
 - « Les renoncements à recours » in *Études offertes au doyen Philippe Simler*, Litec-Dalloz, 2006, p. 563
 - « Les « single ship companies » » in *Le droit des affaires à la confluence de la théorie et de la pratique – Mélanges en l'honneur du Professeur Paul Le Cannu*, Dalloz – LGDJ, 2014, p. 119
- DELMOTTE (Ph.), « Les critères de la confusion des patrimoines dans la jurisprudence de la chambre commerciale de la Cour de cassation – Panorama de jurisprudence 1998 – 2006 », *RJDA* 2006, p. 53
- DELNOY (P.), « Pour une vision nouvelle de l'action oblique – Essai », *Annales de la faculté de droit de Liège* 1969, n° 14, p. 437
- DENIAU (P.), ROUAST-BERTIER (P.), « Les sûretés réelles dans les financements de projet après l'ordonnance du 23 mars 2006 », *RDBF* 2008, étude 13
- DENIZOT (A.), « L'étonnant destin de la théorie du patrimoine », *RTD civ.* 2014, p. 547
- DESDEVISES (Y.), « L'exécution négociée avant l'obtention du titre exécutoire » in C. BRENNER (dir.), *Le droit de l'exécution forcée : entre mythe et réalité*, coll. Droit et procédures, EJT, 2007, p. 113
- DERRUPPÉ (J.), « Rapport de synthèse » in *Travaux de l'Association Henri Capitant, L'endettement, Journées argentines*, t. XLVI, LGDJ, 1997, p. 23
- DESHAYES (O.), « Les actions ouvertes au créancier (action paulienne, action oblique, action directe, droits d'opposition) – Rapport français » in M. BÉHAR-TOUCHAIS (dir.), *Comparaison de la réforme du droit français des contrats et du régime de l'obligation avec le nouveau Code civil roumain*, vol. 2, *Régime de l'obligation*, IRJS éd., 2017, p. 155
- DIENER (P.), « La « défiscalisation » par entreprises fictives dans les départements d'outre-mer après la loi n° 91-1322 du 30 déc. 1991 de finances pour 1992 », *D.* 1992, p. 181
- DISSAUX (N.), « Quel avenir pour le patrimoine ? » in R. BOFFA (dir.), *L'avenir du droit des biens*, coll. Grands colloques, LGDJ, 2016, p. 25

- DUPICHOT (Ph.), « Le nouveau droit français des sûretés : bréviaire à l'attention des juristes étrangers » in *Mélanges en l'honneur de Camille Jauffret-Spinosi*, Dalloz, 2013, p. 277
- « Opération *fiducie* sur le sol français », *JCP G* 2007, act. 121
- FABRE-MAGNAN (M.), « Propriété, patrimoine et lien social », *RTD civ.* 1997, p. 583
- FAGES (B.), « Réforme de la responsabilité du fait d'autrui et sort réservé aux sociétés mères », *RDC* 2007, p. 115
- FATÔME (E.), « À propos de l'apport en garantie des équipements publics », *AJDA* 2003, p. 21
- FAUGEROLAS (L.), « La subordination des créances », *JCP E* 1991, n° 42, 84
- FERRY (C.), « La caducité de la clause d'inaliénabilité », *D.* 2019, p. 270
- FRANÇOIS (J.), « Les créances sont-elles des biens ? » in *Liber amicorum Christian Larroumet*, Economica, 2009, p. 149
- FULCHIRON (H.), « Le nouveau PACS est arrivé ! », *Defrénois* 2006, p. 1621
- « Les présomptions d'indivision et de communauté dans le couple », *Defrénois* 2001, p. 949
- GAUDEMARIS (M. de ~), « Théorie de l'apparence et sociétés », *Rev. sociétés* 1991, p. 46
- GAVALDA (C.), STOUFFLET (J.), « La lettre de garantie internationale », *RTD com.* 1980, p. 1
- GERMAIN (M.), « L'opposition en droit des sociétés », *LPA* 4 avril 2007, p. 21
- « La protection du patrimoine de l'entrepreneur : solutions sociétaires », *RLDA* févr. 2011, p. 82
- GIJSBERS (C.), « Défense d'un *numerus clausus* des sûretés réelles » in L. ANDREU (dir.), *Liberté contractuelle et droit réels*, Institut universitaire Varenne, 2015, p. 233
- « L'influence de la future réforme des sûretés sur la banque de détail », *RDBF* 2018, dossier 28
 - « La pauvreté » in *Recueil de leçons de 24 heures – Agrégation de droit privé et de sciences criminelles 2015*, LGDJ, 2015, p. 145
 - « La réalisation *post mortem* des sûretés », *JCP N* 2017, 1145
- GOUBEAUX (G.), « Personnalité morale, droit des personnes et droit des biens » in *Aspects actuels du droit commercial français – Etudes dédiées à René Roblot*, LGDJ, 1984, p. 199
- GOUËZEL (A.), BOUGEROL (L.), « Le cautionnement dans l'avant-projet de réforme du droit des sûretés : propositions de modification », *D.* 2018, p. 678
- GRARE-DIDIER (C.), « La communauté légale : failles et modernité » in I. DAURIAC, C. GRARE-DIDIER, S. GAUDEMET (dir.), *Quelle association patrimoniale pour le couple ?*, coll. Thèmes et commentaires, Dalloz, 2010, p. 3
- GRIMALDI (C.), « Mystérieuse tontine » in *Liber amicorum – Mélanges en l'honneur du professeur Gérard Champenois*, Defrénois, 2012, p. 417
- GRIMALDI (M.), « L'opposition en droit patrimonial de la famille », *LPA* 4 avr. 2007, p. 15
- « Les libéralités graduelles et les libéralités résiduelles », *JCP N* 2006, 1387
 - « Les successions et les libéralités » in *Le Code civil 1804-2004 – Livre du Bicentenaire*, Dalloz-Litec, 2004, p. 283
 - « Théorie du patrimoine et fiducie », *RLDC* déc. 2010, p. 73
 - « Vers une réforme des sûretés », *RJ com.* 2005, p. 467
- GRIMONPREZ (B.), « Pour une responsabilité des sociétés mère du fait de leurs filiales », *Rev. sociétés* 2009, p. 715
- GRUA (F.), « L'obligation et son paiement » in *Aspects actuels du droit des affaires – Mélanges en l'honneur de Yves Guyon*, Dalloz, 2003, p. 488
- GRYNBAUM (L.), « Saleilles et le droit des obligations : l'objectif du juste milieu » in F. AUDREN, C. CHENE, N. MATHEY, A. VERGNEN (dir.), *Raymond Saleilles et au-delà*, coll. Thèmes et Commentaires, Dalloz, 2013, p. 117

- GUINAMANT (M.-L.), « Quand la clôture pour insuffisance d'actif ouvre la porte au rebond... du créancier », *BJE* sept. 2019, p. 9
- GUYON (Y.), « L'inaliénabilité en droit commercial » in *Droit et vie des affaires – Etudes à la mémoire d'Alain Sayag*, Litec, 1997, p. 267
- « Le droit de regard du créancier sur le patrimoine et l'activité de son débiteur considéré comme sûreté », *RJ com.* févr. 1982, p. 121
- HAGE-CHAHINE (F.), « Essai d'une nouvelle classification des droits privés », *RTD civ.* 1982, p. 705
- HÉBRAUD (P.), « L'exécution des jugements civils », *RIDC* 1957, p. 170
- « La réalisation des droits des créanciers dans la saisie immobilière », *DH* 1939, p. 23
- HENRY (X.), « Réflexions méthodologiques sur l'annotation du Code civil » in *Mélanges en l'honneur du Professeur Gilles Goubeaux – Liber amicorum*, Dalloz – LGDJ, 2009, p. 249
- HENRY (L.-C.), ROUSSEL-GALLE (Ph.), « Le dessaisissement » in P.-M. LE CORRE (dir.), *Les grands concepts du droit des entreprises en difficulté*, coll. Thèmes et commentaires, Dalloz, 2018, p. 33
- HOIR-LAUPRÊTRE (C. d'~), « Le crédit des couples » in *Études offertes à Jacqueline Rubellin-Devichi – Des concubinages – Droit interne, droit international, droit comparé*, Litec, 2002, p. 223
- HONTEBEYRIE (A.), « Régime de l'obligation et droit des sûretés », *RLDC* mars 2014, p. 77
- HOONAKKER (Ph.), « La civilisation de l'exécution forcée » in C. BRENNER (dir.), *Le droit de l'exécution forcée : entre mythe et réalité*, coll. Droit et Procédures, EJT, 2007, p. 63
- « Le RSA bancaire ou la mise à disposition automatique d'une somme à caractère alimentaire sur un compte saisi », *D.* 2010, p. 1890
- HOUIN (R.), « Permanence de l'entreprise à travers la faillite » in *Liber amicorum Baron Louis Fredericq*, t. II, Faculteit der Rechtsgeleerdheid te Gent, 1965, p. 609
- HOUIN-BRESSAND (C.), « La protection du patrimoine de l'entrepreneur : solutions non sociétaires », *RLDA* févr. 2011, p. 79
- « Les clauses d'inaliénabilité insérées dans les contrats de crédit » in *Mélanges en l'honneur du Professeur Didier R. Martin*, LGDJ, 2015, p. 243
- HUGON (C.), « L'exécution des décisions de justice » in R. CABRILLAC (dir.), *Libertés et droits fondamentaux*, 26^e éd., Dalloz, 2020, p. 784
- « Le nouvel article 22-2 de la loi du 9 juillet 1991 portant réforme des procédures civiles d'exécution ou la mise en place d'un droit de gage général à géométrie variable », *BJE* 2011, p. 354
 - « Les insaisissabilités entre techniques et valeurs » in *Études à la mémoire de Philippe Neau-Leduc*, LGDJ, 2018, p. 529
- JEANDIDIER (W.), « L'exécution forcée des obligations contractuelles de faire », *RTD civ.* 1976, p. 700
- JESTAZ (Ph.), « L'obligation et la sanction – À la recherche de l'obligation fondamentale » in Ph. JESTAZ, *Autour du droit civil – Écrits dispersés, idées convergentes*, Dalloz, 2004, p. 325
- JEULAND (E.), « Pour la reconnaissance d'un lien procédural de protection en matière d'exécution » in L. FLISE, E. JEULAND, *L'exécution forcée : des procès dans le procès ?*, IRJS éd., 2017, p. 97
- JOSSERAND (L.), « Un ordre juridique nouveau », *DH* 1937, p. 41
- JOURDAIN (P.), « Quelques réflexions sur la notion de garantie en droit privé » in *Études offertes au professeur Philippe Malinvaud*, Litec, 2007, p. 303
- JULIEN (F.), « Financements sans recours » in A. GOURIO, J.-J. DAIGRE (dir.), *Droit bancaire et financier – Mélanges AEDBF France VI*, RB éd., 2013, p. 293
- JULIENNE (M.), « L'agent des sûretés : portée pratique et théorique d'une réforme », *RDC* 2017, p. 461

- « Les crypto-monnaies : régulation et usages », *RDBF* 2018, étude 19
- « Obligation naturelle et obligation civile », *D.* 2009, p. 1709
- JUREDIEU (F.), « L'articulation de la proportionnalité en droit du cautionnement », *RLDC* mai 2017, p. 19
- KUHN (C.), « Des patrimoines et des hommes », *Dr. & patr.* févr. 2012, p. 30
 - « Une fiducie française », *Dr. & patr.* avr. 2007, p. 32
- LABBÉ (J. E.), « De l'exercice des droits d'un débiteur par son créancier », *Rev. crit. lég. jur.* 1856, t. IX, p. 208
- LAFONTAINE (M.), « D'une antinomie », *Rev. crit. lég. jur.* 1859, p. 334
- LAITHIER (Y.-M.), « La prétendue primauté de l'exécution en nature », *RDC* 2005, p. 161
- LAMORIL (G.), « L'insaisissabilité des biens au regard des droits fondamentaux à l'exemple du droit français », *RTDH* 2006, p. 359
- LARROUMET (C.), « La loi du 19 février 2007 sur la fiducie – Propos critiques », *D.* 2007, p. 1350
 - « Obligation réelle et obligation personnelle », *RDA* févr. 2013, p. 89
- LAUVERGNAT (L.), « Consécration de l'accès direct aux renseignements sur le débiteur poursuivi », *D.* 2012, p. 888
- LAVAL (S.), « Pour une réforme de l'agent des sûretés », *Dr. & patr.* avr. 2016, p. 28
- LE CORRE (P.-M.), « Le sort des créances en cas d'extension d'une procédure collective », *D.* 2002, p. 1122
 - « Premiers regards sur l'ordonnance du 12 mars 2014 », *D.* 2014, p. 733
- LE GUIDEC (R.), « Le patrimoine affecté de l'EIRL et le droit des successions », *Deffrénois* 2011, p. 599
- LEBORGNE (A.), « Rapport introductif » in A. LEBORGNE et E. PUTMAN (dir.), *Les obstacles à l'exécution forcée : permanence et évolution*, coll. Droit et procédures, EJT, 2009, p. 1
- LÉCUYER (H.), « Changer de régime légal ? », *JCP N* 2014, n° 31-35, Hors-série, p. 19
- LEFEBVRE (M.), « La saisie des biens indisponibles en droit des affaires », *RLDA* oct. 2013, p. 75
- LEGEAIS (D.), « Un nouveau droit pour l'agent des sûretés : une bonne nouvelle pour les notaires », *JCP N* 2017, act. 863
- LEREBOURS-PIGEONNIÈRE (P.), « La contribution essentielle de R. Saleilles à la théorie générale de l'obligation et à la théorie de la déclaration de volonté » in R. BEUDANT *et alii*, *L'œuvre juridique de Raymond Saleilles*, A. Rousseau, 1914, p. 399
- LEROYER (A.-M.), PILLEBOUT (J.-F.), « EIRL et droit des régimes matrimoniaux et des successions » in F. TERRÉ (dir.), *EIRL – L'entrepreneur individuel à responsabilité limitée*, coll. Droit 360°, LexisNexis, 2011, p. 125
- LIBCHABER (R.), « Feu la théorie du patrimoine », *BJS* 2010, p. 316
 - « Le dépérissement du droit civil » in F. AUDREN, S. BARBOU DES PLACES (dir.), *Qu'est-ce qu'une discipline juridique ?*, coll. Contextes, LGDJ, 2018, p. 243
 - « Les aspects civils de la fiducie dans la loi du 19 février 2007 », *Deffrénois* 2007, p. 1094
 - « Les incertitudes de la notion de communauté » in *Liber amicorum – Mélanges en l'honneur du professeur Gérard Champenois*, LGDJ, 2012, p. 583
 - « Une fiducie française, inutile et incertaine... » in *Mélanges en l'honneur de Philippe Malaurie – Liber amicorum*, Deffrénois, 2005, p. 303
- LISANTI (C.), « Le nantissement du patrimoine affecté ? », *CDE* 2011, dossier 18
- LOISEAU (G.), « Les actions ouvertes au créancier » in V. FORTI, L. ANDREU (dir.), *Le nouveau régime général des obligations*, coll. Thèmes & commentaires, Dalloz, 2016, p. 21

- LUCAS (F.-X.), « L'attraction du conjoint *in bonis* dans la procédure collective », *LPA* 24 avr. 2003, p. 4
- « La subordination des créances à l'épreuve de la procédure collective », *Rev. proc. coll.* 2013, dossier 19
 - « Le changement en droit des entreprises en difficulté : la nouvelle procédure de rétablissement professionnel », *RDA* févr. 2015, p. 168
- MACORIG-VENIER (F.), « Clauses d'inaliénabilité et procédure collective », *RLDA* mai 2003, p. 39
- « L'effacement des dettes dans le droit du surendettement », *Dr. & patr.*, sept. 2009, p. 54
- MALAPERT (F.), « La réforme du régime dotal », *Journal des économistes* 1876, p. 386
- MALLET-BRICOUT (B.), « Fiducie et propriété » in *Liber amicorum Christian Larroumet*, *Economica*, 2009, p. 297
- « L'affectation d'un patrimoine : fonctionnement et cessation » in F. TERRÉ (dir.), *EIRL – L'entrepreneur individuel à responsabilité limitée*, coll. Droit 360°, Litec, 2011, p. 41
- MANARA (C.), TABAKA (B.), « Pour l'insaisissabilité de l'ordinateur familial », *AJ Fam.* 2008, p. 207
- MARGUÉNAUD (J.-P.), « Alerte européenne sur le droit des régimes matrimoniaux », *RTD civ.* 2013, p. 810
- MARINI (Ph.), « La fiducie à la française », *RJ com.* nov.-déc. 2007, p. 1
- MARINIER (L. A.), « De la date certaine dans les actes sous seing privé », *Revue pratique de droit français* 1860, t. X, p. 539
- MARTIN-SERF (A.), « L'intérêt collectif des créanciers ou l'impossible adieu à la masse » in *Procédures collectives et droit des affaires – Morceaux choisis – Mélanges en l'honneur d'Adrienne Honorat*, éd. Frison-Roche, 2000, p. 143
- MATHEY (N.), « Le caractère excessif de l'engagement de la caution », *RDBF* 2012, Dossier 41
- MAZEAUD (V.), « Droit réel, propriété et créance dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel », *RTD civ.* 2014, p. 29
- MEKKI (M.), « Le patrimoine aujourd'hui », *JCP G* 2011, doct. 1258
- MESTRE (J.), « Réflexions sur l'abus du droit de recouvrer sa créance » in *Mélanges offerts à Pierre Raynaud*, Dalloz-Sirey, 1985, p. 439
- « Rapport de synthèse » in A. LEBORGNE, E. PUTMAN (dir.), *Les obstacles à l'exécution forcée : permanence et évolution*, coll. Droit et Procédures, EJT, 2009, p. 159
- MEVORACH (M. N.), « Le patrimoine », *RTD civ.* 1936, p. 811
- MIGNOT (M.), « La nature juridique du paiement » in M. MIGNOT, J. LASSERRE-CAPDEVILLE (dir.), *Le paiement*, coll. Droit privé et sciences criminelles, L'Harmattan, 2014, p. 9
- « Les principes généraux (droit commun) des sûretés en général et des sûretés personnelles et réelles en particulier (art. 2284 à 2287 avant-projet) » in L. ANDREU, M. MIGNOT (dir.), *La réforme du droit des sûretés*, Institut universitaire Varenne, 2019, p. 17
- MOLFESSIS (N.), « Entreprise et patrimoine : évolution ou révolution ? », *Gaz. pal.* 19 mai 2011, p. 63
- « Le principe de proportionnalité en matière de garanties », *Banque & Droit* mai-juin 2000, p. 4
- MONSÉRIÉ-BON (M.-H.), « L'effet réel » in P.-M. LE CORRE (dir.), *Les grands concepts du droit des entreprises en difficulté*, coll. Thèmes et commentaires, Dalloz, 2018, p. 63

- MONSÈRIÉ-BON (M.-H.), NICOD (M.), « Le décès de l'entrepreneur individuel à responsabilité limitée » in *Ecrits de droit de l'entreprise – Mélanges en l'honneur de Patrick Serlooten*, Dalloz, 2015, p. 243
- MORIN (G.), « Vers un ordre juridique nouveau de la vie économique », *Revue de métaphysique et de morale* 1937, p. 781
- MOULY (C.), « Pour la liberté des garanties personnelles », *Banque* 1987, p. 1168
- « Procédures collectives : assainir le régime des sûretés » in *Aspects actuels du droit commercial français – Études dédiées à René Roblot*, LGDJ, 1984, p. 529
- NICOD (M.), « La continuation de la personne du défunt : principe général du droit français des successions ? » in H. SIMONIAN-GINESTE (dir.), *La (dis)continuité en Droit*, PUT, 2014, p. 141
- OPPETIT (B.), « L'endettement et le droit » in *Mélanges en hommage à André Breton et Fernand Derrida*, Dalloz, 1991, p. 295
- PAILLUSSEAU (J.), « Du droit des faillites au droit des entreprises en difficulté » in *Etudes offertes à Roger Houin*, Dalloz-Sirey, 1985, p. 109
- « La notion de groupe de sociétés et d'entreprises en droit des activités économiques », *D.* 2003, p. 2346
 - « Le big bang du droit des affaires à la fin du XX^e siècle (ou les nouveaux fondements et notions du droit des affaires) », *JCP E* 1988, 15101
 - « Le droit moderne de la personnalité morale », *RTD civ.* 1993, p. 705
- PELLIER (J.-D.), « La nature juridique du patrimoine affecté de l'entrepreneur individuel à responsabilité limitée », *RTD com.* 2010, p. 43
- PERCEROU (J.), « La liquidation du passif héréditaire en droit comparé, spécialement en droit allemand », *RTD civ.* 1905, p. 811
- « La liquidation du passif héréditaire en droit français », *RTD civ.* 1905, p. 535
- PÉROCHON (F.), « L'insaisissabilité après la loi Macron », *Deffrénois* 2016, p. 532
- « La discipline collective » in P.-M. LE CORRE (dir.), *Les grands concepts du droit des entreprises en difficulté*, coll. Thèmes et commentaires, Dalloz, 2018, p. 1
 - « Les intérêts des créanciers : quelles évolutions depuis 30 ans ? » in F. MACORIG-VENIER (dir.), *Le droit des entreprises en difficulté après 30 ans : droit dérogatoire, précurseur ou révélateur ?*, coll. Actes de colloque de l'IFR, PUT, 2017, p. 111
- PERROT (R.), « Rapport français » in *Travaux de l'Association Henri Capitant, L'effectivité des décisions de justice (Journées françaises)*, t. XXXVI, Economica, 1987, p. 105
- PÉTEL (Ph.), « Entreprises en difficulté : encore une réforme ! », *JCP G* 2014, doct. 667
- « La vie après la confusion des patrimoines » in *Liber amicorum – Mélanges en l'honneur de Philippe Merle*, Dalloz, 2013, p. 577
 - « Réforme du droit des entreprises en difficulté : à la recherche de solutions négociées », *JCP E* 2014, étude 1223
- PEYRAMAURE (Ph.), DIESBECQ (A.), « Pour limiter la multiplication des liquidations judiciaires : une procédure de sauvetage participatif », *Gaz. pal.* 28 juill. 2020, p. 13
- PIAZZON (T.), « Chronique de droit privé », *Les nouveaux cahiers du Conseil constitutionnel*, oct. 2016, n° 53, p. 141
- PIÉDELIÈVRE (S.), « Accès à l'information et accès à l'exécution » in A. LEBORGNE, E. PUTMAN (dir.), *Les obstacles à l'exécution forcée : permanence et évolutions*, coll. Droit et Procédures, EJT, 2009, p. 104
- « Crédit et successions : la sécurité de l'héritier passe avant les droits des créanciers successoraux », *Dr. & patr.* mars 2007, p. 59
 - « Le cautionnement excessif », *Deffrénois* 1998, p. 849
- PIETTE (G.), « La sanction du cautionnement disproportionné », *Dr. & patr.* juin 2004, p. 44

- PILLET (G.), « Assimilation du cautionnement réel au cautionnement : nature des choses ou expédient ? », *JCP G* 2019, 449
- PIMONT (S.), « L'obligation civile, entre droit et économie » in *Mélanges offerts à Geneviève Pignarre – Un droit en perpétuel mouvement*, LGDJ, 2018, p. 705
- POLLAUD-DULIAN (F.), « Le principe d'égalité dans les procédures collectives », *JCP G* 1998, doct. 138
- PRIGENT (S.), « Le dualisme dans l'obligation », *RTD civ.* 2008, p. 401
- PUTMAN (E.), « La contrainte dans le droit de l'exécution », *RRJ* 1994-2, p. 341
- « Retour sur « le droit de ne pas payer ses dettes » », *RRJ* 1994-1, p. 109
- RACINE (J.-B.), « Faut-il encore payer ses dettes ? Le cas du surendettement des particuliers », *LPA* 29 mars 2006, p. 37
- RAKOTOVAHINY (M.-A.), « Regards critiques sur l'institutionnalisation « du droit de ne pas payer ses dettes » ou la consécration du non paiement » in M. HECQUARD-THERON, J. KRYNEN (dir.), *Regards critiques sur quelques (r)évolutions récentes du droit*, PUT, 2005, p. 491
- RÉMERY (J.-P.), « Pour une insaisissabilité temporaire des navires invités à une manifestation nautique. Remarques et réflexions à propos de l'affaire de la saisie du voilier école Sedov », *DMF* 2001, p. 611
- RÉMY (Ph.), « La « responsabilité contractuelle » : histoire d'un faux concept », *RTD civ.* 1997, p. 323
- REJET (T.), « À propos de l'article de Bernard Beignier « Pour un nouveau Code civil » », *D.* 2019, p. 1011
- « Rapport de synthèse » in T. REJET (dir.), *Code civil et modèles – Des modèles du Code au Code comme modèle*, Bibliothèque de l'Institut André Tunc, t. 6, LGDJ, 2005, p. 593
 - « Rapport introductif », Dossier *L'EIRL : la nouvelle donne pour l'entrepreneur*, *Dr. & patr.* avr. 2011, p. 44
- RIASSETTO (I.), STORCK (M.), « Les compartiments d'OPC entre indépendance et dépendance » in *Mélanges AEDBF France VII*, RB éd., 2018, p. 351
- RIPERT (G.), « Le droit de ne pas payer ses dettes », *DH* 1936, chron. p. 57
- ROBINE (D.), « Le nouvel agent des sûretés français : une attrayante figure en clair-obscur », *RDBF* 2017, étude 12
- ROCHFELD (J.), « Du statut du droit contractuel « de protection de la partie faible » : les interférences du droit des contrats, du droit du marché et des droits de l'homme » in *Études offertes à Geneviève Viney*, LGDJ, 2008, p. 835
- « Les brouillages de la *summa divisio* des personnes et des choses. La personnification des choses », *Dr. fam.* 2013, étude 5
- ROMAN (B.), « La nature juridique de l'action paulienne », *Deffrénois* 2005, p. 655
- ROUSSEL-GALLE (Ph.), « La réforme du droit des entreprises en difficulté par l'ordonnance du 12 mars 2014 », *Rev. sociétés* 2014, p. 351
- ROUSSEL-GALLE (Ph.), PÉROCHON (F.), « Le rétablissement professionnel, à mi-chemin entre rétablissement personnel et liquidation judiciaire » in *Écrits de droit de l'entreprise – Mélanges en l'honneur de Patrick Serlooten*, Dalloz, 2015, p. 233
- ROUYÈRE (F.), « L'obligation comme garantie », *RTD civ.* 2011, p. 1
- SABRIAU-PÉREZ (M.-A.), « La notion fiscale de simulation à l'épreuve du droit civil », *Gaz. pal.* 4 oct. 2005, p. 2
- SAINT-ALARY-HOUIN (C.), « Du droit de la faillite au droit des entreprises en difficulté – Regards sur les évolutions du dernier quart de siècle » in M. HECQUARD-THERON, J. KRYNEN (dir.), *Regards critiques sur quelques (r)évolutions récentes du droit*, PUT, 2005, p. 389

- « L'inopposabilité à la procédure collective » in P.-M. LE CORRE (dir.), *Les grands concepts du droit des entreprises en difficulté*, coll. Thèmes et commentaires, Dalloz, 2018, p. 47
 - « « Le rebond » du débiteur en liquidation : vrai ou faux départ ? » in *Professeur, avocat, juge au service du droit des affaires – Mélanges en l'honneur de Daniel Tricot*, Litec-Dalloz, 2011, p. 579
- SALATI (O.), « Le mythe du droit de gage général : les biens insaisissables » in A. LEBORGNE, E. PUTMAN (dir.), *Les obstacles à l'exécution forcée : permanence et évolution*, coll. Droit et procédures, EJT, 2009, p. 11
- SALEILLES (R.), « De la cession de dettes », *Annales de droit commercial* 1890, p. 1
- « De la responsabilité de l'héritier quant aux dettes de la succession dans l'histoire du droit français » (2^e partie), *Bulletin de la société d'études législatives* 1911, p. 56
 - « Le Code civil et la méthode historique » in *Le Code civil – 1804-1904 – Livre du centenaire*, t. I, A. Rousseau, 1904, p. 95
- SAUTONIE-LAGUIONIE (L.), « L'EIRL et les nullités de la période suspecte », *BJE* 2011, p. 82
- « Les biens soumis à la procédure collective », *Dr. & patr.*, avr. 2018, p. 38
- SÉNÉCHAL (J.-P.), « La réforme de la liquidation judiciaire », *LPA* 10 juin 2004, p. 43
- « Le décès de l'EIRL et l'obligation de l'héritier aux dettes de la succession », *BJE* 2011, p. 218
- SÉNÉCHAL (J.-P.), LE GUIDEC (R.), « Le droit de poursuite des créanciers de l'indivision », *JCP N* 1985, 100344
- SÉNÉCHAL (M.), « Le rétablissement professionnel par effacement relatif de certaines dettes », *BJE* 2014, p. 196
- SÉRIAUX (A.), « La notion juridique de patrimoine – Brèves notations civilistes sur le verbe avoir », *RTD civ.* 1994, p. 801
- SIMLER (Ph.), « Codifier ou recodifier le droit des sûretés personnelles ? » in *Le Code civil 1804-2004 – Livre du Bicentenaire*, Dalloz-Litec, 2004, p. 373
- « Dispositions générales du Livre IV nouveau du Code civil », *JCP G* 17 mai 2006, doct. 2
 - « Pour un autre régime matrimonial légal » in *L'avenir du droit – Mélanges en hommage à François Terré*, Dalloz – PUF – éd. Jurisclasseur, 1999, p. 455
- SOUSI (G.), « La spécificité juridique de l'obligation de somme d'argent », *RTD civ.* 1982, p. 514
- STEFANIA (T.), « Le sort des contrats en cours en droit du rétablissement personnel », *D.* 2013, p. 384
- STOFFEL-MUNCK (Ph.), « L'autonomie du droit contractuel de la consommation : d'une logique civiliste à une logique de régulation », *RTD com.* 2012, p. 705
- STORCK (M.), « De la nature juridique des fonds communs de placement » in *Liber amicorum – Mélanges en l'honneur du Professeur Gilles Goubeaux*, Dalloz-LGDJ, 2009, p. 509
- TALLON (D.), « L'inexécution du contrat : pour une autre présentation », *RTD civ.* 1994, p. 223
- THÉRY (Ph.), « L'EIRL, ou la prise de la Bastille (observations rétrospectives sur la théorie du patrimoine) » in *Mélanges en l'honneur de Philippe Merle*, Dalloz, 2012, p. 693
- « L'exécution forcée : des procès dans le procès ? » in L. FLISE, E. JEULAND (dir.), *L'exécution forcée : des procès dans le procès ?*, IRJS éd., 2017, p. 3
 - « Le passif – Situation générale », Dossier *Le patrimoine professionnel d'affectation (premières analyses de l'EIRL)*, *Dr. & patr.* avr. 2010, p. 85
 - « Régime général de l'obligation et procédures civiles d'exécution », *RLDC* mars 2014, p. 93

- « Saisissabilité et limites » in *Le 10^{ème} anniversaire de la loi du 9 juillet 1991*, La Passerelle, 2002, p. 61
- « Variations sur le droit de poursuite du créancier » in *Mélanges en l'honneur du professeur Laurent Aynès – Liberté, justesse, autorité*, LGDJ, 2019, p. 471
- THOMASSIN (N.), « Le patrimoine fiduciaire » in M. BOURASSIN, J. REVEL (dir.), *Réformes du droit civil et vie des affaires*, coll. Thèmes & commentaires, Dalloz, 2014, p. 191
- THOMAT-RAYNAUD (A.-L.), « Protection des biens personnels de l'entrepreneur individuel et droit des créanciers : vers quel équilibre ? », *RLDA* juin 2010, p. 51
- TOLEDO-WOLFSOHN (A.-M.), « Financement de projet : sûretés sur les créances de la société du projet », *Dr. & patr.* juill. 2002, p. 56
- URBAIN-PARLÉANI (I.), « Regards croisés français et allemands sur le droit applicable aux groupes de sociétés » in M. MENJUCQ, B. FAGES (dir.), *Actualité et évolutions comparées du droit allemand et français des sociétés*, coll. Thèmes et commentaires, Dalloz, 2010, p. 91
- VALLANSAN (J.), « Le gage commun » in P.-M. LE CORRE (dir.), *Les grands concepts du droit des entreprises en difficulté*, coll. Thèmes et commentaires, Dalloz, 2018, p. 19
- VALLENS (J.-L.), « La sauvegarde n'a pas d'effet réel », *RTD com.* 2010, p. 794
- VAREILLES-SOMMIÈRES (M^{is} de ~), « Du conflit de créances et du droit de préférence entre créanciers », *Rev. crit. lég. jur.* 1905, p. 528, et 1906, p. 474
- « La définition et la notion juridique de la propriété », *RTD civ.* 1905, p. 443
- VAUPLANE (H. de ~), « La fiducie avant la fiducie : le cas du droit bancaire et financier », *JCP E* 2007, 2051
- VERBEKE (A.), « Information sur le patrimoine. Nécessité d'un droit d'exécution équilibré » in G. DE LEVAL, L. CHABOT, A. VERBEKE, R. PERROT, *Le rôle social et économique de l'huissier de justice*, Story-Scientia, 2000, p. 160
- WESTER-OUISSE (V.), « Aubry et Rau et la division du patrimoine », *LPA* 14 déc. 2009, p. 4
- WIEDERKEHR (G.), « Pacte comissoire et sûretés conventionnelles » in *Études offertes à Alfred Jauffret*, Faculté de droit et de science politique d'Aix-Marseille, 1974, p. 661
- ZENATI (F.), « Le produit de l'action en comblement de passif et la masse des créanciers », *D.* 1983, p. 213
- « Mise en perspective et perspectives de la théorie du patrimoine », *RTD civ.* 2003, p. 667
- « Pour une rénovation de la théorie de la propriété », *RTD civ.* 1993, p. 305
- ZENATI-CASTAING (F.), « La proposition de refonte du livre II du Code civil – Étude critique », *RTD civ.* 2009, p. 211
- « La propriété collective existe-t-elle ? » in *Liber amicorum – Mélanges en l'honneur du professeur Gilles Goubeaux*, Dalloz-LGDJ, 2009, p. 589
- « Les principes généraux en droit privé » in S. CAUDAL (dir.), *Les principes en droit*, coll. Études juridiques, Economica, 2008, p. 257

• Droit international et comparé

- AFFAKI (G.), « L'extraterritorialité en droit bancaire », *RDBF* 2015, dossier 50
- ALLAND (D.), FLEURY GRAFF (T.), « Les limites de la renonciation par l'État à son immunité d'exécution », *Rev. crit. DIP* 2016, p. 1
- AMIR-ASLANI (A.), ALBOU (A.), « La forteresse de l'immunité d'exécution des biens des banques centrales étrangères », *Banque & Droit* mars-avril 2015, p. 12
- AUDIT (M.), « De l'immunité d'exécution contre les sociétés émanation d'un État », *Rev. crit. DIP* 2008, p. 303

- « La dette souveraine appelle-t-elle un statut juridique particulier ? » in M. AUDIT (dir.), *Insolvabilité des États et dettes souveraines*, coll. Droit des affaires, LGDJ, 2011, p. 67
 - « Le « défaut souverain » l'est-il vraiment ? Analyse rétrospective du non-remboursement de dettes publiques », *RFDA* 2019, p. 243
- BÉGUIN (J.), « Un îlot de résistance à l'internationalisation : le droit international des procédures collectives » in *L'internationalisation du droit – Mélanges en l'honneur de Yvon Loussouarn*, Dalloz, 1994, p. 31
- BELLE (A.), « La loi belge anti-fonds vautours au sein du droit international sur la dette souveraine : le droit national comme outil de signalement et de gestion de risques de défaut », *Revue belge de droit international* 2018/1, p. 166
- BISMUTH (R.), « L'immunité d'exécution après la loi Sapin 2 », *JDI* 2018, doct. 4
- BRACONNIER (S.), « Le régime des biens publics situés à l'étranger – Réflexions sur la propriété publique transfrontalière » in *Bien public, bien commun – Mélanges en l'honneur de Étienne Fatôme*, Dalloz, 2011, p. 63
- BUREAU (D.), « La fin d'un îlot de résistance – Le Règlement du Conseil relatif aux procédures d'insolvabilité », *Rev. crit. DIP* 2002, p. 613
- CHAMARD-HEIM (C.), « Les propriétés publiques » in P. GONOD, F. MELLERAY, Ph. YOLKA (dir.), *Traité de droit administratif*, t. 2 ; Dalloz, 2011, p. 283
- CHEVALIER (P.), « L'immunité d'exécution attachée aux biens publics de l'État », *Justice & Cassation* 2015, p. 118
- COHEN (D.), « Droit du commerce international et modernité » in *Études à la mémoire du professeur Bruno Oppetit*, Litec, 2009, p. 109
- « Sur l'émanation d'État » in *Mélanges en l'honneur du Professeur Bernard Audit – Les relations privées internationales*, LGDJ, 2014, p. 233
- CUNIBERTI (G.), « La reconnaissance en France des jugements par défaut anglais – À propos de l'affaire Gambazzi-Stolzenberg », *Rev. crit. DIP* 2009, p. 685
- « Le principe de territorialité des voies d'exécution », *JDI* 2008, doct. 9
- CUNIBERTI (G.), MIGLIORINI (S.), « La procédure d'ordonnance européenne de saisie conservatoire des comptes bancaires établie par le règlement UE n° 655/2014 – Aspects de droit international privé », *Rev. crit. DIP* 2018, p. 31
- EMERICH (Y.), « La nature juridique des sûretés réelles en droit civil et en *common law* : une question de tradition juridique ? », *Revue juridique Thémis* 44-1, 2010, p. 95
- FRANCESKAKIS (Ph.), « Quelques précisions sur les « lois d'application immédiate » et leurs rapports avec les règles de conflits de lois », *Rev. crit. DIP* 1966, p. 1
- GEOUFFRE DE LA PRADELLE (G.), « Blocage des comptes en banque de missions diplomatiques et saisie d'un navire d'État affecté à une personne publique », *Gaz. pal.* 12 juin 2001, p. 22
- HERMAN (H.), HANNOTIN (G.), « Le nouveau régime applicable aux mesures conservatoires et mesures d'exécution prises contre des États étrangers issu de la loi Sapin 2 », *Gaz. pal.*, 9 mai 2017, p. 14
- HEYMANN (J.), « La loi Sapin 2 et les immunités d'exécution – À propos de la loi n° 2016-1691 du 9 décembre 2016 », *JCP G* 2016, 102
- JACKSON (T. H.), KRONMAN (A. T.), « Secured financing and priorities among creditors », *The Yale Law Journal*, vol. 88, n° 6, May 1979, p. 1143
- JAEGER (L.), « Le retour en force de l'immunité d'exécution » in M. DE FONTMICHEL, J. JOURDAN-MARQUES (dir.), *L'exécution des sentences arbitrales internationales*, LGDJ, 2017, p. 195
- JAULT-SESEKE (F.), « La blockchain au prisme du droit international privé, quelques remarques », *Dalloz IP/IT* 2018, p. 544

- KLEINER (C.), « Bitcoin, monnaie étrangère et indexation : quelle équation ? » in *Liber amicorum en l'honneur du Professeur Joël Monéger*, LexisNexis, 2017, p. 239
- « L'affaire du siècle : *NML c/ République d'Argentine* ou la « contribution » des fonds voutours au droit international » in *Mélanges en l'honneur du Professeur Pierre Mayer*, LGDJ, 2014, p. 391
 - « Le secret bancaire opposé par les banques françaises aux injonctions de *discovery* : du nouveau dans l'*international comity analysis* ? » in *Mélanges AEDBF France VII*, RB éd., 2018, p. 327
- KOHEN (M. G.), « La portée et la validité des clauses contractuelles exorbitantes de renonciation à l'immunité des États » in *Mélanges en l'honneur du professeur Jean-Michel Jacquet*, LexisNexis, 2013, p. 201
- LACHLAN (C. Mc~), « The Jurisdictional limits of disclosure orders in transnational fraud litigation », *International & Comparative Law Quarterly* 1998, 47 (1), p. 3
- LAGARDE (P.), « Conclusions générales » in I. PINGEL (dir.), *Droit des immunités et exigences du procès équitable*, coll. Contentieux européen, A. Pedone, 2004, p. 149
- LEBEN (C.), « Les fondements de la conception restrictive de l'immunité d'exécution des États », in *L'immunité d'exécution de l'État étranger*, Cahiers du CEDIN, Montchrestien, 1990, p. 7
- LEBOULANGER (Ph.), « La renonciation à l'immunité d'exécution : désordre ou pragmatisme ? » in *Mélanges en l'honneur de Pierre Mayer*, LGDJ, 2015, p. 455
- LEGROS (C.), « Affaire NOGA : l'émergence d'une nouvelle immunité d'exécution ? L'immunité de l'article L. 153-1 CMF », *Gaz. pal.* 21 févr. 2009, p. 2
- LEQUESNE ROTH (C.), « La fin des « voutours » ? Retour sur le contentieux stratégique des dettes souveraines », *RIDE* 2018/3, p. 351
- MACDONALD (R. A.), MENARD (J.-F.), « Credo, credere, credidi, creditum : essai de phénoménologie des sûretés réelles » in *Mélanges offerts au professeur François Frenette : Études portant sur le droit patrimonial*, Presses universitaires de Laval, 2006, p. 309
- MAHIOU (A.), « L'immunité d'exécution de l'État et les travaux de codification de la commission du droit international », in *L'immunité d'exécution de l'État étranger*, Cahiers du CEDIN, Montchrestien, 1990, p. 159
- MATTOUT (J.-P.), « La saisie des avoirs de banques centrales étrangères et le tiers saisi » in *Mélanges AEDBF-France V*, Revue Banque éd., 2008, p. 305
- « Le secret bancaire dans l'ordre international », *Travaux du Comité français de DIP 2000-2002*, Pedone, 2004, p. 175
- MAYENCE (A.), SLAUTSKY (E.), « L'inapplicabilité du droit commun de l'insolvabilité aux personnes morales de droit public à l'épreuve du droit des aides d'État », *Revue belge de droit commercial* 2018, p. 828
- MENUT (B.), « Pour un Code mondial de l'exécution » in *L'harmonisation des procédures d'exécution dans un espace de justice sans frontière*, Actes du Congrès international de Washington, 26-28 avril 2006, coll. Passerelle, EJT, 2007, p. 21
- MOURALIS (D.), « Le contentieux devant le juge de l'exécution » in M. DE FONTMICHEL, J. JOURDAN-MARQUES (dir.), *L'exécution des sentences arbitrales internationales*, LGDJ, 2017, p. 131
- MUIR WATT (H.), « Dette souveraine et main visible du marché : de nouveaux enjeux du droit international privé des contrats », *Rev. crit. DIP* 2015, p. 331
- « Extraterritorialité des mesures conservatoires *in personam* (à propos de l'arrêt de la Court of Appeal, *Crédit Suisse Fides Trust v. Cuoghi*) », *Rev. crit. DIP* 1998, p. 27
 - « L'émergence du réseau et le droit international privé » in *Mélanges en l'honneur du Professeur Bernard Audit – Les relations privées internationales*, LGDJ, 2014, p. 533

- « L'immunité souveraine et les fonds « vautour » - À propos de *La générale des Carrières et des Mines v. F.G. Hemisphere Associates LLC* », *Rev. crit. DIP* 2012, p. 789
- NEDJAR (D.), « Tendances actuelles du droit international des immunités des États », *JDI* 1997, p. 59
- NOURISSAT (C.), « Rapport de synthèse » in M. DE FONTMICHEL, J. JOURDAN-MARQUES (dir.), *L'exécution des sentences arbitrales internationales*, LGDJ, 2017, p. 221
- NUYTS (A.), « La refonte du règlement Bruxelles I », *Rev. crit. DIP* 2013, p. 1
- OPPETIT (B.), « La pratique française en matière d'immunité d'exécution » in *L'immunité d'exécution de l'État étranger*, coll. Cahiers du CEDIN, Montchrestien, 1990, p. 49
- PARLÉANI (G.), « Le secret bancaire face aux injonctions civiles anglo-américaines », *Banque & Droit* janv.-févr. 2016, p. 20, et mars-avril 2016, p. 4
- PINGEL (I.), « Observations sur la convention du 17 janvier 2005 sur les immunités juridictionnelles des États et de leurs biens », *JDI* 2005, p. 1045
- PRATTE (D.), « Des privilèges aux priorités : plus qu'un changement de vocabulaire », *Revue de droit de l'Université de Sherbrooke* 1992, n° 23, p. 175
- RONFINI (F.), « Les grandes lignes du droit de l'exécution dans les pays de l'Union européenne » in *Vers l'harmonisation en Europe du droit de l'insolvabilité et des garanties*, Revue de la faculté de droit de l'Université libre de Bruxelles, vol. 24, Bruylant, 2001, p. 43
- SCHILLER (S.), « L'effacement des dettes permet-il un nouveau départ ? Comparaison franco-américaine », *RIDC* 2004, p. 655
- STERN (B.), « Conclusions générales » in *L'immunité d'exécution de l'État étranger*, Cahiers du CEDIN, Montchrestien, 1990, p. 219
- SYNVET (H.), « Quelques réflexions sur l'immunité d'exécution de l'État étranger », *JDI* 1985, p. 865
- TARZIA (G.), « La distribution des deniers dans l'exécution forcée en Europe », *RIDC* 1999, p. 331
- THOMINETTE (R.), « Faut-il interdire au créancier d'un État étranger d'avoir accès aux juridictions françaises ? », *D.* 2007, p. 1897
- UITDEHAAG (J.), ERP (S. van ~), « Enforcement of digital assets : a paradise for debtors ? » in SCHMATZ (M.) (dir.), GIELEN (P.) (coord.), *Avoirs dématérialisés et exécution forcée*, coll. Pratique du droit européen, Bruylant, 2019, p. 173
- VAREILLES-SOMMIÈRES (P. de ~), « Le créancier et l'Europe : pour une simplification du recouvrement international de l'impayé » in *Mélanges Christian Mouly*, t. II, Litec, 1998, p. 437
- VIGNAL (T.), « Sur quelques paradoxes contemporains de la territorialité » in *Mélanges en l'honneur du Professeur Bernard Audit – Les relations privées internationales*, LGDJ, 2014, p. 713
- WAUTELET (P.), « Vulture funds, creditors and sovereign debtors : how to find a balance ? » in M. AUDIT (dir.), *Insolvabilité des États et dettes souveraines*, coll. Droit des affaires, LGDJ, 2011, p. 103
- ZENATI-CASTAING (F.), « L'affectation québécoise, un malentendu porteur d'avenir. Réflexions de synthèse », *Revue juridique Thémis* 48-2, 2014, p. 623

• **Droit public interne**

AMSELEK (P.), « La compensation entre les dettes et les créances des personnes publiques », *RDP* 1988, p. 1485, rééd. in P. AMSELEK, *Études de droit public*, préf. Y. Gaudemet, éd. Panthéon-Assas, 2009, p. 547

- « Les établissements publics sans comptable public et le principe de l'insaisissabilité des biens des personnes publiques, *JCP G* 1986, I, 3236

AUBY (J.-B.), « Le mouvement de banalisation du droit des personnes publiques et ses limites » in *Études offertes à Jean-Marie Auby*, Dalloz, 1992, p. 3

BAILLEUL (D.), « Vers la fin de l'établissement public industriel et commercial ? À propos de la transformation des EPIC en sociétés », *RJEP* 2006, p. 105

BLANC (F.), « L'insaisissabilité des biens des établissements publics industriels et commerciaux, éléments pour une évolution », *RDP* 2009, p. 1553

CHEVALLIER (J.), « Devenir de l'État : vers la fin de l'exceptionnalité française ? », *Le Débat* 2019/4, p. 115

- « L'obligation en droit public », *APD*, t. 44, 2000, p. 179

DELION (A.), « L'insolvabilité des entités publiques autres que l'État », *RIDC* 2002, p. 603

DELVOLVÉ (P.), « L'exécution des décisions de justice contre l'administration », *EDCE* 1983-1984, p. 111

DERUY (L.), GAUDEMET (Y.), « Les travaux de législation privée, le rapport de l'Institut de gestion déléguée », *LPA* 23 juill. 2004, p. 9

DRAGO (R.), « La notion d'obligation : droit public et droit privé », *APD* 2000, t. 44, p. 43

- « Rapport sur la règle « Nul ne peut se faire justice à soi-même » et ses limites en droit français » in *Travaux de l'Association Henri Capitant*, t. XVIII, Dalloz, 1969, p. 303

FERREIRA (N.), « La notion d'exécution d'office », *AJDA* 1999, p. 41

FOULQUIER (N.), « Les catégories du droit des biens publics » in J.-B. AUBY (dir.), *L'influence du droit européen sur les catégories du droit administratif*, coll. *Thèmes & commentaires*, Dalloz, 2010, p. 691

GAUDEMET (Y.), « La saisie des biens des établissements publics : nouveaux développements de la question », *Gaz. pal.* 1984, II, doct. p. 565

- « Prolégomènes pour une théorie des obligations en droit administratif français » in *Nonagesimo anno – Mélanges en hommage à Jean Gaudemet*, PUF, 1999, p. 613
- « Revenir sur le principe d'insaisissabilité des biens des personnes publiques, *JCP G* 2007, n° hors-série, p. 32

HAURIOU (A.), « L'utilisation en droit administratif des règles et principes du droit privé » in *Recueil d'études sur les sources du droit en l'honneur de François Gény*, t. III, Sirey, 1934, p. 92

HUGON (C.), « L'État responsable des dettes des collectivités territoriales », *D.* 2007, p. 545

JACQUIGNON (L.), « L'exécution forcée sur les biens des autorités et services publics », *AJDA* 1958, I, p. 71

JÈZE (G.), « De l'utilité pratique des études théoriques de jurisprudence pour l'élaboration et le développement de la science du droit public. Rôle du théoricien dans l'examen des arrêts des tribunaux », *RDP* 1914, p. 311

KOTT (S.), « Le contrôle juridique de l'endettement public au péril du contrôle politique » in J.-F. BOUDET, C. LEQUESNE-ROTH, *Les administrations publiques à l'épreuve de leur dette*, Mare & Martin, 2019., p. 139

LOMBARD (M.), « L'établissement public industriel et commercial est-il condamné ? », *AJDA* 2006, p. 79

- NICINSKI (S.), « La transformation des établissements publics industriels et commerciaux en sociétés », *RFDA* 2008, p. 35
- PLESSIX (B.), « L'établissement public industriel et commercial au cœur des mutations du droit administratif », *JCP A* 2007, n° 13, p. 38
- « L'éternelle jouvence du service public », *JCP A* 2005, doct. 1350
- RIVERO (J.), « Le Huron au Palais-Royal ou réflexions naïves sur le recours pour excès de pouvoir », *D.* 1962, chron., p. 37, reproduit in A. DE LAUBADERE, A. MATHIOT, J. RIVERO, G. VEDEL, *Pages de doctrine*, t. II, LGDJ, 1980, p. 329
- « Les régimes des Entreprises nationalisées et l'évolution du Droit administratif », *APD* 1952, p. 147
- ROUX (C.), « L'insaisissabilité des biens publics emportée par l'ELAN », *AJDA* 2019, p. 601
- TRÉBULLE (F.-G.), « La propriété à l'épreuve du patrimoine commun : le renouveau du domaine universel » in *Études offertes au professeur Philippe Malinvaud*, Litec, 2007, p. 659
- VEDEL (G.), « Le régime des biens des entreprises nationalisées », *CJEG* 1956, doct. p. 23
- WALINE (J.), « La théorie générale du contrat en droit civil et en droit administratif » in *Études offertes à Jacques Ghestin – Le contrat au début du XXI^e siècle*, LGDJ, 2001, p. 965
- WALINE (M.), « La théorie civile des obligations et la jurisprudence du Conseil d'État » in *Études juridiques offertes à Léon Julliot de la Morandière*, Dalloz, 1964, p. 631
- YOLKA (Ph.), « L'insaisissabilité des biens publics à l'épreuve de l'internationalisation du droit », *JCP A* 2012, 104
- « Penser le droit administratif autrement ? », *AJDA* 2019, p. 1622
 - « Principe d'insaisissabilité et « banalisation » de l'actionnariat public », *AJDA* 2014, p. 460
 - « Sûretés, filles de prudence ? », *AJDA* 2020, p. 1025

• Théorie, philosophie, histoire du droit

- AMARILES (D. R.), « Le droit comme instrument de progrès ? Sur l'idée d'ingénierie juridique » in C. BRICTEUX, B. FRYDMAN (dir.), *Les défis du droit global*, coll. Penser le droit, Bruylant, 2018, p. 251
- ATIAS (C.), « Ce que savent les juristes – Les états du droit », *RTD civ.* 2013, p. 315
- « Pourquoi la philosophie du droit », *RRJ* 1982-1, p. 144
- BARRIÈRE (L.-A.), « Une approche historique de la *summa divisio* droit public-droit privé » in B. BONNET, P. DEUMIER (dir.), *De l'intérêt de la summa divisio droit public-droit privé ?*, coll. Thèmes & commentaires, Dalloz, 2010, p. 7
- BEAUD (O.), « La multiplication des pouvoirs », *Pouvoirs*, n° 143, 2012, p. 47
- BUISSON (J.), « Impôt et souveraineté », *APD*, t. 46, 2002, p. 25
- BURDEAU (G.), « Essai sur l'évolution de la notion de loi en droit français », *APD* 1939, p. 7
- COMMAILLE (J.), « Code civil et nouveaux codes sociaux » in *Le Code civil 1804-2004 – Livre du Bicentenaire*, Dalloz-Litec 2004, p. 59
- DABIN (J.), « Droit de classe et droit commun – Quelques réflexions critiques » in *Introduction à l'étude du droit comparé – Recueil d'études en l'honneur d'Édouard Lambert*, t. III, LGDJ, 1938, p. 66
- DUFOUR (A.), « Rationnel et irrationnel dans l'École du Droit historique », *APD*, t. 23, 1978, p. 147
- EISENMANN (C.), « Quelques problèmes de méthodologie des définitions et des classifications en science juridique », *APD* 1966, t. 11, p. 25

- GAUDEMET (J.), « Naissance d'une notion juridique – Les débuts de l'« obligation » dans le droit de la Rome antique », *APD*, t. 44, 2000, p. 19
- HAEHL (J.-P.), « Histoire des techniques d'exécution collectives en droit commercial », *Annales de la faculté de droit de Lyon*, L'hermès, 1980, p. 11
- HANSMANN (H.), KRAAKMAN (R.), « The essential role of organizational law », *The Yale Law Journal*, vol. 110, 2000, p. 387
- HANSMANN (H.), KRAAKMAN (R.), SQUIRE (R.), « Law and the rise of the firm », *Harvard Law Review*, vol. 119, 2006, p. 1335
- HOURQUEBIE (L.), « L'argument conséquentialiste dans les décisions de justice », *Les Cahiers de la Justice* 2014, n° 2, p. 199
- HUVELIN (P.), « Magie et droit individuel », *L'Année sociologique* 1905-1906, t. 10, p. 1
- JESTAZ (Ph.), « La sanction ou l'inconnue du droit », *D.* 1986, p. 197
- JOUANJAN (O.), « La volonté dans la science juridique allemande du XIX^e siècle : itinéraires d'un concept, entre droit romain et droit politique », *Droits* 1999, p. 47
- « Présentation » in *Esprit de l'École historique*, Annales de la faculté de droit de Strasbourg, n° 7, 2004, p. 7
- JOUANNET (E.), « Remarques conclusives » in H. RUIZ-FABRI et J.-M. SOREL (dir.), *La motivation des décisions des juridictions internationales*, Pedone, 2008, p. 268
- KELSEN (H.), « La théorie juridique de la convention », *Archives de philosophie et de sociologie du droit* 1940, p. 33
- LAROCHE (J.), « L'huissier de justice dans la littérature française » in CURAPP, *Les usages sociaux du droit*, PUF, 1989, p. 194
- LEGENDRE (P.), « La royauté du droit administratif – Recherches sur les fondements traditionnels de l'État centraliste en France », *RHD* 1974, p. 696
- LÉVY-BRUHL (H.), « Les garanties de l'obligation juridique », *Cahiers internationaux de sociologie*, vol. 4, 1948, p. 153
- MASSOL (H.), « De la cessibilité des créances », *Recueil de l'Académie de législation de Toulouse*, t. XXXI, 1882-1883, p. 75
- MASSON (A.), BOUTHINON-DUMAS (H.), « L'approche « Law & Management » », *RTD com.* 2011, p. 233
- MATHIEU-FRITZ (A.), « Les représentations sociales de la profession d'huissier de justice », *Droit et Société* 2003, p. 491
- MOLFESSIS (N.), « Les prédictions doctrinales » in *L'avenir du droit – Mélanges en hommage à François Terré*, Dalloz – PUF – éd. du Jurisclasseur, 1999, p. 141
- OPPETIT (B.), « Les tendances régressives du droit contemporain » in *Mélanges dédiés à Dominique Holleaux*, Litec, 1990, p. 317
- OST (F.), « Le Marchand de Venise : Le Pari et la Dette, le Jeu et la Loi », *McGill Law Journal* 2017, p. 1103
- PÉDAMON (M.), « Le Code civil et la doctrine juridique allemande du XIX^e siècle » in *1804-2004 – Le Code civil – Un passé, un présent, un avenir*, Université Panthéon-Assas (Paris II), Dalloz, 2004, p. 803
- PIMONT (S.), « À propos de l'activité doctrinale civiliste », *RTD civ.* 2006, p. 707
- RÉMY (Ph.), « Éloge de l'Exégèse », *RRJ* 1982-2, p. 254
- « Les civilistes français vont-ils disparaître ? », *McGill Law Journal* 1986, vol. 32, p. 152
 - « Philosophie de l'ordre civil positif » in G. PLANTY-BONJOUR, R. LEGEAIS (dir.), *L'évolution de la philosophie du droit en Allemagne et en France depuis la fin de la Seconde Guerre mondiale*, PUF, 1991, p. 145
- REVET (T.), « L'argent et la personne », *APD*, t. 42, 1997, p. 43

- ROYER (J.-P.), « Le problème des dettes à la fin de la République romaine », *RHD* 1967, p. 13 s. et p. 407 s.
- SCHLAG (P.), « L'esthétique du droit – Expérience américaine » (trad. V. Forray), *Jurisprudence – Revue critique* 2014-2015, p. 7
- SÈVE (R.), « Déterminations philosophiques d'une théorie juridique : la Théorie du patrimoine d'Aubry et Rau », *APD*, t. 24, 1979, p. 247
- TUSSEAU (G.), « Critique d'une métanotion fonctionnelle – La notion (trop) fonctionnelle de « notion fonctionnelle » », *RFDA* 2009, p. 641
- THOMAS (Y.), « La valeur des choses – Le droit romain hors la religion », *Annales HSS*, nov.-déc. 2002, n° 6, p. 1431
- « Res, chose et patrimoine (Note sur le rapport sujet-objet en droit romain) », *APD*, t. 25, 1980, p. 413
- VAN DE KERCHOVE (M.), OST (F.), « Possibilité et limites d'une science du droit », *RIEJ* 1978/1, p. 1
- VILLEY (M.), « Critique de l'utilitarisme juridique », *RRJ* 1981-2, p. 166
- « Esquisse historique sur le mot responsable », *APD*, t. 22, *La responsabilité*, 1977, p. 44
 - « Préface », *APD* 1976, t. 21, p. 2
- VOGEL (L.), « L'économie, serviteur ou maître du droit ? » in *Mélanges offerts à André Decocq – Une certaine idée du droit*, Litec, 2004, p. 605
- ZENATI-CASTAING (F.), « La nature savante du droit commun », *RIDC* 2016, p. 577

• Non-juridique

- FREMEAUX (N.), LETURCQ (M.), « Plus ou moins mariés : l'évolution du mariage et des régimes matrimoniaux en France », *Économie et statistique* n° 462-463, 2013, p. 125
- GAUCHET (M.), « Essai de psychologie contemporaine – I. Un nouvel âge de la personnalité », *Le Débat* 1998/2, p. 164
- Le Figaro, « L'« amendement Poutine » adopté dans la loi Sapin 2 », 10 juin 2016 (<https://www.lefigaro.fr/conjoncture/2016/06/10/20002-20160610ARTFIG00199-1-amendement-poutine-adopte-dans-la-loi-sapin-2.php>)
- Libération, « La France, complice malgré elle des fonds voutours », 31 mai 2016 (https://www.liberation.fr/france/2016/05/31/la-france-complice-malgre-elle-des-fonds-voutours_1456457)
- MASSON (A.), « Quelle solidarité intergénérationnelle ? », *Revue française d'économie*, vol. 14, 1999, p. 27
- PIKETTY (T.), ZUCMAN (G.), « Capital is back : Wealth-Income ratios in rich countries 1700-2010 », *The Quarterly Journal of Economics* 2014, vol. 129, p. 1255

IV. Notes, observations, commentaires, recensions

- AVOUT (L. d'~), BOLLÉE (S.), obs. sur CJUE, 21 janv. 2010, *MG Probud*, D. 2010, p. 2323
- AYNÈS (L.), note sous Civ. 1^{re}, 5 févr. 2009, D. 2009, p. 842
- BALLEYDIER (L.), note sous Cass., 29 oct. 1890, S. 1891, 1, p. 305
- BEUDANT (C.), note sous Req., 25 juil. 1877, DP 1878, I, p. 49
- BILLIAU (M.), « Régime de l'obligation », *JCP G* 2014, doct. 998

- BISMUTH (R.), obs. sur Civ. 1^{re}, 28 mars 2013, *Sté NML Capital Limited c. République argentine*, in *Les grandes décisions de la jurisprudence française de droit international public*, Dalloz, 2015, comm. 53.
- note sous Versailles, 1^{er} oct. 2015, *JCP G* 2016, 442
- CABRILLAC (M.), obs. sur Com., 17 juin 1997, *Macron*, *RTD com.* 1997, p. 662
- CABRILLAC (M.), TEYSSIÉ (B.), obs. sur Paris, 25 mars 1982, *RTD com.* 1983, p. 103
- CAGNOLI (P.), note sous Civ. 2^e, 7 janv. 2016, *Rev. proc. coll.* 2016, comm. 31
- CLAY (T.), « Arbitrage et règlement alternatif des litiges », pan., *D.* 2016, p. 2589
- COLLINS (L.), « La loi anglaise du 20 juillet 1978 sur l'immunité des États », *Rev. crit. DIP* 1980, p. 171
- CROCQ (P.), obs. sur CE, 2 juill. 2003, *RTD civ.* 2004, p. 328
- Obs. sur Com. 22 mai 2007, *RTD civ.* 2008, p. 333
 - Obs. sur Com., 13 oct. 2015, *RTD civ.* 2015, p. 917
- DELEBECQUE (Ph.), obs. sur Civ. 2^e, 14 févr. 2008, *Exsymol*, *RTD com.* 2009, p. 648
- DENOIX DE SAINT-MARC (R.), note sous Paris, 11 juill. 1984, *D.* 1985, p. 174
- DESHAYES (O.), note sous Com., 22 mai 2007, *D.* 2007, p. 1999
- DONDERO (B.), note sous Soc., 3 mars 2015, *D.* 2015, p. 1356
- DROSS (W.), obs. sur Civ. 3^e, 5 nov. 2015, *RTD civ.* 2016, p. 150
- DUPICHOT (Ph.), AYNÈS (A.), obs. sur Com., 1^{er} oct. 2013, *Dr. & patr.* févr. 2014, p. 58
- FENOUILLET (D.), commentaire de la loi du 1^{er} août 2003, *RDC* 2004, p. 304
- FERRARA (F.), note sous Udienza, 7 maggio 1904, *Il Foro Italiano* 1904, p. 1401
- FIN-LANGER (L.), note sous Civ. 2^e, 7 janv. 2016, *Rev. proc. coll.* 2016, comm. 57
- FRANÇOIS (J.), note sous Civ., 2^e, 10 janv. 2019, *D.* 2019, p. 411
- GÉNY (F.), « Compte rendu critique. R. Demogue, Les notions fondamentales du droit privé », *RHD* 1911, t. 35, p. 110
- GUERLIN (G.), note sous Civ. 2^e, 28 juin 2012, *Dr. fam.* 2013, comm. 131
- GUILLOU (H.), note sous Com., 1^{er} oct. 2013, *D.* 2013, p. 2556
- GUINCHARD (E.), « De la première saisie conservatoire européenne. Présentation du règlement n° 655/2014 instituant une procédure d'ordonnance européenne de saisie conservatoire des comptes bancaires », *RTD eur.* 2014, p. 922
- HAMELIN (J.-F.), note sous Com., 6 mars 2019, *LEDC* mai 2019, p. 5
- HOUIN-BRESSAND (C.), note sous Com., 26 juin 2019, *RDBF* 2019, comm. 173
- HOUTCIEFF (D.), note sous Com., 1^{er} oct. 2013, *Gaz. pal.* 16 janv. 2014
- Obs. sur Civ. 3^e, 12 avr. 2018, *RDC* 2018, p. 371
- JESTAZ, commentaire de la loi n° 79-594 du 13 juillet 1979, *RTD civ.* 1980, p. 180
- JULIENNE (M.), ANDREU (L.), note sous Com., 1^{er} oct. 2013, *D.* 2014, p. 127
- KLEINER (C.), note sous Civ. 2^e, 11 janv. 2018, *Gaz. pal.* 12 juin 2018, p. 81
- LAAZOUZI (M.), obs. sur Civ. 1^{re}, 28 mars 2013, *Sté NML Capital Limited c. République argentine*, *RDC* 2013, p. 1485
- LABBÉ (J. E.), note sous Civ., 8 mars 1859, *Journal du Palais* 1859, p. 545
- Note sous Req., 25 juil. 1877, *S.* 1877, I, p. 441
 - Note sous Req., 21 févr. 1883, *S.* 1884, I, p. 361
- LAFaurie (K.), note sous Civ. 2^e, 10 janv. 2019, *BJE* mars 2019, p. 42
- LEGEAIS (D.), note sous Com., 1^{er} oct. 2013, *JCP E* 2014, 1624
- LEROYER (A.-M.), Commentaire de la loi n° 2010-658 du 15 juin 2010, *RTD civ.* 2010, p. 632
- LIBCHABER (R.), obs. sur Civ. 1^{re}, 4 janv. 2017, *RDC* 2017, p. 258
- MALLET-BRICOUT, Commentaire de l'ordonnance n° 2017-748 du 4 mai 2017 relative à l'agent des sûretés, *RTD civ.* 2017, p. 740
- MARCHADIER (F.), obs. sur CEDH, 24 sept. 2013, *De Luca c. Italie*, *RDC* 2014, p. 126

- MARTEL (D.), note sous Civ. 1^{re}, 28 mars 2013, *Sté NML Capital Limited c. République argentine*, *D.* 2013, p. 1728
- MARTIN-SERF (A.), obs. sur Com., 22 mai 2007, *RTD com.* 2007, p. 833
- MATHEY (N.), note sous Com., 9 juin 2009, *Rev. sociétés* 2009, p. 781
- MATTOUT (J.-P.), PRŮM (A.), Obs. sur la loi n° 2016-1691 du 9 décembre 2016, *Dr. & patr.* mars 2017, p. 108
- MAZEAUD (V.), note sous Com., 13 oct. 2015, *D.* 2016, p. 628
- MELLERAY (F.), note sous CE, 18 nov. 2005, *Société fermière de Campoloro*, *LPA* 24 avr. 2006, p. 9
- MESTRE, obs. sur Civ. 2^e, 14 déc. 1983, *RTD civ.* 1985, p. 369
- obs. sur Paris, 31 mai 1990, *RTD civ.* 1991, p. 738
- MIGNOT (M.), obs. sur Com., 1^{er} oct. 2013, *RLDA* déc. 2013, p. 26
- « Commentaire article par article de l'ordonnance du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations (IX) », *LPA* 26 avr. 2016, n° 83, p. 6
- MOREL-MAROGER (J.), « Jurisprudence du tribunal de grande instance de Paris », *JCP G* 2017, doct. 687
- PELLIER (J.-D.), note sous Com., 1^{er} oct. 2013, *JCP G* 2014, 328
- note sous Com., 13 oct. 2015, *JCP E* 2015, 1557
- PERROT (R.), obs. sur Civ. 3^e, 2 nov. 1983, *RTD civ.* 1984, p. 175
- PÉTEL (Ph.), note sous Com., 13 avr. 2010, *JCP G* 2010, 958
- PIÉDELIÈVRE (S.), note sous Com., 1^{er} oct. 2013, *Gaz. pal.* 24 oct. 2013
- PONT (P.), note sous Req., 21 févr. 1883, *Rev. crit. lég. jur.* 1884, p. 519
- PORACCHIA (D.), obs. sur Com., 19 févr. 2002, *Dr. & patr.*, juill. 2002, p. 102
- RAYMOND (G.), note sous Com., 27 mai 2014, *CCC* 2014, comm. 231
- REVET (T.), obs. sur Com., 3 mai 2006, *RTD civ.* 2006, p. 584
- obs. sur Cons. const., 10 juin 2010, *RTD civ.* 2010, p. 584
 - obs. sur Cons. const., 13 juill. 2011, *RTD civ.* 2011, p. 565
- ROCHFELD (J.), commentaire de la loi n° 2003-721 du 1^{er} août 2003 pour l'initiative économique, *RTD civ.* 2003, p. 743
- ROUAST (A.), note sous Civ., 29 oct. 1929, *DP* 1930, 1, p. 33
- SAINT-ALARY-HOUIN (C.), note sous Com., 5 févr. 2013, *BJE* 2013, p. 153
- SALEILLES (R.), « Un nouveau livre sur la cession de dettes », *Annales de droit commercial* 1899, p. 82 (Recension de la thèse d'Eugène Gaudemet, *De la cession de dette à titre particulier*)
- SÉNÉCHAL (J.-P.), note sous Civ. 2^e, 7 janv. 2016, *BJE* 2016, p. 172
- SYNVET (H.), obs. sur Paris, 17 sept. 2009, *D.* 2010, p. 1043
- THÉRY (Ph.), note sous Civ. 1^{re}, 6 juill. 2000, *Creighton, Gaz. pal.* 12 juin 2001, p. 18
- obs. sur Com., 22 mai 2007, *RTD civ.* 2007, p. 805
 - obs. sur Com., 20 déc. 2007, *Defrénois* 2009, p. 2080
- USUNIER (L.), DEUMIER (P.), obs. sur Civ. 2^e, 10 janv. 2018, *Commingsimpex* 2, *RTD civ.* 2018, p. 353
- VALLENS (J.-L.), obs. sur Com., 2 mai 2001, *RTD com.* 2001, p. 773
- ZENATI (F.), commentaire de la loi n° 85-697 du 11 juillet 1985, *D.* 1985, p. 772

V. Répertoires, encyclopédies et dictionnaires

ALBIGES (C.), « Le droit au logement » in R. CABRILLAC (dir.), *Libertés et droits fondamentaux*, 26^e éd., Dalloz, 2020, p. 943

- BRENNER (C.), *JCl. Civil code*, art. 870 à 877, fasc. 20 : *Successions – Paiement des dettes – Obligation au passif successoral – Étendue de l’obligation*, 2011
- CARREAU (D.), KLEINER (C.), *Rép. int.*, v° *Dettes d’État*, janv. 2019
- CAYROL (N.), *JCl. Procédure civile*, fasc. 1600-5 : *Saisie-attribution – Généralités*, juin 2016
- CHANIAL (Ph.), « Carl Schmitt (1892-1985) et Hans Kelsen (1881-1973) – la querelle du droit : positivisme, décisionnisme et utilitarisme » in A. CAILLÉ *et alii*, *Histoire raisonnée de la philosophie morale et politique*, La Découverte, 2001, p. 660
- CHAPUT (Y.), CERMOLACCE (A.), PERRUCHOT-TRIBOULET (V.), *JCl. Banque-Crédit-Bourse*, fasc. 790 : *Sûretés négatives*, 2009
- CHAUVIRÉ (Ph.), « Clause d’inaliénabilité » in D. MAZEAUD, R. BOFFA, N. BLANC (dir.), *Dictionnaire du contrat*, LGDJ, 2018, p. 196
- « Paiement » in D. MAZEAUD, R. BOFFA, N. BLANC (dir.), *Dictionnaire du contrat*, LGDJ, 2018, p. 814
- CLÉRO (J.-P.), « Jeremy Bentham (1748-1832) et le principe d’utilité » in A. CAILLÉ *et alii*, *Histoire raisonnée de la philosophie morale et politique*, La Découverte, 2001, p. 493
- CORNU (G.), « Adages et brocards » in D. ALLAND, S. RIALS (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, Quadrige, Lamy-PUF, 2003, p. 21
- COSNARD (M.), « Immunités » in D. ALLAND, S. RIALS (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, coll. Quadrige, Lamy-PUF, 2003, p. 801
- DAGOT (M.), *JCl. Com.*, fasc. 51 : *Déclaration d’insaisissabilité*, nov. 2011
- DONNIER (J.-B.), *JCl. Voies d’exécution*, fasc. 496 : *Immunités d’exécution. – Droit international*, juill. 2016 (actualisation juill. 2018)
- DROSS (W.), *JCl. Civil code*, art. 1341-2, *Régime général des obligations. – Actions ouvertes au créancier. – Action paulienne*, nov. 2016 (actualisation août 2019)
- *JCl. Civil Code*, art. 1341-3, *Régime général des obligations. – Actions ouvertes au créancier. – Actions directes*, nov. 2016 (actualisation août 2019)
- GJIDARA-DECAIX (S.), *JCl. Com.*, fasc. 1712 : *Surendettement des particuliers. – Mesures de traitement des situations de surendettement et rétablissement personnel*, mars 2018 (actualisation mars 2020)
- GRÉAU (F.), *Rép. civ.*, v° *Action oblique*, avr. 2019
- *Rép. civ.*, v° *Actions directes*, oct. 2019
- GUINCHARD (E.), « Les procédures civiles d’exécution en droit international privé » in S. GUINCHARD, T. MOUSSA (dir.), *Droit et pratique des voies d’exécution*, 9^e éd., Dalloz Action 2018/2019
- HOUTCIEFF (D.), *Rép. civ.*, v° *Renonciation*, déc. 2017 (actualisation mai 2018)
- JACOB (R.), « Symbolique de la justice et du droit » in S. RIALS, D. ALLAND (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, coll. Quadrige, Lamy-PUF, 2003, p. 1458
- JOUANJAN (O.), « État de droit » in D. ALLAND, S. RIALS (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, coll. Quadrige, Lamy-PUF, 2003, p. 649
- LE GUIDEDEC (R.), CHABOT (G.), *Rép. civ.*, v° *Succession : liquidation et règlement du passif héréditaire*, janv. 2010 (actualisation avr. 2019)
- LEGEAIS (D.), *JCl. Com.*, fasc. 535 : *Actifs numériques et prestataires sur actifs numériques*, oct. 2019
- MARTIN (D. R.), ANDREU (L.), *JCl. Civil code*, art. 1347 à 1348-2, Fasc. 10 : *Régime général des obligations. – Compensation. – Conditions de la compensation*, mars 2017 (actualisation août 2019)
- MAZEAUD-LEVENEUR (S.), *JCl. Civil code*, art. 882, fasc. unique : *Successions. – Paiement des dettes, Créanciers opposants*, oct. 2014
- MILLARD (E.), « Réalisme » in S. RIALS, D. ALLAND (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, coll. Quadrige, Lamy-PUF, 2003, p. 1297

- OPHÈLE (C.), *Rép. civ.*, v° *Simulation*, juin 2012 (actualisation avril 2016)
- PELLIER (J.-D.), *Rép. civ.*, v° *Privilèges généraux*, févr. 2019 (actualisation déc. 2019)
- PIÉDELIÈVRE (S.), *Rép. com.*, v° *Garantie à première demande*, juin 2017 (actualisation mars 2019)
- PIÉDELIÈVRE (S.), GUERCHOUN (F.), *Rép. pr. civ.*, v° *Saisies et mesures conservatoires*, PREZAS (I.), *JCl. International*, fasc. 409-50 : *Immunités internationales*, nov. 2016
- SAUTONIE-LAGUIONIE (L.), *Rép. civ.*, v° *Action paulienne*, nov. 2016 (actualisation déc. 2019)
- SÉRIAUX (A.), *JCl. Civil code*, art. 768 à 781 : *Successions. – L'option de l'héritier. – Dispositions générales*, mars 2014
- THÉRY (Ph.), « Exécution » in D. ALLAND, S. RIALS (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, coll. *Quadrige*, Lamy-PUF, 2003, p. 678
- *Rép. int.*, v° *Voies d'exécution*, janv. 2013
- TOLEDO-WOLFSOHN (A.-M.), *Lamy droit des sûretés*, Etude 287 : *Financement de projet et garanties sur créances*
- TROUILLY (P.), « Voies d'exécution forcée administratives », chap. 1642 in S. GUINCHARD, T. MOUSSA (dir.), *Droit et pratique des voies d'exécution*, 9^e éd., Dalloz action 2018/2019
- WITZ (C.), *JCl. Civil code*, art. 2011 à 2030, fasc. 10 : *Fiducie. – Introduction et constitution*, mars 2012 (actualisation juin 2012)
- *JCl. Civil code*, art. 2284 et 2285 : *Droit de gage général*, mars 2016
- YOLKA (Ph.), *JCl. Propriétés publiques*, fasc. 60 : *Protection des propriétés publiques. – Régime général*, janv. 2016

INDEX ALPHABÉTIQUE

LES CHIFFRES RENVOIENT AUX NUMÉROS DE PARAGRAPHES.

A

Actes conservatoires, v. *Action oblique*, *Oppositions*, *Voies d'exécution*

Action,

- Assimilation avec le gage général, 48.
- Droit autonome, 46.

Action en déclaration de simulation,

- Attribut du gage général, 201.
- Distinction avec l'action paulienne, 200.
- Fictivité de la société, v. *Procédures collectives*

Action en responsabilité pour insuffisance d'actif, v. *Procédures collectives*

Action directe, 172.

Action oblique,

- Attribut du gage général, 191.
- Biens insaisissables, 235.
- Fonction conservatoire, 193.
- Représentation (Non), v. *ce mot*

Action paulienne,

- Analogie avec le droit de suite, 109. , 197.
- Applications spéciales, 198.
- Appréciation de l'insolvabilité, 360.
- Attribut du gage général, 197.
- Biens insaisissables, 235.

Agent des sûretés,

- Pouvoir de contrainte, note 998.
- Universalité de droit, 231.

Assiette du gage général,

- Actif saisissable, 235.
- Morcellement, 268.
- Ensemble de biens, v. *Universalité de droit*

AUBRY et RAU, 73. s.

Avoirs bancaires,

- États étrangers, 431.
- Information, v. *Informations patrimoniales*

- Ordonnance européenne de saisie conservatoire des comptes bancaires, 353.
- Territorialité de l'exécution, 359.

Ayant cause (statut du créancier chirographaire), 56.

B

Biens,

- Insaisissables, v. *Insaisissabilité*
- Publics, v. *Immunité d'exécution*
- Situés à l'étranger, v. *Informations patrimoniales*, *Voies d'exécution*
- Valeur, v. *Patrimoine*

C

Cautionnement,

- Action en décharge de la dette successorale, v. *Succession*
- Analyse dualiste de l'obligation, 41.
- Communauté réduite aux acquêts, 299.
- Mention manuscrite, 317.
- Proportionnalité, 322. , 324.

Cautionnement réel, 243.

Communauté (régime matrimonial),

- Déclin, 296.
- Passif, 294.
- Universalité de droit (Non), 233.

Compensation, 170.

Concours, v. *Égalité entre créanciers chirographaires*

Confusion de patrimoines, v. *Procédures collectives*

Créance,

- Analyse objective de l'obligation, v. *Obligation*
- Cessibilité, 130.
- Propriété, v. *ce mot*

- Statut du créancier chirographaire, v. *Ayant cause*
- Valeur, 131.

D

DEMOGUE, 87.

Dessaisissement, v. *Liquidation judiciaire*

Droit à l'exécution, v. *Exécution*

Droit de gage général, v. *Gage général*

Droit de rétention, 175.

Droit personnel, v. *Créance, Obligation, Gage général*

Droit réel,

- Attribution du bien grevé, 217.
- Nature du gage général, 105.
- Privilèges généraux (Non), v. *Sûretés réelles*
- *Summa divisio*, v. *ce mot*

E

Effacement des dettes, 347.

Égalité entre créanciers chirographaires,

- Définition, 149.
- Distinction avec le gage général (Théorie), 152.
- Distinction avec le gage général (Illustrations), 158.
- Égalité entre créanciers inscrits à la procédure collective, v. *Procédures collectives*

EIRL,

- Fraude, 198.
- Jurisprudence, 277.
- Opposition, 187.
- Succession, 290.
- Sûreté réelle (non), 238.
- Universalité de droit, 232.

Entreprise,

- Conception stratégique du droit, 264.
- Droit au rebond, 332.
- Groupe de sociétés, 270.
- Unipersonnelle, 274.
- Usage de la personnalité morale, 269.

Exécution,

- Droit à l'exécution (Code civil), 41.
- Droit à l'exécution (Confusion avec le gage général), 51.
- En nature (Obligation monétaire), 136.
- Immunité d'exécution, v. *ce mot*
- Par équivalent, 137.
- Réalisation du gage général, v. *Voies d'exécution, Liquidation judiciaire*
- Territorialité, v. *Voies d'exécution*
- Voies d'exécution, v. *ce mot*

F

Fictivité de la société, v. *Procédures collectives*

Fiducie,

- Action paulienne, 198.
- Morcellement de l'assiette du gage général, 275.
- Sûreté réelle (non), 238.
- Universalité de droit, 230.

Floating charge, 238.

Fonds vautours,

- Définition (générale), 446.
- Définition (article 60, loi Sapin II), 450.
- Droit comparé, 449.
- Suspension du gage général, 451.

G

Gage général,

- Absence de droit autonome, 112.
- Assiette, 222.
- Attributs, 181.
- Égalité entre créanciers chirographaires, v. *ce mot*
- Rôle au sein de l'obligation, v. *Obligation*
- Exclusion de l'expression *Droit de gage général*, 10.
- Garantie, 117.
- Engagement des biens (Histoire), 6.
- Engagement des biens (Universalité de la règle), 8.
- Limitation, v. *ce mot*
- Notion, 10.
- Renonciation, 138.

GAUDEMET, 100.

GÉNY, 86.

H**Huissier de justice,**

- Collecte d'informations, v. *Informations patrimoniales*
- Représentation en littérature, 1.

I**Immunité d'exécution (Droit administratif),**

- Aide d'État, 391.
- Conventionalité, 394.
- Notion de gage général, 382.
- Principe, 376.
- Voies d'exécution, v. *ce mot*

Immunité d'exécution (Droit international)

- Convention des Nations unies, 418.
- Conventionalité, 433.
- Droit belge, notes 2040, 2056, 2062, 2092.
- Influence des relations diplomatiques, 426.
- Émanations d'État, 423.
- Évolution vers une insaisissabilité fonctionnelle, 420.
- Fonds détenus par les banques centrales, 431.
- Fonds vautours, v. *ce mot*
- Loi *Sapin II*, 435.
- Organismes publics étrangers, 422.
- Principe, 415.
- Renonciation, 425. , 442. , 456.

Inaliénabilité (Clause d'), v. *Insaisissabilité, Représentation***Indisponibilité,**

- Opposition au partage successoral, 186.
- Liquidation judiciaire, v. *ce mot*
- Procédures civiles d'exécution, 189.

Indivision, v. *Universalité de droit***Informations patrimoniales,**

- Attribut du gage général, 212.
- Sur les biens situés en France, 213.
- Sur les biens situés à l'étranger, 352.

Inopposabilité, v. *Action en déclaration de simulation, Action paulienne, Oppositions***Insaisissabilité,**

- Biens nécessaires à la vie personnelle, 307.

- Biens nécessaires à la vie professionnelle, 309.
- Biens publics, v. *Immunité d'exécution*
- Clause d'insaisissabilité, 248.
- Clause d'inaliénabilité, 249.
- Clause de tontine, note 1183.
- Déclaration notariée, 251.
- Fonction politique du gage général, 128.
- Libéralité graduelle, note 1183.
- Logement, v. *ce mot*
- Patrimoine de dignité (Notion), 304.

J**JHERING, 31.****L****Limitation du gage général,**

- Cautionnement réel, 243.
- Clause d'inaliénabilité, v. *Insaisissabilité*
- Clause d'insaisissabilité, v. *Insaisissabilité*
- Financement de projet, 245.
- Garantie autonome, 244.
- Limitation conventionnelle, 242.
- Limitation judiciaire, v. *Cautionnement*

Liquidation judiciaire,

- Attribut du gage général, 218.
- Collecte d'informations, 214.
- Dessaisissement (notion), 219.
- Dessaisissement (limitation), 339.
- Non-reprise des poursuites, 343.
- Salaires de l'entrepreneur en difficulté, v. *Salaires*

Logement,

- Déclaration notariée d'insaisissabilité, v. *Insaisissabilités*
- Époux (Saisissabilité), 294.
- Résidence principale de l'entrepreneur individuel, 308.

M**Monnaie,**

- Avoirs bancaires, v. *ce mot*
- Caractéristique, 135.
- Obligation monétaire, 136.
- Valeur, v. *Obligation, Patrimoine*

N

Nullités de la période suspecte, v. *Procédures collectives*

O**Obligation**,

- Analyse dualiste (Applications), 41.
- Analyse dualiste (Critique), 35.
- Analyse dualiste (Présentation), 31.
- Analyse dualiste (Réinterprétations), 37.
- Analyse objective, 99.
- Application en droit public, 380.
- Conception romaine, 130.
- Dimension symbolique, 121.
- Dimension économique, 126.
- Évolution de la notion, 276.
- Et théorie du patrimoine, 90.
- Renonciation au droit de poursuite, 140.
- Valeur, 99.

Obligation naturelle, 36.

OPCVM, v. *Universalité de droit*

Oppositions,

- Droit des sociétés, 187.
- Partage successoral, 186.

P

PACS, 301.

Paiement, v. *Exécution*

Patrimoine,

- Inaccessibilité, 111.
- Polysémie, 92.
- Universalité de droit, v. *ce mot*.

Patrimoine (Théorie),

- Aubry et Rau, 73.
- Critique, 92.
- Critique de Demogue et Gény, 86.
- Indivisibilité, 76. 89.
- Réinterprétation, 89.
- Subrogation réelle, 80.
- Succès, 81.
- Valeur, 78.
- Zachariae, 69.

Patrimoine d'affectation, v. *EIRL, Fiducie, Succession, Universalité de droit*

Patrimoine de dignité, v. *Insaisissabilités*

Personnalité morale, v. *Entreprise*

Personnes publiques,

- Activité économique, 388.
- Banalisation, 389.
- Immunité d'exécution, v. *ce mot*
- Privatisation, 400.

Privilèges généraux, v. *Droit réel*

Procédures collectives,

- Doctrine, 333.
- Évolution, v. *Utilitarisme*
- Extension de procédure, 207.
- Faillite internationale (Droit commun), 365.
- Faillite internationale (UE), 366.
- Groupes de sociétés, 271.
- Liquidation judiciaire, v. *ce mot*
- Nullités de la période suspecte, 205.
- Personnes publiques (Non), 409.
- Responsabilité pour insuffisance d'actif, 179.
- Rétablissement personnel et professionnel, 347.

Propriété,

- Créance (Théorie), 130.
- Engagement des biens, 63.
- Indivision, v. *Universalité de droit*
- Information, 214.
- Libre disposition des biens, 182.
- Propriété publique, v. *Immunité d'exécution*

R

Renonciation, v. *Gage général, Immunité d'exécution (Droit international), Limitation du gage général, Obligation*

Représentation,

- Action oblique, 59.
- Explication du gage général (Critique), 63.
- Inaliénabilité (Clause d'), 62.
- Vente forcée des biens saisis, 61.

S

Saisie, v. *Voies d'exécution*

Salaires,

- Communauté réduite aux acquêts, 233.
- Entrepreneur en difficulté, 339.

SALEILLES, 99. , 283.

SAVIGNY, 31. , 82. , 83.

Simulation, v. *Action en déclaration de simulation*

Succession,

- Acceptation à concurrence de l'actif net (Universalité de droit), 227.
- Acceptation à concurrence de l'actif net (Réforme), 288.
- Acceptation pure et simple (Principe), 281.
- Acceptation pure et simple (Déclin), 282.
- Action en décharge de la dette, 286.
- EIRL, v. *ce mot*
- Legs de somme d'argent, 287.
- Opposition, v. *Oppositions*
- Ouverture lors d'une liquidation judiciaire, 344.
- Séparation des patrimoines, 161.

Summa divisio,

- Droit public - Droit privé, 380.
- Droits réels - Droits personnels, 107.

Sûretés réelles,

- Biens publics, 403.
- *Numerus clausus*, 159.
- Opposition traditionnelle avec le gage général, 13.
- Rapport avec le gage général, 117.
- Privilèges généraux, v. *Droit réel*
- Spécialité de l'assiette, 238.
- Sûretés judiciaires, v. *Voies d'exécution*

T

Territorialité de l'exécution, v. *Avoirs bancaires, Informations patrimoniales, Procédures collectives, Voies d'exécution*

U**Universalité de droit,**

- Agent des sûretés, v. 231.
- Caractéristique du gage général, 223.
- Communauté (non), v. *ce mot*
- EIRL, v. *ce mot*

- Fiducie, v. *ce mot*
- Indivision, 228.
- Masse successorale, v. *Succession*
- OPCVM, 229.
- Personne publique, 383.

Utilitarisme,

- Approche sociologique du droit, 283.
- Approche stratégique du droit, 264.
- Évolution du droit du cautionnement, 316.
- Évolution du droit de l'insolvabilité, 331.
- Histoire et théorie, 21.

V**Voies d'exécution,**

- Administratives, 378.
- Attribution en nature (non), 217.
- Biens publics (Droit comparé), 407.
- Biens publics (France), 397.
- Biens publics étrangers (Procédure), 431.
- Biens situés à l'étranger, 358.
- Compensation (non), v. *ce mot*
- Crypto-actifs, note 1673.
- Droit réel (non), note 876.
- Droit de rétention (non), v. *ce mot*
- Fonds vautours, v. *ce mot*
- Harmonisation européenne, 361.
- Saisie-attribution, 216.
- Saisie conservatoire, 188. 189.
- Saisie immobilière, 217. note 876.
- Sûreté judiciaire, 190.
- Territorialité de l'exécution, 358.
- Vente forcée, v. *Représentation*

Z

ZACHARIAE, 69.

TABLE DES MATIÈRES

INTRODUCTION GENERALE	1
PARTIE I L'IDENTIFICATION DE LA NOTION	27
TITRE I LES DIFFICULTES D'IDENTIFICATION DE LA NOTION	29
<i>Chapitre 1 : La difficulté d'isoler la notion de gage général</i>	<i>31</i>
Section 1 : L'insuffisance de l'analyse dualiste de l'obligation.....	33
I. L'insuffisance de l'analyse dualiste « classique »	33
A.- Présentation.....	33
B.- Critique.....	37
II. L'insuffisance des réinterprétations de l'analyse dualiste	39
Section 2 : L'insuffisance de l'analyse processualiste	45
I. Présentation	46
A.- L'action en justice conçue comme un droit autonome	46
B.- Le gage général conçu comme un droit procédural	49
II. Critique.....	52
<i>Chapitre 2 : La difficulté de qualifier le statut du créancier</i>	<i>57</i>
Section 1 : L'impossibilité de qualifier le créancier d'ayant cause universel	59
Section 2 : L'impossibilité de qualifier le créancier de représentant du débiteur	61
<i>Chapitre 3 : La difficulté de situer le gage général entre l'être et l'avoir.....</i>	<i>67</i>
Section 1 : Le gage général présenté comme un droit sur la personne du débiteur	69
I. Présentation	69
A.- Présentation de la théorie initiale.....	70
1. La théorie de Zachariae.....	70
2. Le dépassement de cette théorie par Aubry et Rau	72
a. L'apport d'Aubry et Rau	72
α. Le gage général, une emprise sur le patrimoine indivisible dans le temps	73
β. L'assiette du gage considérée comme une valeur globale	75
b. Les causes du succès de la théorie du patrimoine	77
B.- Présentation de la théorie réinterprétée	81
1. Un mythe formé par la critique.....	82
2. Le contenu de la réinterprétation	84

a.	Le patrimoine résumé à un attribut de la personnalité	84
b.	La conséquence : une resymbolisation de l'obligation	86
II.	Critique.....	87
Section 2 : Le gage général présenté comme un droit sur les biens du débiteur		93
I.	Présentation	93
A.-	Le point de départ : l'analyse objective de l'obligation.....	93
B.-	Le prolongement : le gage général qualifié de droit réel	98
II.	Critique.....	103
<i>Conclusion du titre I</i>		107
TITRE II LES CRITERES D'IDENTIFICATION DE LA NOTION		109
<i>Chapitre 1 : Une garantie commune aux créanciers</i>		111
Section 1 : Une garantie consubstantielle à l'obligation.....		113
I.	Un mécanisme au fondement de la notion moderne d'obligation	113
A.-	Le siège de la dimension symbolique de l'obligation	114
B.-	Le siège de la dimension économique de l'obligation.....	119
1.	Le gage général, fondement du crédit public.....	119
2.	Le gage général, cause de l'objectivation de l'obligation.....	122
II.	Une garantie indispensable à la qualification d'obligation	128
A.-	La modalité principale d'exécution de l'obligation	128
B.-	Une garantie impérative.....	132
Section 2 : Une garantie non-égalitaire		139
I.	Le sens du principe d'égalité entre les créanciers	139
II.	Un principe distinct du gage général.....	141
A.-	La distinction avec l'égalité entre créanciers chirographaires	141
1.	Une distinction historique.....	141
2.	Une distinction utile	147
B.-	La distinction avec l'égalité entre créanciers inscrits à la procédure collective	150
<i>Chapitre 2 : Une garantie affectant un ensemble de biens</i>		155
Section 1 : Une technique de garantie spécifique		157
I.	Un critère distinctif du gage général	157
A.-	La distinction avec la compensation	157
B.-	La distinction avec l'action directe	159
C.-	La distinction avec le droit de rétention.....	163
D.-	La distinction avec l'action en responsabilité pour insuffisance d'actif	166

II.	Un critère identifiant les attributs du gage général	167
A.–	Les attributs de protection du gage général	168
1.	Les attributs de conservation du gage général	169
a.	Les oppositions	170
b.	Les mesures conservatoires du Code des procédures civiles d'exécution	173
c.	L'action oblique	177
d.	L'action en acceptation de la succession à laquelle le débiteur est successible	181
2.	Les attributs de restauration du gage général	182
a.	Les attributs de droit commun	183
α.	L'action paulienne	183
β.	L'action en déclaration de simulation	186
b.	Les attributs de droit des entreprises en difficulté	190
α.	Des nullités de la période suspecte	190
β.	L'extension de procédure pour fictivité ou confusion des patrimoines	192
B.–	Les attributs de réalisation du gage général	195
1.	L'accès aux informations patrimoniales	195
2.	La saisie	198
3.	La liquidation judiciaire	203
	Section 2 : Une assiette de garantie spécifique	207
I.	Une assiette composée d'un ensemble de biens	207
A.–	Composition de l'assiette	207
1.	Les différents ensembles de biens pouvant être affectés	208
2.	Une assiette composée de l'actif saisissable	217
B.–	Spécificité de l'assiette	219
II.	Une assiette modulable par la volonté	223
A.–	La limitation consentie par le créancier	223
B.–	La limitation imposée au créancier	229
	<i>Conclusion du titre II</i>	237
	<i>Conclusion de la partie I</i>	239
	PARTIE II LES MUTATIONS DE LA NOTION	241
	TITRE I LA MISE A L'EPREUVE DE LA NOTION EN DROIT PRIVE	243
	<i>Chapitre 1 – L'assiette divisée</i>	245
	Section 1 : L'éclatement du patrimoine de l'entreprise	247

I. Les raisons de l'éclatement : le droit conçu comme un instrument au service de l'efficacité économique	247
A.– Une approche stratégique du droit adoptée par l'entreprise	248
B.– Une conception influente	249
II. Les moyens techniques de l'éclatement	250
A.– L'éclatement réalisé par le recours à la personne morale	251
1. Un instrument d'organisation patrimoniale de l'entreprise	251
2. Une illustration emblématique : le groupe de sociétés	252
B.– L'éclatement poursuivi par l'admission des patrimoines affectés	256
Section 2 : Le déclin de la solidarité familiale	261
I. Le déclin de la responsabilité patrimoniale illimitée de l'héritier.....	262
A.– Présentation de l'obligation <i>ultra vires</i>	262
B.– Déclin de l'obligation <i>ultra vires</i>	263
1. Un constat socio-économique	263
2. Une volonté législative.....	264
a. L'allègement du régime de l'obligation <i>ultra vires</i>	265
b. Le regain d'attractivité de l'acceptation à concurrence de l'actif net.....	268
II. Le déclin de la communauté patrimoniale du couple	272
A.– Présentation du régime légal de la communauté	272
B.– Déclin de la communauté.....	274
1. Une réalité socio-économique	275
2. Une volonté législative.....	277
a. La restriction du pouvoir d'engagement de la communauté.....	277
b. L'adoption d'un régime séparatiste comme régime de droit commun du PACS	279
Section 3 : La consolidation d'une masse de biens préservatrice de la dignité	281
I. Une construction doctrinale.....	281
II. Un contenu évolutif	284
<i>Chapitre 2 – La mise en œuvre perturbée.....</i>	<i>291</i>
Section 1 : La perturbation causée par la lutte contre le surendettement.....	293
I. La protection de la caution personne physique	294
A.– Le non-respect du formalisme, cause de limitation de l'assiette du gage	295
B.– La disproportion de l'engagement, cause de perturbation du mécanisme du gage général	301
1. La réduction de l'obligation issue de la jurisprudence : une cristallisation du gage	301
2. L'impossibilité de se prévaloir du cautionnement issue du droit de la consommation : une neutralisation du gage	304

II.	La protection de l'insolvable	310
A.-	Une volonté législative : favoriser le rebond du surendetté	311
B.-	L'effet perturbateur de cette finalité sur la mise en œuvre du gage général	315
1.	La limitation du gage des créanciers inscrits aux biens présents	316
a.	Une limitation destinée à raccourcir la durée de la liquidation	316
b.	Une limitation pratiquée mais non prévue par la loi	318
2.	La neutralisation du gage en cas d'insuffisance d'actif	321
a.	La non-reprise des poursuites individuelles après clôture de la liquidation judiciaire pour insuffisance d'actif.....	321
b.	L'effacement des dettes après clôture d'une procédure de rétablissement	325
	Section 2 : La perturbation causée par la territorialité du droit de l'exécution	331
I.	La difficulté d'obtenir des informations relatives aux biens situés à l'étranger	331
II.	La difficulté de saisir les biens situés à l'étranger	336
A.-	La vigueur du principe de territorialité des voies d'exécution	337
B.-	Des tempéraments apportés par le droit de l'Union.....	341
1.	L'ordonnance européenne de saisie conservatoire des comptes bancaires	341
2.	L'harmonisation du droit de l'insolvabilité internationale	343
	<i>Conclusion du titre I</i>	349
	TITRE II L'ÉMERGENCE DE LA NOTION EN DROIT PUBLIC	351
	<i>Chapitre 1 : L'engagement croissant du patrimoine de la personne publique de droit interne</i>	355
	Section 1 : L'immunité d'exécution, obstacle à l'application du gage général	357
I.	Une règle essentielle du droit administratif	357
A.-	Une immunité fondée sur la qualité de personne publique	357
B.-	Des voies d'exécution ne portant pas sur le patrimoine de la personne publique	359
II.	Une règle rendant la nature de l'engagement de la personne publique incertaine	361
A.-	L'existence de la notion d'obligation en droit public	361
B.-	La difficulté de qualifier la garantie de l'obligation d'une personne publique	365
1.	Première proposition : une obligation garantie par un gage sui generis	365
2.	Seconde proposition : une obligation garantie par l'aptitude de la personne publique à la propriété	368
	Section 2 : La remise en cause du principe, cause d'application du gage général	370
I.	Les fondements de la remise en cause.....	372
A.-	Une aide d'État incompatible avec le marché européen	372
B.-	Une atteinte disproportionnée aux droits fondamentaux du créancier	375

II.	Les manifestations de la remise en cause	377
A.–	La création d'une modalité d'exécution administrative s'exerçant sur les biens du débiteur public	377
B.–	L'émergence d'une insaisissabilité fonctionnelle des biens publics	379
1.	Une atteinte indirecte à l'insaisissabilité organique : la sociétéisation des EPIC	380
2.	Une atteinte directe à l'insaisissabilité organique : la possibilité pour les OPH de consentir des sûretés réelles mobilières	382
III.	Les effets de la remise en cause : l'application progressive du gage général au débiteur public	384
<i>Chapitre 2 : L'engagement croissant du patrimoine de la personne publique étrangère</i>		<i>393</i>
Section 1 : Un mouvement initié par la jurisprudence		395
I.	La construction d'un système d'insaisissabilité fonctionnelle des biens	396
A.–	Une évolution touchant l'ordre juridique international	396
B.–	La relativisation de l'immunité d'exécution par la Cour de cassation	400
1.	L'ouverture d'un gage composé des biens publics affectés à une activité de droit privé	400
2.	La délimitation de l'assiette du gage par la théorie de l'émanation d'État	403
II.	L'admission de la renonciation de l'État étranger à l'immunité d'exécution	405
Section 2 : Un mouvement atténué par l'intervention du législateur		412
I.	Le renforcement de l'insaisissabilité des fonds détenus par les banques centrales étrangères	412
II.	Un renforcement poursuivi par la loi Sapin II	416
A.–	La mise en œuvre du gage général complexifiée	418
1.	Des obstacles procéduraux plus nombreux	418
a.	L'autorisation préalable, filtre judiciaire aux voies d'exécution sur les biens d'un État étranger	419
b.	L'exigence d'une renonciation expresse à l'immunité d'exécution	422
2.	Une disposition spéciale destinée aux fonds vautours	426
a.	La nécessité de réguler les stratégies de recouvrement agressives des fonds vautours ..	427
b.	La solution du droit français : une suspension du gage général	431
B.–	L'assiette du gage général esquissée	433
1.	Des précisions apportées à la composition de l'assiette du gage du créancier de l'État étranger	434
2.	Les contours incertains de l'assiette du gage en présence d'une renonciation à l'immunité d'exécution	436
<i>Conclusion du titre II</i>		<i>443</i>
<i>Conclusion de la partie II</i>		<i>445</i>
CONCLUSION GENERALE		447

BIBLIOGRAPHIE.....	455
INDEX ALPHABETIQUE LES CHIFFRES RENVOIENT AUX NUMEROS DE PARAGRAPHERS.....	495
TABLE DES MATIERES.....	501

La notion de gage général – Résumé

Quiconque s'est obligé personnellement, est tenu de remplir son engagement sur tous ses biens mobiliers et immobiliers, présents et à venir. C'est par cette formule lumineuse que l'article 2284 du Code civil (ancien article 2092 du Code Napoléon) introduit en droit français ce qu'il est convenu d'appeler le gage général. Incontournable en droit privé, invoquée par la doctrine, la jurisprudence et même la loi, cette notion n'a, paradoxalement, fait l'objet d'aucune étude approfondie. Le gage général ne manque pourtant pas d'actualité, l'introduction du patrimoine d'affectation à travers la fiducie et l'EIRL ne constituant que l'arbre qui cache la forêt. Successions, régimes matrimoniaux, procédures civiles d'exécution, cautionnement, insolvabilité, autant de matières dont les évolutions affectent le mécanisme de responsabilité patrimoniale du débiteur. D'aucuns avancent que ces évolutions signeraient le déclin, voire la disparition de la notion de gage général. L'affirmation se justifie-t-elle ? Il convenait, pour le vérifier, de déterminer les contours et le contenu de la notion avant de mesurer les modifications engendrées par le droit contemporain. À partir d'une analyse approfondie des réflexions doctrinales, il est proposé une identification précise de la notion de gage général, mettant en exergue son rôle central dans l'obligation. Une fois la notion identifiée, l'étude apporte un éclairage sur les diverses évolutions du droit privé qui ont mis à l'épreuve le gage général, ainsi que sur les évolutions du droit public qui ont fait émerger la notion dans un champ du droit qui lui était jusqu'ici inconnu.

The notion of common pledge – Abstract

Whoever is personally bound for an obligation is obligated to fulfill it out of all of his property, movable and immovable, present and future. These are the words of the article 2284 of the French Civil code introducing a fundamental notion : the common pledge. Even if it is frequently used by academics, judges and the legislator, this notion remains largely unstudied. The common pledge is, however, surrounded by topical issues : the introduction of the trust patrimony in French law, and multiple changes in family law, enforcement procedures, security law, insolvency law have transformed the common pledge mechanism. Some scholars assert these evolutions have caused the decline of the notion, if not its dissolution. Are these statements justified ? To answer to the question, the notion of common pledge has been first identified with accuracy. Then, the different evolutions that have affected it in contemporary law have been highlighted. It appears that, in private law, the common pledge has been deeply altered, whereas in public law, the notion is emerging.