

RAPPORT

LA RÉFORME DU DROIT DES SÛRETÉS

Marie-Pierre DUMONT

Professeur à l'Université de Montpellier

Christophe ALBIGES

Professeur à l'Université de Montpellier

Thomas LE GUEUT

Professeur à l'Université Sorbonne-Paris-Nord

Le présent rapport a pour objet d'une part, d'exposer les principaux apports de la réforme du droit des sûretés résultant de l'Ordonnance n° 2021-1192 du 15 septembre 2021 (Partie 1) et d'autre part, de présenter les premiers retours d'expérience que celle-ci suscite de la part des professionnels du droit et du crédit (Partie 2).

TABLE DES MATIÈRES

PREMIERE PARTIE - LES APPORTS DE LA REFORME DU DROIT DES SURETES -----	1
CHAPITRE 1 – LE CAUTIONNEMENT -----	2
SECTION 1 – LE CARACTERE CIVIL OU COMMERCIAL DU CAUTIONNEMENT -----	2
SECTION 2 – LES EXCEPTIONS OPPOSABLES-----	6
SECTION 3 – LE FORMALISME PROPRE AU CONTRAT DE CAUTIONNEMENT -----	10
SECTION 4 – LE DEVOIR DE MISE EN GARDE DE LA CAUTION -----	15
SECTION 5 – L’EXIGENCE DE PROPORTIONNALITE-----	19
SECTION 6 – LA DISTINCTION ENTRE L’OBLIGATION DE COUVERTURE ET L’OBLIGATION DE REGLEMENT----	23
SECTION 7 – L’OBLIGATION D’INFORMATION DE LA CAUTION-----	29
SECTION 8 – LE BENEFICE DE SUBROGATION-----	34
SECTION 9 – L’INCIDENCE DE LA REFORME DES PROCEDURES COLLECTIVES SUR LE DROIT DU CAUTIONNEMENT -----	37
CHAPITRE 2 – LES SURETES REELLES -----	43
SECTION 1 – LES SURETES REELLES POUR AUTRUI-----	43
SECTION 2 – DISPOSITIONS COMMUNES A TOUTES LES HYPOTHEQUES-----	48
SECTION 3 – DISPOSITIONS SPECIFIQUES AUX HYPOTHEQUES CONVENTIONNELLES -----	53
SECTION 4 – DISPOSITIONS SPECIFIQUES AUX HYPOTHEQUES LEGALES GENERALES -----	55
CHAPITRE 3 – LES SURETES (REELLES) SUR ACTIFS FINANCIERS -----	59
SECTION 1 – LA CESSION DE SOMME D’ARGENT A TITRE DE GARANTIE-----	59
SECTION 2 – LA CESSION DE CREANCE A TITRE DE GARANTIE -----	68
SECTION 3 – LE NANTISSEMENT DE CREANCE/COMPTE-TITRES -----	77
SECONDE PARTIE - PREMIERS RETOURS D’EXPERIENCE -----	81
À PROPOS DES SURETES PERSONNELLES ET REELLES (HORMIS LES SURETES SUR ACTIFS FINANCIERS)---	82
À PROPOS DES SURETES SUR ACTIFS FINANCIERS -----	86

P R E M I È R E P A R T I E

LES APPORTS DE LA REFORME DU DROIT DES SURETES

CHAPITRE 1 – LE CAUTIONNEMENT

Section 1 – Le caractère civil ou commercial du cautionnement

L'intérêt de déterminer le caractère civil ou commercial du cautionnement est triple : il en va de la compétence des juridictions consulaires, de la présomption de solidarité et de la liberté de la preuve.

§1 – Les apports de l'ordonnance

A – Les cautionnements commerciaux avant l'ordonnance

Avant l'ordonnance, le caractère commercial de certains cautionnements était couramment admis. Il existait quatre critères de commercialité du cautionnement : sa forme, lorsqu'il s'agissait de l'aval d'un effet de commerce ; son auteur, lorsque le cautionnement était souscrit par un commerçant dans le cadre de son activité ; sa nature, lorsque le cautionnement était donné contre rémunération par une banque ou un établissement de crédit ; et enfin la commercialité « par intérêt », critère inventé par la jurisprudence qui consistait à qualifier de commercial le cautionnement lorsque la caution avait un intérêt patrimonial dans l'opération garantie.

Ce dernier cas posait difficultés dans la mesure où ses contours étaient incertains et critiqués. En effet il s'appliquait essentiellement au cautionnement donné par des dirigeants ou des associés majoritaires de sociétés commerciales et plus rarement par des conjoints ou des salariés. Bien qu'un dirigeant ne soit pas commerçant, dès lors qu'il se portait caution lors de l'obtention d'un crédit au bénéfice de son entreprise, il était considéré comme ayant un intérêt direct dans la réalisation de l'opération et le cautionnement était qualifié de commercial. Il y avait une présomption de commercialité. Les cautionnements consentis par des dirigeants étaient présumés commerciaux alors que cette présomption ne jouait pas pour ceux consentis par l'associé – *majoritaire le cas échéant*, par le conjoint du dirigeant ou encore par le salarié. La seule qualité d'associé, de conjoint ou de salarié ne suffisait pas à justifier une telle qualification. Les tribunaux recouraient, en présence de ce type de cautions, à la technique de l'assimilation. A cet effet, ils procédaient à une analyse concrète et casuistique des situations de fait censées être révélatrices de l'intérêt patrimonial de la caution dans les opérations garanties, donnant une impression d'arbitraire assez tenace.

B – Le nouveau critère de commercialité

Face à ce contentieux nourri et cette impression d'arbitraire, plusieurs solutions avaient été envisagées. L'on avait pensé à supprimer la distinction entre cautionnement civil et cautionnement commercial ; l'on avait à l'inverse prôné une application pure et simple de la théorie de l'accessoire objectif, envisageant que la nature du cautionnement suive celle de la dette garantie.

C'est une voie intermédiaire que l'ordonnance a choisi en consacrant un nouveau critère de commercialité du cautionnement que l'on trouve à l'article L. 110-1-11° du

Code de commerce. Désormais, ce texte répute acte de commerce « *entre toutes personnes, les cautionnements de dettes commerciales* ».

Le cautionnement d'une dette commerciale est donc commercial, que la caution soit ou non commerçante. En posant ce critère, l'objectif de la réforme est d'assurer une prévisibilité des solutions. C'est ainsi que les cautionnements donnés par des dirigeants ou des associés majoritaires en garantie des dettes de leur société commerciale seront qualifiés, sans difficulté, de cautionnements commerciaux. On devrait d'ailleurs assister à un accroissement des cautionnements commerciaux, peu important que la caution soit étrangère à l'opération garantie. C'est ainsi que, comme l'évoquait Mouly dans sa thèse, la grand-mère qui, à l'avenir sera caution de son petit-fils pour une dette professionnelle, verra son cautionnement qualifié de commercial dès lors que celui-ci exercera une activité commerciale ou industrielle, par opposition à une activité libérale, agricole ou artisanale.

Cela dit, certaines situations ne manqueront pas de poser difficultés. Il en ira ainsi des actes mixtes, c'est-à-dire ceux qui sont civils à l'égard de la partie non-commerçante et commerciaux à l'égard de la partie commerçante. *Le cautionnement d'un acte mixte sera-t-il être considéré comme civil ou commercial ?* Dans le but d'unifier le contentieux, et en toute logique puisque le créancier a vocation à poursuivre le débiteur puis la caution – *si possible devant la même juridiction* –, il serait cohérent de se placer du côté du débiteur en considérant que le cautionnement sera civil si l'acte principal est civil à l'égard du débiteur tandis qu'il sera commercial si l'acte est commercial à l'égard du débiteur.

Par ailleurs, une autre difficulté tient à l'interprétation du texte. Si le cautionnement d'une dette commerciale est commercial, est-ce à dire à l'inverse que le cautionnement d'une dette civile est civil ? Une lecture *a contrario* du nouvel article L. 110-1-11°C. com. pourrait le laisser penser, mais à la lecture de l'article L. 110-1-7° du même code, si le cautionnement est donné par une banque, il sera commercial, peu important la nature de l'acte cautionné.

§2 – Les enjeux de la réforme

A – Les véritables enjeux de la qualification

Du point de vue des enjeux, cette extension du domaine de la commercialité des cautionnements résidera principalement dans la **compétence des tribunaux de commerce**, lesquels connaissent des litiges relatifs « *aux actes de commerce entre toutes personnes* » (C. com., art. L. 721-3-3°), mais également de ceux relatifs « *aux engagements entre commerçants, entre artisans, entre établissements de crédit* ». Cela dit, les tribunaux de commerce sont également compétents pour trancher toutes les contestations entre commerçants (voire artisans). Dès lors, comme il a été relevé par le Pr. Ch. Juillet, un risque d'éclatement du contentieux entre le tribunal compétent pour l'acte cautionné et le cautionnement est susceptible d'exister. On pourrait par exemple se retrouver face à un cautionnement conclu entre deux commerçants qui, quoique qualifié de civil, puisse relever du tribunal de commerce. Ainsi le cautionnement accordé par un professionnel du crédit en garantie d'un crédit consenti par une banque à un consommateur. On le voit, un cautionnement civil pourrait donc

se retrouver jugé devant le tribunal de commerce alors que le tribunal judiciaire restera compétent pour juger de l'obligation principale garantie par le cautionnement. Cependant, dans l'ensemble, l'unification souhaitée du contentieux devrait être effective.

En revanche, le principe de **liberté de la preuve** cèdera du terrain s'agissant de ce nouvel acte de commerce. Bien que la preuve soit libre à l'égard des commerçants (C. com., art. L. 110-3), dans la mesure où tout cautionnement conclu par une personne physique envers un créancier reste soumis au formalisme validant de l'article 2297 du Code civil qui impose toujours une mention manuscrite (même si elle est alléguée), les cas où la preuve sera libre seront rares. En effet, le cautionnement civil, quelle que soit la qualité de la caution, doit être prouvé par écrit. Le cautionnement commercial, lorsqu'il est souscrit par un non commerçant doit également être prouvé par écrit. En revanche, lorsqu'il est souscrit par un commerçant, *a priori* la preuve est libre, mais sous réserve de l'application de l'article 2297 du Code civil qui invite à distinguer selon qu'il émane d'une personne physique ou morale. Si la caution est une personne physique, la preuve de son engagement résultera du formalisme de l'acte (V. infra fiche 3, thématique 1) et le créancier devra prouver soit que la caution qui a conclu par acte sous seing privé a respecté la mention manuscrite, soit que la caution s'est engagée par un acte authentique ou contresigné par avocat. Ce n'est que lorsque le cautionnement aura été souscrit par une caution personne morale, commerçante, que la preuve du cautionnement sera libre. La liberté de la preuve est donc, comme autrefois, réduite à peau de chagrin...

Le dernier enjeu de la qualification commerciale du cautionnement tient à la **présomption de solidarité** qui est d'usage en matière commerciale. Contre l'article 1309 du Code civil, il est en effet d'usage que la solidarité commerciale s'attache à la nature commerciale de l'acte, privant la caution de son bénéfice de discussion (dans ses rapports avec le débiteur) et de division (dans ses rapports avec les autres cautions). Ainsi *a priori* le cautionnement commercial consenti par une personne morale sera présumé solidaire, tant à l'égard du débiteur que vis-à-vis des cofidésseurs éventuels. En revanche, le cautionnement commercial consenti par une personne physique, commerçante ou non, par acte sous seing privé, devra respecter la double mention de solidarité exigée par l'article 2297 al. 2, du Code civil, c'est-à-dire concernant tant le bénéfice de discussion que celui de division. À défaut de mentionner formellement la solidarité entre cofidésseurs (seule la solidarité avec le débiteur étant, par exemple, formalisée), celle-ci devrait être écartée, les cautions pouvant exiger du créancier qu'il divise ses poursuites. *A contrario*, la mention de solidarité, dans son double aspect, n'est pas exigée lorsque le cautionnement sera consenti par acte authentique ou contresigné par avocat. Dès lors, on pourrait penser que ce type de cautionnement serait moins protecteur pour la caution. Mais les auxiliaires de justice devraient effectuer leur mission de conseil à l'endroit de la caution et très probablement, intégrer dans leurs actes des clauses de solidarité tant à l'égard du débiteur que vis-à-vis des cofidésseurs en cas de pluralité de cautions.

En conclusion, au-delà de l'objectif d'unification du contentieux louable et clarifié (même si des zones de distorsion demeureront), la modification évoquée ne change pas vraiment la donne sur le plan juridique. Dans la mesure où le formalisme validant, même amoindri, a été maintenu (V. *infra*, Chap. 1, Section 3), les mêmes

réflexes seront nécessaires et les mêmes enjeux demeurent. Aussi le recours à ce type de sûreté personnelle ne sera-t-il vraisemblablement pas impacté par cette modification néanmoins bienvenue.

Section 2 – Les exceptions opposables

L'une des mesures emblématiques de la réforme du droit du cautionnement a été de restaurer la pleine opposabilité des exceptions par la caution, à l'article 2298 du Code Civil. En effet, la caution « *s'oblige envers le créancier à payer la dette du débiteur en cas de défaillance de celui-ci* » (C. civ., art. 2288 al. 1). Elle garantit donc le débiteur, envers le créancier, en cas de défaillance de celui-ci. Dès lors la caution, si elle est tenue personnellement envers le créancier, l'est à titre accessoire. Le caractère accessoire du cautionnement signifie que la caution ne s'engage que **parce que et dans la mesure où** le débiteur principal est obligé envers le créancier : l'engagement de la caution est calqué sur l'engagement du débiteur (V. C. civ., art. 2296 al. 1). Ce caractère accessoire puise sa source dans la structure même de l'engagement de la caution, son objet consistant en la dette même du débiteur principal. L'obligation de la caution n'est, en définitive, que l'obligation même du débiteur principal. Dit autrement, il n'y aurait pas à proprement parler deux obligations distinctes, mais une obligation cautionnée. La caution est appelée à payer quelque chose qui lui est étranger, la dette de quelqu'un d'autre. La caution n'est pas seulement tenue à une même dette que celle du débiteur, mais est véritablement tenue de la dette même du débiteur principal. C'est le principe de l'unicité de la dette qui explique le caractère accessoire du cautionnement.

§1 – Apports de l'ordonnance

Avant la réforme, les anciens art. 2289 al. 2 et 2313 du Code civil interdisaient à la caution d'opposer au créancier, pour refuser de payer, les exceptions personnelles au débiteur (par opposition aux exceptions inhérentes¹ à la dette), tandis que l'art. 2289 al. 1 et 2290 postulaient que la caution ne pouvait être tenue que si le débiteur principal l'était et dans la mesure où il l'était. Aussi, la jurisprudence ancienne avait-elle plutôt fait prévaloir le caractère accessoire du cautionnement, parfois en qualifiant d'exceptions inhérentes à la dette des exceptions qui ne l'étaient pas nécessairement (tout au moins lorsque l'on observait les rapports entre co-débiteurs). C'est ainsi qu'il était classiquement jugé que la caution pouvait opposer au créancier un vice du consentement du débiteur, exception par excellence personnelle au débiteur.

Mais un arrêt d'une chambre mixte du 8 juin 2007 (ch. Mixte 8 juin 2007, n° 03-15602) a tout bouleversé. Rendu à propos d'un dol dont avait été victime le débiteur principal, la Cour avait jugé, de façon très solennelle, que : « *la caution ne peut opposer les exceptions qui sont purement personnelles au débiteur principal* ». Sur le plan des principes, cela revenait à nier le caractère accessoire du cautionnement puisque le consentement du débiteur étant vicié, ce dernier n'était plus tenu, le dol aboutissant à la nullité du contrat garanti. Cela dit en l'espèce, le dol n'avait pas été invoqué par le débiteur, et donc le cautionnement était seulement annulable...et la caution reste un

¹ Les exceptions inhérentes à la dette toucheraient à l'existence même de la dette, tandis que les exceptions personnelles au débiteur seraient fondées sur son insolvabilité. Ainsi, lorsque l'annulation du contrat de base a déjà été prononcée, le cautionnement s'éteint, faute d'objet. Il s'agit d'une exception inhérente à la dette. En revanche, l'ouverture d'une procédure collective est une exception personnelle au débiteur.

tiers au contrat cautionné ; mais cela revenait à affirmer que malgré le caractère accessoire de son engagement, la caution était tenue d'une obligation virtuellement nulle. Or, si la caution a envisagé de garantir le risque d'insolvabilité, elle ne s'est pas engagée à garantir celui de nullité.

À la suite de cette jurisprudence, les autres chambres de la Cour de cassation ainsi que certains juges du fond l'ont suivi dans son raisonnement. Il a notamment été jugé que la caution ne pouvait pas opposer au créancier sa renonciation au droit d'agir contre le débiteur principal (Cass. Com. 22 mai 2017, n° 06-12196), cette renonciation étant qualifiée d'exception personnelle au débiteur, faisant finalement de la caution un débiteur principal. De même certaines juridictions du fond (CA Paris, 12 fév. 2009, n° 07/12109) ont considéré que la caution ne pouvait plus bénéficier de délais pourtant accordés au débiteur principal. Enfin et sans être exhaustive, plus récemment, la Cour de cassation a jugé que la caution ne peut opposer au créancier la prescription biennale dont pouvait bénéficier le débiteur principal, en sa qualité de consommateur, et qu'elle demeurait donc tenue de payer une dette pourtant éteinte puisque prescrite (Cass. 1^{ère} civ., 11 déc. 2019, n° 18-16147) !

L'ordonnance a mis fin à ces incohérences puisque le nouvel art. 2298 du Code civil dispose en son alinéa 1 que : « *la caution peut opposer au créancier toutes les exceptions, personnelles ou inhérentes à la dette, qui appartiennent au débiteur, sous réserve des dispositions du deuxième alinéa de l'art. 2293* », visant les personnes incapables. L'exception d'incapacité ne peut, en effet, profiter qu'à l'incapable, d'autant plus lorsque la caution le savait.

Ainsi le caractère accessoire du cautionnement est-il restauré et la caution ne peut être tenue plus que le débiteur principal. En clair la caution peut opposer toutes les exceptions que pourrait opposer le débiteur principal, y compris celles lui étant personnelles.

Pour autant, il ne s'agit pas pour le législateur de libérer la caution de son engagement. En effet, l'article 2298 al. 2 du Code civil milite en ce sens. Ce texte précise : « *toutefois la caution ne peut se prévaloir des mesures légales ou judiciaires dont bénéficie le débiteur en conséquence de sa défaillance, sauf dispositions spéciale contraire* ». Même si le texte apporte une exception, notamment en cas d'insolvabilité du débiteur, il confirme que la caution est tenue de respecter son obligation de règlement à la suite de la défaillance du débiteur.

§2 – Les enjeux de la réforme

Les enjeux de cet aspect de la réforme seront doubles. Ils tiendront à l'élargissement de l'opposabilité des exceptions et donc à l'application de la loi dans le temps d'une part, puis à l'articulation de cette nouvelle opposabilité tous azimuts avec le droit des procédures collectives, d'autre part.

En premier lieu, l'enjeu de ce point crucial de la réforme est de respecter l'essence du contrat de cautionnement : la caution est un engagé accessoire. L'accessoriété du cautionnement est la spécificité de ce mécanisme juridique. Aussi n'est-il pas envisageable que la caution soit tenue plus (elle peut l'être moins si elle a limité son engagement à un montant notamment, ou dans le temps) que le débiteur principal.

Conformément à l'art. 2296 al. 1 du Code civil, « *le cautionnement ne peut excéder ce qui est dû par le débiteur ni être contracté sous des conditions plus onéreuses, sous peine d'être réduit à la mesure de l'obligation garantie* ».

Il restera alors à observer les éventuelles subtilités d'application de la loi dans le temps. Il est à cet égard d'ores et déjà remarquable d'observer que dans un arrêt du 21 avril dernier (Cass. Com. 21 avril 2022, n° 20-22866), la Cour de cassation a opéré un revirement de jurisprudence à la lumière de la loi nouvelle qui n'était pourtant pas applicable à l'espèce. Elle s'est prononcée favorablement sur l'exception tenant à la prescription libératoire extinctive de l'article L. 218-2 du code de la consommation que la caution a, en l'espèce, pu opposer. Ce texte dispose que l'action des professionnels, pour les biens ou les services qu'ils fournissent aux consommateurs, se prescrit par deux ans. Jusqu'alors, comme nous l'avons vu, cette courte prescription était jugée comme une exception personnelle au débiteur que la caution poursuivie en paiement ne pouvait opposer (Cass. 1^{ère} civ., 11 déc. 2019, n° 18-16147). Toutefois, même si cette qualification pouvait juridiquement se défendre, un sentiment d'inéquitable, en opportunité, se dégageait. En effet, si le caractère accessoire du cautionnement pouvait, de prime abord, justifier qu'il bénéficie de cette paralysie de la poursuite, sa finalité s'y opposait. Le revirement de la Cour qui admet que la caution puisse se prévaloir de cette exception est en l'occurrence justifié par deux arguments.

D'abord la Cour relève que la solution précédente exposait le débiteur principal au recours personnel de la caution, le privant ainsi du bénéfice de la prescription biennale attachée à sa qualité de consommateur contractant avec un professionnel fournisseur de biens ou de services. Dès lors le jeu n'en valait pas la chandelle. La Cour confirme ce sentiment et l'habilite juridiquement en qualifiant la prescription d'exception inhérente à la dette. Elle estime que « *si la prescription biennale de l'article L. 218-2 du code de la consommation procède de la qualité de consommateur, son acquisition affecte le droit du créancier, de sorte qu'il s'agit d'une exception inhérente à la dette dont la caution* ». Par conséquent, et en vertu de l'article 2253 du code civil qui sert notamment de visa à la solution (en sus de l'art. 2313 anc. C. civ.), les créanciers, ou toute autre personne ayant intérêt à ce que la prescription soit acquise, peuvent l'opposer ou l'invoquer lors même que le débiteur y renonce. Dès lors la caution pouvait s'en prévaloir.

Ensuite, et c'est ce qui est remarquable, la Cour est plus directe encore et ajoute que maintenir la solution passée « *conduirait à traiter plus sévèrement les cautions ayant souscrit leur engagement avant l'entrée en vigueur de l'ordonnance* » du 15 septembre 2021 puisqu'elle permet en principe à la caution d'opposer au créancier toutes les exceptions qui appartiennent au débiteur. Ainsi donc et au-delà des règles d'application de la loi dans le temps, la Cour applique une sorte de principe de faveur et procède, en réalité, à une application immédiate de la loi nouvelle aux effets futurs d'un contrat pourtant conclu avant son entrée en vigueur. **L'objectif visiblement recherché est une uniformisation rapide des situations juridiques indépendamment de la date de conclusion du cautionnement. Il est vrai que la coexistence de deux régimes juridiques distincts, générant une différence de traitement des cautions, selon la date de signature de leur contrat de cautionnement, pendant une longue période, est sans doute inopportune.** Par ailleurs dans la mesure où ni la notion d'exception inhérente à la dette, ni celle

d'exception personnelle au débiteur n'est définie par les textes, la jurisprudence demeure dans son rôle.

En second lieu, cette consécration du caractère accessoire du cautionnement doit s'articuler avec le droit des procédures collectives.

Le principe demeure exposé à l'article 2298, al. 2, du Code civil. Lorsque le débiteur principal est défaillant, le créancier doit pouvoir se tourner vers la caution. C'est même tout l'intérêt du cautionnement. La caution est bien obligée de payer la dette du débiteur « *en cas de défaillance de celui-ci* ». Aussi la caution ne saurait-elle se dégager de son obligation de payer la dette d'autrui en se prévalant des aménagements (qu'il s'agisse de mesures légales ou judiciaires) accordés au débiteur en conséquence de sa défaillance. Dès lors que la défaillance du débiteur principal est constatée, et à condition que la créance soit exigible à l'endroit de la caution, elle sera tenue de s'exécuter et donc de se substituer au débiteur dans l'exécution de son obligation.

Le texte réserve toutefois une exception puisqu'il énonce « *sauf disposition spéciale contraire* ». Ainsi, s'il existe une disposition contraire, et l'on songe notamment au droit des procédures collectives (V *infra*. Chap. 1, section 9), la caution pourra s'en prévaloir et l'opposer au créancier. Dès lors il faut comprendre que pour des raisons d'opportunité, il est possible que le législateur choisisse de faire échapper, provisoirement ou non, la caution à son engagement de payer la dette d'autrui en cas de défaillance du débiteur bénéficiant d'une procédure d'insolvabilité. La logique n'est alors plus celle du cautionnement. Une différence de traitement, selon que la caution sera une personne physique ou morale, sera alors souvent constatée.

Il est à cet égard bien évident que l'un des enjeux du choix de cette sûreté dépendra, au-delà des mécanismes propres au droit du cautionnement, de son appréhension par le droit des entreprises en difficulté.

Section 3 – Le formalisme propre au contrat de cautionnement

L'efficacité d'un contrat de cautionnement suppose la rédaction, par la caution, d'une mention dont le contenu était imposé par différents textes intégrés dans le Code de la consommation à la suite de plusieurs réformes. L'objectif du formalisme était et demeure de permettre à la caution d'apprécier la nature et la portée de son engagement au moment de la conclusion d'un engagement potentiellement dangereux.

L'un des apports de la réforme du 15 septembre 2021 réside dans l'abrogation des dispositions du Code de la consommation, qui imposaient un formalisme particulièrement exigeant et suscitaient de nombreux contentieux. À compter du 1^{er} janvier 2022, une nouvelle disposition du Code civil, l'article 2297, a vocation à s'appliquer aux contrats conclus, en simplifiant de manière substantielle les exigences formelles :

« À peine de nullité de son engagement, la caution personne physique appose elle-même 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. En cas de différence, le cautionnement vaut pour la somme écrite en toutes lettres.

Si la caution est privée des bénéfices de discussion ou de division, elle reconnaît dans cette mention ne pouvoir exiger du créancier qu'il poursuive d'abord le débiteur ou qu'il divise ses poursuites entre les cautions. A défaut, elle conserve le droit de se prévaloir de ces bénéfices.

La personne physique qui donne mandat à autrui de se porter caution doit respecter les dispositions du présent article ».

§1 – Domaine d'application du formalisme

A – Personnes concernées

Apports de la réforme. Le formalisme, désormais imposé au sein du Code civil au moment de la conclusion d'un contrat de cautionnement, suppose la rédaction d'une mention dès lors qu'une « *personne physique* » s'engage en qualité de *caution*. Le texte a vocation à s'appliquer dans une grande diversité d'hypothèses, quelle que soit la qualité de la caution, profane ou avertie, y compris les cautions dirigeantes.

La nouveauté apportée au sein de la réforme concerne le cocontractant de la caution, le *créancier*, qui n'est plus nécessairement un créancier « *professionnel* ». Tous les créanciers, peu importe le secteur d'activité, sont désormais concernés par cette exigence formelle.

Enjeux de la réforme.

Pour les cautions : l'ordonnance a privilégié la protection de toutes les cautions, indépendamment de leur degré de connaissance relatif à la nature et la portée de l'engagement. Une proposition opposée a parfois été formulée, mais non retenue en septembre 2021, qui écartait la nécessité d'un tel formalisme validant dès lors que la

caution s'engageait à des fins professionnelles (Paris Europlace).

Pour les créanciers : le texte ne limite pas son domaine d'application aux seuls « créanciers professionnels », contrairement aux dispositions abrogées du Code de la consommation. La formule « *créanciers professionnels* » s'était révélée source d'incertitudes lors d'application de ces textes, cette qualification étant retenue en fonction de l'existence ou non d'un rapport direct entre l'activité professionnelle du créancier et la créance garantie.

La protection des cautions ainsi généralisée est pleinement justifiée car la dangerosité de leur engagement est identique que le contrat soit conclu avec un créancier professionnel ou un non professionnel.

B – Contrats concernés

Apports de la réforme.

Application dans le temps : la réforme du 15 septembre 2021 étant entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2022, seuls les contrats convenus après cette date demeurent soumis aux exigences énoncées à l'article 2297 du Code civil. Pour ceux conclus avant la date d'entrée en vigueur, la remise en cause de leur validité, pour non-respect du formalisme prévu par le Code de la consommation, reste soumise à l'application de ces dispositions consuméristes qui demeurent applicables.

Domaines concernés : le formalisme nouvellement exigé est destiné à s'imposer dans une grande diversité d'hypothèses, non limitées à l'activité bancaire, que les cautions personnes physiques concluent un cautionnement civil ou commercial.

Illustration : le texte a notamment vocation à s'appliquer aux cautions engagées pour garantir le paiement des loyers convenus dans un bail d'habitation, la nouvelle rédaction de l'article 22-1 de la loi du 6 juillet 1989, également issue de la réforme de septembre 2021, effectuant désormais un renvoi exprès aux exigences formelles simplifiées, imposées à peine de nullité de l'acte, prévues à l'article 2297 du Code civil.

Cautionnement sous seing privé : même si la nouvelle disposition du Code civil n'effectue pas de référence à la qualité d'acte sous seing privé, contrairement aux dispositions abrogées du Code de la consommation, seuls de tels actes demeurent soumis au formalisme validant. Les cautionnements authentiques, ainsi que ceux conclus par actes contresignés par avocat, sont dispensés de tout impératif formel par application respectivement des articles 1369, alinéa 3, et 1374, alinéa 3, du Code civil.

Cautionnement électronique : l'un des apports de l'ordonnance réformant les sûretés est de ne plus imposer que la mention rédigée par la caution soit nécessairement « *manuscrite* », aucune exigence de cette nature n'étant mentionnée au sein de l'article 2297 du Code civil. Est à ce titre retenue la possibilité de conclure un cautionnement sous seing privé dématérialisé, afin notamment de réduire les coûts de transaction.

Enjeux de la réforme

Une confirmation : dès lors qu'un créancier souhaite obtenir l'engagement d'une caution pour un montant illimité et solidaire, le formalisme requis étant exigée pour un acte sous privé, il appartient aux parties de recourir à un cautionnement authentique ou contresigné par avocat. Les articles 1369, alinéa 3, et 1374,, alinéa 3 du Code civil, respectivement pour l'acte notarié et l'acte d'avocat, dispensent les cocontractants du respect du formalisme validant, le devoir de conseil des cautions qui incombe aux notaires et aux avocats ayant vocation à remplacer l'information qui résulte des exigences formelles.

Des interrogations : l'incertitude portera sur l'efficacité désormais conférée aux cautionnements conclus par voie électronique. Comme le prévoit le nouvel article 1175 du Code civil, conformément à l'influence de la numérisation des actes juridiques, un cautionnement électronique peut être envisagé, qu'il résulte d'un acte sous seing privé mais aussi d'un acte authentique.

En toute hypothèse, l'acte doit être signé en respectant les exigences de l'article 1367, alinéa 2, du Code civil, à savoir une signature apposée qui suppose l' « *usage d'un procédé fiable d'identification* ». Le recours à un cautionnement électronique sera très certainement source d'interrogations. *Comment être certain d'interdire le recours au simple « copier-coller » de la mention imposée ? Comment s'assurer de la qualité de la caution qui rédige à distance la mention ? Les modalités de protection du consentement donné par voie électronique, actuellement en vigueur, seront-elles suffisamment efficaces en matière de cautionnement ?*

§2 – Modalités d'application du formalisme

A – Contenu de la mention

Apports de la réforme. Les impératifs formelles sont désormais moins exigeants que ceux imposés antérieurement par le Code de la consommation qui supposait la reproduction d'une formulation de manière littérale. La réforme a supprimé la rédaction d'un modèle légal en prévoyant un formalisme simplifié et libre, à double titre :

- *pour tout cautionnement* : il appartient à la caution d'exprimer 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, en indiquant uniquement le montant chiffré en principal et accessoires en toutes lettres et en chiffres, sans que soit spécifiée la durée de son engagement ;
- *pour un cautionnement solidaire* : l'article 2297, alinéa 2, impose un formalisme supplémentaire également modernisé et simplifié. Il appartient à la caution de reconnaître, en raison de son engagement solidaire très fréquent en pratique, qu'elle ne peut exiger du créancier qu'il poursuive d'abord le débiteur (bénéfice de discussion) ou qu'il divise ses poursuites entre les cautions (bénéfice de division). Selon le texte précité, une telle précision peut être apportée « dans la mention » préalable en tant qu'engagement de caution, mais aussi au sein d'une seconde mention spécifique à un tel cautionnement solidaire.

Remarque sur les incidences pratiques du texte (aspect judiciaire et bancaire) : en l'absence d'indications pour la rédaction de la mention, il est fort possible que les établissements de crédit recourent à celle précédemment imposée par le Code de la consommation, en la simplifiant et en l'adaptant selon les circonstances particulières.

Enjeux de la réforme

La simplification du formalisme lors de la rédaction de la mention devrait mettre un terme aux nombreux contentieux relatifs :

- aux hypothèses de termes ajoutés ou omis par la caution au sein de la mention qui ne seront plus des circonstances permettant de remettre en cause la validité du contrat ;
- à la place de la signature de la caution avant ou après la mention, dès lors qu'une signature de la caution est apposée sur l'acte. L'emplacement pourra donc suivre ou précéder la mention de manière indifférente (alors que le Code de la consommation imposait que la mention soit suivie nécessairement, et non précédée, de la signature de la caution, exigence destinée à s'assurer de son consentement) ;
- à la possibilité ou non de conclure un cautionnement d'une durée illimitée, hypothèse fréquente en pratique lors d'engagements de cautions dirigeantes (cautionnements de solde d'un compte-courant, de dettes de la société).

À l'inverse, les termes de l'article 2297 du Code civil peuvent demeurer une source d'interrogations dans certaines circonstances :

- *quelle doit être la conséquence d'un engagement d'une caution étrangère, handicapée ou illettrée qui recourt à l'intervention d'une tierce personne qui rédige la mention ?*
- *quelle est la portée d'un cautionnement sur lequel la caution n'a apposé qu'un simple paraphe, sans signer l'acte ?*
- *quelles seront les conséquences d'une inexactitude des termes de la mention apposée par la caution sur l'acte, qu'il s'agisse d'un oubli des accessoires – alors non garantis s'ils ne sont pas visés dans la mention ? – ou encore de l'absence du terme solidarité non imposé par le texte mais implicitement exigé par l'esprit de la disposition ?*

Le Rapport au Président de la République apporte indirectement une réponse à de telles interrogations en retenant qu'« *en cas de contestation il appartiendra au juge d'apprécier le caractère suffisant de la mention* ».

Que le formalisme soit intégré dans le Code civil ou dans le Code de la consommation, les risques de contentieux demeurent dès lors que la caution va prétendre que la mention rédigée ne lui a pas permis de prendre pleinement conscience de la nature et de la portée de son engagement.

Remarque sur les incidences pratiques du texte (aspect judiciaire et bancaire) : en raison de la simplification ainsi retenue par la réforme du 15 septembre 2021, les contentieux portés devant les tribunaux, relatifs à la détermination des parties concernées et aux modalités de rédaction de la mention, devraient nécessairement se raréfier dans le futur.

L'amélioration du dispositif législatif, qui réduit les contestations, évitera de retarder le paiement sollicité par les créanciers et pourrait contribuer à inciter au recours à cette sûreté, par là-même au crédit.

B – Sanction encourue

Apports de la réforme

Pour tout cautionnement : des critiques ont été formulées à l'encontre d'un formalisme imposé à titre de validité du cautionnement. Une simple exigence de nature probatoire a été considérée préférable par certains (option souhaitée notamment par Paris Europlace). L'article 2297 du Code civil maintient la même sanction que les anciennes dispositions du Code de la consommation : la nullité de l'engagement de la caution liée au non-respect du formalisme.

Pour un cautionnement solidaire : une modification a été apportée dans l'hypothèse d'un cautionnement solidaire non conforme aux exigences légales. La sanction prononcée en cas d'irrégularité de la stipulation de solidarité est une requalification de l'engagement de la caution en un cautionnement simple.

Enjeux de la réforme

Pour tout cautionnement : la finalité de la disposition étant la sauvegarde d'un intérêt privé, celui de la caution, il conviendra de privilégier une nullité relative, conformément à la nature de la sanction antérieurement retenue en cas de non-respect du Code de la consommation et par application de l'article 1179 alinéa 2 du Code civil selon lequel la nullité est relative lorsque la règle violée a pour seul objet la sauvegarde d'un intérêt privé.

Pour un cautionnement solidaire : une clarification est opérée car la sanction de toute irrégularité d'un tel cautionnement n'est plus la nullité de l'engagement de la caution, comme le prévoyait le Code de la consommation, mais la requalification de l'engagement la caution en un cautionnement non plus solidaire mais simple, conformément à l'option réaffirmée par la Cour de cassation en dépit de la lettre du droit consumériste.

L'efficacité de la sûreté est ainsi préservée, tout en garantissant également la protection des intérêts de la caution.

Section 4 – Le devoir de mise en garde de la caution

L'exigence de transparence, imposée initialement par la jurisprudence de la Cour de cassation aux établissements de crédit (ou assimilés comme les sociétés de crédit-bail) lors de la conclusion du contrat de cautionnement, a pris la forme d'un devoir de mise en garde au bénéfice de certaines cautions. L'objectif était d'imposer à des spécialistes du crédit qu'ils prennent en considérations la dangerosité, pour les cautions, liée à l'opération envisagée, en fonction des particularités de chaque engagement, en allant au-delà de la simple information objective.

À ce titre, le devoir de mise en garde, tel qu'il s'est progressivement développé, avait un double objet : alerter la caution d'une part, lorsque son propre engagement était inadapté à ses capacités financières, d'autre part quand existait un risque d'endettement du débiteur principal, né de l'opération garantie en raison de l'inadaptation aux capacités de ce dernier. Si besoin, il appartenait ainsi au créancier de déconseiller la caution de s'engager.

Cette même exigence a été consacrée expressément par le législateur lors de l'adoption de l'ordonnance du 15 septembre 2021, avec certaines spécificités par rapport à la création d'origine jurisprudentielle. L'article 2299 du Code civil prévoit désormais :

« Le créancier professionnel est tenu de mettre en garde la caution personne physique lorsque l'engagement du débiteur principal est inadapté aux capacités financières de ce dernier.

À défaut, le créancier est déchu de son droit contre la caution à hauteur du préjudice subi par celle-ci ».

§1 – Domaine d'application de l'article 2299 du Code civil

A – Personnes concernées

Apports de la réforme

Le devoir de mise en garde est destiné à bénéficier à toutes les « *cautions personnes physiques* ». Il s'agit du seul critère objectif imposé pour le texte pour qu'une caution puisse exiger du créancier un devoir de transparence lors de la conclusion du contrat. A l'inverse, les cautions personnes morales ne sont pas bénéficiaires du devoir de mise en garde.

En ce qui concerne le créancier, tenu du devoir de mise en garde, l'ordonnance apporte également une précision importante par rapport à la pratique car tout « *créancier professionnel* » a vocation à être tenu de mettre en garde une caution, non plus prioritairement les établissements de crédit concernés par ce devoir.

Enjeux de la réforme

Les atouts : l'ordonnance fait œuvre de simplification en considérant que toutes les

cautions personnes physiques peuvent bénéficier du devoir de mise en garde, sans prendre en compte la qualité de la caution, qu'elle soit non avertie ou avertie (profane ou non), critère subjectif à l'origine d'un volumineux contentieux porté devant les juridictions, contentieux parfois mené pour des considérations essentiellement dilatoires. Ainsi, quel que soit le domaine, formalisme, disproportion et donc mise en garde, le critère déterminant, de nature objectif, est le même pour toutes les cautions : être une personne physique.

Cette simplification concerne également les créanciers tenus du devoir de mise en garde dès lors qu'il s'agit d'un créancier professionnel.

Les incertitudes : en ce qui concerne les cautions, la simplification est certes manifeste pour écarter la distinction, source de complexités, entre cautions averties et non averties. Il pourra toutefois se révéler délicat, pour une caution dirigeante, d'apporter la preuve du préjudice subi faute d'avoir été mise en garde, alors même qu'elle pouvait disposer des informations essentielles relatives à la situation financière du débiteur.

Remarque sur les incidences pratiques du texte : les contentieux risquent de porter sur l'éventuelle mauvaise foi de ces cautions dirigeantes qui invoqueront le défaut du devoir de mise en garde pour limiter l'étendue de leur engagement, alors même que certaines cautions seront parfois plus aptes que le créancier à apprécier les risques encourus lors de l'engagement du débiteur principal.

Le texte écarte deux catégories de cautions pour lesquelles des contentieux peuvent surgir :

- d'une part, l'**époux de la caution**, conformément à la jurisprudence de la Cour de cassation, n'est toujours pas bénéficiaire de ce devoir de mise en garde, faute de relation contractuelle avec le créancier, alors même que la mise en garde peut se justifier à leur égard en raison de la dangerosité du consentement exprès donné susceptible d'engager les biens communs. De plus, le conjoint peut ne pas comprendre de manière précise les conséquences de son consentement et pourrait légitimement être mis en garde ;
- d'autre part, les **personnes morales** ne doivent pas être mises en garde lors de la conclusion d'un cautionnement. Or certaines personnes morales, dont l'activité s'avère éloignée du monde des affaires, pourraient légitimement avoir besoin d'être ainsi alertées et mises en garde au même titre qu'une personne physique (y compris pour une société, en fonction de la qualité de son représentant, pour une snc ; Com., 11 avr 2018, n°15-27133)

Quant aux **créanciers professionnels**, ils devront mettre en garde les cautions de l'engagement inadapté du débiteur principal à ses capacités financières. En l'absence de précisions apportées par le texte, le critère retenu par la jurisprudence devrait perdurer : seront concernés les créanciers professionnels dont la créance est née dans l'exercice de leur profession ou se trouvent en rapport direct avec l'une de ses activités professionnelles, même si celle-ci n'est pas principale. Cette approche extensive ne limite pas l'application du texte aux seuls établissements de crédit, mais de manière plus large à l'égard de toute personne susceptible d'être créancière à l'occasion de son activité professionnelle.

Remarque sur les incidences pratiques du texte : une telle mise en garde sera parfois délicate à respecter pour certains créanciers autres que les établissements de crédit (par exemple un garagiste qui souhaite garantir le paiement de travaux, un débit de boissons qui garantit un prêt pour financer son activité), non informés nécessairement de la situation financière du débiteur principal.

§2 – Modalités d’application de l’article 2299 du Code civil

A – Objet du devoir de mise en garde

Apports de la réforme

La mise en garde, telle qu’elle avait été initiée par la jurisprudence, s’imposait à double titre : l’inadaptation du cautionnement aux propres capacités financières de la caution, mais aussi à celles du débiteur principal.

Cette exigence, telle qu’elle est désormais prévue par le Code civil, se limite à un seul objet : le caractère inadapte ou non de l’engagement du débiteur à ses capacités financières. L’appréciation de la conformité du cautionnement aux capacités financières de la caution relèvent ainsi d’un autre fondement, l’exigence de proportionnalité, et non plus du devoir de mise en garde.

Enjeux de la réforme

L’option retenue par le législateur assure une meilleure articulation, facteur de clarté, entre devoir de mise en garde et exigence de proportionnalité. Il appartient au créancier, comme avant la réforme, d’apporter la preuve que ce devoir de mise en garde a bien été respecté pour que la sanction prévue par le texte ne soit pas prononcée, notamment en ayant recours à un document attestant que la mise en garde a bien été prodiguée.

Remarque sur les incidences pratiques du texte : la difficulté sera très certainement de nature probatoire, liée d’une part, à la charge de la preuve qui incombe à la caution ; d’autre part, aux éventuels documents susceptibles ou non d’être produits par le créancier attestant que la mise en garde a bien été effectuée. Afin de préciser les modalités d’application du devoir de mise en garde, notamment sous son aspect probatoire, l’adoption d’un texte (par exemple un Décret) serait susceptible de faciliter la mise en œuvre des nouvelles exigences.

B – Sanction encourue

Apports de la réforme

Le défaut de mise en garde engageait la responsabilité civile du créancier professionnel condamné au versement de dommages et intérêts au bénéfice de la caution en raison de la perte de chance de ne pas conclure le contrat.

La sanction retenue par les auteurs de l’ordonnance du 15 septembre est différente. Il s’agit d’une déchéance du droit d’agir du créancier contre la caution pour défaut de

mise en garde. Les juges n'auront plus à opérer par compensation, conformément au raisonnement antérieurement retenu, entre les dommages et intérêts destinés à réparer le préjudice subi par la caution et le montant de la dette restant dû par cette dernière. La caution est désormais déchargée de toute obligation à hauteur du préjudice subi lié à un défaut de mise en garde, ce préjudice demeurant la perte de chance de ne pas contracter.

Remarque sur les incidences pratiques du texte : si le raisonnement juridique est différent (non plus fondée sur une compensation, mais une évaluation immédiate du préjudice subi), le résultat sera identique pour la caution, partiellement libérée à hauteur de ce même préjudice.

Enjeux de la réforme

Les enjeux concernent notamment les recours exercés par la caution après le prononcé de la sanction liée à un défaut de mise en garde,

L'étendue du recours : la compensation supposait de considérer que la caution avait ainsi exécuté son obligation en totalité, ce qui lui permettait d'exercer un recours contre le débiteur pour la totalité de la dette garantie. De manière plus adaptée, la déchéance du droit d'agir limitera nécessairement le recours de la caution contre le débiteur à hauteur du montant de la dette prise en charge.

Le fondement procédural du recours : l'option retenue par l'ordonnance va simplifier les impératifs procéduraux en mettant un terme à une incertitude jurisprudentielle. Afin d'invoquer un défaut de mise en garde par les cautions, la Cour de cassation optait soit pour une demande d'indemnité en tant que demande reconventionnelle, qui supposait que l'action soit exercée dans le délai de cinq ans à compter de la date des poursuites, soit au titre du rejet de la demande en paiement en tant que défense au fond destinée à rejeter la demande, alors non soumise à prescription.

La sanction retenue par l'ordonnance du 15 septembre 2021, la déchéance correspond à un moyen de défense au fond dès lors nécessairement imprescriptible.

Remarque sur les incidences pratiques du texte : la demande d'une décharge partielle de l'étendue de l'engagement de la caution pour défaut de mise en garde pourra potentiellement être combinée avec une demande de réduction de ce même engagement pour disproportion (V. *infra*, Section 5 sur l'exigence de proportionnalité).

Section 5 – L'exigence de proportionnalité

De nombreux contentieux sont portés devant les tribunaux par les cautions qui contestent l'étendue de leur engagement considéré manifestement disproportionné par rapport à leurs revenus et leurs biens. La Cour de cassation, le 17 juin 1997, avait pour la première fois admis qu'une caution, en l'occurrence dirigeante, puisse contester la portée du contrat conclu sur un tel fondement.

La loi du 1^{er} août 2003 a précisé les modalités d'application de cette exigence de proportionnalité au sein d'un texte intégré dans le Code de la consommation, applicable à toute caution personne physique qui s'engage avec un créancier professionnel. En raison du nombre important de litiges relatifs à l'application de cette disposition, la réforme du 15 septembre 2021 a opté pour une modalité d'application différentes de cette exigence dans le but de renforcer l'efficacité de cette sûreté, tout en préservant la protection des cautions.

Le nouvel article 2300 du Code civil dispose désormais que « *si le cautionnement souscrit par une personne physique envers un créancier professionnel était, lors de sa conclusion, manifestement disproportionné aux revenus et au patrimoine de la caution, il est réduit au montant à hauteur duquel elle pouvait s'engager à cette date* ».

§1 – Domaine d'application de l'exigence de proportionnalité

Apports de la réforme

Eu égard aux parties : l'article 2300 du Code civil doit s'imposer dès lors qu'une caution « *personne physique* » conclut un contrat de cautionnement avec un créancier professionnel, conformément au domaine d'application des textes abrogés du Code de la consommation. Qu'il s'agisse des cautions comme des créanciers, l'interprétation extensive de ces deux notions privilégiées par la Cour de cassation, sera très certainement maintenue.

Eu égard à la date de conclusion du contrat : l'exigence de proportionnalité prévue à l'article 2300 du Code civil ne concerne que les contrats conclus après le 1^{er} janvier 2022, sans qu'une application rétroactive du texte ne puisse être envisagée (raisonnement retenu par la Cour de cassation à propos de la loi du 1^{er} août 2003).

Enjeux de la réforme

L'élément essentiel demeure la date de conclusion du contrat pour déterminer le fondement qui doit être invoqué par la caution qui souhaite contester l'efficacité de son engagement considéré disproportionné. Trois régimes juridiques différents sont désormais susceptibles de s'appliquer en fonction de cette date :

- avant le 1^{er} février 2004, application de la distinction établie par la jurisprudence entre caution profane et non profane et mise en œuvre de la responsabilité civile de l'établissement de crédit ;

- entre le 1^{er} février 2004 et le 1^{er} janvier 2022 : les exigences consuméristes issues de la loi du 1^{er} août 2003 s'imposent, applicables à toute caution personne physique qui s'engage avec un créancier professionnel ;
- depuis le 1^{er} janvier 2022 : application de l'ordonnance du 15 septembre 2021 (article 2300 du Code civil).

§2 – Modalités d'application de l'exigence de proportionnalité

Apports de la réforme

L'article 2300 du Code civil prévoit expressément que la disproportion de l'engagement de la caution s'apprécie en fonction de ses revenus et de son patrimoine. La référence privilégiée par le Code de la consommation aux revenus et aux « biens » de la caution est donc légitimement abandonnée, au bénéfice des notions de « revenus et patrimoine ». La référence à la notion de patrimoine est plus conforme à la réalité des éléments pris en compte pour apprécier la disproportion, qu'il s'agisse des éléments d'actifs et de passifs qui composent tout patrimoine.

L'une des nouveautés du texte adopté, contrairement aux dispositions du Code de la consommation comme de la proposition issue de l'avant-projet de réforme proposé par l'association Henri Capitant, réside dans l'absence de prise en considération d'un éventuel « retour à meilleure fortune » lorsque la caution est appelée. La disproportion doit être constatée à un seul moment : au jour de la conclusion du contrat.

Conformément à la volonté exprimée dans le Rapport au Président de la République, l'objectif est de rendre ainsi plus dissuasive la sanction encourue en ne permettant pas au créancier de bénéficier d'une évolution favorable de la situation financière de la caution, plus précisément lorsque cette dernière est « en mesure d'y faire face au moment où elle est appelée », selon la formule antérieurement retenue par le Code de la consommation.

Enjeux de la réforme

Le texte ne précise pas les impératifs probatoires retenus par la Cour de cassation qui devraient certainement être maintenus. À ce titre, en ce qui concerne la charge de la preuve, il appartiendra toujours à la caution d'apporter la preuve de son engagement manifestement disproportionné au moment de la conclusion du contrat.

De plus, loin d'être tenu à un devoir d'investigation, le créancier pourra se fier à la déclaration effectuée par la caution (au sein d'une fiche de renseignements) qui rend compte de sa situation patrimoniale ; en cas d'anomalies apparentes, il devra en revanche faire preuve d'une réelle vigilance.

Proposition : les remises en cause de cautionnements considérés disproportionnés étant très fréquentes, il serait judicieux de préciser au sein d'un texte (par exemple un Décret), comment prouver la proportionnalité ou la disproportion d'un cautionnement (charge de la preuve, contenu et portée de la fiche de renseignements).

§3 – Sanction encourue

Apports de la réforme

L'un apport de l'ordonnance de septembre 2021 réside dans la nature de la sanction susceptible d'être prononcée s'il s'avère qu'un contrat de cautionnement est manifestement disproportionné. Conformément à l'attente de certains auteurs et à la proposition formulée par l'avant-projet de réforme, une réduction de l'engagement de la caution a été intégrée au sein du Code civil.

Les auteurs de l'ordonnance ont opté pour une telle sanction en apportant une précision : la réduction du montant de cet engagement « à hauteur duquel la caution pouvait s'engager » à la date de conclusion du contrat. Il s'agit d'une sanction moins rigoureuse que celle retenue au sein du Code de la consommation qui libérait de manière intégrale la caution en cas d'engagement manifestement disproportionné, sanction qui a pu être qualifiée de « tout ou rien ».

La force obligatoire du contrat de cautionnement est ainsi préservée dès lors que la caution demeure tenue par les termes de l'engagement convenu, en fonction de ses capacités financières, la réduction n'écartant pas la possibilité pour les cautions modestes d'être totalement déchargées si les circonstances le justifient.

Elle présente un double avantage :

- d'une part, elle permet de préserver un équilibre entre la recherche d'une protection de la caution, en imposant une appréciation uniquement au jour de la souscription du contrat, et la prise en considération de l'efficacité de la sûreté dès lors que la caution pouvait, même partiellement, faire face à son engagement lors de la conclusion du contrat ;
- d'autre part, elle impose à la caution de respecter son engagement, même de manière partielle, à hauteur de ce qu'elle pouvait prendre en charge initialement, conformément à ce qu'aurait dû prévoir le contrat.

Enjeux de la réforme

La mise en œuvre de la sanction prévue à l'article 2300 du Code civil va être source d'incertitudes à plusieurs titres.

- D'abord, en ce qui concerne l'étendue de la mesure prise, le créancier va voir sa créance limitée à hauteur de ce que la caution pouvait s'engager lors de la conclusion du contrat. Faute de seuil actuellement déterminé par les textes, il appartiendra aux juges du fond de déterminer, pour chaque cas particulier, l'étendue de la réduction qu'il conviendra de privilégier. Les contentieux risquent de porter sur le montant de la réduction décidée par le juge.

Proposition : afin d'appliquer de manière harmonisée la sanction, quel que soit le juge saisi d'un contentieux, un seuil pourrait être mentionné au sein d'un texte (par exemple un Décret), indiquant certains critères, par exemple un montant maximal du cautionnement qui ne dépasse pas 12 ou 18 mois de revenus nets, en prenant

également en compte par exemple 50% de la valeur du patrimoine immobilier et mobilier déclaré dans la fiche. Il conviendrait de soustraire à ces éléments les charges courantes qui s'imposent à la caution. Le recours à un tel critère serait certes source d'une certaine rigidité, mais aurait pour avantage de garantir la prévisibilité de l'appréciation de la disproportion.

À titre d'illustration, les tribunaux de commerce considèrent que la disproportion est manifeste si le montant de l'engagement de la caution est supérieur à un de revenus, tout en prenant également en compte la valeur du patrimoine mobilier et immobilier qui doit être équivalent à ce même montant.

- Ensuite, en ce qui concerne les relations, parfois complexes, entre exigence de proportionnalité et devoir de mise en garde, la réforme facilite les modalités d'articulation des deux fondements : la mise en garde porte sur les capacités financières du débiteur alors que la disproportion concerne l'adéquation des ressources de la caution à son engagement.

Remarque sur les incidences pratiques du texte : il conviendra d'envisager très certainement l'hypothèse d'une demande d'une caution auprès d'un juge, qui sollicite d'une part, une réduction partielle sur le fondement de la disproportion, d'autre part, une déchéance également partielle, complémentaire, sur le fondement du devoir de mise en garde, appréciée en raison du caractère inadapté de la dette principale aux capacités financières du débiteur principal.

Section 6 – La distinction entre l’obligation de couverture et l’obligation de règlement

La finalité d’un contrat de cautionnement, sûreté personnelle par excellence, est de garantir une obligation principale en cas de défaillance du débiteur principal. Aussi le contrat de cautionnement est-il doté d’un caractère accessoire renforcé en ce sens que la caution garantit bien la dette même du débiteur. Le cautionnement se caractérise donc par un principe d’unicité de la dette comme il a été vu précédemment. Plus précisément, la mesure de l’étendue de l’obligation de la caution s’effectue en fonction du quantum et de la durée de l’obligation principale. Or, la durée a pu poser difficultés.

Il est classiquement retenu que la durée du contrat principal commande celle du cautionnement. Si le contrat garanti est à durée indéterminée, le cautionnement le sera aussi, au moins en principe², avec faculté de révocation unilatérale pour la caution. En revanche, si le contrat garanti est à durée déterminée, le cautionnement le sera également, sans faculté de révocation unilatérale pour la caution, le terme du contrat principal servant de terme au contrat de cautionnement, sans que ce dernier ne puisse être plus court. Cela dit, par exception, et quelle que soit la durée de l’obligation principale, le cautionnement peut être affecté d’un terme extinctif propre. La question de l’incidence exacte de ce terme se pose alors.

Entre alors en jeu la célèbre distinction entre l’obligation de couverture et l’obligation de règlement³. L’ensemble de la doctrine s’accorde aujourd’hui pour reconnaître que l’obligation de la caution ne consiste pas seulement, ni même peut-être principalement, dans le paiement de ce qui est dû par le débiteur principal. En amont de ce paiement, seulement hypothétique, l’engagement de la caution consiste plus abstraitement, en l’octroi d’une garantie de paiement au créancier. Il s’agit de lui procurer la confiance nécessaire que requiert l’octroi, ou le maintien, d’un crédit au débiteur principal. Avant même d’avoir à acquitter la dette du débiteur, la caution est déjà tenue, à l’image de l’assureur, de couvrir un risque pendant une certaine période. C’est ainsi que l’engagement de caution est scindé en deux obligations distinctes : une obligation dite de couverture par laquelle la caution s’engage à couvrir, c’est-à-dire à garantir, les dettes du débiteur principal, et une obligation de règlement par laquelle la caution est tenue de payer chacune des dettes du débiteur entrant dans le champ d’application de la couverture, nées et non acquittées par le débiteur principal. Si cette distinction s’applique à tous les cautionnements, de dettes présentes comme de dettes futures, c’est en présence de dettes futures qu’elle apparaît avec plus d’évidence.

§1 – Apports de l’ordonnance

C’est précisément cette distinction qui vient d’être consacrée par la réforme qui prend la peine d’en énoncer les éléments clés de régime, en clarifiant plus précisément le sort du cautionnement en cas de fusion du créancier, du débiteur principal ou encore de la caution. Aussi reviendrons-nous sur ces deux innovations : la consécration de la distinction doctrinale entre l’obligation de couverture et l’obligation de règlement d’une

² Cass. com. 7 juillet 2009, n° 07-21783

³ Ch. Mouly, *Les causes d’extinction du cautionnement*, Litec, 1981, préf. M. Cabrillac, n° 253 s.

part (A) et le sort du cautionnement en cas de fusion de l'un des partenaires à l'opération de cautionnement d'autre part (B).

A – La consécration de la distinction doctrinale de l'obligation de couverture et de l'obligation de règlement

La fixation d'un terme extinctif n'a de sens que dans les cautionnements de dettes futures. L'ordonnance ne s'y est pas trompée puisqu'elle ne mentionne, aux nouveaux articles 2315 et 2316 du Code civil, que le « *cautionnement de dettes futures* » pour lequel elle distingue selon qu'il est à durée indéterminée ou déterminée avant de fixer le régime de l'extinction du cautionnement de dettes futures.

La notion de cautionnement de dettes futures. Le caractère présent ou futur d'un cautionnement s'apprécie en comparant la date de naissance de la dette garantie et la date de conclusion du cautionnement. Si l'obligation garantie préexiste au cautionnement, il est de dettes présentes. Si le contrat de cautionnement préexiste à l'obligation garantie, il est de dettes futures. Ainsi, lorsque la caution garantit une dette née d'un contrat à exécution instantanée, il s'agit d'un cautionnement de dettes présentes. Ce sera le cas d'une vente ou d'un prêt d'une durée et d'un montant déterminés. En revanche, le cautionnement est de dettes futures lorsqu'au moment où la caution s'engage l'obligation principale n'existe pas encore. Ce cautionnement est généralement contracté par le dirigeant d'une société pour toutes les dettes dont elle serait tenue à l'égard de la banque. C'est le cas du cautionnement d'un compte courant ouvert au bénéfice du débiteur dont le solde n'est pas encore débiteur.

Les éléments de régime liés à la distinction entre l'obligation de couverture et de règlement.

1) L'ordonnance a posé un principe à l'article 2315 nouveau du Code civil qui précise que lorsque le « *cautionnement de dettes futures est à durée indéterminée, la caution peut mettre fin à tout moment, sous réserve de respecter le délai contractuellement prévu ou, à défaut, un délai raisonnable* ». Une fois cette classique faculté de résiliation unilatérale rappelée, l'article 2316 prévoit que « *lorsqu'un cautionnement de dette future prend fin, la caution reste tenue des dettes nées antérieurement, sauf clause contraire* ». Ce faisant le texte consacre en effet la distinction entre l'obligation de couverture et elle de règlement.

La décision de résilier dans un contrat à durée indéterminée, comme la survenance du terme dans un contrat à durée déterminée, délimitent la période de couverture due par la caution. Si l'obligation de couverture prend fin, celle de règlement perdure. En d'autres termes, la caution doit régler les dettes nées avant l'échéance du terme ou la date de la résiliation, peu important que leur exigibilité soit postérieure et que les poursuites engagées par le créancier le soient également⁴. Cela dit, le texte – comme la jurisprudence par le passé – réserve la solution contraire, laquelle devra reposer sur une volonté non équivoque des parties⁵. Auquel cas, le cautionnement renferme alors un terme qui met aussi fin à l'obligation de règlement, c'est-à-dire qui libère entièrement la caution qui n'a pas été poursuivie, soit à l'arrivée du terme ou à la date de résiliation, soit avant l'expiration d'un délai supplémentaire convenu.

⁴ Cass. 1^{ère} civ., 19 juin 2001, Bull. civ. I, n° 179 ; Cass. com. 22 nov. 2011, inédit, n° 10-20874

⁵ Cass. 1^{ère} civ., 9 déc. 1981, Bull. civ. I, n° 373.

Il sera important de guider les juges en rédigeant des clauses restreignant dans le temps le droit de poursuite du créancier. Et cela d'autant plus que la mention de la durée du contrat n'a plus à figurer dans la mention manuscrite⁶. A défaut, le juge fera prévaloir la rationalité supposée des contractants, en partant du principe qu'elles n'auront pu prévoir des stipulations dénuées d'intérêt⁷. Or, considérer que le terme du contrat de cautionnement met fin à l'obligation de règlement revient à nier tout effet utile au contrat de cautionnement. Tout se passe comme si la caution n'était pas tenue de pallier la défaillance du débiteur principal alors pourtant que des dettes sont nées pendant la période ouverte par le contrat. Aussi conviendra-t-il d'apporter le plus grand soin à la rédaction des clauses relatives à cette obligation de règlement, même s'il sera sans doute difficile aux cautions de négocier des clauses écartant cette obligation une fois la période de couverture expirée.

2) L'ordonnance prend ensuite la précaution d'envisager deux hypothèses particulières qu'elle aménage après avoir rappelé la situation classique des héritiers de la caution.

S'agissant des héritiers, l'article 2317 du Code civil prévoit que « *les héritiers de la caution ne sont tenus que des dettes nées avant le décès* », et ajoute que « *Toute clause contraire est réputée non écrite* ». Le décès de la caution met donc un terme implicite à son obligation de couverture, obligation qui n'est pas transmise à ses héritiers. Le mérite du nouveau texte est de préciser que cette règle est impérative, ce qui permettra d'écarter toute clause de style qui aurait pu avoir pour objet de faire survivre l'obligation de couverture au décès de la caution. Les héritiers restent évidemment tenus de régler les dettes de leur auteur qui seraient nées pendant cette période.

L'ordonnance aménage ensuite les contours de l'obligation de règlement dans deux cas particuliers :

- l'article 2319 nouveau du Code civil dispose que « *la caution du solde d'un compte courant ou de dépôt ne peut plus être poursuivie cinq ans après la fin du cautionnement* ». Le texte instaure donc une prescription propre à la dette future que constitue le solde éventuellement débiteur d'un compte bancaire, qu'il s'agisse d'un compte courant ou de dépôt. Ainsi, l'obligation de règlement d'un solde de compte bancaire débiteur prendra-t-elle nécessairement fin dans un délai de cinq ans après le terme du contrat de cautionnement. Ce délai affecte visiblement le droit d'agir en justice et non pas l'existence du droit substantiel lui-même.

- l'article 2320 du Code civil envisage l'hypothèse d'une prorogation de terme, sans doute conventionnelle – *bien que le texte ne le précise pas* – accordée par le créancier au débiteur principal, et maintient que cette prorogation de terme « *ne décharge pas la caution* », ce qui paraît justifié dans la mesure où la prorogation qui entraîne le report d'exigibilité d'une obligation née, se distingue de la reconduction tacite ou du renouvellement exprès d'un contrat où la caution ne garantit plus les

⁶ V. art. 2297 C. civ., et plus spécialement, M. Bourassin, *La dématérialisation et le formalisme du cautionnement*, dans le présent dossier.

⁷ Cette règle, prolongeant la recherche de la réalité de l'opération économique, était jusqu'alors formulée à l'art. 1157 du Code civil.

obligations qui en résultent. Dans ce cas de figure donc, l'ordonnance consacre la jurisprudence qui laissait une option à la caution. La caution « *peut, lorsque le terme initial est échu, payer le créancier* ». Il est donc sous-entendu qu'elle peut sans doute aussi se prévaloir du bénéfice de la prorogation. Dès lors, de deux choses l'une. Soit, la caution redoute que le sursis accordé au débiteur principal n'entraîne une dégradation de sa situation financière, et elle peut s'acquitter immédiatement (« lorsque le terme initial est échu ») de la dette, avant de se retourner contre le débiteur principal. La nouvelle rédaction du texte n'autorise toutefois pas de recours avant paiement. La caution paye puis se retournera. Soit, à l'inverse, la caution estime que la prorogation accordée au débiteur principal constitue une chance supplémentaire que celui-ci s'exécute lorsque son obligation sera exigible, et elle peut réclamer le bénéfice de la prorogation en application de l'article 2296 du Code civil. Auquel cas, le texte prévoit que la caution peut « *solliciter la constitution d'une sûreté judiciaire sur tout bien du débiteur à hauteur des sommes garanties sans avoir à démontrer de circonstances susceptibles de menacer le recouvrement de sa créance* ».

B – Le sort du cautionnement en cas de fusion de l'un des partenaires à l'opération de cautionnement

L'ordonnance prend le soin, dans son article 2318 du nouveau Code civil, de préciser le régime de l'obligation duale de la caution, dans les hypothèses de transmission universelle du patrimoine affectant tant les parties à l'opération principale, que la caution elle-même.

L'article 2318, al. 1, précise d'abord le sort du cautionnement en cas de dissolution entraînant la **transmission universelle du patrimoine** de la personne morale du **créancier** ou du **débiteur principal**, dans l'hypothèse d'une fusion, d'une scission ou encore de la réunion de toutes les parts de la société entre les mains d'un associé unique (1844-5, alinéa 3). La réforme a consacré les solutions jurisprudentielles en prévoyant que ce type d'opération de restructuration du créancier comme du débiteur, met fin à l'obligation de couverture de la caution, cette dernière demeurant toutefois tenue de l'obligation de régler les dettes nées avant que l'opération ne soit devenue opposable aux tiers.

En cas de fusion du débiteur principal, cela se conçoit aisément dans la mesure où la personne du débiteur principal est un élément de détermination de la dette garantie. Le caractère déterminant de la personne du débiteur ainsi que l'exigence de consentement exprès de la caution justifient cette solution pourtant contraire au principe de transmission universelle des sociétés. Le nouvel article 2318 al. 1 réserve toutefois la possibilité pour la caution de maintenir son engagement au moment de l'opération⁸, et donc de continuer de garantir les dettes nées du chef du nouveau débiteur.

La même solution est retenue en cas de **changement dans la personne du créancier** alors que la personne même du créancier est plus indifférente. La fusion entraîne l'extinction de l'obligation de couverture de la caution sauf à ce qu'elle maintienne son engagement, soit au moment de l'opération, soit par avance. Cette

⁸ V. C.-A. Michel, *Sociétés et cautionnement : entre clarifications par l'ordonnance du 15 septembre 2021 et perspectives d'évolution*, JCP N n° 48, Dossier sûreté, 1338, spéc. p. 42.

solution était fondée sur une espèce de présomption issue de l'ancien article 2292 que l'actuel art. 2295 reprend partiellement en posant que « le cautionnement doit être exprès ». Même si la relation qui sert de base au cautionnement se poursuit après la fusion, les auteurs de la réforme ont préféré que la caution exprime une volonté expresse de couvrir les dettes nées postérieurement à la fusion.

Enfin, l'ordonnance envisage aussi le cas de la **dissolution de la personne morale caution**, également pour cause de fusion, scission ou réunion de toutes les parts en une seule main. La réforme met fin à une incertitude et affirme, dans la logique de la transmission universelle du patrimoine, que la fusion de la caution n'a pas d'incidence sur le cautionnement. Le texte dispose que « *toutes les obligations issues du cautionnement sont transmises* », donc aussi bien celle de couverture que de règlement. Le nouveau texte renforce donc l'efficacité du cautionnement, ce qui était l'un des objectifs assignés par le Parlement au gouvernement.

§2 – Les enjeux de la réforme.

Ces solutions sont bienvenues en ce sens qu'elles donnent une base légale à la fameuse distinction entre l'obligation de couverture et de règlement et en fixent clairement le régime. Par ailleurs, loin de bouleverser les habitudes, ces solutions reprennent, dans l'ensemble, la jurisprudence passée. Deux choses méritent toutefois d'être signalées.

1° Il apparaît aujourd'hui que le terme extinctif d'un contrat de cautionnement de dettes futures délimite seulement la période de couverture due par la caution, et non son obligation de règlement. Mais tel ne sera pas le cas en présence d'un cautionnement de dettes présentes où la limite de durée devrait concerner l'obligation de règlement (V. Cass. Com. 9 fév. 2022, n° 20-17532). En effet, en présence d'un cautionnement d'un prêt bancaire par exemple – et non d'une ouverture de crédit –, même si son montant n'est pas déterminé mais déterminable, il s'agit bien d'un cautionnement de dettes présentes. Dès lors, lorsque le cautionnement aura une limite de 5 ans par exemple, elle n'aura de sens qu'en étant relative à l'obligation de règlement puisque la dette est, par définition, déjà née. Dès lors un contentieux sur la nature de la dette garantie risque de surgir. Cela dit, la parade, comme l'y invite d'ailleurs l'actuel article 2316 du Code civil, sera de prévoir des clauses non équivoques précisant expressément que le terme convenu met fin à l'obligation de règlement et/ou libère la caution qui n'a pas été poursuivie à l'arrivée du terme. Mais en l'absence de clause, les cautions nous paraissent pouvoir invoquer l'arrivée du terme et l'extinction consécutive de l'obligation de règlement.

2° Les solutions nouvelles révèlent, tout au moins en cas de fusion du créancier, une occasion manquée de faire évoluer notre droit du cautionnement en le rendant plus attractif. En effet, à la différence de la restructuration débouchant sur une fusion du débiteur qui justifie de libérer la caution de son engagement dès lors qu'elle n'a jamais donné son accord pour garantir ce débiteur, et que sa situation peut donc s'aggraver, la fusion du créancier ne nous semble pas receler le même risque. Il aurait sans doute été plus logique d'inverser la présomption évoquée. De façon générale, ce renversement entre le principe et l'exception permettrait de conférer un plein effet à la transmission universelle du patrimoine opérée par l'opération de fusion car il est difficile d'entendre que, sans *intuitu personae* particulier, des créances existant au

moins en germes ne soient pas transmises à la société absorbante avec l'ensemble du patrimoine de la société dissoute, conformément à l'article L. 236-3 du Code de commerce.

De façon plus ponctuelle, plusieurs arguments militent également en faveur de ce renversement. L'actuelle solution semble justifiée par le changement de personne morale du créancier. Pourtant, ce changement ne fait pas obstacle à la transmission de plein droit du cautionnement, en tant qu'accessoire d'une cession de créance⁹. Pourquoi l'admettre lorsque le changement de créancier a lieu par voie accessoire, et non lorsqu'il intervient par transmission universelle du patrimoine ? Par ailleurs, ce changement de personne morale est un critère trop flou pour emporter totalement la conviction. A mieux y réfléchir, si une opération de restructuration peut entraîner des modifications substantielles en termes de gouvernance ou de politique sociétaire, ce n'est pas systématique, notamment lorsque les dirigeants de la société dissoute sont également ceux de la structure nouvelle. En revanche, une simple modification de forme sociale, qui n'affecte pas l'existence de la personne morale, peut induire un changement d'orientation beaucoup plus radical de la société, réduire la responsabilité des associés et aggraver le sort de la caution. Enfin, comme il a pu être relevé par un auteur¹⁰, la récente position de la chambre criminelle qui a admis que la responsabilité pénale de l'absorbante pouvait être retenue à raison de faits commis par l'absorbée, au nom d'une conception de la fusion-absorption qui révèle une continuité certaine de l'activité économique hébergée dans une nouvelle structure juridique, pourrait plaider en faveur du maintien de l'obligation de couverture au-delà de la fusion. Parce qu'économiquement c'est la même activité qui est poursuivie, l'on a admis que le principe de personnalité des peines soit écarté. *Pourquoi ne pas admettre, pour la même raison, que le créancier issu de l'absorption puisse continuer de bénéficier des sûretés consenties avant la fusion, et plus précisément du cautionnement ?* La notion de continuation économique de l'entreprise, certes non définie, pourrait justifier l'application du principe de la transmission universelle du patrimoine.

En conclusion, la solution adoptée par l'ordonnance est peut-être une occasion manquée. Maintenir le cautionnement, dans toutes ses obligations¹¹, en dépit de la fusion du créancier, à moins d'une clause contraire ou d'une manifestation expresse de volonté lors de l'opération, aurait sans doute été plus équilibré et aurait contribué à renforcer tant l'efficacité que l'attractivité de notre droit du cautionnement. Le souci de protéger la caution pouvait parfaitement être réglé en doublant la publicité de la fusion¹² d'une disposition visant à informer la caution du changement de créancier en cas de fusion, scission ou autre mécanisme induisant un transfert universel de patrimoine.

Le caractère automatique de la règle de l'extinction de l'obligation de couverture, qui s'explique sans doute par le fait que la caution peut ignorer la fusion, et n'est donc pas toujours à même de résilier son engagement, n'est pas forcément cohérent.

⁹ Cass. Ass. Plén., 6 déc. 2004, n° 03-10713, D. 2005, p. 227, note L. Aynès ; RDC 2005, p. 406, note D. Houtcieff ; JCP G 2005, II 10010, note S. Piedelièvre.

¹⁰ V. N. Bague, note sous Cass. Com. 2 juin 2021, n° 19-11313, LPA 30 sept. 2021, n° 201b6, p. 44

¹¹ V. toutefois, Cass. Com. 2 juin 2021, préc., Gaz. Pal. 2 nov. 2021, p.31, obs. M.-P. Dumont

¹² V. art. R. 123-69 C. com. aux termes duquel la fusion est opposable à compter de sa publication au RCS : Cass. Com. 4 juin 2013, n° 12-16611.

Section 7 – L’obligation d’information de la caution

De nombreuses dispositions dans plusieurs codes (Code civil, Code de la consommation, Code monétaire et financier) prévoyaient deux catégories d’obligations d’information à la charge des créanciers au moment de l’exécution du contrat de cautionnement : informer la caution d’une part, tous les ans de l’étendue de la dette restant due ; d’autre part de la première défaillance du débiteur.

Au nom de la simplification de la matière, l’ordonnance du 15 septembre 2021 abroge toutes ces dispositions antérieures et intègre dans le Code civil deux textes, les articles 2302 pour l’obligation d’information annuelle et 2303 pour l’obligation liée à la défaillance du débiteur.

Article 2302 « *Le créancier professionnel est tenu, avant le 31 mars de chaque année et à ses frais, de faire connaître à toute caution personne physique le montant du principal de la dette, des intérêts et autres accessoires restant dus au 31 décembre de l’année précédente au titre de l’obligation garantie, sous peine de déchéance de la garantie des intérêts et pénalités échus depuis la date de la précédente information et jusqu’à celle de la communication de la nouvelle information. Dans les rapports entre le créancier et la caution, les paiements effectués par le débiteur pendant cette période sont imputés prioritairement sur le principal de la dette.*

Le créancier professionnel est tenu, à ses frais et sous la même sanction, de rappeler à la caution personne physique le terme de son engagement ou, si le cautionnement est à durée indéterminée, sa faculté de résiliation à tout moment et les conditions dans lesquelles celle-ci peut être exercée.

Le présent article est également applicable au cautionnement souscrit par une personne morale envers un établissement de crédit ou une société de financement en garantie d’un concours financier accordée à une entreprise ».

Article 2303 « *Le créancier professionnel est tenu d’informer toute caution personne physique de la défaillance du débiteur principal dès le premier incident de paiement non régularisé dans le mois de l’exigibilité de ce paiement, à peine de déchéance de la garantie des intérêts et pénalités échus entre la date de cet incident et celle à laquelle elle en a été informée.*

Dans les rapports entre le créancier et la caution, les paiements effectués par le débiteur pendant cette période sont imputés prioritairement sur le principal de la dette ».

Ces deux dispositions ont pour particularité, par rapport aux autres textes issus de la réforme, d’être applicables immédiatement aux contrats de cautionnement conclus avant l’entrée en vigueur de la réforme (le 1^{er} janvier 2022).

§1 – L’obligation annuelle d’informer la caution

A – Les parties concernées par l’obligation d’information annuelle

Apports de la réforme

En ce qui concerne le créancier, l’article 2302 du Code civil prévoit que seuls les créanciers professionnels sont tenus d’informer chaque année les cautions. Une telle

formulation, déjà présente au sein des dispositions consuméristes précitées, a été la source de contentieux pour déterminer les créanciers concernés, qu'il s'agisse de ceux dont la créance est née à l'occasion d'une activité professionnelle ou quand existe un rapport direct entre la créance garantie et l'une des activités professionnelles exercées par ce créancier.

Remarque sur les incidences pratiques du texte : Seuls les créanciers professionnels sont tenus d'informer tous les ans les cautions. Or cette exigence peut se révéler tout aussi nécessaire pour les cautions qui s'engagent avec des créanciers non professionnels car elles ont également intérêt à être alertée de l'évolution du montant de la dette (même si, en pratique, les cautionnements de longue durée sont conclus par des établissements de crédit).

Quant aux *cautions* concernées, il s'agit tout d'abord de **personnes physiques**, peu importe qu'elles se soient engagées ou non à des fins professionnelles.

Remarque sur les incidences pratiques du texte : l'information aura davantage d'utilité lorsque la caution conclura un contrat en dehors de toute activité professionnelle, les circonstances lui permettant plus difficilement d'avoir connaissance du montant des sommes restant dues par le débiteur principal.

Selon l'article 2302 alinéa 3 du Code civil, la caution **personne morale** sera ensuite bénéficiaire de l'obligation annuelle d'information lorsque le créancier est un établissement de crédit ou une société de financement et qu'un concours financier est accordé à une entreprise, conformément à l'ancien article L. 313-22 du Code monétaire et financier.

Remarque sur les incidences pratiques du texte : l'obligation d'information annuelle dont bénéficient les personnes morales, peut potentiellement se révéler d'une utilité limitée dès lors qu'elles ont déjà accès aisément à de tels éléments, notamment s'il s'agit d'un établissement de crédit ou d'une société mère qui s'engage en tant que caution. À l'inverse, cette même obligation d'information annuelle peut être particulièrement bénéfique dans certaines hypothèses, comme les sociétés unipersonnelles ou les associations qui se portent cautions, ainsi alertées de l'étendue de la dette restant due.

Enjeux de la réforme

L'abrogation des différentes dispositions antérieurement en vigueur contribue manifestement à une simplification de la matière et garantit la sécurité juridique des justiciables. Une seule disposition a désormais vocation à s'appliquer et à sanctionner tout créancier professionnel, quel que soit le secteur d'activité. Cette simplification devrait potentiellement inciter les établissements de crédit à être moins réticents à recourir à cette sûreté lors de l'octroi d'un crédit.

B – Les modalités de mise en œuvre de l'obligation d'information annuelle

Apports de la réforme

L'article 2302 du Code civil alinéa 1er du Code civil impose au créancier professionnel qu'il fasse connaître à la caution, tous les ans avant le 31 mars de chaque année, le

montant du principal de la dette et de ses accessoires qui restent dus au 31 décembre de l'année précédente, le rappel du terme de l'engagement de la caution ainsi que sa faculté de mettre fin à son engagement quand le cautionnement est à durée indéterminée.

L'alinéa 2 du même texte précise que le coût de l'information est facturé au créancier, l'information étant communiquée « à ses frais » selon les termes du texte, alors que la loi du 9 décembre 2016 avait prévu, uniquement pour l'ancien article L. 313-22 du Code monétaire et financier, que ce même coût ne devait pas être pris en charge par la caution, bénéficiaire de l'information.

Les regrets : au titre de la preuve liée au respect de l'obligation d'information, les hypothèses sources de contentieux avaient été résolues par la jurisprudence. Selon la Cour de cassation, la charge de la preuve incombe à l'établissement de crédit qui doit prouver l'envoi de l'information légale annuelle (et non prouver que la caution a effectivement reçu l'information). Cette preuve peut être apportée par tous moyens, en tant que fait juridique, les juges du fond appréciant souverainement cette preuve. Il a été précisé que cette dernière ne pouvait résulter de « la seule production de la copie d'une lettre » pour justifier l'envoi de l'information. Cette formule négative ne détermine pas les modes de délivrance de l'information.

Proposition : l'article 2302 issu de l'ordonnance, n'apporte aucune indication alors que des confirmations au sein d'un texte (un futur Décret ?) des solutions retenues pourraient être salutaires au nom de la sécurité juridique, qu'elles concernent la charge de la preuve que l'obligation a bien été transmise, les modalités de preuve (notamment, en complément de l'envoi de la copie, le recours à des procès-verbaux de commissaire de justice qui atteste, de manière globale, l'envoi annuel de l'information) ou encore la prohibition de clause permettant à un établissement de crédit de prouver qu'elle a exécuté son obligation d'information annuelle avec la production d'un *listing* informatique (stipulation jugée récemment abusive par la Cour de cassation).

C – La sanction encourue

Apports de la réforme

L'article 2302 alinéa 1er reprend également la sanction énoncée aux articles précités : il appartient à la caution, non informée, de solliciter la « déchéance des intérêts et pénalités échus depuis la date de la précédente information et jusqu'à celle de la communication de la nouvelle information ».

La référence à la notion de *pénalité*, n'est toutefois pas justifiée dans de telles circonstances car aucune défaillance du débiteur principal ne doit être constatée pour que l'obligation annuelle ne s'impose.

Enfin, l'un des apports du texte réside dans la référence désormais généralisée aux modalités de règles d'imputation des paiements dans les rapports entre le créancier et la caution : le paiement effectué par le débiteur principal s'impute prioritairement sur le principal de la dette.

Cette précision, apportée par la loi n°1999-532 du 25 juin 1999, avait été intégrée à l'ancien article L. 313-22 du Code monétaire et financier, mais oubliée lors de la réforme du 1er août 2003, donc non ajoutée au sein des textes du Code de la consommation. La mesure, protectrice des intérêts des cautions car garantissant une plus grande efficacité de la sanction dans l'hypothèse de défaut d'information, ne s'appliquait, de manière paradoxale, qu'au bénéfice des cautions qui s'engageaient pour garantir un soutien financier accordé à une entreprise, donc généralement dotée de la qualité de cautions averties.

À l'inverse, les personnes physiques, potentiellement non averties, qui concluaient une telle sûreté avec un créancier professionnel, ne pouvaient invoquer l'application de cette règle, non prévue par le Code de la consommation. L'anomalie est ainsi corrigée à l'article 2302 alinéa 2 du Code civil qui prévoit la généralisation d'une règle d'imputation certes dérogatoire à celle mise en œuvre en droit commun des obligations, mais véritablement dissuasive pour les créanciers.

Enjeux de la réforme

L'adoption d'un texte est un véritable gage de simplification de la matière, en supprimant certaines divergences ponctuelles entre les textes, notamment celle relative à la détermination dans le temps du domaine de la sanction.

§2 – L'obligation d'information de la défaillance du débiteur

La réforme adoptée en septembre 2021 opte pour une simplification de la matière en proposant un seul texte, l'article 2303 du Code civil, qui prévoit une obligation d'informer la caution dès la défaillance du débiteur principal. Cette disposition, destinée à remplacer tous les textes antérieurement en vigueur, détermine les modalités de mise en œuvre, ainsi que les sanctions encourues.

A – Mise en œuvre de l'obligation d'information de la défaillance du débiteur

Apports de la réforme

Selon les termes de l'article 2303, alinéa 1^{er}, du Code civil, les parties concernées sont les mêmes que celles tenues d'une obligation d'information annuelle. Les appréciations relatives aux notions de « créancier professionnel » et « caution personne physique » ont donc vocation à être identiques. La généralité des deux termes retenus justifie que le texte proposé puisse concerner la diversité d'hypothèses antérieurement prévues par les textes spéciaux.

La mise en œuvre de cette obligation au bénéfice des cautions *personnes morales* n'a pas été prévue par l'ordonnance, contrairement à l'obligation d'information annuelle, distinction de domaine entre les deux obligations non justifiées car l'information présente un intérêt identique dans les deux hypothèses (oubli à corriger lors d'une prochaine réforme ?).

Au même titre que pour l'obligation annuelle d'informer la caution, certaines incertitudes demeurent relatives à la mise en œuvre de cette obligation légale, qu'il

s'agisse notamment des modalités de transmission de l'information ou encore de la charge de la preuve de la réalisation de cette transmission.

Remarque sur les incidences pratiques du texte (aspect judiciaire et bancaire) : l'article 2303 du Code civil a pour objet de permettre à la caution d'être alertée de la défaillance du débiteur principal afin qu'elle puisse prendre des mesures destinées à préserver son patrimoine, notamment en acquittant immédiatement le paiement de la dette afin de ne pas être tenue à d'éventuelles pénalités.

Cette disposition peut dès lors se révéler favorable aux créanciers, la caution préalablement informée ayant la possibilité de prendre des précautions pour détenir les fonds nécessaires pour le recouvrement de la créance.

C – La sanction encourue

Apports de la réforme

L'article 2303, alinéa 1^{er}, du Code civil prévoit que dans l'hypothèse d'un défaut d'information de la défaillance du débiteur principal, la caution peut invoquer la même sanction que celle prévue pour l'obligation annuelle d'information, à savoir la déchéance des « *intérêts et pénalités échus entre la date de cet incident et celle à laquelle elle en a été informée* ».

L'alinéa 2 de l'article 2303 précité contient une disposition dérogatoire au droit commun de l'imputation des paiements effectués par le débiteur, ces derniers s'imputant prioritairement sur le principal de la dette et non les intérêts, au nom d'une plus grande efficacité de la sanction encourue.

Section 8 – Le bénéfice de subrogation

Le bénéfice de subrogation est une cause d'extinction du cautionnement. Quand la caution paye le créancier, dans la mesure où elle paye la dette d'autrui, elle est subrogée dans les droits du créancier et peut se faire rembourser par le débiteur principal en application de l'article 2309 du Code civil. Elle peut, à cet effet, utiliser les voies et privilèges dont bénéficiait le créancier et même avoir accepté de souscrire un cautionnement en fonction des autres sûretés antérieurement conclues, en sachant pouvoir y être subrogées.

À l'inverse, la caution invoque le bénéfice de subrogation, on devrait dire de « non-subrogation », lorsqu'à cause du comportement fautif du créancier, elle ne peut être subrogée dans ses droits.

La caution poursuivie en paiement peut donc, pour refuser de payer et obtenir sa décharge, invoquer l'article 2314 du Code civil.

§1 – Apports de la réforme

Avant l'ordonnance du 15 septembre 2021, l'article 2314 du Code civil prévoyait que : « *La caution est déchargée, lorsque la subrogation aux droits, hypothèques et privilèges du créancier, ne peut plus, par le fait de ce créancier, s'opérer en faveur de la caution* ».

Il prévoit désormais que : « *Lorsque la subrogation aux droits du créancier ne peut plus, par la faute de celui-ci, s'opérer en sa faveur, la caution est déchargée à concurrence du préjudice qu'elle subit* ». Son alinéa 2 poursuit toujours que : « *Toute clause contraire est réputée non écrite* ». Enfin son alinéa 3 innove en disposant que : « *La caution ne peut reprocher au créancier son choix du mode de réalisation de la sûreté* ».

Les deux premiers alinéas reproduisent en substance les dispositions anciennes moyennant deux précisions nouvelles qui entérinent la jurisprudence constante en la matière.

- **En premier lieu**, la perte de droits doit être fautive alors que l'ancien texte mentionnait « le fait » du créancier mais c'était bien une faute, et même une faute exclusive du créancier que la jurisprudence exigeait comme condition de la décharge de la caution.

En revanche, sur la nature des droits perdus, l'article 2314 du Code civil, dans son ancienne version visait les « droits, hypothèques et privilèges ». L'on considérait traditionnellement que ces trois termes recouvraient la notion de « droit préférentiel » au sens large. Les juges ont en ce sens reconnu la mise en œuvre de ce bénéfice non seulement pour des droits réels de préférence (hypothèques, gages ou privilèges), mais aussi, plus généralement, pour des droits exclusifs qui permettent au créancier de ne pas subir la loi du concours, comme lors de la conclusion d'une clause de réserve de propriété ou la mise en œuvre d'un droit de rétention. Mais l'on considérait que le bénéfice de subrogation supposait la perte d'un droit préférentiel, c'est-à-dire

d'un droit s'ajoutant au droit de gage général reconnu à tout créancier, et qui aurait facilité l'action de la caution contre le débiteur. Or la Cour de cassation a encore ouvert le champ d'application du texte en jugeant que la perte d'un simple avantage effectif est assimilée à la perte d'un droit préférentiel (Civ. 1^{re}, 3 juill. 2013, n° 12-21126). Cette jurisprudence qualifiant de droit préférentiel le simple droit de participer aux dividendes alors que la créance litigieuse ne conférait à son titulaire ni droit de préférence, ni droit exclusif, avait pu étonner.

La nouvelle rédaction de l'article 2314 du Code civil, en ne conservant que le terme de « *droits* », consolide indéniablement cet acquis jurisprudentiel et simplifie le droit.

▪ **En second lieu**, « *la caution est libérée à concurrence du préjudice qu'elle subit* » ce que la jurisprudence avait toujours admis dans le silence du texte, à charge pour le créancier d'administrer la preuve d'un préjudice moindre que le montant de la créance. Avec la nouvelle formulation, assez large (« *à concurrence du préjudice qu'elle subit* ») le risque, comme a pu le relever le professeur Simler, est que la mesure de la libération de la caution, qui était « *la valeur des droits préférentiels perdus* » soit interprétée différemment et étendue à des préjudices collatéraux.

Le troisième alinéa a été créé par l'ordonnance et apporte une apparente restriction nouvelle en ce sens que « *la caution ne peut reprocher au créancier le choix du mode de réalisation d'une sûreté* ». L'on se situe dans l'hypothèse où le créancier, en sus d'un cautionnement, bénéficie par ailleurs d'une sûreté réelle qu'il va réaliser à la suite du non-paiement de son débiteur.

En l'occurrence et à la lecture du Rapport au Président de la République, le législateur n'a pas souhaité que l'on puisse reprocher au créancier muni d'une sûreté réelle, son choix entre la saisie, l'attribution judiciaire ou l'attribution conventionnelle. En effet le créancier doit être en mesure d'obtenir la vente forcée du bien à la suite de la saisie plutôt qu'une attribution (judiciaire ou conventionnelle en cas de pacte comissoire) de celui-ci en propriété. L'on comprend qu'une banque n'ait aucune envie de devenir propriétaire de stocks par exemples (même si en choisissant la voie de la saisie, la banque peut se faire doubler par d'autres créanciers mieux placés, et que cela préjudicie donc à la caution qui sera poursuivie pour le solde). Il paraît tout à fait logique de ne pas considérer le choix d'un mode de réalisation plutôt qu'un autre comme fautif.

En revanche, il est bien évident que l'abstention de toute réalisation en temps utile d'une sûreté sera sanctionnée.

Par ailleurs, et c'est tout l'intérêt du nouveau texte (contrairement à l'avant-projet Grimaldi), l'ordonnance n'a pas repris une restriction qui était proposée, consistant à ne pas autoriser la caution à se prévaloir du défaut d'inscription d'une sûreté légale, et cela, contrairement à ce qu'avait jugé la Cour de cassation. Ce choix est plutôt doublement heureux. D'abord parce que ne pas réinscrire une sûreté conventionnelle est fautif. Donc traiter différemment les sûretés légales et conventionnelles aurait été difficilement justifiable. Ensuite, parce qu'il aurait été pour le moins surprenant d'imposer au créancier toute une série d'obligations (Cf supra : information, mise en garde, proportionnalité, etc..) tout en l'exonérant de cette inscription d'une sûreté

légale (comme du renouvellement d'une sûreté conventionnelle) pourtant préjudiciable à la caution.

§2 – Enjeux de la réforme

D'une part le premier enjeu de la réforme du bénéfice de subrogation est de simplifier notre droit en permettant à la caution de pouvoir reprocher au créancier une faute lui ayant fait perdre une chance de ne pas payer la dette d'autrui. En visant clairement la « faute » et les « droits » du créancier, le législateur devrait assécher un contentieux et équilibrer la relation entre la caution (qui paye la dette d'autrui et mérite à cet égard d'être protégée et donc déchargée) et le créancier.

D'autre part, il semble normal de ne pas reprocher au créancier son choix de mode de réalisation de sa sûreté, même lorsqu'il bénéficie par ailleurs d'un cautionnement. Toutefois, il doit tout de même prendre en considération l'intérêt de la caution dans la mesure où il ne saurait être exonéré de sa faute, et plus particulièrement de sa négligence de ne pas avoir pris ou renouvelé une inscription légale par exemple (comme conventionnelle). Aussi, dans les montages financiers notamment, où les créanciers cherchent à réduire les frais inhérents à l'inscription de la sûreté réelle, ils seraient bien inspirés de ne pas en faire l'économie au détriment de la caution car ils pourraient être perdants en fin de compte. On peut imaginer que cela pourrait avoir une incidence sur le coût de ce genre de montage financier, le créancier ayant tendance à faire peser sur le débiteur ce type de frais.

Section 9 – L’incidence de la réforme des procédures collectives sur le droit du cautionnement

Le cautionnement a naturellement vocation à être réalisé en cas d’insolvabilité du débiteur de l’obligation garantie. L’ouverture d’une procédure collective au bénéfice de ce dernier est alors susceptible de perturber à plusieurs égards la poursuite de la caution. En effet, dans le cadre de la discipline collective imposé à l’ensemble des créanciers, des sacrifices leur sont imposés : outre la suspension des poursuites individuelles contre le débiteur tombé en procédure collective, ils seront parfois contraints de supporter l’échelonnement ou même l’effacement total ou partiel de leur créance. La question du sort du cautionnement dépendra alors de la conception retenue de la sûreté selon que l’on privilégie son caractère accessoire ou sa finalité. Nous présenterons les deux raisonnements conduisant à solutions opposées.

Le premier consiste à prendre en considération le caractère accessoire de la sûreté qui implique que la caution ne puisse être tenue plus durement que le débiteur principal lui permettant en conséquence d’opposer au créancier toutes les exceptions affectant ses rapports avec le débiteur.

Le second raisonnement consiste au contraire à constater que les difficultés financières du débiteur principal l’ayant conduit à la défaillance constituent précisément le risque garanti par le cautionnement. La finalité du cautionnement justifie de le mettre en œuvre justement lorsque le débiteur principal est en difficultés. Les exceptions liées aux procédures de traitement des difficultés du débiteur doivent alors être inopposables par la caution malgré le caractère accessoire de son engagement.

Juger que la caution doit bénéficier des mesures prises en faveur du débiteur en difficulté priverait le cautionnement d’une grande partie de son utilité et conduirait les créanciers à se détourner de cette sûreté pour en rechercher d’autres. Mais d’un autre côté, une trop grande rigueur à l’encontre des cautions pourrait avoir des effets pervers et inciter, en particulier les dirigeants qui se sont portés caution, à retarder au maximum l’ouverture d’une procédure de traitement des difficultés de leur entreprise.

§1 – Apports de la réforme

Le principe qui se dégagait des solutions jurisprudentielles et textuelles d’avant la réforme de 2021 était que la caution ne pouvait se prévaloir des exceptions nées des procédures de traitement des difficultés bénéficiant au débiteur. Toutefois dans le cadre des procédures collectives bénéficiant aux entreprises en difficultés (par opposition aux particuliers), certaines exceptions existaient, visant à inciter, par le biais de la protection des garants personne physique, à l’ouverture d’une procédure la plus précoce possible.

L’article 2298 du Code civil dans sa rédaction issue de l’ordonnance du 15 septembre 2021, rétablit le principe d’opposabilité par la caution de toutes les exceptions nées dans les rapports entre le débiteur principal et le créancier. Cependant, compte tenu du risque garanti par le cautionnement, l’alinéa 2 de ce texte pose une exception

importante puisqu'il dispose que « *toutefois la caution ne peut se prévaloir des mesures légales ou judiciaires dont bénéficient le débiteur en conséquence de sa défaillance, sauf dispositions spéciales contraires* ». Ce texte vise apparemment toutes mesures. Dès lors seront inopposables, aussi bien les délais et remises, que la suspension des poursuites ou l'arrêt du cours des intérêts, sans oublier la sanction d'un défaut de déclaration ou d'une déclaration irrégulière de créance. En revanche ne sont concernées que les mesures légales ou judiciaires. Aussi un délai ou une remise conventionnelle devrait-elle être opposable. Le texte prévoit cependant expressément la possibilité pour le législateur de déroger à l'inopposabilité des exceptions en cas de difficultés financières du débiteur principal, ce que font de nombreuses dispositions du livre VI du code de commerce.

Ainsi, un récapitulatif s'impose-t-il. L'un des effets immédiats de l'ouverture d'une procédure collective est de suspendre et interdire les poursuites individuelles des créanciers à l'encontre du débiteur. Les créanciers sont tenus de déclarer leurs créances afin que l'apurement du passif soit organisé moyennant un aménagement des modalités et de l'étendue des obligations. La question de savoir si ces mesures sont opposables par la caution reçoit une réponse variable selon que l'on est en procédure¹³ de conciliation¹⁴, de sauvegarde¹⁵, de redressement¹⁶ ou de liquidation judiciaires¹⁷.

A – Sur la suspension des poursuites

Le jugement d'ouverture d'une procédure collective, qui ouvre la période dite d'observation, suspend et interdit les poursuites individuelles à l'encontre du débiteur principal. Les créanciers ne peuvent plus faire valoir leurs droits individuellement. Cette exception qui n'est, au plan des principes, pas opposable par la caution reçoit toutefois une dérogation prévue par l'article L. 622-28, al. 2, du code de commerce qui instaure cette même exception, devenant donc propre à la caution, au bénéfice des cautions personnes physiques. Ce texte n'a pas été modifié par la réforme et donc les cautions dirigeantes notamment peuvent toujours s'en prévaloir. Cela dit, si le créancier ne peut poursuivre individuellement la caution personne physique en paiement, il peut en revanche prendre à son encontre des mesures conservatoires. Cette mesure particulière au bénéfice des cautions n'existe toutefois pas en cas de liquidation judiciaire. Les créanciers conservent alors, en cas de liquidation judiciaire

¹³ Alors que la procédure de conciliation est conventionnelle (même s'il est possible de faire homologuer l'accord obtenu par un juge), les trois autres font l'objet d'un traitement judiciaire.

¹⁴ La conciliation est une méthode de traitement amiable des difficultés qui connaît aujourd'hui un franc succès pratique en raison de ses caractéristiques : un encadrement souple, contractuel et discret, selon que l'accord auquel elle aboutit est simplement constaté ou homologué

¹⁵ La procédure de sauvegarde peut être ouverte à la demande du débiteur qui, sans être en état de cessation des paiements, « justifie de difficultés qu'il n'est pas en mesure de surmonter ». Elle débouchera sur un plan de sauvegarde destiné à permettre au débiteur de réorganiser son activité

¹⁶ La procédure de redressement doit être ouverte à l'encontre du débiteur qui est en état de cessation des paiements (impossibilité de faire face au passif exigible avec l'actif disponible), mais dont le redressement n'est pas manifestement impossible. Elle débouche sur un plan de redressement ou un plan de cession.

¹⁷ La procédure de liquidation judiciaire doit être ouverte à l'encontre du débiteur qui est en état de cessation des paiements et dont le redressement est manifestement impossible. Elle est destinée à « mettre fin à l'activité de l'entreprise » ou « à réaliser le patrimoine du débiteur par une cession globale ou séparée de son activité ».

seulement, leur droit de poursuivre les cautions. L'objet du cautionnement, qui est de garantir le risque d'insolvabilité du débiteur est donc respecté.

B – Sur la déclaration des créances

Pour les cautions personnes morales

La créance qui n'est pas déclarée en temps utile n'est pas éteinte, mais le créancier n'est pas admis dans « les répartitions et les dividendes ». Cette exception, personnelle au débiteur, ne peut être opposée par la caution, en application de l'article 2298, al. 2, du Code civil dans sa rédaction issue de l'ordonnance du 15 septembre 2021. La solution doit être approuvée puisque la garantie de l'insolvabilité du débiteur est l'objet même du cautionnement, de sorte qu'il est conforme à l'économie de cette sûreté de pouvoir être mise en œuvre en cas de procédure collective du débiteur. La caution a cependant, comme nous l'avons déjà vu, la possibilité d'invoquer le bénéfice de subrogation. Toutefois il reviendra aux créanciers de prouver, en application de l'article 2314 du Code civil, que le droit perdu par le créancier n'aurait pas été profitable à la caution. Ainsi, s'il est établi que les créanciers chirographaires ne reçoivent rien dans le cadre des procédures de répartition, la caution ne subit aucun préjudice et ne peut être déchargée.

Pour les cautions personnes physiques

L'article L. 622-26, al. 2, C. com. dispose que les créances et les sûretés non déclarées régulièrement dans les délais « *sont inopposable au débiteur pendant l'exécution du plan et après cette exécution lorsque les engagements énoncés dans le plan ou décidés par le tribunal ont été tenus* ». L'inopposabilité opère donc sur une très longue période. Corrélativement à cette précision de la sanction de l'absence de déclaration régulière dans les rapports créanciers/débiteur, le législateur a rétabli la protection de la caution personne physique puisque le même article précise que les créances non déclarées régulièrement sont également « *inopposables aux personnes physiques co-obligées ou ayant consenti une sûreté personnelle ou ayant affecté ou cédé un bien en garantie* ». La nouveauté apportée par l'ordonnance du 15 septembre 2021 est double. D'une part le sort de la caution personne physique est aligné sur celui du débiteur en ce sens qu'elle peut bénéficier de cette inopposabilité au-delà de la période d'exécution du plan. D'autre part, c'est une opposabilité accordée à la caution non seulement en cas de plan de sauvegarde mais aussi en cas de plan de redressement judiciaire.

C – Sur les délais et remises accordées

Il convient de distinguer l'opposabilité par la caution de l'accord de conciliation, du plan de sauvegarde, du plan de redressement ainsi que de son sort en cas de liquidation judiciaire.

- **En procédure de conciliation** laquelle peut déboucher sur un plan simplement constaté ou homologué par le tribunal, deux modifications du droit de la conciliation méritent d'être signalées. D'une part l'élargissement aux garants des mesures obtenues par le débiteur dans le cadre de la conciliation et notamment des délais de paiement. Et d'autre part, le sort des sûretés consenties dans le cadre de la conciliation lorsque celle-ci échoue.

En premier lieu, la caution, aussi bien personne physique que personne morale peut profiter des dispositions de l'accord constaté ou homologué. L'ordonnance du 15 septembre 2021 élargit aux garants les mesures obtenues par le débiteur pendant la conciliation, qu'il s'agisse de la suspension d'une créance devenue exigible ou du rééchelonnement d'une créance non encore échue, dès lors que le créancier n'aura pas accepté d'en suspendre l'exigibilité dans le délai donné par le conciliateur. Par ailleurs, pendant l'exécution de l'accord de conciliation, l'ordonnance innove en ce que les garants pourront également se prévaloir des délais de grâce octroyés à l'encontre d'un créancier appelé à la conciliation mais n'ayant pas signé l'accord. Cela devrait simplifier la situation des garants en conciliation.

En second lieu, un arrêt du 25 septembre 2019 avait retenu une analyse controversée de l'article L. 611-12 du Code de commerce. Ce texte prévoyait que « *l'ouverture d'une procédure de sauvegarde, de redressement judiciaire ou de liquidation judiciaire met fin de plein droit à l'accord constaté ou homologué* » et poursuit en précisant que « *les créanciers recouvrent l'intégralité de leurs créances et sûretés, déduction faite des sommes perçues* ». L'expression « *met fin de plein droit* » de l'accord prêtait à confusion. Aussi dans la décision évoquée, la cour avait-elle jugé, à la suite de la caducité de l'accord, que le créancier « *ne conserve pas le bénéfice des nouvelles sûretés obtenues dans le cadre de l'accord* ». Une telle solution avait ému une grande partie des commentateurs dans la mesure où l'on pouvait raisonnablement penser que les sûretés consenties dans le cadre d'un accord de conciliation le sont dans le but, pour le créancier, d'être justement garanti contre les conséquences de l'ouverture subséquente d'une procédure collective. Cela dit, au regard du caractère accessoire de toute sûreté, en l'absence de texte clair (comme par exemple celui établissant la survie du privilège de conciliation malgré la caducité de l'accord), le doute était permis. Il ne devrait plus l'être. L'ordonnance a en effet édicté un nouvel article L. 611-10-4 du Code de commerce qui dispose que « *la caducité ou la résolution de l'accord amiable ne prive pas d'effets les clauses dont l'objet est d'en organiser les conséquences* ». Ce texte milite donc en faveur de l'efficacité des stipulations empêchant l'anéantissement des sûretés accordées dans le cadre d'un accord de conciliation, qu'elles garantissent un simple réaménagement d'une dette antérieure ou un nouveau financement. Mais encore faudra-t-il avoir anticipé l'échec de l'accord en prévoyant une clause de survie desdites sûretés. En l'absence de clause, la solution ancienne perdurera.

- **En procédure de sauvegarde et de redressement judiciaire**, le législateur a aligné le sort de la caution dans le redressement sur celui qui existait en cas de sauvegarde. Ainsi la caution peut-elle opposer les délais et remises prévus par le plan tant de sauvegarde que de redressement, l'article L. 631-20 ayant été modifié.

- **En procédure de liquidation judiciaire**, il convient de distinguer selon que la liquidation aboutit à une cession totale ou partielle de l'entreprise, ou selon qu'elle est clôturée pour insuffisance d'actifs. Lorsque la liquidation aboutit à une cession d'un bien et lorsqu'un crédit a financé l'acquisition de ce bien compris dans la cession et que celui-ci est garanti par une sûreté réelle, il résulte de l'article L. 642-12, al. 4, que la charge des sûretés et du remboursement du crédit est transférée au cessionnaire. La question se pose alors de savoir dans quelle mesure la caution qui garantissait les dettes nées de ce contrat de crédit reste tenue. Avant la réforme de 2021, il était jugé que la caution demeurait tenue des engagements de l'emprunteur, dans les mêmes

conditions que celui-ci, sous déduction des sommes versées par le cessionnaire. L'on considèrerait que l'intégralité de l'emprunt étant une dette présente intégralement née avant le jugement d'ouverture, les échéances constituent des créances nées avant l'ouverture de la procédure collective que la caution garantit. Mais l'ordonnance a modifié l'article 642-12, al. 4, pour préciser que le débiteur est dorénavant libéré des échéances des prêts garantis par les sûretés réelles dont la charge est transférée au repreneur. Dès lors, l'on pourrait penser qu'en application de la règle de l'accessoire, la caution sera libérée. Il n'en est toutefois, selon nous, rien dans la mesure où l'article 2298, al. 2, a vocation à s'appliquer, l'art. L. 642-12, al. 4, étant une mesure légale propre au débiteur dont la caution ne peut se prévaloir. Enfin, si la liquidation judiciaire est clôturée pour insuffisance d'actifs, le débiteur est libéré de ses dettes. Toutefois, et sans changement par rapport au droit antérieur, la caution qui aurait payé à la place du débiteur peut le poursuivre en vertu de l'article L. 634-11-II C. com. Ce recours sera toutefois illusoire puisque le débiteur personne physique est ruiné et que le débiteur personne morale n'existe plus, la personnalité morale ayant été dissoute par l'extinction de la procédure. La réforme aurait pu être l'occasion de mettre fin à cette hypocrisie.

§2 – Enjeux de la réforme

Le principal enjeu de la réforme était de faire en sorte que le droit des procédures collectives et celui des sûretés cessent de s'ignorer. À cet égard l'on peut considérer que la concomitance des deux ordonnances est une réussite sur la forme. Cependant à y regarder de plus près, la réforme annoncée n'en est pas une en ce sens qu'il n'y a pas eu de véritable bouleversement, les innovations étant mineures.

L'on peut noter principalement trois modifications qui aboutissent tantôt à renforcer l'efficacité des sûretés, en l'occurrence du cautionnement, tantôt à protéger le garant, en l'occurrence la caution

1) L'efficacité des sûretés se manifeste d'abord en conciliation. En cas d'échec de celle-ci, sous réserve de l'avoir prévu, les sûretés consenties dans le cadre de l'accord seront maintenues. Est-ce vraiment synonyme d'efficace, c'est un autre débat... lié à la résistance des sûretés aux procédures collectives

2) Lorsqu'un bien financé par un crédit est inclus dans un plan de cession, si l'article 642-12 prévoit le transfert de la charge du remboursement des échéances de l'emprunt au cessionnaire, la réforme précise que les sûretés réelles spéciales sont également transmises. Par ailleurs, le cessionnaire est tenu d'acquitter entre les mains du créancier - qui a régulièrement déclaré sa créance - les échéances restant dues après le transfert de propriété ou la mise en jouissance du bien. Le débiteur est ainsi libéré pour ces échéances ce qui continue d'alourdir le prix de cession pour le cessionnaire (qui règle ces échéances en sus de la cession de l'entreprise). Pour autant, la caution n'est pas selon nous libérée, ce qui milite en faveur de l'efficacité de ladite sûreté.

3) Ensuite, le législateur a progressivement introduit des dispositions protégeant les garants, en l'occurrence les cautions et co-obligés, qui ne s'expliquent que par l'objectif politique d'encourager un recours anticipé aux procédures collectives. C'est le cas en présence d'une conciliation (cf. *supra*) comme dans le cadre des procédures de

sauvegarde et de redressement (cf. *supra*) puisque l'ordonnance a supprimé la distinction qui existait entre ces deux procédures du point de vue du gel du passif et de l'inopposabilité des créances non déclarées.

En conclusion, le fait de se porter caution, pour un dirigeant, ne précipite pas les poursuites à son encontre en cas de procédure collective. Ce ne sera, principalement, qu'en plan de cession puis en liquidation judiciaire, que la caution sera tenue de respecter son engagement sans pouvoir opposer d'exceptions ; sauf à « tomber » elle aussi en procédure collective ou en surendettement. En effet, un cautionnement n'est une sûreté qui ne vaut que ce que vaut le patrimoine de son auteur puisqu'il s'agit de l'adjonction d'un nouveau patrimoine. Cela dit, la réforme de l'entrepreneur individuel qui autorise ce dernier à être à la tête de plusieurs patrimoines dits d'affectation, interdit qu'il se cautionne lui-même.

CHAPITRE 2 – LES SURETES REELLES

Section 1 – Les sûretés réelles pour autrui

Le contrat de cautionnement est, en principe, constitutif d'un engagement personnel de la caution, sur l'ensemble de son patrimoine. Ceci correspond au *cautionnement personnel* souscrit pour garantir le recouvrement d'une dette du débiteur en cas de défaillance de ce dernier. Or, l'engagement conclu peut porter non sur l'ensemble du patrimoine de la caution, mais sur un ou plusieurs biens particuliers appartenant à celui qui s'engage pour garantir la dette du débiteur. Une telle opération, classiquement appelée *cautionnement réel*, impose au créancier de n'exercer ses poursuites que sur le ou les biens concernés.

Le constituant peut en effet ne pas vouloir se porter personnellement caution, mais seulement affecter l'un de ses biens à la garantie de la dette d'autrui : il s'agit alors du « cautionnement réel » (dénommé « cautionnement hypothécaire » lorsque le bien affecté en garantie est un immeuble) – *aujourd'hui appelé* sûreté réelle pour autrui, qui a pu sembler être une hybridation de ces deux sûretés.

Différentes utilités de cette catégorie de sûreté sont apparues. À l'égard du créancier tout d'abord, celui-ci bénéficie d'un droit de suite sur le bien, objet de la sûreté. Cela lui permet de ne subir ni le concours d'autres créanciers de son débiteur, ni les éventuelles fluctuations du patrimoine de la caution. À l'égard de la caution ensuite, le recours à une telle sûreté confère la faculté de circonscrire l'étendue de son engagement au bien choisi, éventuellement complété par un cautionnement personnel. Mais encore fallait-il, au-delà de la nature juridique de cette sûreté en établir un régime. Or ces deux étapes furent le fruit d'une longue maturation.

§1 – Apports de l'ordonnance

A – L'avant-réforme

- La **nature juridique** de la constitution d'une sûreté réelle en garantie de la dette d'autrui, a suscité un débat assez vif. Il s'agissait notamment de savoir si, en affectant l'un de ses biens au paiement de la dette d'autrui, le constituant n'entendait pas aussi se porter caution personnelle à hauteur de la valeur du bien affecté. L'expression « cautionnement réel » traduisait, sans aucun doute cette hésitation. En effet, l'engagement du constituant est réel en ce que ce constituant affecte un bien précis en garantie, mais à hauteur de ce bien, il est souscrit en faveur d'un tiers débiteur, comme celui de la caution, avec possiblement une dose d'engagement personnel.

Alors que la première chambre civile de la Cour de cassation avait consacré une conception mixte dudit cautionnement réel pour lui appliquer certaines règles du cautionnement et notamment l'article 1415 du Code civil¹⁸, à la même époque, la

¹⁸ Cass. Civ. 1^{re}, 11 avr. 1995, D. 1995. Somm. 327 : « est applicable à la caution réelle la règle de l'article 1415 du Code civil, selon laquelle chacun des époux ne peut engager que ses biens propres et ses revenus, par un cautionnement ou un emprunt, à moins que ceux-ci n'aient été contractés avec le consentement exprès de l'autre conjoint qui, dans ce cas, n'engage pas ses biens propres. Il s'ensuit qu'un époux, commun en biens, n'est pas autorisé à donner en nantissement des titres communs pour

chambre commerciale maintenait la conception moniste du cautionnement réel, selon laquelle l'affectation d'un bien pour garantir la dette d'autrui constitue une simple sûreté réelle. C'est pourquoi une chambre mixte a été réunie, sa décision ayant eu pour objet de mettre un terme à cette divergence jurisprudentielle, la formule retenue étant la suivante : « *une sûreté réelle consentie pour garantir la dette d'un tiers n'implique aucun engagement personnel à satisfaire l'obligation d'autrui et n'est pas dès lors un cautionnement* » (Ch. mixte 2 déc. 2005, n° 03-18.210), ultérieurement réitérée à de nombreuses reprises.

▪ Une fois réglée cette question de qualification, la jurisprudence a peu à peu construit le **régime juridique** de cette sûreté en écartant progressivement toutes les règles relatives au cautionnement, et d'une manière plus générale à l'engagement de payer une somme d'argent, mais sans qu'un corpus propre aux sûretés réelles pour autrui ne soit expressément proposé.

Le régime juridique de la sûreté réelle pour autrui s'est traduit par l'exclusion systématique des règles du cautionnement tant au niveau de la constitution de la sûreté réelle pour autrui qu'à celui de sa mise en œuvre. Or, l'exclusion de l'ensemble de ces règles n'était pas toujours appropiée.

Certaines exclusions étaient sans doute justifiées par la nature de la sûreté réelle et la présence du notaire dans son rôle d'officier ministériel assurant un rôle de conseil. En revanche d'autres règles du droit du cautionnement classiquement écartées par la jurisprudence paraissaient moins justifiées. Ainsi en allait-il de l'obligation d'information, du bénéfice de subrogation ou encore de certaines règles du droit des procédures collectives. La Cour de cassation avait jugé que le *devoir d'information* des cautions (Civ. 1^{re}, 7 févr. 2006, n° 04.15.147; Cass. Com. 13 sept. 2011, n° 10-17659) n'a pas vocation à bénéficier au constituant d'une sûreté réelle pour autrui. S'il est vrai qu'une « caution réelle » ne peut voir son engagement excéder la valeur du bien grevé, il n'en demeurerait pas moins qu'il aurait été utile qu'elle puisse bénéficier de l'information annuelle sur l'état de la dette garantie. S'agissant du *bénéfice de subrogation*, la Cour de cassation l'avait également écarté (Civ. 3^e, 12 avr. 2018, n° 17-17.542) en jugeant que l'équivalence des situations entre un cautionnement personnel et une sûreté réelle pour autrui ne légitimait pas pour autant que puisse être invoqué par le constituant le bénéfice de subrogation. Pourtant, dans la mesure où, par la réalisation de son bien, le constituant permet l'extinction de la créance garantie, il est légitimement subrogé dans les droits du créancier. En effet, il aurait dû pouvoir se prévaloir du recours subrogatoire légal en vertu de l'art. 1346 du Code civil. Dès lors, les raisons justifiant que la caution personnelle puisse opposer au créancier le bénéfice de subrogation se retrouvaient à l'identique pour le constituant d'une sûreté réelle pour autrui. Les conséquences du comportement fautif du créancier qui empêche le garant de solliciter les droits, hypothèques et privilèges qui existaient lors de la conclusion de son engagement, se révèlent préjudiciables quelle que soit l'étendue de cet engagement, limité à un bien déterminé ou portant sur l'ensemble du patrimoine d'une caution.

Par ailleurs, en matière de droit des *procédures collectives*, la jurisprudence avait jugé,

garantir un engagement de caution donné sans l'accord exprès de son conjoint » ; V. égal. : Civ. 1^{re}, 15 mai 2002, dans lequel la Cour jugeait que la caution demeurait tenue personnellement — *caution personnelle* — dans la limite de la valeur du bien concerné — *caution réelle*.

dans deux arrêts (Cass. Com. 25 nov. 2020, n° 19-11525 ; Cass. Com. 17 juin 2020, n° 19-13153), qu'il n'appartient au créancier bénéficiant d'une sûreté réelle pour autrui ni de déclarer sa créance à la procédure collective du constituant, ni de voir son action en réalisation de la sûreté arrêtée par la suspension des poursuites individuelles. La Cour avait considéré que le bénéficiaire d'une sûreté réelle pour autrui n'a pas à déclarer sa créance au passif du constituant (pour autrui), c'est-à-dire d'une personne qui n'est pas son débiteur personnel mais un obligé réel à la dette, toutefois libre de régler la dette d'autrui plutôt que de voir son bien saisi. Elle avait poursuivi en jugeant que n'agissant pas en paiement mais en exécution de sa garantie, le bénéficiaire de la sûreté pour autrui n'avait pas à subir la règle de l'arrêt des poursuites individuelles, laquelle concerne les actions en paiement. Pourtant, cela revenait à exercer, par préférence, sur un actif de la procédure, un droit équivalent à ceux des créanciers. Le droit du bénéficiaire de la sûreté réelle pour autrui se retrouvait ainsi hors procédure collective alors que le bien objet de la sûreté était entré dans le gage commun des créanciers. Pourtant, il était difficile de contester que si le débiteur principal est défaillant, c'est bien le sujet de droit ayant consenti une sûreté réelle en garantie de la dette d'autrui qui supportera l'engagement en cause. Maintenir ce créancier hypothécaire par exemple, « *hors de la procédure* », lui assurait une situation d'exclusivité, allant au-delà de sa position de titulaire d'une hypothèque, conférant un simple droit de préférence.

Ainsi, à la veille de la réforme, la sûreté réelle pour autrui était devenue la sûreté la plus dangereuse pour les constituants et la plus efficace pour les créanciers. Alors que les règles protectrices des constituants étaient écartées, au détriment de la caution, le bénéficiaire de la sûreté réelle pour autrui n'avait pas à frapper à la porte de la procédure collective lorsque par malheur le constituant avait été soumis à une telle procédure, se trouvant dans une position bien supérieure à celle d'un rétenteur ou d'un propriétaire.

B – L'après-réforme

Au sein du chapitre consacré aux sûretés réelles, et plus précisément dans les dispositions générales introductives, le nouvel article 2325 du Code civil dispose désormais que :

« La sûreté réelle conventionnelle peut être constituée par le débiteur ou par un tiers.

Lorsqu'elle est constituée par un tiers, le créancier n'a d'action que sur le bien affecté en garantie. Les dispositions des articles 2300, 2302 à 2306, 2311 à 2316 et 2319 sont alors applicables ».

Est donc officiellement consacrée la sûreté réelle constituée en garantie de la dette d'autrui sans que le texte ne revienne sur la jurisprudence évoquée : la sûreté réelle pour autrui n'est toujours pas un cautionnement. Elle ne contient toujours pas d'engagement personnel, bien qu'il puisse toujours paraître étonnant d'estimer que le constituant ne s'engage à rien, la caution exposant bien sa richesse au paiement de la dette d'autrui, pour le paiement d'une dette qui n'est pas la sienne et le garant supportant bien le poids économique de la dette d'autrui.

Si l'ordonnance n° 2021-1192 du 15 septembre 2021 n'est pas revenue sur le principe

de l'absence d'engagement personnel du garant pour autrui, elle a cependant jugé utile de bâtir un régime de la sûreté réelle pour autrui revenant sur l'exclusion de certaines règles du contrat de cautionnement. C'est ainsi que le garant pour autrui bénéficiera du devoir de mise en garde (C. civ., art. 2299), de l'obligation annuelle d'information (C. civ., art. 2302), de l'obligation d'information portant sur la défaillance du débiteur dès le premier incident de paiement (C. civ., art. 2303), de la nouvelle obligation d'information de la sous-caution (C. civ., art. 2304), du bénéfice de discussion (C. civ., art. 2302 à 2305-1), des recours personnels et subrogatoires contre le débiteur garanti, contre les codébiteurs de la dette garantie ainsi qu'entre cofidésusseurs (C. civ., art. 2308 à 2312) ainsi que du bénéfice de subrogation (C. civ., art. 2314).

§2 – Enjeux de la réforme

L'enjeu de la réforme était de donner un *corpus* juridique à cette figure originale de feu le « cautionnement réel » qu'est la sûreté réelle constituée par un tiers pour autrui. C'est chose faite. Le législateur a choisi de lui appliquer 12 des 33 articles relatifs au cautionnement.

La question est alors de savoir si cette liste est limitative.

A priori, les dispositions étant dérogoires à la nature officiellement réelle de la garantie, la réponse devrait être positive. Mais à la réflexion, diverses autres règles du cautionnement méritent aussi d'être appliquées.

Ainsi en va-t-il par exemple de celle de l'art. 2293 formulant l'exigence d'une obligation (à garantir) valable, ou encore de celle de l'art. 2294 tenant à l'étendue de la sûreté qui ne saurait être étendue « au-delà des limites dans lesquelles elle a été contractée », ou encore du fameux art. 2298 relatif à l'opposabilité des exceptions (même si cela peut se discuter), voire de celles relatives au terme du cautionnement de dettes futures (C. civ., art. 2316) ou à la dissolution de la société créancière ou débitrice (C. civ., art. 2317 et 2318). Il va en effet de soi que si le contrat de « cautionnement hypothécaire » est à durée indéterminée, il doit pouvoir être résiliable à tout moment. Par ailleurs, puisque la sûreté réelle pour autrui peut garantir des dettes futures, il devrait aussi être possible de soutenir que dès qu'elle arrive à échéance, l'arrivée du terme de la sûreté portant sur des dettes futures ne met fin qu'à l'obligation de couverture, le constituant restant tenu de régler les dettes nées antérieurement sur le bien apporté en garanti.

Enfin, la question se pose aussi à propos de la *règle de proportionnalité*. Jusqu'alors elle a été exclue des règles applicables à feu le cautionnement réel puisqu'à la différence du cautionnement personnel, la sûreté réelle pour autrui a été jugée « nécessairement proportionnée aux facultés contributives de celui qui la consent » (Civ. 1^{re}, 7 mai 2008 ; Civ. 1^{re}, 5 nov. 2009, n° 08-14.425). Mais si l'immeuble ou le fonds de commerce affecté en garanti est le seul actif du constituant, il se pourrait que l'exécution de la garantie réduise la situation du tiers constituant à « peau de chagrin », tout comme c'est le cas d'une caution ayant consenti un engagement disproportionné. *Alors pourquoi ne pas aussi lui appliquer ces dispositions ?* Ce seront des questions

que les tribunaux auront à trancher, toute incertitude juridique n'ayant pas été écartée par la prise de position du législateur.

En conclusion, l'on voit que le choix du législateur de classer cette sûreté dans la catégorie des sûretés réelles, alors que la quasi-totalité des articles du cautionnement ont vocation à s'appliquer, aurait pu militer en faveur du repositionnement de cette sûreté au sein du droit du cautionnement. Mais il s'agit ici d'un débat plus doctrinal que pratique et le contentieux devrait tout de même avoir vocation à s'apaiser, le recours à cette sûreté réelle pour autrui étant mieux encadré aujourd'hui qu'hier.

Cela dit, en présence d'une procédure collective, le législateur du droit des entreprises en difficulté a rectifié le tir aux articles L. 622-25 du Code de commerce et L. 622-21, II, 1° du même code puisque qu'en application du premier de ces textes, le bénéficiaire d'une telle sûreté devra la déclarer à la procédure du constituant (débiteur en procédure collective) et qu'aux termes du second, il ne pourra plus obtenir la réalisation de sa sûreté lorsque le constituant aura été mis en procédure collective. Le sort du bénéficiaire de cette sûreté réelle constituée par autrui a été calqué sur celui de ceux bénéficiant d'une sûreté réelle consentie par le débiteur lui-même. Dès lors, cette dernière ne saurait être cette reine des sûretés, en marge de toute législation lui conférant ce statut, que l'on avait pu craindre un instant.

Section 2 – Dispositions communes à toutes les hypothèques

Au nom de la lisibilité du droit des sûretés réelles immobilières, la réforme opte pour une clarification des différentes catégories d'hypothèques qu'elles soient d'origine conventionnelle, légale ou judiciaire. Plusieurs dispositions communes sont précisées par l'ordonnance du 15 septembre 2021 afin de rendre plus attractif le recours à une hypothèque, qu'elles concernent le bien affecté en garantie, en l'occurrence un immeuble par destination, le caractère indivisible de la sûreté, l'étendue de la couverture hypothécaire ou enfin les effets de l'hypothèque.

§1 – Les immeubles par destination

Apports de la réforme

L'hypothèque, quelle que soit son origine, suppose l'affectation d'un immeuble en garantie d'une obligation, sans dépossession pour celui qui constitue la sûreté. La réforme du 15 septembre 2021 apporte une précision concernant l'étendue de la sûreté. Selon l'article 2389 du Code civil, l'hypothèque a vocation à s'étendre aux « *améliorations qui surviennent à l'immeuble hypothéqué, ainsi qu'aux accessoires réputés immeubles* ». Parmi ces accessoires, sont concernés les immeubles par destination, aux titres des accessoires matériels. Un immeuble par destination peut être défini comme un bien meuble, de nature corporelle, qui est destiné à devenir un immeuble soit par un attachement définitif (une statue encastree dans un mur), soit en raison de l'affectation au service et à l'exploitation d'un fonds (engin agricole par exemple). Pour le cas particulier des immeubles par destination, l'hypothèque qui les concerne ne peut en principe être envisagée indépendamment du fonds auquel ils sont attachés.

La réforme du 15 septembre 2021 apporte une nouveauté en envisageant également le recours à un gage portant sur un tel immeuble par destination à l'article 2334 alinéa 1er du Code civil, le gage correspondant à une sûreté réelle qui concerne un bien mobilier corporel.

La constitution d'un tel gage sur un immeuble par destination peut être envisagée dans deux situations :

- soit sur un bien dès l'origine déjà immobilisé en tant qu'immeuble par destination, donc lors de la constitution du gage ;
- soit sur un bien meuble non encore immobilisé lors de la constitution du gage qui a ensuite été intégré à un immeuble, devenant immeuble par destination.

Le rapport au Président de la République, publié en même temps que l'ordonnance, précise à cet égard : « *il s'agit de biens, souvent d'une valeur importante, qui ont vocation à être intégrés à des immeubles, par exemple des turbines, des transformateurs, des panneaux solaires ou autres équipements des parcs éoliens, des centrales solaires ou des installations industrielles ou minières* » (par exemple des panneaux photovoltaïques).

Or, par principe, les immeubles par destination, en tant qu'accessoires, ne peuvent être hypothéqués de manière indépendante par rapport à l'immeuble par nature dont ils dépendent. L'alinéa 2 de l'article 2334 prévoit le cas d'un conflit entre deux créanciers qui ont recours à deux sûretés différentes : un créancier gagiste d'un bien immeuble par destination et un créancier hypothécaire d'un immeuble doté d'un immeuble par destination.

Ce texte précise, conformément au raisonnement retenu avant la réforme en cas de conflit entre créancier gagiste et créancier hypothécaire inscrits tous les deux, que le créancier dont le titre a été publié en premier doit être préféré.

Enjeux de la réforme

- **1^{er} enjeu** : La date d'inscription devient essentielle pour déterminer les droits de chaque créancier. La réforme a en particulier des conséquences pour le notariat. Il appartiendra aux notaires d'être vigilants et de contrôler de manière simultanée le registre spécial des gages prévu à l'article 2338 du Code civil et institué par le décret n° 2021-1887 du 29 décembre 2021 à l'origine de la création d'un portail internet tenu par le Conseil national des greffiers des tribunaux de commerce, ainsi que l'état hypothécaire de l'immeuble selon les inscriptions effectuées sur le registre tenu par le service de la publicité foncière. De plus, le notaire devra certainement demander à l'emprunteur de déclarer si des meubles ont été donnés en gage, déjà immobilisés ou ayant vocation à l'être
- **2^{ème} enjeu** : Lors de l'exercice du droit de suite, plus précisément le droit conféré au créancier de saisir le bien en quelque main qu'il se trouve, une précision a été apportée par la réforme du 15 septembre 2021 dès lors que le bien affecté en garantie est un immeuble par destination. Selon l'article 2472 du Code civil, si le créancier souhaite exercer ce droit de suite, le tiers peut purger le prix de l'immeuble par destination, donc libérer le bien de la sûreté et écarter ce même droit de suite, selon les deux procédés de purge :
 - soit à l'égard du créancier gagiste dans le cadre d'une purge amiable ;
 - soit en respectant les exigences de la purge judiciaire, le créancier gagiste devant être informé avec éventuellement la possibilité d'effectuer une surenchère si le prix est jugé insuffisant.

L'alinéa 2 de l'article précité précise que la notification destinée à la purge devra indiquer le prix de l'immeuble par destination gagé par ventilation s'il y a lieu du prix global. Si le créancier gagiste considère le prix insuffisant, il peut former une surenchère qui ne portera que sur l'immeuble par destination (C. civ., art. 2472 alinéa 3). Si le créancier gagiste et un créancier hypothécaire forment tous les deux une surenchère, seul celle du créancier hypothécaire produit des effets car la surenchère va imposer une adjudication globale.

§2 – Le caractère indivisible de l'hypothèque

Apports de la réforme

Selon les termes de l'ancien article 2393 alinéa 2 du Code civil, l'hypothèque « *est, de sa nature, indivisible, et subsiste en entier sur tous les immeubles affectés sur chacun et sur chaque portion de ces immeubles* ». Ce caractère de toutes hypothèques permet de protéger grandement les intérêts du créancier qui est le seul à pouvoir l'invoquer. La réforme opérée par l'ordonnance en date du 15 septembre 2021 a eu pour objet de préciser ce caractère essentiel de l'hypothèque à l'article 2391 du Code civil à double titre, qu'il concerne l'indivisibilité de la créance garantie ou celle de l'assiette de la sûreté.

Conformément à l'article 2391 alinéa 1er précité, la division de la *créance* garantie n'entraîne nullement celle de l'hypothèque : le créancier conserve l'intégralité de la sûreté réelle pour obtenir le paiement de la fraction due par le débiteur. Par conséquent, lors du décès du créancier par exemple, chaque héritier, créancier hypothécaire, dispose ainsi de la possibilité de saisir l'ensemble de l'immeuble hypothéqué, à concurrence du montant de sa créance.

De manière corrélative, la division de *l'immeuble* ou d'une pluralité d'immeubles ne doit pas avoir d'incidences à l'égard de la sûreté (C. civ., art. 2390 al. 2). Lorsque l'hypothèque n'affecte qu'un immeuble, chaque portion de celui-ci a vocation à répondre de la totalité de la dette, ce qui permet au créancier de saisir la portion qu'il souhaite de l'immeuble et de ne pas avoir à diviser les recours en cas de vente partielle du bien. En cas de partage, ce même créancier peut poursuivre pour le tout l'héritier qui a reçu dans son lot une partie de l'immeuble. A l'inverse, si plusieurs immeubles sont grevés d'une hypothèque pour garantir le recouvrement d'une même dette, le créancier est libre de saisir l'un de ses immeubles lors de l'exercice de ses poursuites car chaque immeuble a vocation à garantir la totalité de la dette.

Enjeux de la réforme

Le principe d'indivisibilité de la créance se révèle très protecteur des intérêts du créancier. Il peut à l'inverse s'avérer source de contraintes et constituer un frein à certaines initiatives. A ce titre, ce principe peut limiter le recours à la division de l'immeuble déjà hypothéqué lors d'une mise en copropriété, tous les copropriétaires étant susceptibles d'être concernés potentiellement par la sûreté.

§3 – L'étendue de la couverture hypothécaire

Apports de la réforme

L'hypothèque a pour objet de garantir le recouvrement du principal de la dette, mais aussi les intérêts et les accessoires comme désormais mentionné à l'article 2390 du Code civil. Une précision a été apportée en cas de transmission de l'hypothèque à titre accessoire. Cette transmission de l'hypothèque, notamment en cas de prêt substitutif ou d'opération de refinancement (pour des refinancements de prêt à un taux plus intéressant), permet au bénéficiaire, par subrogation personnelle, de pouvoir invoquer non seulement la créance hypothécaire transmise à titre principal, mais aussi les «

intérêts et autres accessoires qui lui sont dus » selon les termes de l'article 2390 du Code civil. Il s'agit d'une extension de la couverture hypothécaire de tels accessoires.

Enjeux de la réforme

Tous les accessoires sont garantis par l'inscription initiale, non seulement les intérêts, mais aussi notamment les pénalités de remboursement anticipé de dommages et intérêts ou les frais de poursuites, sans être tenu, comme antérieurement, de stipuler une hypothèque conventionnelle complémentaire afin de couvrir ces accessoires. La réforme, destinée notamment à inciter le recours à l'hypothèque, contribue ainsi à une simplification de la matière.

§4 – Les effets de l'hypothèque

Apports de la réforme

Les effets à l'égard du *créancier* ne sont pas modifiés au titre de l'exercice du droit de préférence. Les textes relatifs à la vente de l'immeuble hypothéqué par application du code des procédures civiles d'exécution ne sont pas affectés, avec notamment le maintien de la prohibition de la clause de voie parée (l'interdiction d'être dispensé du contrôle du juge et des mesures d'exécution). De même, les dispositions concernant l'attribution du bien (judiciaire ou conventionnelle par pacte comissoire) ne sont pas concernées par la réforme pour les conditions de fond, si ce n'est la présentation formelle des textes qui est modernisée, avec toujours l'obligation de recourir à un expert et l'impossibilité d'attribuer la résidence principale du débiteur.

Seuls les effets à l'égard des droits du *tiers acquéreur* sont précisés à l'article 2455 à double titre :

- D'une part, le tiers acquéreur peut s'opposer à la demande du créancier qui exerce son droit de suite en se prévalant d'un principe de discussion (identique au cautionnement). Il s'agit d'un véritable sursis à l'adjudication de l'immeuble hypothéqué dès lors que le débiteur a affecté en garantie d'autres immeubles hypothéqués pour le recouvrement de la même dette, le créancier étant titulaire ainsi de plusieurs hypothèques.

Avant la réforme du 15 septembre 2021, un tel bénéfice de discussion, permettant au tiers acquéreur de retarder les poursuites, ne pouvait être invoqué que lors du recours à une « *hypothèque spéciale sur l'immeuble* » selon les termes de l'ancien article 2466 du Code civil, donc uniquement dans l'hypothèse d'une hypothèque légale générale ou une hypothèque judiciaire. Désormais, ce même fondement peut être sollicité par le tiers en toutes hypothèses, quelle que soit l'origine de l'hypothèque, conventionnelle, légale ou judiciaire : selon 2455 alinéa 1er du Code civil, le tiers acquéreur « *qui n'est pas personnellement obligé à la dette peut s'opposer à la vente de l'immeuble s'il demeure d'autres immeubles, hypothéqués à la même dette, en la possession du débiteur principal, et en requérir la discussion préalable selon la forme réglée au titre Du cautionnement. Pendant cette discussion, il est sursis à la vente de l'immeuble hypothéqué* ».

▪ D'autre part, l'ordonnance du 15 septembre 2021 confère au tiers acquéreur le pouvoir d'opposer au créancier « *toutes les exceptions qui appartiennent au débiteur principal* » conformément à la formule retenue à l'article 2455 alinéa 2 du Code civil. Cette faculté permet de mettre un terme à une jurisprudence contraire retenue par la Cour de cassation selon laquelle le tiers détenteur d'un immeuble hypothéqué, confronté à l'exercice du droit de suite, ne peut opposer au créancier poursuivant la prescription qui affecte l'obligation principale (Civ. 2e, 19 févr. 2015, n°13-27.691). La deuxième Chambre civile de la Cour de cassation fondait sa décision sur l'ancien article 2463 du Code civil : dès lors qu'un tiers n'avait pas mis en œuvre la procédure de purge de la sûreté et respecté les exigences formelles, il demeurerait tenu de payer la dette ou délaisser l'immeuble, sans « aucune réserve » selon les termes du texte précité.

Or la doctrine relevait avec raison que la prescription qui affectait l'obligation principale, devrait nécessairement bénéficier au tiers détenteur, en tant que mode d'extinction de l'hypothèque, au nom du caractère accessoire de la sûreté. L'option retenue à l'article 2455 alinéa 2 devraient mettre un terme à la jurisprudence adoptée en 2015 : le tiers acquéreur ne pourra plus être confronté au droit de suite du créancier dès lors que le débiteur principal ne sera plus tenu du paiement de de la dette pour laquelle l'hypothèque a été souscrite (même raisonnement qu'en matière de contrat de cautionnement).

Enjeux de la réforme

Les nouvelles mesures ainsi adoptées sont destinées à élargir le domaine d'application des dispositions protectrices des intérêts du tiers acquéreur, tout en prenant en considération les impératifs juridiques liés aux fondements invoqués.

Section 3 – Dispositions spécifiques aux hypothèques conventionnelles

La réforme du 15 septembre a très peu modifié les dispositions relatives à l'hypothèque conventionnelle, essentiellement modernisée par l'ordonnance du 23 mars 2006. Seules certains éléments relatifs aux conditions de forme et de fond ont été précisés.

§1 – Les conditions de forme du contrat d'hypothèque

Apports de la réforme

En ce qui concerne le contrat d'hypothèque : l'article 2409, alinéa 1^{er}, du Code civil réaffirme que l'hypothèque suppose la conclusion d'un contrat solennel, nécessairement conclu sous la forme d'un acte authentique. Ce texte prévoit plus précisément que « *l'hypothèque conventionnelle est consentie par acte notarié* ». Ce formalisme est donc imposé à peine de nullité absolue de la sûreté conclue dans le souci de protection du constituant, le devoir du conseil du notaire garantissant sa parfaite information lors de la conclusion du contrat.

En ce qui concerne le mandat de constituer une hypothèque : le Code civil encadre les modalités du recours à une procuration. L'article 2409, alinéa 2, du Code civil précise désormais qu'un tel mandat conclu par une personne physique doit être conclu sous forme notariée.

Enjeux de la réforme

Un double enjeu concerne spécialement le mandat de constituer hypothèque.

En ce qui concerne les **personnes physiques**, le texte ne précise pas si le formalisme requis s'impose au seul mandat donné par le constituant ou s'il doit être étendu à celui donné par le créancier pour lequel l'acte sous seing privé pourrait suffire. Il semble légitime de limiter la forme notariée au seul mandat du constituant, la disposition étant destinée le protéger de manière prioritaire (même si certains soutiennent qu'en l'absence de précisions dans le texte, une application extensive du formalisme, même pour les créanciers, devrait s'imposer).

En ce qui concerne les **personnes morales**, le recours à un mandat notarié est par principe écarté. Au titre des textes de portée générale, applicables à toutes les sûretés réelles, l'article 2326 du Code civil généralise la disposition prévue à l'ancien article 1844-2 du même code, applicable à toutes les sociétés non tenues d'une procuration sous forme authentique. Afin de simplifier les recours à une hypothèque et en raison de l'exigence de rapidité des relations d'affaires, l'article 2326 précité prévoit que toutes les personnes morales, qu'il s'agisse donc des sociétés mais aussi des associations ou des fondations, peuvent consentir la constitution d'une hypothèque « *en vertu de pouvoirs résultant de délibérations ou délégations établies sous signatures privées alors même que la constitution de la sûreté doit l'être par acte authentique* ». L'objectif est ainsi de simplifier le recours à une sûreté convenue avec une personne morale, quelle qu'elle soit.

§2 – Les conditions de fond du contrat d'hypothèque

Apports de la réforme

La principale nouveauté apportée par la réforme concerne la modification spécifique à l'hypothèque de biens à venir.

Avant l'ordonnance du 15 septembre 2021, l'hypothèque sur des biens futurs était en principe interdite à l'article 2419 du Code civil, mais l'ancien article 2420 du même code énonçait plusieurs exceptions, notamment en cas d'absence ou d'insuffisance des immeubles présents dans le patrimoine initial du débiteur.

Les auteurs de l'ordonnance ont opéré un véritable renversement de l'interdiction de principe considérée comme archaïque, d'autres sûretés, notamment le gage ou le nantissement, pouvant porter sur des biens futurs. La nouvelle rédaction de l'article 2414, alinéa 1^{er}, du Code civil prévoit que l'hypothèque « *peut être consentie sur des immeubles présents ou futurs* », sachant que l'expression « *immeubles futurs* » renvoie aux biens dont le constituant n'est pas encore le propriétaire.

Enjeux de la réforme

La réforme est destinée à rendre plus simple et plus souple le recours à une hypothèque d'un bien futur. Cette souplesse doit toutefois être tempérée à double titre : d'une part en raison du nécessaire respect du principe de spécialité qui suppose que soit précisée dans l'acte constitutif la nature de l'immeuble grevé de la sûreté. En d'autres termes, tout bien ne pourra pas être automatiquement hypothéqué car il devra être désigné dans l'acte initial, qu'il s'agisse de la nature ou de la situation de l'immeuble futur grevé

D'autre part, comme le souligne le Rapport au Président de la République, conformément au principe de l'effet relatif de la publicité foncière, l'hypothèque d'un bien à venir ne pourra faire l'objet d'une publication au service de la publicité foncière que lorsque le titre d'acquisition de ce bien aura été également publié par le constituant devenu propriétaire, donc lorsque le bien sera entrée dans le patrimoine de ce constituant

Intérêt pratique de l'hypothèque d'un bien à venir : elle permettra d'éviter d'avoir recours à des promesses d'hypothèque lors de la conclusion d'un prêt qui finance l'acquisition d'un immeuble à construire. Désormais, il sera possible de prévoir une affectation hypothécaire dans l'acte de prêt.

Section 4 – Dispositions spécifiques aux hypothèques légales générales

Les hypothèques légales ont pour particularité d'être accordées à certaines catégories de créanciers par application de textes spécifiques et portent de manière exclusive sur un immeuble. Il s'agit de sûretés expressément prévues par une disposition pour lesquelles l'efficacité demeure soumise au respect de formalités de publicité accomplies au service de la publicité foncière. La réforme du 15 septembre 2021 a modifié profondément ces sûretés en précisant, à l'article 2392, alinéa 1^{er}, du Code civil, les deux modalités d'hypothèque légales générales et celles spéciales.

Selon l'alinéa 2 de l'article précité, le créancier bénéficiaire d'une telle hypothèque générale peut inscrire la sûreté sur tous les immeubles du débiteur. Lorsque l'hypothèque légale est qualifiée de spéciale, le créancier bénéficiaire n'inscrit son droit que sur l'immeuble sur lequel elle porte (C. civ., art. 2392, al. 3).

§1 – Nouveautés en matière d'hypothèques légales générale

L'article 2393 établit la liste de des différentes hypothèques légales générale. Trois modifications doivent être relevées : deux de fond, une de forme.

A – Première modification de fond

Apports de la réforme

D'une part pour *l'hypothèque légale entre époux*, elle pouvait être sollicitée quel que soit le régime matrimonial avant la réforme du 15 septembre 2021. Le nouvelle article 2394 alinéa 1^{er} du Code civil limite cette sûreté au seul régime de participation aux acquêts afin de garantir le recouvrement de la créance de participation. L'alinéa 2 du même article précise qu'elle prend effet à compter de la dissolution du régime matrimonial, mais elle peut être inscrite à tout moment afin de garantir la créance de participation.

Enjeux de la réforme

Le rapport au Président de la République, ainsi que la doctrine, soulignent que cette sûreté n'exerce désormais qu'un rôle résiduel, le recours à l'hypothèque judiciaire provisoire se révélant plus adapté pour les autres régimes matrimoniaux.

B – Seconde modification de fond

Apports de la réforme

D'autre part, pour *l'hypothèque des incapables*, les 2398 à 2400 du Code civil prévoient la mise en œuvre d'une sûreté spécifique aux incapables. Qu'ils soient mineurs ou majeurs, ceux-ci disposent d'une hypothèque légale sur les biens de leur tuteur ou leurs administrateurs légaux.

Enjeux de la réforme

L'alinéa 3 de l'article 2398 précise expressément, depuis l'adoption de la réforme du 15 septembre 2021, qu'une telle hypothèque légale peut être mise en œuvre au bénéfice des mineurs sous administration légale, hypothèse qui avait été écartée par erreur lors de l'adoption de la loi n°2007-308 du 5 mars 2007. Le recours à cette sûreté a pour objectif de garantir le recouvrement des créances que l'incapable est susceptible d'avoir à l'égard de l'administrateur de ses biens.

C – Une modification de forme

Apports de la réforme

La réforme du 15 septembre 2021 a modifié, à l'article 2401 du Code civil, la dénomination de l'hypothèque légale attachée aux jugements de condamnation, antérieurement codifiée sous la formule d'« *hypothèque judiciaire attachée aux jugements de condamnation* ».

Enjeux de la réforme

L'ancienne formulation était source de confusions car l'hypothèque légale attaché à un jugement de condamnation correspondait et correspond toujours à une sûreté d'origine légale et non judiciaire, l'hypothèque judiciaire constituée à titre conservatoire étant prévue à l'article 2408 du même Code et soumise aux dispositions du Code des procédures civiles d'exécution.

§2 – Nouveautés en matière d'hypothèques légales spéciales

Apports de la réforme

L'idée générale a été d'aligner le régime juridique des anciens privilèges immobiliers spéciaux, qualifiés désormais d'hypothèques légales spéciales, sur les hypothèques soumises à inscription, l'article 2402 du Code civil énonçant la liste de ces hypothèques légales spéciales accordées à certains créanciers.

Une constante les caractérise : en toutes hypothèses, le patrimoine d'une personne a bénéficié d'une plus-value, par exemple à la suite d'une vente ou après l'ouverture d'une succession. Cette plus-value, ainsi obtenue dans le patrimoine d'un débiteur, peut faire l'objet d'une sûreté particulière, prévue par le législateur dans plusieurs circonstances particulières. Plusieurs remarques concernent cette transformation

1^{re} remarque : une suppression, à savoir celle du privilège des architectes, entrepreneurs et ouvriers car peu pratiqué au bénéfice d'hypothèque judiciaire conservatoire.

2^e remarque : la principale nouveauté est énoncée à l'article 2418, alinéa 1^{er}, qui précise que toutes les hypothèques conventionnelles légale et judiciaire ont un rang déterminé par le jour de leur inscription au fichier immobilier, donc à la date du dépôt des bordereaux d'inscription au service de la publicité foncière. Depuis le 1^{er} janvier 2022, le rang des différentes sûretés réelles immobilières est fixé en fonction de cette

date d'inscription et non à celui de la naissance de la créance, comme le jour de la vente par exemple, avant la réforme.

Le principe d'une rétroactivité du rang conditionnée à l'inscription dans le délai de deux mois, est donc supprimé au nom de la sécurité juridique. Cette sécurité juridique concerne les créanciers hypothécaires d'une créance postérieure à la vente, qui auront ainsi connaissance de la situation hypothécaire exacte du bien.

En pratique, la protection de ces mêmes créanciers existait déjà avant la réforme et était assurée par le contrôle exercé par les banques qui vérifiait l'endettement de l'acquéreur-emprunteur donc le risque était limité.

Enjeux de la réforme

S'agissant des formalités à accomplir : le créancier, titulaire de l'hypothèque légale spéciale, aura tout intérêt à effectuer les formalités d'inscription très rapidement auprès du service de la publicité foncière. Deux conséquences pratiques vont s'imposer :

- d'une part, le créancier titulaire d'une hypothèque légale spéciale ne pourra plus bénéficier d'un rang plus favorable en cas d'inscriptions intercalaires susceptibles d'intervenir par exemple entre le jour de la signature de la vente et le jour du dépôt auprès du service de publicité foncière compétent de son bordereau d'inscription ;
- d'autre part, en cas d'incident et d'un refus par le service de la publicité foncière du dépôt du bordereaux d'inscription, la rectification de la mention défailtante dans le délai de deux mois était possible. Le notaire pouvait procéder à un nouveau dépôt dans le délai de deux mois, même après la vente, afin de rectifier la mention incorrecte, tout en conservant son rang avec la rétroactivité après avoir sollicité, pour le banquier, une cession d'antériorité. La réforme écarte cette possibilité de correction dans le délai de deux mois, sauf à recourir à des conventions de rang hypothécaire afin de conserver le rang entre les différents créanciers en cas de refus lors du dépôt. De telles convention n'auront toutefois pas d'effets à l'égard d'une éventuelle inscription intercalaire non prévue, déposée par un créancier.

S'agissant des hypothèques soumises à ce nouveau régime : à propos de l'application dans le temps de la réforme, pour les privilèges inscrits avant l'entrée en vigueur de la réforme, comme ceux nés avant le 1^{er} janvier 2022, mais inscrits après dans le délai imposé, ils bénéficient toujours de la rétroactivité prévue par l'ancienne disposition.

Sur le plan fiscal : pour conserver l'attractivité de cette hypothèque, l'inscription de l'hypothèque légale spéciale reste exonérée de la taxe de la publicité foncière comme pour les anciens privilèges

Pour le classement entre créanciers : selon l'article 2418, alinéa 3, du Code civil, le créancier bénéficiaire d'une hypothèque légale générale ou spéciale est prioritaire par rapport à un créancier qui a conclu une hypothèque conventionnelle. En matière d'hypothèque légale spéciale uniquement, le conflit peut tout d'abord intervenir entre créanciers titulaires de la même hypothèque légale. Le classement est déterminé en

fonction de la date d'inscription de la sûreté. En cas de conflit entre créanciers titulaires de privilèges spéciaux différents, il convient au préalable de relever que l'hypothèque légale spéciale du syndicat, toujours dotée d'un caractère occulte, a vocation à primer toutes les autres hypothèques « pour l'année courante et les deux dernières années échues » (C. civ., art. 2418, al. 2). Pour les autres hypothèques légales spéciales, leur classement est déterminé en fonction de leur inscription. La difficulté intervient lorsque deux hypothèques légales spéciales ont été inscrites simultanément, en particulier l'hypothèque du vendeur d'immeuble et celle du prêteur de deniers. La réforme du 15 septembre 2021 apporte alors une précision à l'article 2418, alinéa 4, du Code civil en prévoyant que l'hypothèque légale du vendeur est dotée d'un rang antérieur à l'hypothèque légale du prêteur de deniers, ce dernier ayant toujours la possibilité, s'il le souhaite, de solliciter une cession afin de primer le vendeur. Donc comme avant la réforme, le vendeur en l'état futur d'achèvement pourra renoncer à son rang prioritaire au bénéfice du banquier qui a financé l'opération d'acquisition.

CHAPITRE 3 – LES SURETES (REELLES) SUR ACTIFS FINANCIERS

Section 1 – La cession de somme d'argent à titre de garantie

Les sources

La loi n° 2019-486 du 22 mai 2019 relative à la croissance et la transformation des entreprises (ci-après désignée « la loi Pacte »), prise en son article 60, avait habilité le Gouvernement, notamment, à « *inscrire et organiser dans le code civil le transfert de somme d'argent au créancier à titre de garantie* ».

L'Ordonnance n° 2021-1192 du 15 septembre 2021 portant réforme du droit des sûretés (ci-après désignée « l'Ordonnance »), prise en son article 11, VIII, y a procédé en créant de toutes pièces dans le code civil les articles 2374 à 2374-6 au sein d'une sous-section 3 intitulée *De la cession de somme d'argent à titre de garantie* qui compose désormais, avec les deux sous-sections précédentes consacrées respectivement à la fiducie à titre de garantie et à la cession de créance à titre de garantie, une section 2 dénommée *De la propriété cédée à titre de garantie*.

La genèse

Le « *transfert de somme d'argent au créancier à titre de garantie* » évoquée à l'origine dans la loi Pacte s'est finalement concrétisé en la forme d'un véritable transfert de **propriété** d'une somme d'argent à titre de garantie, ce qui n'était pas l'unique solution possible et ce, qui partant, conduit à camper le décor des sûretés sur l'argent à la veille de l'Ordonnance afin de bien cerner la portée d'un tel choix du législateur.

Dans les grandes lignes, la pratique a développé trois grandes catégories de sûretés sur l'argent, qui ont toutes pu être appelées ici ou là *gage-espèces* et qui ont fonctionné tant bien que mal en dépit des incertitudes qui entouraient leur qualification comme certains éléments de leurs régimes.

Première catégorie : le **nantissement de compte bancaire**. Il s'agit d'un authentique nantissement de créance, qui porte sur le solde créditeur d'un compte bancaire en cours de fonctionnement.

Deuxième catégorie : le **nantissement de monnaie scripturale**. Il s'agit là encore d'un authentique nantissement de créance qui porte sur le solde créditeur d'un compte bancaire, non pas en cours de fonctionnement, mais bloqué. Concrètement, le constituant transfère une somme, dont il conserve la propriété, sur un compte bloqué ouvert à son nom dans les livres d'une banque et dont le solde est exclusivement affecté au paiement du bénéficiaire en cas de défaillance du débiteur.

Troisième catégorie : le **transfert de la propriété d'une somme d'argent à titre de garantie**, qui est parfois également dénommé transfert fiduciaire d'une somme d'argent. Cette fois, il s'agit d'une sûreté translatrice de propriété : le constituant remet une somme au bénéficiaire, qui en devient propriétaire et peut par principe en disposer, à charge pour lui de la restituer en cas de paiement régulier de la créance garantie.

En 2005, à la veille de la grande réforme du droit des sûretés, ce sont précisément ces trois formes de sûretés sur l'argent que la Commission Grimaldi avait proposé de consacrer dans le code civil. Mais en 2006, le législateur n'a retenu que le nantissement de compte bancaire en cours de fonctionnement, qu'il a fait entrer à l'article 2360 du code civil en tant qu'une forme particulière de nantissement de créance¹⁹.

En 2017, la seconde Commission Grimaldi a donc à nouveau proposé de consacrer le nantissement de monnaie scripturale²⁰, et lui seul, tandis que la loi Pacte, comme on l'a vu, habilitait le Gouvernement à « *inscrire et organiser dans le code civil le transfert de somme d'argent au créancier à titre de garantie* »

La loi Pacte ne visait donc pas le transfert **de propriété** de somme d'argent, mais le transfert de somme d'argent, si bien qu'on pouvait se demander si le législateur allait opter pour le transfert de propriété d'une somme d'argent à titre de garantie et/ou le nantissement de monnaie scripturale, qui passent effectivement l'un et l'autre par un transfert de somme d'argent : en propriété dans le premier cas, mais pas dans le second.

Finalement, le Gouvernement a choisi de consacrer, non pas le nantissement de monnaie scripturale, mais le transfert de propriété de somme d'argent à titre de garantie qui, d'ailleurs, est expressément appelé *gage-espèces* dans le rapport au Président de la République – *sachant que jusqu'alors toutes les formes de sûretés sur l'argent ont pu être appelées ici ou là gage-espèces*.

Une fois explicitée la mécanique du gage-espèces (§1), c'est son utilité qu'il faudra tenter d'apprécier (§2).

§1 – Mécanique du gage-espèces

I – Mise en place du gage-espèces

Les articles 2374 et 2374-1 fixent les conditions de **constitution** du gage-espèces entre les parties (A) tandis que l'article 2373-3 en fixe les conditions **d'opposabilité** aux tiers (B).

A – Conditions de constitution

L'article 2374 dispose : « *la propriété d'une somme d'argent, soit en euro soit en une autre monnaie, peut être cédée à titre de garantie d'une ou plusieurs créances, présentes ou futures* ».

¹⁹ Sur la question d'ensemble, avant la réforme des sûretés de 2006, v. M. Cabrillac, « Les sûretés conventionnelles sur l'argent », in Mélanges J. Dérupe, GLN Joly et Litec, 1991, p. 333 et s. ; J. François, « Affectation d'un compte bancaire en garantie, gage, compensation et fiducie », D. 1998, p. 61 ; D. Bureau, « Le gage-espèces : une sûreté atteignant sa maturité ? », Dr. & Patr. 1999, n° 77, p. 22. Au lendemain de ladite réforme, v. D. Legeais, « Le gage-espèces après la réforme des sûretés », Dr. & Patr. 2007, n° 162, p. 70 ; D. R. Martin, « De la garantie monétaire », RD bancaire et fin. 2006 et « Du gage-espèces », D. 2007, p. 2556.

²⁰ C. Juillet, « Le nantissement de monnaie scripturale dans l'avant-projet de réforme du droit des sûretés », Revue Lamy Droit civil, n° 157, 1^{er} mars 2018.

Sous couvert de définir indirectement le gage-espèce à raison de l'opération qu'il réalise, ce texte en délimite surtout le **champ d'application** et ce, de manière particulièrement extensive dès lors qu'il ne pose en vérité que très peu de conditions de fond.

1° Conditions de fond

Déjà, le texte ne pose aucune condition quant à la qualité des parties. Si le *cessionnaire* est nécessairement le titulaire des obligations garanties, le *cédant*, quant à lui, n'en est pas nécessairement le débiteur : rien n'empêche la constitution d'un gage-espèces par un tiers à la créance garantie comme le permet le nouvel article 2325 en matière de sûretés réelles mobilières en général.

Ensuite, en ce qui concerne la monnaie utilisée à titre de garantie, il peut s'agir de l'euro comme d'une « *autre monnaie* » dit le texte, expression qui désigne évidemment les monnaies étrangères, mais peut-être aussi les nouvelles formes de monnaie comme les crypto-monnaies... En effet, lorsqu'il a retouché le droit du paiement des obligations de somme d'argent en 2016, le législateur a prévu à l'article 1343-3 le cas du paiement « *en une autre devise* ». Dès lors en 2021, en visant plus largement une « *autre monnaie* », plutôt qu'une autre devise, le législateur ouvre-t-il peut-être la porte du gage-espèces aux cryptomonnaies ? La question est au moins posée... Reste de toute manière qu'une sûreté sur de la cryptomonnaie pourrait sûrement être contractuellement confectionnée, même en marge des articles 2374 et suivants du code civil.

De plus, s'agissant toujours de la somme remise, le texte ne dit rien de son *quantum*, de sorte que tout est envisageable : la somme remise peut être inférieure, égale, voire supérieure au montant de la créance ou des créances garanties. En vérité, la détermination du montant de la somme remise dépendra certainement du contexte dans lequel s'insère le gage-espèces ainsi que du poids respectif des parties dans les négociations.

Enfin, en ce qui concerne les créances garanties, celles-ci peuvent être une ou plusieurs, présentes ou futures, sachant qu'aucune limite n'est posée, ni quant à leur nature – *monétaire ou non* – ni quant à la monnaie dans laquelle elles sont libellées – *euro ou devise*. De là à dire pour autant que tout est possible, peut-être pas ! En particulier, on réservera le cas des obligations éventuelles comme il en est de celles qui résultent de la stipulation de clauses de complément de prix ou de garantie de passif...

Mais toujours est-il que la marge de manœuvre est importante, l'essentiel étant que ces créances garanties puissent être individualisées dans l'acte constitutif. Mais c'est déjà aborder les conditions de forme posées à l'article 2374-1.

2° Conditions de forme

Selon l'alinéa 1 de cet article, il en est du gage-espèce comme de toutes les sûretés conventionnelles : il s'agit d'un contrat solennel, c'est-à-dire un contrat dont la conclusion est subordonnée à titre de validité à la rédaction d'un écrit. Ce qui permet dans le prolongement, à l'alinéa 2 de l'article, d'imposer aux parties le respect d'un

certain formalisme tenant à la désignation précise des créances garanties, respect du principe de spécialité oblige, c'est-à-dire que seules les créances spécialement visées peuvent faire l'objet de la garantie ainsi constituée.

En substance, pourvu qu'il soit établi par écrit et qu'il désigne précisément les créances qu'il garantit, le gage-espèces pourra le plus souvent être facilement mis en place entre ses parties, sans même d'ailleurs que la somme ne soit effectivement remise au cessionnaire puisque cette remise n'est pas une condition de formation du gage-espèces, mais seulement la condition de son opposabilité aux tiers.

B – Conditions d'opposabilité aux tiers

L'article 2374-3 pose une règle éprouvée s'agissant des sûretés mobilières avec dépossession : « *la cession est opposable aux tiers par la remise de la somme cédée* ».

Autrement dit, ce n'est pas la conclusion du contrat entre les parties, mais la remise de la somme elle-même qui rend le gage-espèce opposable aux tiers, à commencer par les autres créanciers du constituant ; par exemple, alors même que le contrat aurait été conclu *inter partes* le jour j, un créancier du constituant pourrait très bien saisir à j + 2 les sommes figurant sur le compte du constituant, en ce compris celles destinées à nourrir le gage-espèces, dès lors que le virement de la somme n'aurait été programmé qu'à J + 4.

Ce qui conduit alors à poser deux séries de questions.

- Premièrement, *quelle date devra être retenue en cas de différence, le cas échéant, entre la date de débit du côté du cédant et la date du crédit du côté du cessionnaire ?* À raisonner en termes de droit des sûretés, on a envie de retenir la date de crédit qui correspond à la mise en possession du cessionnaire. Mais à raisonner en termes de droit monétaire, on peut être plutôt tenté de retenir la date de débit, qui correspond à la dépossession du cédant. Là encore, la question est posée.

- Et deuxièmement, on peut également se demander, dans les rapports *inter partes*, à quoi correspond véritablement la remise de la somme entre les parties, ce qui revient à s'interroger sur la nature des droits acquis par le cessionnaire du fait de la seule constitution du gage-espèces.

Faut-il considérer que la formation du gage-espèces transfère déjà la propriété de la somme au cessionnaire alors même que le cédant ne lui a pas encore remis cette somme ? De sorte que le cessionnaire pourrait revendiquer la propriété de cette somme en cas d'ouverture d'une procédure collective à l'encontre du cédant qui n'aurait pas encore remis la somme ?

Ou faut-il plus classiquement considérer que seule la remise de la somme en transfère la propriété au cessionnaire qui, dès lors, n'est jamais que créancier de ladite somme à compter de la constitution du gage-espèce ? De sorte qu'en cas de procédure collective ouverte à l'encontre du cédant qui n'aurait pas encore remis la somme, le cessionnaire n'aurait d'autre choix que de déclarer sa créance à la procédure ?

Sur ce point, l'analyse classique est certainement la meilleure dans la mesure où l'on ne voit pas ce qui justifierait que le transfert de la propriété de la somme remise à titre de garantie puisse précéder le transfert de la somme elle-même.

Mais en tout état de cause, l'idéal en pratique est assurément que la somme soit remise le jour même de la conclusion du contrat, de sorte que le gage-espèce, contrat solennel en droit, apparaît également comme un contrat réel... de fait.

II – Mise en œuvre du gage-espèces

Les articles 2374-3 à 2374-6 fixent le sort de la somme remise au cessionnaire (A), puis organisent le dénouement de l'opération de garantie (B).

A – Le sort de la somme remise au cessionnaire

En ce qui concerne le sort de la somme remise tout d'abord, deux hypothèses alternatives sont à distinguer aux termes d'une lecture croisée des articles 2374-3 et 2374-4.

1° La libre disposition de la somme

Soit, le cessionnaire dispose librement de la somme cédée, ce qui correspond à la règle de principe applicable par défaut, tant elle est conforme à la logique propre au gage-espèce en tant que sûreté translative de propriété : quoique cela soit à titre de garantie et donc à titre conditionnel, le cessionnaire devient un authentique propriétaire de la somme remise qui, sauf convention contraire, peut donc tout naturellement en disposer à ce titre.

Et dans ce cas il peut donc être convenu d'un intérêt au profit du cédant qui, d'un point de vue économique, correspond à la rémunération du crédit que le cédant, au travers de la remise de la somme, offre au cessionnaire jusqu'au dénouement de la garantie.

2° Le blocage et l'affectation de la somme

Soit, les parties ont expressément convenu que le cessionnaire n'aura pas la libre disposition de la somme cédée, auquel cas le contrat devra en préciser l'affectation, ce qui signifie que le contrat devra préciser la destination de la somme jusqu'au dénouement de la garantie. Sachant qu'en pratique, deux types d'emploi semblent possibles : soit la somme est classiquement immobilisée sur un compte bloqué spécialement affecté au paiement du créancier, soit la somme fait l'objet d'un placement – a priori *sans risque* – jusqu'au dénouement de la garantie.

Et c'est si ce placement produit des fruits et/ou des intérêts, que ceux-ci viendront augmenter l'assiette de la garantie, c'est-à-dire qu'ils viendront faire corps avec la somme, à moins que les parties en aient décidé autrement.

B – Déroulement de l'opération

Les deux derniers articles du dispositif légal (2374-5 et 2374-6) qui prévoient, très classiquement en matière de sûretés, deux dénouements possibles.

1° Premier cas de figure

« *En cas de défaillance du débiteur, le cessionnaire peut imputer le montant de la somme cédée, augmentée s'il y a lieu des fruits et intérêts, sur la créance garantie. Le cas échéant, il restitue l'excédent au cédant* » (article 2374-5). Autrement dit, en cas de défaillance du débiteur, le cessionnaire acquiert définitivement la propriété de la somme qui ne lui avait été remise jusqu'alors qu'à titre de garantie et ce, bien sûr, dans la limite de l'impayé qu'il subit. En effet, si la somme remise s'avère supérieure à l'impayé, par exemple parce que le débiteur a partiellement honoré sa dette, il n'est pas question que le cessionnaire s'enrichisse : il rendra donc l'excédent au cédant.

Du temps où le gage-espèces ne connaissait de régime que jurisprudentiel, cette appropriation définitive était justifiée sur le terrain de la compensation légale ou conventionnelle : dans les rapports entre le cédant et le cessionnaire, la créance de restitution s'éteignait par compensation avec la créance garantie et ce, à hauteur de l'impayé²¹. Mais une telle analyse ne faisait pas l'unanimité, certains considérant que les conditions de la compensation n'étaient pas réunies dans ce contexte²².

Le nouveau dispositif, en recourant expressément au mécanisme d'imputation, présente donc l'avantage d'enterrer ces controverses passées et même de justifier l'appropriation définitive de la somme par le cessionnaire dans le cas où le gage-espèces est constitué par un tiers, ce que la compensation ne pouvait justifier en raison de la triangularité des rapports à l'œuvre dans ce cas de figure.

Aujourd'hui, la règle est donc la suivante : si à l'échéance, la créance garantie demeure impayée, en tout ou partie, la somme que le débiteur ou un tiers a remise, augmentée des fruits et intérêts s'il en est, sera donc imputée sur la créance garantie, c'est-à-dire que cette somme remise sera finalement employée au paiement de la créance garantie.

Cette imputation vient donc changer la finalité du transfert de propriété de la somme au profit du cessionnaire : transférée à l'origine à titre de garantie, la propriété est finalement transférée à titre de paiement et ce, rappelons-le, à hauteur seulement du montant de l'impayé. De sorte que l'excédent, s'il en est un, devra naturellement être restitué au cédant parce que l'obligation garantie est éteinte et que, partant, le transfert de propriété réalisé à titre de garantie, désormais dépourvu d'objet, devient caduc.

Au fond, cette imputation de l'article 2374-5 n'est sûrement qu'une application particulière du mécanisme d'imputation des paiements des articles 1342-10 et 1343-1 du code civil, de sorte que ces textes de droit commun auront sûrement vocation à s'appliquer le cas échéant, à savoir dans le cas par exemple où la somme remise serait inférieure au montant global d'une pluralité de créances garanties. Sauf bien sûr à ce que les parties, *et c'est sûrement ce qu'il faut leur conseiller*, aient prévu à l'avance les modalités d'imputation de la somme remise.

Enfin, *last but not least*, c'est précisément au travers de cette imputation que le gage-espèces, en cas de procédure collective ouverte à l'encontre du débiteur ou du tiers-

²¹ V. not. Cass. com., 17 mai 1994, n° 91-20.083, JCP 1994, n° 44, I, 3799, n. 22, note M. Cabrillac.

²² C. Larroumet, note sous Cass. com., 9 avril 1996, n° 93-17.370, D. 1996, n° 28, *Jur.* p. 399.

constituant, produira son effet le plus spectaculaire dès lors que le cessionnaire, déjà propriétaire de la somme ainsi soustraite à l'effet réel de la procédure, échappera à la discipline collective de celle-ci.

Autrement dit, comme toute sûreté-propriété qui se respecte, le gage-espèces est « *procédures collectives resistant* » ou « *procollproof* ».

NB : *Au passage, on observera ainsi que le cercle des sûretés de droit commun résistant à l'ouverture d'une procédure collective, que le législateur de 2006 était pourtant peu enclin à ouvrir, s'est finalement considérablement agrandi en 2021, au point d'ailleurs de recruter même au-delà des sûretés-propiétés : à la clause de réserve de propriété et à la fiducie-sûreté s'ajoutent désormais la cession de créance à titre de garantie et le gage-espèce, mais également le nantissement de créance et, en particulier, le nantissement de compte bancaire dès lors que le créancier nanti-teneur du compte nanti se voit désormais conférer un droit exclusif au paiement dont l'effectivité est assurée grâce au droit de rétention que la loi lui reconnaît désormais sur la créance (de solde) nanti.*

2° Second cas de figure

L'article 2374-6 dispose sobrement que « *lorsque la créance garantie est intégralement payée, le cessionnaire restitue au cédant la somme cédée, augmentée s'il y a lieu des fruits et intérêts* ».

En évoquant le cas d'un paiement partiel de la créance garantie, on a à vrai dire déjà envisagé ce second cas de figure. Lorsque la garantie devient caduque du fait du parfait paiement de la créance garantie et, corrélativement, de la non-imputabilité de la somme remise en garantie, la propriété de la somme par le cessionnaire n'est plus justifiée, si bien que la somme, augmentée des fruits et intérêts, doit être rendue au cédant.

Mais là encore, une question peut être posée, qui vaut aussi bien pour l'excédent qui, le cas échéant, devra être rendu au cédant. *Faut-il considérer, classiquement, que le paiement de la créance garantie ne fait qu'activer l'obligation de restitution à la charge du cessionnaire ?* De sorte que le cédant deviendrait créancier de la somme devant lui être rendue, auquel cas il devrait la déclarer si une procédure collective venait à être ouverte à l'encontre du cessionnaire qui a tardé à la lui remettre. *Ou bien faudrait-il plutôt considérer, moins classiquement, que le paiement de la créance garantie constitue le fait générateur du rétrotransfert de propriété ?* Auquel cas le cédant redeviendrait à cette date propriétaire en droit de la somme, de sorte qu'il pourrait la revendiquer si, avant de l'avoir effectivement reçue, une procédure collective était ouverte à l'encontre du cessionnaire.

Entre ces deux analyses, la seconde analyse, qui est la moins classique, mérite certainement d'être préférée dans la mesure où, cette fois, rien ne justifierait que le rétrotransfert de la propriété soit ici subordonné à la rétrocession de la somme elle-même. En effet, c'est même l'inverse qu'il faut certainement retenir : la caducité de la garantie au jour du parfait paiement de la créance garantie déclenche immédiatement et automatiquement le rétrotransfert de propriété de la somme sur la tête du cédant qui, en conséquence, devient créancier de la rétrocession de la somme dont il est donc

déjà redevenu propriétaire – *le cédant est ainsi créancier au titre d'une « obligation monétaire de faire »*²³.

§2 – Utilité du gage-espèces

Le gage-espèces donne l'assurance au créancier d'être payé quoiqu'il arrive à l'échéance, sans formalité particulière et ce, à hauteur de la somme remise. Au fond, le gage-espèces s'apparente quasiment à une forme de paiement anticipé entre les mains du cessionnaire ou, dit autrement, à une forme de consignation à fins de paiement entre les mains du créancier, dont la mise en œuvre, qui plus est, ne sera aucunement affectée en cas d'ouverture d'une procédure collective à l'encontre du débiteur constituant. Aussi pourrait-on être tenté d'y reconnaître la figure de la reine des sûretés, tant recherchée pour son efficacité, mais en même temps tant redoutée en ce que les créanciers ne jureraient plus que par elles, ce qui causerait l'extinction des autres espèces de sûretés.

Mais en vérité, il faut sûrement se garder d'une telle vision post-apocalyptique du monde des sûretés, car les excellentes qualités juridiques du gage-espèces ne doivent pas masquer l'importance du coût économique de sa mise en place, ce qui, à l'avenir comme jusqu'alors, en cantonnera sûrement l'usage dans le cadre de certains types d'opérations seulement.

En effet, si le gage-espèces est si efficace, c'est parce que le constituant se prive nécessairement de la somme remise, ce qui est économiquement très coûteux. Par exemple, l'emprunteur ne pourra que rarement bloquer l'équivalent de tout ou partie de la somme prêtée si c'est le manque de liquidités qui l'a conduit à solliciter du crédit. D'ailleurs, c'est ce qui explique le succès de la garantie autonome dû à l'effet de levier qu'elle permet : en rémunérant le garant à hauteur d'environ 1 à 2 % l'an, le débiteur offre une garantie à 100% de la dette. Aussi est-il fort à parier que le gage-espèces nouvellement consacré ne viendra pas concurrencer la garantie autonome, du moins dans le cadre d'opérations de crédit sans mobilisation de créances.

Sachant que dans le cadre d'opérations avec mobilisation de créances²⁴ (type Dailly ou affacturage), il n'est pas rare en pratique qu'une sûreté sur l'argent vienne garantir les engagements de l'entreprise en quête de financement. Mais là encore, il n'est pas question pour celle-ci de remettre une somme d'argent à titre de garantie à celui auprès de qui elle sollicite du financement ! D'où généralement, dans ce contexte, le recours à la technique du « nantissement de monnaie scripturale » (parfois également appelé *gage-espèces en pratique*) qui, en dépit de sa consécration légale, fonctionne parfaitement et à moindre coût : plutôt que de se priver d'une somme qu'elle détiendrait, l'entreprise en quête de financement acceptera en effet que son banquier (cessionnaire Dailly ou bien *factor*) prélève une partie du financement accordé en contrepartie de la remise des créances afin d'alimenter un compte de garantie spécialement affecté en garantie de paiement de ses engagements – *on retrouve ici encore une sorte d'effet de levier dans le fait que l'assiette de la garantie, constituée à la faveur de nombreuses menues ponctions, servira à couvrir en totalité, le cas échéant, la défaillance du client.*

²³ T. Le Gueut, « Retour sur la notion d'obligation monétaire », *in* Mélanges en l'honneur de Corinne Saint-Alary-Houin, LGDJ, 2020, p. 325.

²⁴ V. présentation sommaire en annexe des opérations de crédit par mobilisation de créances.

En revanche, en marge du commerce de l'argent, le recours au gage-espèces tel que récemment consacré est tout à fait envisageable. Par exemple, on songe au maître de l'ouvrage qui, dans le cadre d'une opération de construction, budgétise le coût de la constitution d'un gage-espèces qui permet de rassurer l'entrepreneur au moment de lancer les travaux. Et dans ce contexte, la consécration du transfert de propriété d'une somme d'argent à titre de garantie en même temps que la clarification de son régime, notamment en ce qui concerne sa résistance à l'ouverture d'une procédure collective à l'encontre du débiteur constituant, offre une meilleure sécurité juridique que par le passé, du temps où seule la Jurisprudence dessinait les contours d'un tel régime.

Section 2 – La cession de créance à titre de garantie

Les sources

La loi n° 2019-486 du 22 mai 2019 relative à la croissance et la transformation des entreprises (ci-après désignée « la loi Pacte »), prise en son article 60, avait habilité le Gouvernement, notamment, à « *inscrire dans le code civil la possibilité de céder une créance à titre de garantie* ».

L'Ordonnance n° 2021-1192 du 15 septembre 2021 portant réforme du droit des sûretés (ci-après désignée « l'Ordonnance »), prise en son article 11, VII, y a procédé en créant, dans le code civil, les articles 2373 à 2373-3 au sein d'une sous-section 2 intitulée *De la cession de créance à titre de garantie* qui compose désormais, avec deux autres sous-sections consacrées respectivement à la fiducie à titre de garantie et à la cession de somme d'argent à titre de garantie, une section 2 dénommée *De la propriété cédée à titre de garantie*.

La genèse

À la veille de l'Ordonnance, seuls les articles L 313-23 et suivants du code monétaire et financier (hérités de la loi n° 81-1 du 2 janvier 1981 facilitant le crédit aux entreprises, dite « loi Dailly ») d'une part, et les (anciens) articles 2372-1 et suivants du code civil, consacrés à la fiducie-sûreté, permettaient expressément de transférer une créance à titre de garantie. Cependant, un tel transfert n'était possible qu'au bénéfice d'établissements de crédit ou assimilés dans le premier cas et qu'au prix d'une certaine lourdeur et d'importants coûts de fonctionnement dans le second.

Pour tenter de se soustraire à ces contraintes, certains avaient alors imaginé confectionner, en marge de ces textes, une cession de créance à titre de garantie à partir des dispositions des droits communs, respectivement, des contrats et des biens. Mais leur entreprise a été stoppée net par la Cour de cassation qui, dans un arrêt de la Chambre commerciale du 19 décembre 2006, a très clairement affirmé que : « *en dehors des cas prévus par la loi, l'acte par lequel un débiteur cède et transporte à son créancier, à titre de garantie, tous ses droits sur des créances, constitue un nantissement de créance* »²⁵. Or, à l'époque du moins, les droits conférés au créancier nanti apparaissaient moins solides que ceux conférés (à titre de garantie) au cessionnaire Dailly ou au créancier bénéficiaire d'une fiducie-sûreté en cas d'ouverture d'une procédure collective à l'encontre du débiteur de l'obligation garantie, ce qui faisait définitivement regretter les créanciers « *non banquiers* » de ne pas être éligibles au bénéfice de la cession Dailly.

C'est donc pour étendre le bénéfice de la cession de créance à titre de garantie à de tels créanciers qui ne sont pas des établissements de crédit ou assimilés et/ou pour éviter le recours lourd et onéreux à la fiducie-sûreté, que l'Ordonnance est venue

²⁵ Cass. com., 19 déc. 2006, n° 05-16.395 : *JurisData* n° 2006-036663 ; *JCP G* 2007, II, 10067, *rapp. M. Cohen-Branche et note D. Legeais* ; *RLDC* mars 2007, n° 35, p. 38, *obs. J.-J. Ansault* ; *RTD civ.* 2007, p. 160, *obs. P. Crocq* ; *RLDC* 2007, n° 36, p. 29, *note D. Houtcieff* ; *Banque et Droit*, n° 112, mars-avr. 2007, p. 61 s., *obs. F. Jacob* ; *D.* 2007, p. 344 s., *note Ch. Larroumet* ; *Deffrénois* 2008, art. 38726, p. 414 s., *obs. Ph. Théry*. - *Adde L. Aynès, La cession de créance à titre de garantie : quel avenir ? : Dr. et patr. avr. 2007, p. 28 s.*

consacrer pour la première fois en droit français, et à l'image de droits étrangers, le principe même d'une cession de créance à titre de garantie... de droit commun.

Plan – En vue d'apprécier l'utilité de cette nouvelle sûreté-propriété, notamment au regard des mécanismes concurrents (§2), encore faut-il au préalable en comprendre la mécanique (§1).

§1 – Mécanisme de la cession de créance à titre de garantie

I – Le principe de la cession de créance à titre de garantie

Pour la première fois, le principe d'une cession de créance à titre de garantie de droit commun est affirmé à l'article 2373 du code civil : « *la propriété d'une créance peut être cédée à titre de garantie d'une obligation par l'effet d'un contrat conclu en application des articles 1321 à 1326* » du code civil.

Il s'agit ainsi d'un authentique contrat, en l'occurrence bipartite (entre le cédant et le cessionnaire) et solennel²⁶, ayant pour objet (effet) de transférer la propriété d'une créance à titre de garantie d'une obligation. Au-delà des mots, et parce qu'il n'organise aucun échange, ce contrat n'est donc pas à ranger dans la catégorie des cessions ou ventes classiques qui supposent l'existence d'une contrepartie (le prix), mais dans celle des mécanismes contractuels de garantie.

Le texte restant silencieux sur la teneur des créances pouvant être cédées, c'est certainement une interprétation large qui a vocation à prévaloir : toutes les créances, y compris des créances non monétaires, à condition qu'elles ne soient pas stipulées incessibles²⁷, devraient pouvoir être cédées à titre de garantie... même si le terrain d'élection de cette nouvelle sûreté sera à n'en pas douter celui des créances monétaires. Ensuite, ce sont aussi bien des créances civiles que des créances professionnelles qui pourraient être cédées. De plus, l'avenir le dira, mais on peut également imaginer que, comme dans la cession Dailly, puissent être cédées des créances, voire des créances techniquement un peu particulières comme des créances cambiales ou obligataires.

II – Le régime de la cession de créance à titre de garantie

L'article 2273 du code civil, aussitôt après avoir consacré le principe d'une cession de créance à titre de garantie, renvoie aux règles gouvernant la cession de créance de droit commun héritées de la réforme du droit des contrats de 2016 (A). Puis les articles suivants, numérotés 2373-1 à 2373-3, fixent des règles spéciales (B).

A – Le renvoi aux règles de droit commun

Le nouvel article 2373 du Code civil renvoie aux articles 1321 à 1326 du Code civil, soit à la cession de créance classique dont il convient d'appliquer le régime. Il en

²⁶ Ce qui signifie que la rédaction d'un écrit est nécessaire à sa validité.

²⁷ Certaines créances comme les créances alimentaires ou les créances de salaires sont incessibles, jusqu'à un certain montant.

découle un certain nombre de conséquences connues dont certaines peuvent être ici rappelées.

Notamment, la conclusion de la cession de créance à titre de garantie requiert, à peine de nullité, l'établissement d'un écrit. Ce contrat aura pour effet de transférer la propriété de la créance du patrimoine du cédant vers celui du cessionnaire, lequel deviendra donc propriétaire (titulaire exclusif) de la créance initiale, avec ses forces, avec ses faiblesses. Dès lors, le cessionnaire bénéficiera des accessoires de la créance cédée mais pourra également se voir opposer les exceptions inhérentes à la créance, tout comme les exceptions extérieures à la créance du moment qu'elles sont nées avant que la cession ne soit devenue opposable au débiteur cédé.

En ce qui concerne la date d'effet de la cession, celle-ci intervient très classiquement *inter partes* et *erga omnes* à la date de l'acte (y compris dans le cas d'une cession de créance future, v. *infra*), mais pour qu'elle soit opposable au tiers particulier qu'est le débiteur cédé, il faudra lui notifier la cession ou que celui-ci en prenne acte.

B – Les dispositions spéciales

1° L'article 2373-1

L'article 2373-1, alinéa 1, dispose : « *les créances garanties et les créances cédées sont désignées dans l'acte* ». Il s'agit là d'une affirmation du principe de spécialité tant en ce qui concerne la créance garantie que la créance cédée. Puis, le même article précise, dans son alinéa 2 : « *si elles sont futures, l'acte doit permettre leur individualisation ou contenir des éléments permettant celle-ci tels que l'indication du débiteur, le lieu de paiement, le montant des créances ou leur évaluation et, s'il y a lieu, leur échéance* ». Ainsi les créances futures, à condition d'être individualisées ou au moins individualisables, peuvent être aussi bien garanties que cédées au travers d'une cession civile de créance à titre de garantie.

S'agissant précisément des créances futures cédées à titre de garantie, le transfert de leur propriété interviendra à la date de l'acte et non pas au jour de la naissance de la créance. En effet, jusqu'à présent, l'article 1323, alinéa 3 du code civil, disposait que « *le transfert d'une créance future n'a lieu qu'au jour de sa naissance, tant entre les parties que vis-à-vis des tiers* ». Or cet article a été abrogé par l'Ordonnance, si bien que la date du transfert des créances futures sera rétroactivement reportée du jour de la naissance de la créance à la date de conclusion de la cession.

2° L'article 2373-2

Cet article précise le sort des sommes devant être payées au cessionnaire au titre de la créance cédée, ce qui suppose que l'échéance de la créance cédée soit antérieure à celle de la créance garantie. Deux phases doivent alors être distinguées.

Avant l'échéance de la créance garantie, la propriété du cessionnaire sur la créance cédée se reporte sur les sommes d'argent reçues du cédé. L'article 2373-2, alinéa 2 du code civil indique en effet que le cessionnaire conserve les sommes « *dans les conditions prévues aux articles 2374-3 à 2374-6 [du Code civil]* », lesquels régissent

le sort de la cession de somme d'argent à titre de garantie²⁸. *A priori* donc, le cessionnaire aura la libre disposition de la somme cédée, sauf convention contraire qui devrait en préciser l'affectation.

À l'échéance, le dispositif nouveau prévoit une règle spécifique et immédiate : la règle de l'imputation²⁹. En effet, l'article 2373-2, alinéa 1 du Code civil énonce que « *les sommes payées au cessionnaire au titre de la créance cédée s'imputent sur la créance garantie lorsqu'elle est échue* ». Ainsi, plutôt que de passer par le mécanisme complexe de la compensation dont il faudrait scruter les conditions d'application, c'est une règle plus basique d'imputation qui est ici retenue. Lorsque le cessionnaire recouvre les créances cédées avant l'échéance de la créance garantie, il conservera les sommes ainsi encaissées mais à charge de les imputer sur la dette du cédant à son égard, lorsqu'elle sera échue. La dette du cédant est tout simplement diminuée à due concurrence. Mais le principe commun en droit des sûretés, en l'occurrence celui du non-enrichissement du créancier au moyen d'une sûreté, demeure : en cas de reliquat, ou si la créance garantie lui est entièrement réglée, la créance cédée lui ayant été payée, ce sont alors les règles de la cession de sommes d'argent à titre de garantie qui s'appliqueront. Le créancier devra re-transférer la propriété des sommes dans le patrimoine du constituant. Il devra, conformément à l'article 2374-6 du Code civil, restituer au cédant « *la somme cédée, augmentée s'il y a lieu des fruits et intérêts* », c'est-à-dire qu'il devra lui rendre une somme équivalente à celle qui lui aura été remise.

3° L'article 2373-3

Ce dernier article dispose : « *lorsque la créance garantie est intégralement payée avant que la créance cédée ne le soit, le cédant recouvre de plein droit la propriété de celle-ci* ». Ainsi lorsque l'obligation garantie est payée (exécutée) alors que la créance transférée à titre de garantie ne l'a pas encore été, cette dernière revient au cédant « *de plein droit* », c'est-à-dire automatiquement, sans que la moindre formalité ne soit nécessaire à cet effet.

Cette règle est remarquable comparée à l'exigence d'un écrit *ab initio*, nécessaire pour emporter transfert de la créance du patrimoine du cédant vers celui du cessionnaire. Mais elle n'est pas surprenante au regard de la jurisprudence rendue en matière de cession Dailly³⁰ qui consacre cette automaticité depuis 2010. Cette règle fait donc son entrée en droit commun, ce qui n'est pas étonnant au regard de la nature de sûreté de ce transfert. Il est logique de ne pas affaiblir son efficacité en soumettant à des formalités le retour de la créance cédée dans le patrimoine du cédant dès lors que tout s'est bien passé sans qu'il y ait eu besoin, pour le cessionnaire, d'utiliser la créance transférée.

Cela dit, la cession à titre de garantie ayant été initialement notifiée au cédé, il faudra penser à symétriquement l'informer du retour de la créance dans le patrimoine du cédant. À défaut, son paiement entre les mains du cessionnaire serait libératoire. À notre sens d'ailleurs, cette notification devrait être le fait du cédant, pour les mêmes raisons que celle intervenant initialement en sens inverse est le fait du cessionnaire.

²⁸ v. thématique 3, thème 1

²⁹ *ibid*

³⁰ Cass. com., 9 févr. 2010, n° 09-10.119

§2 – Utilité de la cession de créance de créance à titre de garantie

I – Au regard de la cession Dailly à titre de garantie

C'est aussi bien à l'articulation (A) qu'à la comparaison (B) des droits spécial et commun de la cession de créance à titre de garantie qu'il faut ici s'intéresser.

A – Articulation des droits spécial et commun de la cession de créance à titre de garantie

Jusqu'à présent, seuls les établissements de crédit et autres sociétés financières disposaient, afin de garantir les financements qu'ils accordent aux personnes morales ou entrepreneurs individuels, de la cession de créance professionnelle à titre de garantie issue de la loi Dailly.

Désormais, les créanciers « *non banquiers* » comme une société de construction par exemple, qui sont exclus du domaine d'application de la loi Dailly, pourront avoir eux aussi recours à la cession de créance à titre de garantie prise dans sa version « droit commun » telle que régie aux articles 2373 à 2373-3 dans le code civil.

Mais dans le même temps, la question se pose également de savoir si les établissements de crédit et autres sociétés financières auront le choix entre la traditionnelle cession Dailly et la cession de droit commun à titre de garantie.

Sans doute un débat surgira-t-il sur le point de savoir si les dispositions du code monétaire et financier sur la cession de créance professionnelle seront exclusives de celles du Code civil quant au recours à la cession de créance à titre de garantie. Cela ne va pas sans rappeler le débat sur le gage sur stock et le gage de droit commun, à ceci près que les deux dispositions étaient contemporaines l'une de l'autre. En l'absence de précision textuelle sur cette question de concurrence entre les deux dispositions, les deux réponses sont possibles :

- sans doute l'on pourra défendre que l'adage « *specialia generalibus derogant* » devrait trouver à s'appliquer et légitimer l'exclusion des dispositions du droit commun de la cession à titre de garantie lorsque les conditions du champ d'application d'une cession de créances professionnelles sont réunies ;
- mais, au-delà de cette approche technico-juridique de la situation, on peine à voir pourquoi il faudrait absolument priver les établissements de crédit et assimilés d'un nouvel outil de garantie des crédits qu'ils pourraient accorder aux entreprises, auquel cas se poserait la question de savoir s'il vaut mieux choisir l'une ou l'autre forme de cession.

B – Comparaison des droits spécial et commun de la cession de créance à titre de garantie

Dans la mesure où ces deux formes de cession à titre de garantie sont toutes deux assises sur le principe d'un transfert de propriété à titre de garantie *a priori* provisoire

et opposable *erga omnes* à la date de la cession, c'est dans le détail de leurs régimes respectifs qu'il faut se plonger pour trouver des éléments de comparaison discriminants, ce qui suppose de distinguer selon que le cédant est (2) ou non (1) en procédure collective.

1° En dehors d'une procédure collective ouverte à l'encontre du cédant

En premier lieu, le formalisme semble plus exigeant en matière de cession Dailly qu'en matière de cession de droit commun dès lors que des mentions précises sont exigées dans le premier cas alors que seuls le principe d'un écrit et la désignation des créances cédées et garanties ne sont exigés dans le second. Peut-être les cessionnaires auront-ils ainsi intérêt à choisir l'outil dont le mode de conclusion est le plus souple. D'autant que l'on sait que la Jurisprudence fait déjà dégénérer la cession Dailly irrégulièrement formée sur le plan formel en une cession de créance de droit commun, si bien qu'il est très probable qu'il en sera exactement de même en matière de cession de créance à titre de garantie.

En deuxième lieu, l'acceptation de la cession Dailly par le débiteur cédé qui, comme en droit cambiaire, permet de purger les exceptions en offrant au cessionnaire la certitude d'être payé, n'est pas prévue dans le dispositif de droit commun de la cession de créance à titre de garantie ; cela pourrait cette fois conduire les banquiers à préférer la cession Dailly. Pour autant, on pourrait aussi envisager que les parties à une cession de créance à titre de garantie de droit commun puissent convenir d'une acceptation de ladite cession par le cédé et ce, sur la base de la liberté contractuelle. Autrement dit, le débiteur cédé pourrait très bien, si le cessionnaire le lui demandait, accepter de s'engager directement envers lui dans le cadre de tel ou tel type de financement.

En troisième lieu, on ne retrouve pas dans le droit commun de la cession de créance à titre de garantie l'équivalent de l'article L. 313-24, alinéa 2, du code monétaire et financier, c'est-à-dire la garantie solidaire du cédant³¹ quant au paiement des créances cédées, si bien que seule est garantie l'existence de la créance comme le prévoit le droit commun de la cession de créance. De ce point de vue, et sauf encore une fois à modifier juridiquement sur ce point la cession de créance à titre de garantie de droit commun, la préférence devrait aller à la cession Dailly à titre de garantie.

En somme, il est toujours possible d'imaginer que les banquiers, afin de bénéficier du supplément de souplesse qu'offre la cession de droit commun, en modifie les termes afin de parvenir au même niveau de sécurité qu'en présence d'une cession Dailly. Mais les habitudes sont tenaces, notamment et surtout chez les banquiers... Sans compter que la question même d'un choix offert aux banquiers n'est pas tranchée et que les éventuelles marges de manœuvre laissées à la liberté contractuelle en la matière ne sont pas encore déterminées. De sorte que l'on peut raisonnablement penser que la cession de créance à titre de garantie de droit commun sera le plus souvent choisie par ceux qui n'ont pas d'autre choix, à savoir les créanciers exclus du bénéfice de la cession Dailly. Et ce pressentiment ne se renforce que davantage encore si l'on envisage le cas de l'ouverture d'une procédure collective à l'encontre du cédant.

³¹ Sur ce point, V. les obs. d'O. Deshayes, La cession de créance de droit commun à titre de garantie. Révolution dans le monde des sûretés sur créances ? : JCP E 2021, 1493.

2° En présence d'une procédure collective ouverte à l'encontre du cédant

Dans le cas où une procédure collective serait ouverte à l'encontre du cédant, les différences entre le régime droit commun et le régime spécial de la cession de créance à titre de garantie apparaissent nettement. En effet, deux textes doivent être ici évoqués, qui sont issues de l'autre Ordonnance du 15 septembre 2021 dite, quant à elle, « *Ordonnance insolvabilité* ».

- D'abord, l'article L. 622-21 du Code de commerce traite désormais, dans son IV, de l'accroissement de l'assiette d'une sûreté réelle. Plus précisément, il pose que le jugement d'ouverture interdit de plein droit tout accroissement de l'assiette d'une sûreté réelle et prévoit dans son alinéa 2 que « *toute disposition contraire, portant notamment sur un transfert de biens ou droits du débiteur non encore nés à la date du jugement d'ouverture est inapplicable* ». Ainsi, en cas de cession de créances futures (comme de nantissement d'ailleurs), le principe de l'opposabilité immédiate de la cession est ici mis à mal par le jugement d'ouverture qui fera obstacle à leur transfert au profit du cessionnaire (comme du créancier nanti).

Cependant, l'alinéa suivant (*C. com., art. L. 622-21, IV, dernier al.*) réserve l'hypothèse de la cession de créances professionnelles, tout au moins lorsqu'elle intervient en exécution d'un contrat-cadre conclu avant l'ouverture de la procédure, ce qui est quasiment toujours le cas en pratique.

Autrement dit, sauf à intervenir ponctuellement en dehors de tout contrat cadre, la cession Dailly de créances futures à titre de garantie résistera à l'ouverture d'une procédure collective à l'encontre du cédant tandis que la cession de créances futures à titre de garantie de droit commun verra quant à elle ses effets être gelés. Et ce, donc, précisément au moment où la garantie aurait pourtant été la plus utile !

- Ensuite, c'est l'article L. 632-1, I, 6° du code de commerce qui annule toute sûreté conventionnelle constituée en période suspecte pour des dettes antérieurement contractées, à l'exception là encore de la cession de créances professionnelles intervenue en exécution d'un contrat-cadre conclu avant la date de cessation des paiements.

On le voit dans l'un et l'autre cas, alors que ces textes ont été créés pour l'un et modifié pour l'autre, le sort particulier n'est réservé qu'au cessionnaire Dailly. Il s'agit alors dans les deux hypothèses envisagées d'améliorer le sort du banquier cessionnaire Dailly lorsqu'il aura pris la peine d'anticiper le transfert des créances à son profit par une convention-cadre. Sans doute que si le législateur avait voulu réserver le même sort favorable à la cession de créance à titre de garantie de droit commun, il l'aurait prévu. L'on imagine mal que ce soit ici un oubli de plume...

§II – Au regard du nantissement de créance

Il est certain que les créanciers, banquiers ou non, peuvent hésiter, aujourd'hui comme hier, entre la cession de créance à titre de garantie – *Dailly ou de droit commun selon qu'ils sont respectivement banquiers ou non* – et le nantissement de créance dans la mesure où leurs régimes respectifs ont été alignés en ce qui concerne leur constitution et leur opposabilité. D'autant que ces deux sortes de sûretés sont toutes deux

« *procédures collectives résistantes* » dès lors que le créancier peut compter dans les deux cas sur un droit au paiement exclusif – *même si le droit de rétention du créancier nanti bénéficiant d'un nantissement sur compte bancaire méritera d'être éprouvé.*

Mais au-delà de ces points de similitude, quelques différences subsistent, le nantissement de créance offrant un supplément de souplesse qui mérite d'être remarqué (A), même si c'est la cession de créance à titre de garantie qui peut paraître la plus efficace (B).

A – La plus grande souplesse du nantissement de créance

Le nantissement autorise le cumul de sûretés. En effet, le nouvel article 2361-1 du code civil envisage qu'une même créance puisse faire l'objet de nantissements successifs. Dès lors, il est prévu que le rang des créanciers est réglé par l'ordre des actes, sachant que si le second créancier a été payé car il a plus rapidement notifié (au débiteur de la créance nantie), le premier dispose naturellement d'un recours contre lui.

Or, cette possibilité de cumul est exclue dans la cession à titre de garantie puisque par définition la créance est sortie du patrimoine du cédant et qu'une seconde cession serait nulle, même si le premier cessionnaire disposera d'un recours en remboursement tant contre le cédant que contre l'*accipiens*.

De ce point de vue, le nantissement offre donc indéniablement plus de souplesse au débiteur constituant, sans nécessairement effrayer les créanciers nantis, à condition toutefois que les créanciers successifs se renseignent sur l'existence d'éventuels autres nantissements. Cela dit, rien n'empêche que la cession de créance à titre de garantie ne porte que sur une fraction de la créance, ce qui reviendrait non pas à permettre de céder deux fois la même créance mais à tirer parti de l'intégralité de son montant en se procurant du crédit auprès de plusieurs créanciers.

B – La plus grande efficacité de la cession de créance à titre de garantie

La cession de créance à titre de garantie, qu'elle soit envisagée dans sa version Dailly ou de droit commun, conservera toujours l'intérêt d'être une sûreté translatrice de propriété. Cela demeurera toujours son atout majeur aux yeux, cette fois, du cessionnaire qui devient pleinement titulaire de la créance dont il peut librement disposer en usant des fonds éventuellement reçus du cédé, en pouvant immédiatement les imputer une fois la créance garantie devenue exigible et en bénéficiant tout aussi immédiatement des sûretés accessoires de la créance. Trois avantages que le nantissement de créance ne lui permet pas d'obtenir.

D'autant qu'un second argument, d'ordre historique, semble encore militer en ce sens. Si l'on songe à la cession Dailly à titre de garantie *versus* le nantissement Dailly (que prévoyait également la loi Dailly), force est de constater que le nantissement n'a quasiment jamais été utilisé en pratique. À tel point d'ailleurs que le législateur en matière de procédures collectives n'a même pas jugé bon de l'évoquer aux côtés de la cession Dailly lorsqu'il prévoit la résistance de celle-ci à l'ouverture d'une procédure collective, que ce soit aux articles L. 622-21, IV, ou L. 632-1, I, 6° du code de commerce précédemment cités.

Alors certes, si le nantissement de créances professionnelles n'a pu se développer à l'ombre de la cession de créances professionnelles, c'était peut-être parce qu'il s'agissait d'une autre époque marquée par un contexte tant économique que juridique différent... Certes, le nantissement de créance paraissait alors poussiéreux tandis que la cession Dailly, assez simple de constitution, incarnait la modernité. Peut-être, sans doute... mais il reste les habitudes de place, encore une fois, sont tenaces...

En définitive, comparer est toujours un exercice difficile car relatif : tout dépend du point de vue adopté. De celui du créancier-bénéficiaire, la cession à titre de garantie (Dailly ou de droit commun) apparaît sûrement comme la plus efficace, le transfert de propriété de la créance lui offrant une indéniable sécurité. De celui du débiteur, en revanche, la préférence pourrait aller au nantissement qui lui permet d'exploiter en plusieurs fois le potentiel de garantie résidant dans ses propres créances tout en évitant de les faire sortir de son bilan...

Section 3 – Le nantissement de créance/compte-titres

Les sources

La loi n° 2019-486 du 22 mai 2019 relative à la croissance et la transformation des entreprises (ci-après désignée « la loi Pacte »), prise en son article 60, avait habilité le Gouvernement, notamment, à « *préciser les règles du code civil relatives au nantissement de créance, en particulier sur le sort des sommes payées par le débiteur de la créance nantie et sur le droit au paiement du créancier nanti* ».

L'Ordonnance n° 2021-1192 du 15 septembre 2021 portant réforme du droit des sûretés (ci-après désignée « l'Ordonnance »), prise en son article 9, y a procédé en modifiant les dispositions des 2355 et suivants du code civil afin, pour l'essentiel, de :

- consacrer la faculté de consentir des nantissements successifs (§I) ;
- consolider les droits du créancier nanti (§II) ;
- clarifier les règles en matière d'opposabilité des exceptions (§III).

§I – La faculté de consentir des nantissements successifs

Le nouvel article 2361-1 du code civil dispose : « *lorsqu'une même créance fait l'objet de nantissements successifs, le rang des créanciers est réglé par l'ordre des actes. Le créancier premier en date dispose d'un recours contre celui auquel le débiteur aurait fait un paiement* ».

En cas de nantissements successifs, le rang des créanciers est réglé par l'ordre des dates des actes : le premier en date est payé à hauteur de sa propre créance (garantie), puis le deuxième à hauteur de la sienne et ainsi de suite.

Par ailleurs, et c'est le sens de la deuxième phrase, si le créancier de premier rang n'a pas notifié et que le paiement de la créance intervient au profit du créancier de second rang, le paiement intervenu ne met pas fin à la sûreté de premier rang mais se manifeste d'une façon différente. Le débiteur est libéré, mais le créancier n° 1 dispose d'un recours contre le créancier n° 2. Peu importe que la créance soit éteinte et n'existe plus, il est possible d'aller chercher l'argent « dans la poche du créancier » de second rang.

Les dates apposées sur les nantissements successifs jouent ainsi un rôle capital dans la hiérarchisation des intérêts en présence, si bien que les créanciers les moins scrupuleux pourraient être tentés de modifier ces dates.

D'où les prévisions de l'article 2361 : « *En cas de contestation, la preuve de la date incombe au créancier nanti, qui peut la rapporter par tout moyen* ». Les moyens de prouver l'exactitude de la date apposée sont les plus larges possibles, mais la charge, et partant le risque, de la preuve incombent bel et bien au créancier nanti.

Dans le prolongement de cette consécration en droit commun de la faculté de consentir des nantissements successifs sur une même créance, l'Ordonnance a également modifié, au travers de son article 29, l'article L 211-20 du code monétaire

et financier afin de consacrer la même faculté s'agissant du nantissement de comptes-titres.

§II – La consolidation des droits du créancier nanti

Contrairement au cessionnaire d'une créance transférée à titre de garantie, le créancier nanti ne reçoit pas la titularité de la créance : il n'en reçoit que les prérogatives qui y sont attachées, à savoir pour l'essentiel le droit au paiement. En effet, le mécanisme de garantie propre au nantissement tient au fait que le débiteur de la créance nantie, une fois qu'il a connaissance du nantissement, devra payer le créancier nanti qui, selon que sa créance garantie aura été ou non payée, conservera tout ou partie des sommes payées.

Le nantissement de créance fait ainsi dériver les sommes initialement dues au constituant (débiteur de la créance garantie) vers le créancier nanti.

D'où la question de savoir à quel point ce droit au paiement du créancier nanti est efficace et ce, surtout, en cas d'ouverture d'une procédure collective à l'encontre du constituant. En effet, si l'on maintient au nantissement son efficacité au profit du créancier nanti, on prive d'autant de trésorerie le constituant en difficulté.

Avant l'Ordonnance de 2021, la Jurisprudence s'était déclarée en faveur de l'efficacité du nantissement à l'égard des autres créanciers du constituant (Cass. civ., 2^{ème}, 2 juillet 2020, n° 19-11.417) et même, du moins de l'avis de nombreux auteurs, à l'égard des organes de la procédure collective ouverte à l'encontre du constituant (Cass. com., 26 mai 2010, n° 09-13.388).

Cette tendance est confirmée par l'Ordonnance. Le rapport au Président de la République est clair en ce sens : « *L'article 2363 est modifié afin de clarifier le droit du créancier nanti au paiement : il s'agit non pas d'un droit préférentiel (qui donnerait lieu à un concours et donc à un classement) mais d'un droit exclusif (le créancier nanti exclut les autres créanciers et ne peut donc pas se faire primer) reposant sur un droit de rétention sur la créance nantie. Cette clarification est conforme au dernier état de la jurisprudence* ».

Aussi, là où l'ancien article 2363, alinéa 1, disposait : « *Après notification, seul le créancier reçoit valablement paiement de la créance donnée en nantissement tant en capital qu'en intérêts* », le nouvel article 2363, alinéa 1, dispose désormais : « *Après notification, le créancier nanti bénéficie d'un droit de rétention sur la créance donnée en nantissement et a seul le droit à son paiement tant en capital qu'en intérêts* ».

L'on ne peut comprendre ce nouveau texte consacrant le droit de rétention, en sus du droit au paiement que de la façon suivante : outre son droit direct au paiement à l'échéance de la créance garantie, le créancier nanti, disposant d'un droit de rétention sur cette créance, peut s'opposer à son paiement à un tiers avant l'échéance de la créance garantie.

L'efficacité du nantissement de créance est donc aujourd'hui parfaitement établie.

Reste le cas d'une situation particulière : celle du banquier-prêteur qui se fait consentir un nantissement sur le compte bancaire sur lequel sont inscrits les fonds qu'il a prêtés et dont il est lui-même le teneur. Dans ce cas de figure, le banquier est à la fois créancier nanti, en tant que prêteur créancier du remboursement, et débiteur de la créance nantie, en tant que teneur de compte du compte bancaire nanti. *Dès lors, quid en cas d'ouverture d'une procédure collective à l'encontre du client constituant et, partant, d'un ordre de virement des sommes prêtés vers le compte ouvert dans les livres d'une banque dite judiciaire, c'est-à-dire une banque offrant des services aux entreprises en difficulté comme, notamment, les banques Thémis ou Delubac ?*

En effet, cette pratique de place, qui consiste à faire migrer les comptes de l'entreprise vers une banque spécialisée dans la tenue de comptes d'entreprises en difficulté prive *de facto* le banquier prêteur de son nantissement dès lors que cette opération en réduit l'assiette à zéro.

Aussi les banquiers ont-ils convenu d'une clause avec leurs clients constituants, leur permettant de bloquer les sommes à titre conservatoire en cas d'ouverture d'une procédure collective. Le but étant ainsi, non pas de se payer au travers de la réalisation du nantissement, mais seulement de préserver l'assiette du nantissement dans l'état où celle-ci se trouvait au jour de l'ouverture de la procédure collective. Ce qui, cette fois, prive d'autant le client et les organes de la procédure de trésorerie.

La Cour de cassation a condamné le jeu d'une telle clause dans un arrêt du 22 janvier 2020 (Cass. com., 22 janv. 2020, n° 18-21.647) en affirmant, dans les grandes lignes, qu'il n'était pas envisageable de priver l'entreprise en difficulté de trésorerie au profit de son banquier prêteur car cela priverait la procédure collective de tout son potentiel.

Aussi controversé qu'il ait pu apparaître sur le plan juridique, cet arrêt n'en fixait pas moins une solution claire en droit positif : le banquier prêteur nanti ne pouvait retenir les sommes figurant sur le compte bancaire nanti au jour du jugement d'ouverture.

Or, dans le Rapport au Président de la République, il est mentionné que « *l'article 2360, relatif au nantissement de compte, n'est pas modifié, ce qui pérennise la jurisprudence de la Cour de cassation ayant déterminé le sort de cette sûreté en procédure collective (Com., 22 janv. 2020, n° 18-21.647)* ».

Il semble pourtant, comme dit précédemment, que la reconnaissance d'un droit de rétention sur la créance nantie, à condition que le nantissement de compte ait été notifié (le banquier prêteur devant se le notifier « à lui-même » en tant que banquier teneur de compte) a vocation à modifier la solution retenue par la Cour de cassation. En effet, la clause que les banquiers inséraient dans leurs contrats afin de préserver les conditions d'efficacité de leur nantissement, ne contenait ni plus ni moins qu'un droit de rétention contractuel. Désormais, ce droit de rétention est légal à la faveur de l'article 2363, de sorte que nonobstant l'absence de modification de l'article 2360, la solution retenue en Jurisprudence ne semble plus tenable : le banquier prêteur devrait être en mesure de légalement retenir les sommes composant l'assiette de son nantissement, à hauteur bien entendu des sommes qui y figuraient au jour de l'ouverture de la procédure collective.

Sur ce point précis, l'Ordonnance a donc davantage brouillé que clarifié les choses, si bien que l'on peine à voir comment les banquiers prêteurs devraient désormais rédiger leurs contrats de nantissement de compte bancaire.

§III – La clarification des règles d'opposabilité des exceptions

Le nantissement de créance est une sûreté réelle sur un bien particulier (une créance) qui fait nécessairement intervenir une troisième personne, à savoir le débiteur de la créance nantie. Autrement dit, cette sûreté réelle s'apparente à une opération sur créance à trois personnes, à l'instar notamment d'une cession de créance.

Dès lors, se pose la traditionnelle question de savoir si le débiteur de la créance nantie peut opposer au créancier nanti les exceptions (moyens de défense) qu'il pourrait opposer à son créancier initial, le constituant.

Sur ce point, l'Ordonnance a, en toute cohérence, aligné le régime du nantissement de créance sur celui de la cession de créance en reprenant l'essentiel des dispositions de l'article 1324, alinéa 2, du code civil.

C'est ainsi qu'un nouvel article 2363-1 dispose désormais que : « *Le débiteur de la créance nantie peut opposer au créancier nanti les exceptions inhérentes à la dette. Il peut également opposer les exceptions nées de ses rapports avec le constituant avant que le nantissement ne lui soit devenu opposable* ».

SECONDE PARTIE

PREMIERS RETOURS D'EXPERIENCE

NB : les premiers retours d'expérience présentés dans cette partie émanent d'un certain nombre de professionnels du droit et du crédit (juristes de banques, avocats, magistrats, notaires et avocats aux conseils), que les auteurs du présent rapport remercient infiniment pour leur disponibilité.

À propos des sûretés personnelles et réelles, hormis les sûretés sur actifs financiers

Les entretiens réalisés auprès des magistrats ont fait apparaître qu'il est encore trop tôt pour constater en matière contentieuse les premiers effets de la réforme du droit des sûretés.

Il ressort des entretiens réalisés auprès de banques (principalement de détail) que celles-ci ne consentent plus de crédit « à tous les vents ». Pour preuve, le contentieux sur le crédit abusif a été réduit à « *peau de chagrin* ». Elles sont particulièrement vigilantes sur les capacités de remboursement de leurs clients, qu'il s'agisse de particuliers ou d'entreprises. Autrement dit, les banques ne prêtent pas en considération des sûretés consenties, mais bien davantage au regard de la capacité de remboursement de l'emprunteur et de leurs *ratios* internes. Si un contentieux survient, les prêteurs professionnels considèrent qu'il s'agit d'un échec en soi (la renégociation a dû échouer, notamment) et finalement le pourcentage de recouvrement des créances à la suite de la mise en œuvre de la sûreté n'est pas une donnée qui les intéresse puisqu'il classe la réalisation d'une sûreté dans la catégorie « échec ». La sûreté a donc un rôle psychologique important et demeure un moyen de pression sur le débiteur sachant qu'évidemment les banques recherchent la sûreté la plus adaptée, non pas pour la réaliser mais pour s'en servir en vue de renégocier la dette.

Quant à l'appréciation portée par les avocats, la réforme a été jugée de qualité car elle simplifie et modernise un certain nombre de domaines. A toutefois été déplorée un manque d'articulation entre la thématique abordée, le droit des sûretés, et des matières fondamentales pour les praticiens, qu'il s'agisse des règles de procédures civiles ou encore des exigences inhérentes à la responsabilité civile.

1. Interrogés plus précisément sur le cautionnement, les enquêtés indiquent que lorsque les banques classiques (il ne s'agit pas des banques d'affaires) y ont recours, elles sélectionnent la caution en fonction de la qualité de l'emprunteur. Si l'emprunteur est une SCI, elle réclamera le cautionnement des associés ; s'il s'agit d'un étudiant, elle s'adressera aux parents ; si c'est une entreprise, c'est évidemment le dirigeant qui devra se porter caution. De façon globale, les entretiens accomplis ont mis en évidence l'effort louable de simplification de la matière. Des contentieux devraient très certainement se tarir en raison de la sécurité juridique offerte par certaines dispositions. En revanche, à ce jour, la réforme n'a pas modifié leur pratique en termes de choix des garanties.

Les entretiens ont ensuite porté de manière systématique sur les principales nouveautés relatives au droit du cautionnement.

Sur la mention manuscrite, selon certains responsables du secteur bancaire, c'est l'exemple même d'une fausse bonne idée en ce sens que le contentieux s'était peu à peu asséché, ce que confirment les magistrats et avocats consultés. Aussi, dans la mesure où la mention reste solennelle, même si elle est devenue libre aujourd'hui dans son contenu, les établissements de crédit continueront très certainement avec l'ancienne mention manuscrite et useront des mêmes formulaires qu'ils ne modifieront

pas. Il a toutefois été souligné par les représentants du barreau que l'option retenue par les auteurs de l'ordonnance que la totale liberté laissée lors de la rédaction de la mention alimente une nouvelle source de nouveaux contentieux. En effet, en l'absence de formule sacramentelle imposée par les textes, les plaideurs n'hésiteront certainement pas à continuer de plaider l'incompréhension de leur client s'agissant du sens et de la portée de leur engagement. *Cela conduira-t-il jusqu'à l'annulation du cautionnement ?* Sans doute que la jurisprudence trouvera la mesure out dépendra donc certainement de l'appréciation que la Cour de cassation fera de la nouvelle disposition.

Sur le devoir de mise en garde, les différents interlocuteurs s'interrogent sur sa mise en œuvre, et plus précisément sur les critères de son déclenchement, identifiant en l'espèce une zone d'incertitude. Cela dit, cette zone d'incertitude ne les inquiète pas outre mesure, leur raisonnement étant le suivant. À la lecture du texte, son objet est de mettre en garde la caution contre l'inadaptation du prêt cautionné aux capacités financières de l'emprunteur. Si le créancier n'a pas mis en œuvre la caution sur l'inadaptation du crédit octroyé aux capacités financières du débiteur (et donc à son risque accru de devoir payer à sa place), il sera déchu de son droit d'agir contre la caution, à hauteur du préjudice qu'elle aura subi, c'est-à-dire à hauteur de la quotité de l'excès. Or les cas dans lesquels cette mise en garde devrait avoir lieu seront, selon eux, très réduits. En effet, en tant que professionnels du crédit, ils préféreront anticiper et ne pas prêter dans de telles conditions (en cas de capacité financière risquée). Dès lors, aucune mise en garde ne sera nécessaire. Ce n'est que lorsqu'il n'y aura (quasiment) pas de risque à prêter, que l'obligation pourrait être mise en œuvre. Mais dans ce cas de figure, dans lequel la capacité financière du débiteur sera jugée suffisante, ils s'estiment, non pas délivrés de cette mise en garde, mais tout au moins légitimes à ne pas se précipiter à formaliser ce nouveau devoir. En effet, ils ont une déontologie du créancier professionnel à double détente. D'une part, éviter le risque en jugulant les prêts qui pourraient se révéler inadaptés ; à cet égard le devoir de mise en garde découvert par la jurisprudence pesant sur les banquiers à l'endroit des emprunteurs non avertis les a déjà conduits à davantage de prudence. D'autre part, ne pas formaliser trop précisément ce devoir de mise en garde dans des situations ne correspondant pas à l'hypothèse légale envisagée car cela pourrait se retourner contre eux et devenir une source de responsabilité contractuelle (constat effectué également par les magistrats). Aussi, pour les banques, ce devoir de mise en garde n'est pas un sujet, d'autant plus qu'existe déjà celui de la disproportion. Quant à la modification de la sanction, si l'existence d'une déchéance est appréciée, tous notent que le choix d'une décharge partielle sera problématique et source de contentieux. Aucun outil de mesure de la quotité de l'excès n'a été proposé par les professionnels interrogés.

En ce qui concerne le point de vue des magistrats, ils relèvent également que la nouvelle sanction prévue par le texte, à savoir la déchéance « à hauteur du préjudice *subi* », va se révéler délicate, son prononcé dépendant du contexte général de l'affaire (en particulier des relations entre caution/banquiers).

Enfin, il a été souligné par un avocat aux Conseils que si le texte prévoit l'exigence de mise en garde à l'égard de la caution, les conséquences processuelles d'un défaut d'une telle mise en garde du débiteur par le créancier à l'égard de la caution n'ont pas été envisagées par les auteurs de l'ordonnance. Ainsi dans la mesure où le texte parle de déchéance, il y a tout lieu de penser que le défaut de mise en garde pourrait

constituer un moyen de défense. Mais il est également envisageable d'y voir une demande reconventionnelle de la caution. Or, procéduralement parlant, l'une ou l'autre des options n'entraîne pas les mêmes conséquences. Un magistrat doit se prononcer sur toutes les demandes à condition qu'elles aient été récapitulées. Tel n'est pas le cas d'un moyen de défense. Aussi serait-il moins dangereux pour les plaideurs, moins source de contentieux et plus lisible de considérer que l'invocation du défaut de mise en garde n'est qu'un simple moyen de défense à la disposition des cautions.

Sur la disproportion, trois séries de remarques ont été faites par les différents interlocuteurs. D'abord, la perplexité de tous quant à la sanction envisagée est une constante. Il sera délicat d'identifier la réduction du montant de l'engagement à hauteur duquel la caution pouvait s'engager et nombre de magistrats du fond ont indiqué qu'il sera difficile de faire autre chose que du cas par cas. Ensuite cela pose la question de l'utilité de la fameuse fiche patrimoniale permettant d'établir le montant « à hauteur duquel (la caution) pouvait s'engager ». Or à cet égard, les banquiers veilleront toujours à ce qu'elle soit bien remplie par la caution et non de la main du chargé de clientèle, mais elle ne fait que formaliser une collecte de renseignements dont la véracité n'a pas à être vérifiée. Dès lors, aucune évolution quant à la preuve de la disproportion n'est à espérer, sauf décret éventuel plus précis destiné notamment à quantifier la disproportion – *décret que certains magistrats espèrent tandis que d'autres y sont profondément hostiles*. Enfin, la suppression du retour à meilleur fortune est plutôt bien accueillie par tous et considérée comme de bonne gestion du contentieux trop pléthorique en la matière. En effet, l'un des banquiers entendus a notamment relevé que si ce retour à meilleur fortune pouvait sembler favorable au crédit, il n'en était, en réalité, rien car cela était très difficile d'application en pratique dès lors que les prêteurs n'ont plus connaissance des revenus et du patrimoine de la caution. Aussi ladite preuve constitue-t-elle une *probatio diabolica* pour les prêteurs ainsi que les auxiliaires de justice.

Sur l'obligation d'information, même si les contentieux restent marginaux, les entretiens accomplis ont tous loué l'effort du législateur de clarifier et de simplifier les textes applicables regroupés au sein du Code civil, et dont les sanctions ont été unifiées. L'application immédiate de la disposition est louée. Seule demeure toutefois l'incertitude liée à la preuve de la communication de l'information, en dépit de l'utilisation d'un listing informatique qui se développe (avec éventuellement l'intérêt de recourir à un commissaire de justice qui pourrait attester de l'envoi global).

Sur ce premier volet, les avocats interrogés ont relevé l'intérêt, à très court terme de la question de l'application de la loi dans le temps. Bien qu'elle ne soit en principe pas rétroactive et ne dispose que pour l'avenir, seuls les cautionnements conclus à compter du 1^{er} janvier 2022 relèvent des nouvelles dispositions, si bien qu'il est très probable que les plaideurs tentent de soulever l'application du nouveau droit aux anciens contrats que les juges interprètent parfois « à la lumière » de la réforme. Ce mouvement semble avoir déjà été enclenché par l'arrêt de la première chambre civile du 21 avril 2022³² qui a jugé, à propos de la possibilité pour la caution d'invoquer la prescription biennale de l'art. L. 218-2 du code de la consommation qu'une telle solution « *exposait le débiteur principal au recours personnel de la caution, le privant ainsi du bénéfice de la prescription biennale attachée à sa qualité de consommateur*

³² Cet arrêt est un revirement par rapport à Cass. 1^{ère} civ., 11 déc. 2019, n° 18-16147

contractant avec un professionnel fournisseur de biens ou de services, outre qu'elle conduirait à traiter plus sévèrement les cautions ayant souscrit leur engagement avant l'entrée en vigueur de l'ordonnance précitée, laquelle permet en principe à la caution d'opposer au créancier toutes les exceptions qui appartiennent au débiteur. Il y a donc lieu de modifier la jurisprudence et de décider désormais que, si la prescription biennale de l'article L. 218-2 du code de la consommation procède de la qualité de consommateur, son acquisition affecte le droit du créancier, de sorte qu'il s'agit d'une exception inhérente à la dette dont la caution, qui y a intérêt, peut se prévaloir, conformément aux dispositions précitées du code civil ».

2. En ce qui concerne ensuite les **sûretés portant sur un immeuble**, la principale nouveauté pratique concerne la transformation des anciens privilèges légaux immobiliers en hypothèques légales spéciales. Un réel effort d'harmonisation de l'hypothèque, quelle que soit son origine, est ainsi consacré et reconnu par les enquêtes. Certains notaires s'inquiètent toutefois des conséquences pratiques d'une telle réforme et des risques juridiques encourus lorsque l'inscription réalisée se révélera soit tardive, soit non conforme aux exigences du service de la publicité foncière, la sécurité conférée par une éventuelle rectification et la rétroactivité de l'inscription pendant le délai de délai de deux mois, précédemment spécifique aux anciens privilèges, étant désormais supprimées.

3. Enfin, s'agissant du **cautionnement réel**, très peu l'ont rencontré en pratique. En matière de crédit aux entreprises, il est très rare. L'ampleur du contentieux qui a occupé la Cour de cassation ne reflète donc pas véritablement la volumétrie de cette sûreté dont l'usage reste assez ponctuel.

En conclusion, un premier bilan très provisoire pourrait être le suivant. La réforme du droit des sûretés n'a pas influencé la « décision crédit » ni dans un sens favorable, ni dans un sens défavorable. Autrement dit, à l'heure actuelle, les prêteurs n'exigent pas davantage de garanties depuis la réforme sachant de toute manière que leur décision d'accorder ou non un crédit ne dépend pas des garanties accordées. D'autant que différents enquêtés avouent que le rythme des réformes est tel que la réforme du droit des sûretés est passée pour l'instant quasiment inaperçue. Les professionnels du crédit en particulier se sont bien sûr tenus informés, mais l'ordonnance du 15 septembre 2021 a déjà été supplantée par les enjeux tenant à l'adoption d'autres réformes nécessaires comme celle du taux d'usure, ou encore par les enjeux liés aux questions à venir, nombreuses, liées à la réforme de l'entrepreneur individuel, qui est jugée beaucoup plus « révolutionnaire » que les modifications apportées par la réforme du droit des sûretés dont la portée dépendra des interprétations retenues par la Cour de cassation. S'agissant de ce nouveau visage de l'entrepreneur individuel, la question des sûretés qu'il pourra offrir se posera assurément. Ainsi la loi précise qu'il ne pourra se porter lui-même caution sur les éléments d'actif de son patrimoine personnel de dettes attachées à son patrimoine professionnel. En revanche, les prêteurs solliciteront assurément des sûretés vu le risque engendré par cette scission patrimoniale... à moins qu'ils ne fassent systématiquement renoncer les entrepreneurs à l'intérêt principal de ce statut, soit la dissociation des patrimoines. Auquel cas cette renonciation serait assurément une sûreté négative qui se développerait en dehors du droit commun des sûretés. Seule une évaluation de l'impact de cette réforme de l'entrepreneur individuel permettrait, notamment de répondre à cette interrogation qui n'est assurément pas la seule suscitée par cette autre réforme.

À propos des sûretés sur actifs financiers

1. Sur la cession de créance à titre de garantie

Au lendemain de la réforme, les premières intuitions de la pratique notariale et, surtout, de la pratique bancaire (financement, investissement, banque de détail) invitent à penser que la cession de créance à titre de garantie de droit commun n'est pas promise à un grand succès.

Certes, on imagine qu'elle pourrait être employée à la marge pour garantir la dette d'autrui, bénéficier à un cessionnaire qui n'est pas un établissement de crédit ou céder des créances non professionnelles, trois choses que sa concurrente en place, la cession Dailly à titre de garantie, n'autorise pas.

En revanche, elle n'apparaît aucunement taillée pour concurrencer la cession Dailly à titre de garantie là où celle-ci est traditionnellement employée. Autrement dit, les habitudes ne sont pas près de changer car rien dans le régime de cette nouvelle sûreté ne paraît inciter les créanciers, notamment banquiers, à abandonner l'usage de la cession Dailly dont les rouages, en dépit du formalisme exigeant qui la caractérise, sont désormais parfaitement maîtrisés et dont l'efficacité, notamment en cas de procédure collective ouverte à l'encontre du cédant, est parfaitement acquise.

En effet, deux faiblesses intrinsèques sont d'ores et déjà pointées, en particulier dans les milieux bancaires : le régime de la nouvelle cession de créance à titre de garantie d'une part, ne met en place aucun mécanisme de purge des exceptions alors que cela aurait été concevable au travers d'une acceptation de la cession par le débiteur cédé à l'instar de ce que l'on connaît en matière de cession Dailly et d'autre part, n'instaure aucune garantie de paiement à la charge du cédant. Première raison de penser que la cession Dailly à titre de garantie, là où il y est fait recours, ne risque pas d'être détrônée. D'autant qu'il est sûrement illusoire de penser que les parties feraient usage de leur liberté contractuelle pour combler ces lacunes : si l'objectif est de copier la cession Dailly à titre de garantie, autant directement opter pour l'emploi de cette dernière, dont le régime est désormais parfaitement éprouvé.

De plus, c'est également en cas de procédure collective ouverte à l'encontre du cédant que la cession à titre de garantie de droit commun révèle ses limites, du moins au regard des cessions Dailly à titre de garantie intervenant en exécution d'un contrat cadre conclu avant l'ouverture de la procédure collective. En effet, seules ces dernières échapperont d'une part, à l'interdiction de l'accroissement de l'assiette des sûretés du nouveau IV de l'article L622-21 du code de commerce et d'autre part, à l'annulation à laquelle le nouvel article L. 632-1, I, 6° du même code destine les sûretés conventionnelles constituée en période suspecte pour des dettes antérieurement contractées.

Reste que sa consécration au sein du code civil suscite, sur le plan des principes et des symboles, un sentiment général de satisfaction dans la mesure où l'alignement en

cette matière du droit français sur certains droits étrangers offrirait à celui-ci un supplément d'attractivité. D'autant que, nonobstant les craintes de quelques uns, le mouvement de multiplication (diversification) des sûretés auquel cette consécration contribue n'apparaît pas pour autant de nature, aux yeux du plus grande nombre, à nuire à la lisibilité de notre droit.

2. Sur la cession de somme d'argent à titre de garantie

Le milieu bancaire est d'ores et déjà très satisfait de la consécration au sein du code civil de la cession de somme d'argent à titre de garantie autrement dénommé « gage-espèces », qui est certainement vue comme l'apport essentiel de la réforme. Cette sûreté était déjà largement utilisée avant la réforme, tant par les banques d'investissement et/ou de financement, notamment à long terme (immobilier ou d'actifs) que par les banques de détail. Aussi les banquiers se réjouissent-ils que cette reine des sûretés voie désormais son régime légalement consacré et son efficacité solidement affirmée, y compris en cas d'ouverture d'une procédure collective à l'encontre du constituant. L'attractivité du droit français et, partant, des projets soumis au droit français, s'en trouve d'autant améliorée du point de vue des investisseurs étrangers, notamment anglo-américains.

3. Sur le nantissement de créance

La réforme est perçue comme faisant évoluer le nantissement sans le révolutionner. En effet, l'intention du législateur, telle que déchiffrée au travers du Rapport au Président, semble favorable aux créanciers nantis dès lors que l'ajout d'un droit de rétention légal ne semble avoir d'autre justification que celle de renforcer encore leur droit (déjà exclusif) au paiement par le débiteur de la créance nantie. Dans ces conditions, le nantissement de créance devrait conserver l'empire qu'on lui connaît aujourd'hui et peut-être même voire celui-ci s'étendre dès lors que la faculté, désormais consacrée, de consentir des nantissements successifs sur une même créance (et sur un même compte-titres) est vue comme source souple et ce, en dépit du fait qu'aucun banquier, idéalement, ne souhaiterait être relégué au second rang.

Étant précisé que personne n'ignore que la réforme n'a aucunement amélioré – *le pouvait-elle ?* – le sort des bénéficiaires d'un nantissement de compte bancaire. En effet, hors toute procédure collective ouverte à l'encontre du cédant, cette sûreté n'est jamais appréciée des créanciers nantis dès lors que le constituant peut disposer du solde jusqu'à l'instant de raison précédant la réalisation. Et en cas d'ouverture d'une procédure collective à l'encontre de ce dernier, il en est encore de même dès lors que la réforme, à lire le Rapport au Président de la République, est censée pérenniser la Jurisprudence par laquelle la Cour de cassation interdit au banquier créancier nanti de bloquer à titre conservatoire les sommes inscrites au compte nanti au jour du jugement d'ouverture ; sur ce point, les discussions commencent à émerger sur le point de savoir si la reconnaissance d'un droit de rétention légal au profit du créancier nanti ne devrait pas, au contraire, conduire la Cour de cassation à renverser sa position.

Sur l'articulation du droit des sûretés sur actifs financiers avec le droit des entreprises en difficulté

Il est globalement redouté que l'importance des bénéfices offerts par la réforme du droit des sûretés soit en vérité à relativiser du fait des dispositions nouvellement insérées au sein du code de commerce à la faveur de l'Ordonnance « insolvabilité ». À ce titre, sont notamment pointées l'interdiction de l'accroissement de l'assiette des sûretés (article L. 622-21, IV) et la nullité des sûretés conventionnelles consenties en période suspecte à propos de dettes antérieures contractées (article L. 632-1, I, 6°). En effet, le milieu bancaire s'inquiète du fait que la volonté manifeste du législateur, prolongée par celle des tribunaux, de protéger à tout prix le débiteur en période d'observation rende plus difficile (car risqué) l'octroi de « new money » dans le cadre de mandats *ad hoc* ou de conciliations.

*

*

*