

# Introduction

1. — Le droit des sûretés est le droit de la méfiance, ou plutôt peut-être celui de la prudence. Le créancier ne tente-t-il pas de se prémunir contre le risque de l'inexécution d'une obligation à terme en exigeant une sûreté de son débiteur? Augmentant ses chances de paiement au jour de l'échéance, les sûretés apparaissent aujourd'hui comme un élément fondamental dans la négociation d'une opération de crédit<sup>1</sup>. Leur utilité devient manifeste si on envisage la situation du créancier chirographaire.

## I. Le créancier chirographaire

Selon l'article 2284 du code civil, le créancier chirographaire a la faculté de poursuivre l'exécution forcée de sa créance en saisissant les différents biens, présents et à venir, composant le patrimoine de son débiteur et en les faisant vendre. L'article 2285 du code civil ajoute que «les biens du débiteur sont le gage commun de ses créanciers». Ce principe comprend désormais une limite instituée par la loi du 1<sup>er</sup> août 2003 sur l'initiative économique.

2. — Selon l'article L. 526-1 du code de commerce, «par dérogation aux articles 2284 et 2285 du code civil, une personne physique immatriculée à un registre de publicité légale à caractère professionnel ou exerçant une activité professionnelle agricole ou indépendante peut déclarer insaisissables ses droits sur l'immeuble où est fixée sa résidence principale ainsi que sur tout bien foncier bâti ou non bâti qu'elle n'a pas affecté à son usage professionnel<sup>2</sup>». Le législateur a créé un nouveau cas d'insaisissabilité du fait de la volonté de l'homme. Le projet de loi sur la modernisation de l'économie étend la déclaration d'insaisissabilité à tous les immeubles non professionnels.

1. L.-M. Martin, *Sûretés traquées, crédit détraqué*, Banque, 1975 1138.

2. Autem, «L'insaisissabilité de la résidence principale de l'entrepreneur individuel», *Defrénois*, 2004 327; Dagot, «L'insaisissabilité de l'entrepreneur individuel», *JCP*, 2003 1562; Laugier, «Initiative économique et déclaration notariée d'insaisissabilité», *JCP, éd. E*, 2003 1507; Lebel, «Les effets de la déclaration d'insaisissabilité», *JCP, éd. E*, 2010 2076; Malecki, «La loi pour l'initiative économique et l'insaisissabilité de la résidence principale de l'entrepreneur individuel»; *D.*, 2003 2220; Piédelièvre, «L'insaisissabilité de la résidence principale de l'entrepreneur individuel (L. n° 2003-721 du 1<sup>er</sup> août 2003 pour l'initiative économique)», *JCP*, 2003 I 165; «Le nouveau droit de l'insaisissabilité», *Defrénois*, 2008 2245; Salati, «Modifications apportées au dispositif d'insaisissabilité de la résidence principale de l'entrepreneur individuel par la loi du 4 août 2008 de modernisation de l'économie», *Procédures*, 2008 alerte 39; Vauvillé, «La déclaration d'insaisissabilité», *Defrénois*, 2003 1197.

L'article L. 526-1 du code de commerce vise uniquement certaines personnes physiques. Les personnes morales, quelle que soit leur activité, sont exclues de cette mesure de protection. Le législateur a considéré qu'elles ont déjà la possibilité, du fait de leur forme sociétaire, de limiter leur responsabilité pécuniaire.

La déclaration d'insaisissabilité pourra désormais englober un ou plusieurs biens immobiliers. Plusieurs cas de figure peuvent désormais se présenter. D'une part, il est possible pour un entrepreneur individuel de déclarer insaisissable l'ensemble de ses immeubles non professionnels. Il sera alors nécessaire de les individualiser, que ce soit lors de l'acte notarié ou lors des mesures de publicité. D'autre part, l'entrepreneur individuel peut déclarer insaisissable uniquement un ou plusieurs biens. Rien ne l'empêchera par la suite de déclarer insaisissables d'autres biens immobiliers. Mais dans cette hypothèse, il existera une pluralité de déclarations qui seront opposables aux tiers à des dates différentes.

3. — La déclaration d'insaisissabilité concerne un immeuble. Il est donc logique qu'elle soit soumise aux règles de la publicité foncière afin d'accroître son rayonnement. En outre, dans le but d'informer les créanciers professionnels, le législateur a prévu d'autres mesures de publicité dont on peut douter de l'intérêt pratique. Puisqu'une publication au service de la publicité foncière du lieu de situation de l'immeuble (ou en Alsace Moselle au Livre foncier) est requise pour conférer une pleine efficacité à la déclaration d'insaisissabilité, celle-ci doit être passée par un acte authentique. Selon l'article L. 526-2 du code de commerce, la déclaration doit être reçue par un notaire.

Le législateur n'a pas jugé suffisante l'information résultant du droit de la publicité foncière. Aussi a-t-il institué une publicité par voie de registre ou par voie de presse. Ces techniques sont très fréquentes en matière commerciale. Ainsi les principaux créanciers professionnels, dont les établissements de crédit, seront informés de la restriction apportée à leur droit de gage général. Il appartiendra au notaire rédacteur de la déclaration d'effectuer cette formalité, sauf si le client l'en dispense expressément. Selon l'article L. 526-2 du code de commerce, lorsque la personne est immatriculée dans un registre de publicité légale à caractère professionnel, la déclaration doit y être mentionnée. Si la personne n'est pas tenue de s'immatriculer dans un registre de publicité légale, un extrait de la déclaration d'insaisissabilité doit être publié dans un journal d'annonces légales du département d'exercice de l'activité professionnelle. La sanction consiste dans l'impossibilité pour l'entrepreneur de se prévaloir de l'insaisissabilité du bien.

La déclaration d'insaisissabilité est très intéressante pour l'entrepreneur individuel en cas de procédure collective. Le débiteur peut opposer la déclaration d'insaisissabilité qu'il a effectuée en application de l'article L. 526-1 du code de commerce, avant qu'il ne soit mis en liquidation judiciaire, en dépit de la règle du dessaisissement prévue par l'article L. 641-9. Dès lors qu'il a fait l'objet d'une déclaration d'insaisissabilité publiée avant l'ouverture de la liquidation judiciaire, le juge-commissaire ne peut autoriser, sous peine de commettre un excès de pouvoir, le liquidateur à procéder à la vente aux enchères publiques d'un immeuble appartenant au débiteur et à

son conjoint commun en biens dont l'insaisissabilité lui est opposable<sup>1</sup>. En outre, elle n'a d'effet qu'à l'égard des créanciers dont les droits naissent, postérieurement à sa publication, à l'occasion de l'activité professionnelle du déclarant. Le liquidateur n'a donc pas qualité pour agir, dans l'intérêt de ces seuls créanciers, en inopposabilité de la déclaration d'insaisissabilité<sup>2</sup>.

4. — Pour les créanciers chirographaires, même si la procédure de distribution par contribution a été modifiée par la loi du 9 juillet 1991, le principe demeure toujours celui d'une répartition sur la base d'une contribution au prorata des créances. Le créancier subit le risque de l'insolvabilité du débiteur. Le patrimoine de ce dernier est en perpétuelle fluctuation, son actif et son passif varient. Positif lors de la souscription de l'obligation, il peut être négatif au jour du paiement.

Pour tenter de limiter ces inconvénients, le créancier chirographaire bénéficie de certaines actions lui permettant de surveiller le patrimoine de son débiteur.

— L'action oblique de l'article 1166 du code civil lui permet d'exercer, au nom de son débiteur, les droits que ce dernier néglige de mettre en œuvre.

— L'action paulienne de l'article 1167 du code civil lui permet de faire révoquer les actes d'appauvrissement effectués par son débiteur, dans le but de frauder ses droits.

— L'action en déclaration de simulation de l'article 1321 du code civil lui permet de faire rentrer dans le patrimoine du débiteur, les biens que ce dernier a fictivement fait sortir de son patrimoine.

Ces moyens de protection restent limités, même si l'article 314-7 du code pénal incrimine l'organisation frauduleuse d'insolvabilité. Mais cette infraction est rarement mise en œuvre en pratique.

## II. Le rôle et les variétés de sûretés

5. — Trois moyens permettent à un créancier d'améliorer sa situation<sup>3</sup>:

— Adjoindre un second garant à côté du débiteur. Les chances de paiement sont dès lors multipliées et les risques d'insolvabilité sont dilués même si le créancier demeure chirographaire dans les deux patrimoines;

— Dispenser expressément de la loi du concours certains créanciers en leur octroyant une cause de préférence. Le créancier conserve une action personnelle, mais privilégiée, contre le débiteur sur l'intégralité du patrimoine et non sur un ou plusieurs biens déterminés;

1. Cass. com., 28 juin 2011, *Bull. civ.*, IV, n° 109; *D.*, 2011 1751, obs. Lienhard; *D.*, 2012 2201, obs. Le Corre; *Rev. sociétés*, 2011 526, obs. Roussel Galle; *JCP éd. E*, 2011 1551, note Pérochon; *JCP éd. E*, 2011 1596, n° 4, obs. Pétel; *LEDEN*, juillet 2011 1, obs. F.-X. Lucas; *Act. proc. coll.*, 2011 n° 203, obs. Fin-Langer; *LPA*, 28 septembre 2011, note Teboul; *Bull. Joly entrep. diff.*, 2011 242, note Camensuli-Feuillard; *RD bancaire*, 2011 n° 171, obs. Piédelièvre; *Gaz. Pal.*, 7-8 octobre 2011 11, note Antonini-Cochin; *RJ com.*, 2011 510, note Sortais; *LPA*, 23 novembre 2011, note Reille; *Rev. proc. coll.*, 2012 n° 111, obs. Lisanti.

2. Cass. com., 13 mars 2012, *Bull. civ.*, IV, n° 53; *D.*, 2012 807, obs. Lienhard; *D.*, 2012 1460, note Marmoz; *D.*, 2012 2201, obs. Le Corre; *Rev. sociétés*, 2012 394, obs. Henry; *RD bancaire*, 2012 n° 91, obs. Piédelièvre; *Act. proc. coll.*, 2012 n° 105, note Vallansan; Cass. com., 18 juin 2013, *D.*, 2013 1618, obs. Lienhard; *JCP éd. E*, 2013 1452, obs. Lebel; *JCP éd. N*, 2014 1133, note Garçon; *RD bancaire*, 2013 n° 159, obs. Piédelièvre.

3. Planiol, *Traité élémentaire de droit civil*, t. 2, 4<sup>e</sup> éd., LGDJ, n° 2312.

— Créer un droit réel accessoire sur un ou plusieurs biens du débiteur ou d'un tiers appelé constituant. Le bien grevé, ou plutôt sa valeur, est affecté à un paiement prioritaire du créancier, ce qui le fait échapper à la loi du concours en lui donnant une cause de préférence, et lui permet souvent d'exercer ce droit en quelques mains qu'il se trouve.

Le premier et le troisième moyen se retrouvent actuellement en droit positif et ils forment la distinction essentielle du droit des sûretés entre les sûretés personnelles et les sûretés réelles. Le premier confère au créancier un droit personnel et chirographaire contre une tierce personne. Le troisième lui accorde un droit réel, comportant un droit de préférence et un droit de suite, sur un ou plusieurs biens du débiteur ou du constituant.

Le deuxième moyen n'existe plus aujourd'hui. Selon certains, les privilèges généraux s'en rapprocheraient, bien qu'ils soient classiquement rangés dans la catégorie des sûretés réelles. Ils portent sur l'intégralité des biens qui composent le patrimoine du débiteur, même si le créancier doit commencer par agir sur les meubles, avant de pouvoir faire saisir les immeubles. Pour admettre cette conception, il faut considérer, à la suite d'Aubry et Rau, que le patrimoine est une émanation de la personnalité<sup>1</sup>. On ne confère aucun droit spécifique au créancier sur un ou plusieurs biens, puisque tous répondent de la même façon. Son avantage s'exprime uniquement à l'égard des tiers, à savoir les autres créanciers. Cette solution permettrait d'expliquer le caractère occulte de ce privilège. À l'inverse, si on analyse le patrimoine comme une masse de biens affectés à un but, le caractère réel l'emporte.

6. — La distinction classique est celle existant entre les sûretés personnelles et les sûretés réelles. L'une est issue du droit des obligations et l'autre du droit des biens. On se demande fréquemment si l'une de ces catégories est préférable et plus protectrice des intérêts du créancier<sup>2</sup>. En soi, aucune sûreté n'est meilleure qu'une autre, car aucune ne confère une sécurité absolue. On connaît l'intérêt économique de la sûreté au moment de sa constitution, mais on l'ignore au jour de sa mise en œuvre, ce qui est pourtant la seule chose importante. La caution, solvable au jour du contrat de cautionnement, peut s'avérer insolvable lors de son déclenchement. De même, le bien grevé peut avoir disparu ou avoir perdu une partie de sa valeur.

L'efficacité des sûretés dépend d'abord des circonstances de leur octroi. Elles apparaissent tributaires de leur environnement économique, ou plutôt de la réglementation que celui-ci génère pour modifier ses effets normaux. Par exemple, il n'est pas certain que, pour garantir le créancier d'un débiteur exposé aux risques d'une procédure collective, les sûretés réelles sans dépossession confèrent une grande sécurité. À l'inverse, elles présentent un plus grand intérêt pour garantir des prêts immobiliers, du moins lorsqu'une partie du prix est payée au comptant.

7. — D'autres éléments sont également à prendre en compte. Le formalisme de constitution apparaît comme un handicap, surtout s'il est mal utilisé, comme en

1. Aubry et Rau, *Droit civil français*, t. IX, 4<sup>e</sup> éd., § 575 et s.

2. Sur cette controverse sans doute inutile Dagot, « Sûretés réelles contre sûretés personnelles », *JCP, éd. N*, 1986 I 93; Lancereau, « Les prêts immobiliers cautionnés », *Gaz. Pal.*, 1987 2 doct. 687; Mouillart, « Hypothèque ou caution (de la garantie à la réassurance) », *Banque*, 1989 906.

droit de la consommation<sup>1</sup>. En revanche, lorsqu'il répond à une véritable nécessité, il devient un facteur de sécurité, comme l'acte notarié en matière hypothécaire.

Le coût économique des sûretés ne parvient pas non plus à départager ces deux grandes catégories de sûretés. Certains garants se font rémunérer. D'autres jouent ce rôle gracieusement. Quelques-unes se constituent à faible coût, alors que d'autres nécessitent des dépenses plus importantes, comme des actes notariés et des frais de publicité. La fiscalité joue parfois un grand rôle, comme en matière hypothécaire.

Par ailleurs, certaines sûretés réduisent le crédit du débiteur, elles le gaspillent et elles ne permettent pas de suivre l'évolution rapide des besoins de crédit d'une personne. On assiste depuis peu à l'apparition de sûretés revolving. À l'inverse, les sûretés personnelles, consistant en un engagement par signature, n'entament pas, en apparence, le crédit du débiteur.

8. — Le caractère interne ou international de l'opération joue également un rôle non négligeable. Le droit des sûretés demeure une matière où le droit européen a peu d'importance, même si l'on envisage parfois de constituer une euro-hypothèque et si un livre vert de la Commission européenne du 12 juillet 2005 relance une réflexion sur le crédit hypothécaire européen. Les sûretés personnelles se montrent souvent plus adaptées pour garantir des opérations internationales. Les parties ont la possibilité de soumettre le contrat de garantie à la loi d'autonomie, et l'article 4-2° de la convention de Rome du 10 juin 1980 sur les obligations contractuelles pose, à défaut de choix exprès, une présomption de rattachement au pays de résidence de la partie qui fournit la prestation caractéristique. Cette solution n'a pas été remise en cause par le Règlement Rome I.

Les sûretés réelles apparaissent moins appropriées, même si le principe d'autonomie de la volonté subsiste. Pour les sûretés immobilières, la loi de situation de l'immeuble joue souvent un rôle important. L'article 2417 du code civil qui confère un monopole aux notaires français pour la constitution d'hypothèque sur les immeubles situés en France en fournit une parfaite illustration. Pour les sûretés mobilières, la difficulté réside dans la possibilité de déplacer les biens grevés<sup>2</sup>. Les mesures d'exécution des sûretés réelles devront respecter le plus souvent le droit des voies d'exécution du pays où se trouve le bien.

9. — Enfin, et peut-être surtout, la mise en œuvre de la sûreté est prépondérante. Idéalement, elle devrait être efficace, rapide et simple. Le droit des sûretés est tributaire des voies d'exécution. Les sûretés réelles nécessitent le recours à des procédures de saisie qui débouchent souvent sur des ventes publiques. Cette issue explique d'ailleurs que les biens insaisissables ne puissent faire l'objet de constitution de sûretés réelles. Or ces procédures, surtout celles de la saisie immobilière qui, même si elle a été réformée dans le sens d'une simplification, sont la source de nombreux incidents retardant parfois exagérément le paiement du créancier. Pour cette raison, la réforme des sûretés a permis des modes de réalisation simplifiés des sûretés. En théorie les sûretés personnelles présentent un grand avantage, puisqu'elles sont fondées sur le paiement d'un tiers. En pratique toutefois des difficultés identiques se retrouvent si

1. Piédelièvre, « Droit des sûretés et droit de la consommation », *Droit et patrimoine*, septembre 1997 56.

2. Khairallah, *Les sûretés mobilières en droit international privé*, Economica, 1984.

les cautions et les garants n'exécutent pas spontanément leurs engagements et s'ils commencent à en discuter la validité, puis le montant. Au final, une mesure d'exécution forcée sera nécessaire.

Finalement, aucune de ces deux catégories de sûretés n'offre un avantage indéniablaire ou ne comporte une infériorité criante. D'ailleurs, elles coexistent fréquemment pour garantir les opérations commerciales les plus importantes.

### III. Le développement du rôle des sûretés et des garanties

10. — Le développement des sûretés apparaît comme une des conséquences du développement du crédit. Le phénomène est très marqué pour les crédits aux particuliers, avec la multiplication des crédits à la consommation et des crédits immobiliers. Le développement dans l'endettement des ménages et la multiplication des hypothèses de surendettement ont conduit les prêteurs à exiger des garanties plus nombreuses. Les garanties interfèrent également sur la capacité de crédit que les banques peuvent octroyer, compte tenu des règles prévues par le Comité de Bâle sur le contrôle bancaire dit Bâle 3 et un règlement européen du 26 juin 2013 sur les fonds propres. Comme on l'a fait remarquer, « pour une même quantité de fonds propres une banque pourra prêter plus ou moins selon que le crédit sera, ou non garanti par une sûreté<sup>1</sup> ».

On reproche souvent aux banques françaises d'exiger de trop nombreuses garanties, notamment si l'on compare avec la pratique des banques anglo-saxonnes. Les établissements de crédit contrecarraient d'ailleurs souvent les desseins du législateur qui a créé des sociétés de capitaux et des sociétés unipersonnelles dans le but d'éviter aux dirigeants et aux associés de répondre sur leur patrimoine personnel des dettes sociales. Cette observation est seulement exacte en apparence. Pour le crédit aux entreprises, il est nécessaire de tenir compte des fonds propres et des perspectives de gains. Les banques tiennent compte pour l'octroi d'un crédit de la richesse nette des entreprises. Or les banques anglo-saxonnes exigent souvent des montants plus élevés de fonds propres que les banques françaises. Elles octroient moins de crédit aux jeunes entreprises et aux entreprises les moins riches. Le danger de ce système tient au fait que les actifs, s'ils sont surévalués ou s'ils subissent une baisse de valeur, accroissent de manière artificielle les capacités d'emprunt des entreprises. À l'inverse, les établissements de crédit français accordent plus facilement des crédits aux jeunes entreprises et éventuellement à celles moins riches. Elles compensent ce surcroît de risque par des garanties.

11. — Parfois, le législateur favorise même la prise de sûretés. La réforme du droit des sûretés a facilité cette mobilisation du patrimoine immobilier. La première technique est celle de l'hypothèque dite rechargeable. Elle a été admise de manière limitée, puisqu'elle garantit uniquement des dettes professionnelles. Il est possible que la recharge hypothécaire donne naissance à de prêts hypothécaires supplémentaires sur la base de la différence entre le montant du prêt restant dû et la valeur de marché de l'immeuble apporté en garantie. La deuxième technique est celle du prêt viager hypothécaire. Selon l'article L. 314-1 du code de la consommation, il s'agit d'un « un

1. Malaurie et Aynès, par Aynès et Crocq, *Les sûretés la publicité foncière*, Defrénois, 8<sup>e</sup> éd., 2014, n° 7.

contrat par lequel un établissement de crédit ou un établissement financier consent à une personne physique un prêt sous forme d'un capital ou de versements périodiques, garanti par une hypothèque constituée sur un bien immobilier de l'emprunteur à usage exclusif d'habitation et dont le remboursement, principal et intérêts, ne peut être exigé qu'au décès de l'emprunteur ou lors de l'aliénation ou du démembrement de la propriété de l'immeuble hypothéqué s'ils surviennent avant le décès».

12. — Depuis quelques années, on assiste à un fort développement du rôle des sûretés personnelles qui s'est manifesté par une grande augmentation du contentieux en matière de cautionnement et par l'apparition de nouvelles formes de garanties personnelles, dans les relations commerciales d'abord internationales, puis internes. Ainsi, l'essor du cautionnement mutuel leur donne un rôle nouveau en matière de garantie du financement des logements, fonction traditionnellement tenue par l'hypothèque. Plusieurs raisons expliquent ce phénomène. Pendant longtemps, il a existé une prédominance des sûretés réelles, du moins en matière civile, car elles apparaissaient comme le reflet de la solvabilité du débiteur. Mais avec la crise économique cette solvabilité est devenue insuffisante. D'une certaine façon, elles ont été victimes de leur succès, lorsque le législateur a sacrifié les créanciers qui en étaient munis, en cas de procédure collective ouverte contre le débiteur. En outre, leur mise en œuvre pratique est parfois délicate. La procédure de saisie immobilière, même si elle a été réformée, mériterait encore d'être simplifiée sur certains points.

Le recours au cautionnement, puis à d'autres formes de garanties personnelles, s'analyse parfois en une fuite. Ce développement a été amplifié par l'augmentation du rôle des banques comme garantes. La confiance en leur solvabilité, malgré leur rémunération, a rejailli sur l'ensemble de ces sûretés. L'idée romaine de la confiance dans un débiteur se retrouve aujourd'hui également pour le garant. Il existe aussi un développement du mécanisme de l'assurance, comme l'assurance des salaires, les assurances crédit internes ou internationales ou l'assurance-vie<sup>1</sup>, qui renforce notablement la position du créancier.

13. — Tous les moyens accentuant la sécurité de paiement des créanciers ne peuvent être considérés comme des sûretés, au sens technique de ce mot. Pourtant certains d'entre eux présentent des supériorités pratiques, notamment en cas d'ouverture d'une procédure de sauvegarde, de redressement et de liquidation judiciaires ou d'une procédure de surendettement à l'encontre du débiteur.

Quelques exemples le démontrent. Selon l'article L. 511-7, alinéa 3, du code de commerce, « la propriété de la provision est transmise aux porteurs successifs de la lettre de change ». Le porteur a un droit exclusif sur la somme dont le tiré sera redevable envers le tireur, au jour de l'échéance de la traite. Cette règle fait échapper cette somme au créancier du tireur, en affectant au porteur la créance future<sup>2</sup>. Cette règle s'intègre dans la conception d'ensemble de la lettre de change dont elle est seulement une des composantes.

14. — Les sûretés négatives ont pour but de renforcer les prérogatives déjà existantes du créancier en imposant une abstention au débiteur soit à l'inverse en l'obligeant

1. Hovasse-Banget, « La fonction de garantie de l'assurance-vie », *Defrénois*, 1998 81 et 510.

2. Pour la qualification de sûretés, Roblot, *Les effets de commerce*, Sirey, 1<sup>re</sup> éd., 1975, n° 190; *contra* Martin-Serf, « L'interprétation extensive des sûretés en droit commercial », *RTD com.*, 1980 678.

à faire quelque chose, par exemple, un débiteur peut s'engager à ne pas conférer à autrui une sûreté sans l'avoir au préalable proposée au créancier initial. On aboutit parfois à un gel des sûretés réelles qui ne présentent plus d'intérêt pour les créanciers ultérieurs<sup>1</sup>. Mais assez souvent, le contrat de crédit comprend une clause d'inaliénabilité. Se pose alors la question de sa validité. Le législateur est uniquement intervenu par les clauses d'inaliénabilité stipulées dans les donations. Selon l'article 900-1 du code civil, «les clauses d'inaliénabilité affectant un bien donné ou légué ne sont valables que si elles sont temporaires et justifiées par un intérêt sérieux et légitime». On considère généralement que cette solution s'applique également aux clauses stipulées dans des contrats à titre onéreux. L'intérêt sérieux et légitime suppose qu'«il contrebalance les inconvénients habituels de l'inaliénabilité<sup>2</sup>».

Les sanctions en cas de non-respect de cette clause consistent dans la possibilité qu'a le créancier d'invoquer la déchéance du terme, prévu par l'article 1188 du code civil et dans l'éventuelle responsabilité contractuelle du débiteur. Elle pose également une difficulté liée à ses effets à l'égard des tiers. Elle n'a pas pour conséquence de rendre insaisissable le bien qui en fait l'objet. Elle a surtout un intérêt en matière immobilière. Pour pouvoir être opposée à des tiers et notamment à un tiers acquéreur, cette clause doit faire l'objet d'une publication au service de la publicité foncière sur le fondement de l'article 28-2° du décret du 4 janvier 1955 qui impose la publication des restrictions au droit de disposer<sup>3</sup>.

Les sûretés négatives permettent également au créancier d'avoir un droit de regard sur le patrimoine de l'entreprise débitrice<sup>4</sup>. On se trouve en présence d'une forme d'obligation d'information de la part du débiteur pendant la durée du crédit octroyé. Elles ont alors un double but pour le créancier. Il aura la possibilité de prendre rapidement des mesures conservatoires, si le recouvrement de sa créance semble en péril. Il aura aussi la faculté d'essayer d'infléchir la gestion de l'entreprise. Ce type de sûretés est parfois difficile à concilier avec les exigences du secret des affaires. Le non-respect de cette clause sera sanctionné par les règles de la responsabilité contractuelle, voire par une déchéance du terme.

15. — On pourrait enfin citer les actions directes<sup>5</sup>. D'origines légales, elles permettent à certains créanciers de demander le paiement de leurs créances aux débiteurs de leurs débiteurs. Elles confèrent à leur titulaire un quasi-privilege de premier rang. Certains voient en elles des sûretés, car «elle correspond aux critères de cette notion. Accessoire de la créance du bénéficiaire, elle a pour finalité exclusive de lui (le créancier) ménager un paiement préférentiel et ceci par la technique de l'affectation<sup>6</sup>».

1. Chaput, «Les sûretés négatives», *Annales de la faculté de droit de Clermont-Ferrand*, 1974, p. 167; Vasseur, «Les garanties indirectes du banquier», dans *L'évolution du droit des sûretés*, *RJ com.*, février 1982 104; Merkel, «Implications of negative pledge in international finance», *Rev. dr. aff. internationales*, 1987 694.
2. Chaput, «Les sûretés négatives», précité.
3. Cass. 1<sup>re</sup> civ., 8 février 2000, *Bull. civ.*, I, n° 43.
4. Guyon, «Le droit de regard du créancier sur le patrimoine de son débiteur considéré comme une sûreté», dans *L'évolution du droit des sûretés*, p. 121.
5. Cozian, *L'action directe*, LGDJ, 1969; Jamin, *La notion d'action directe*, LGDJ, 1991.
6. M. Cabrillac, C. Mouly, S. Cabrillac et P. Pétel, *Droit des sûretés*, n° 638.