



IRDA PARIS
INSTITUT DE RECHERCHE
EN DROIT DES AFFAIRES DE PARIS

Les Rendez-vous de l'IRDA

n° 2021-05

La réforme des sûretés

Antoine GOUËZEL

Professeur à l'Université de Rennes 1

Transcription de l'intervention orale



Tout d'abord, je remercie France Drummond pour m'avoir invité à participer aux rendez-vous de l'IRDA.

La mission qui m'a été confiée est cependant littéralement impossible puisque je dois vous présenter en 45 minutes l'ordonnance du 15 septembre 2021 portant réforme du droit des sûretés, qui touche plus de 150 articles, pour l'essentiel dans le code civil, le code de commerce, et le code monétaire financier. Et je ne parle même pas de l'autre ordonnance du même jour qui réforme le livre 6 du code de commerce et qui comprend tout un pan relatif au sort des sûretés en procédures collectives, avec des modifications également nombreuses et très importantes.

Il n'est dès lors d'autre choix que de faire des choix ; je vous parlerai donc de certains éléments de l'ordonnance qui me semblent particulièrement importants et j'en laisserai d'autres de côté. Un long temps d'échange est prévu lors duquel nous pourrions évoquer d'autres aspects de la réforme si vous le souhaitez.

L'article 60 de la loi PACTE, qui a habilité le Gouvernement à prendre cette ordonnance, donnait le cadre de la réforme : « *simplifier le droit des sûretés et renforcer son efficacité, tout en assurant un équilibre entre les intérêts des créanciers, titulaires ou non de sûretés, et ceux des débiteurs et des garants* ». Le rapport au Président de la République qui accompagne l'ordonnance, décline ce programme en trois objectifs : la sécurité juridique, le renforcement de l'efficacité des sûretés tout en maintenant un niveau de protection satisfaisant des constituants et des garants, et l'amélioration de l'attractivité du droit français des sûretés. Il faudra regarder si ces objectifs sont atteints à travers les dispositions de l'ordonnance.

Étant entendu que ce texte doit être lu en regard avec la première réforme des sûretés, la grande réforme du 23 mars 2006, dont l'apport est considérable, avec notamment la création du livre 4 du code civil et la réforme très profonde des sûretés mobilières avec la création du gage sans dépossession et le nantissement de créance. Nous en sommes donc à l'épisode 2 de la réforme des sûretés.

Qu'apporte alors ce nouvel épisode ? L'apport est triple : en premier lieu, de nombreuses abrogations, l'ordonnance retranche et c'est très heureux (I) ; en deuxième lieu, des compléments, des sûretés sont réformées qui avaient laissées de côté en 2006 (II) ; en troisième lieu, des retouches ; quinze ans d'application de la précédente réforme avaient montré certaines imperfections, certaines questions, certaines lacunes, auxquelles l'ordonnance vient remédier (III).

I. Les abrogations

L'ordonnance abroge tout d'abord de nombreuses sûretés mobilières spéciales, ce qui intéresse les commercialistes, car ce sont essentiellement des sûretés du code de commerce. Des sûretés

désuètes sont ainsi supprimées : privilège de l'aubergiste, warrant hôtelier, warrant des stocks de guerre, etc. Mais des sûretés utilisées voire très utilisées sont aussi abrogées : le gage des stocks, le gage commercial, le nantissement d'outillage.

Pourquoi ces abrogations ? Parce que le gage de droit commun répond parfaitement aux besoins de la pratique. Toutes ces sûretés spéciales avaient été créées au XIX^e siècle afin d'écarter l'exigence de dépossession que l'on retrouvait alors dans le gage de droit commun. Mais depuis la réforme de 2006, le gage de droit commun peut être formé sans dépossession et répond donc parfaitement aux besoins de la pratique. Ces sûretés spéciales ne sont plus nécessaires, elles sont donc supprimées. Ainsi, le droit commun est rétabli, la vocation du code civil comme droit commun est rétablie.

A noter que cette abrogation concerne également le nantissement de parts de sociétés civiles : les règles propres à cette sûreté sont abrogés, ce qui le met dans le giron du droit commun, c'est-à-dire le gage sans dépossession, au même titre que les nantissements des parts de SNC ou de SARL.

L'ordonnance abroge ensuite de nombreux textes épars relatifs au cautionnement : dans le code de la consommation bien sûr, mais pas seulement ; sont également touchés le code monétaire et financier, la loi dite Madelin de 1994, la loi de 1989 pour le cautionnement d'un bail d'habitation.

Tous ces textes sont supprimés car les règles sur le cautionnement intègrent le code civil. Par exemple, les obligations d'information (obligation d'information annuelle ou obligation d'information sur la défaillance du débiteur principal) figuraient dans de très nombreux textes éparpillés ce qui mettait parfois le créancier dans une position impossible car il était dans le champ de plusieurs textes posant des règles différentes. Tous ces textes sont abrogés et remplacés par un texte unique dans le code civil (article 2302 pour l'obligation d'information annuelle ; article 2303 pour l'obligation d'information sur la défaillance ; article 2304 pour l'obligation d'information de la sous-caution, laquelle constitue une nouveauté). On retrouve ainsi le même mouvement de restauration du droit commun et du code civil.

L'ordonnance abroge enfin le 2^o de l'article 1175 du code civil. On se souvient que l'article 1174 pose le principe cardinal de l'équivalence entre l'écrit papier et l'écrit électronique : dès lors que la loi impose le recours à l'écrit papier, l'écrit électronique peut également être utilisé. Mais ce principe connaît deux séries d'exceptions, prévues par l'article suivant : d'une part, les actes sous signature privée relatifs au droit de la famille et des successions, cette exception n'étant pas modifiée ; d'autre part, « *les actes sous signature privée relatifs à des sûretés personnelles ou réelles, de nature civile ou commerciale, sauf s'ils sont passés par une personne pour les besoins de sa profession* ».

Cette exception procède d'une vieille méfiance pour l'écrit électronique, qui n'est en réalité pas justifiée. Le texte date de la loi du 21 juin 2004, autrement dit de la préhistoire du numérique. Depuis, on a constaté que l'acte électronique n'était pas plus dangereux que l'écrit papier. L'écrit électronique a gagné beaucoup de domaines ; on s'est habitués. L'ordonnance supprime donc cette limite. A partir du 1^{er} janvier 2022, toutes les sûretés pourront donc être conclues par voie électronique. Attention cependant à deux points.

1^{er} point de vigilance, il faut bien respecter les conditions formelles propres à chaque sûreté, même si elle est faite par voie électronique. Cette exigence est importante en particulier pour le cautionnement si on est dans le champ de la mention « manuscrite ». Il faudra une mention, mais elle pourra être rédigée de manière électronique, comme le prévoit l'article 1174 alinéa 2.

2^{ème} point d'attention, pour les sûretés réelles mobilières soumises à publication, il faut attendre l'entrée en vigueur du décret sur le futur registre des sûretés mobilières, qui doit intervenir au plus tard le 1^{er} janvier 2023. En effet, il y aurait toujours un blocage au stade de la publication car le décret sur le gage sans dépossession exige un original, ce qui est compris par les greffiers des tribunaux de commerce comme un original papier, l'impression papier d'un acte électronique étant refusée. Il en va de même pour le nantissement de fonds de commerce (article R. 143-6).

II. Les compléments

Ces compléments s'inscrivent dans deux directions : d'une part la recodification de sûretés existantes mais qui avaient été laissées de côté en 2006 (A), d'autre part la codification de nouvelles sûretés (B).

A. La recodification de sûretés existantes

Cette recodification concerne les privilèges, et surtout le cautionnement dont je voudrais dire quelques mots. L'ordonnance essaie en la matière de suivre une ligne de crête : d'un côté, il s'agit de renforcer l'efficacité du cautionnement qui en a bien besoin car c'est une sûreté en crise. De l'autre, il faut maintenir la protection de la caution lorsqu'elle est utile. Plus précisément, une directive politique très nette figure dans la loi d'habilitation et a été répétée par le Gouvernement dès le début des travaux : c'est le maintien de la protection de la caution personne physique, de toutes les cautions personnes physiques, y compris des dirigeants. On pourrait le discuter car le dirigeant est conscient des risques auxquels il s'expose et n'a donc pas nécessairement le même besoin de protection ; mais le pouvoir politique a tranché. L'ensemble du droit du cautionnement est donc réécrit, et en particulier les trois questions qui donnent lieu au plus de contentieux : mention manuscrite, devoir de mise en garde, proportionnalité, en essayant d'assurer cet équilibre.

Prenons l'exemple de la mention manuscrite. Vous savez que le code de la consommation impose depuis 2003 à la caution de recopier, juste avant sa signature, une mention prédéterminée, à peine de nullité de son engagement, ce qui donne lieu à des procès sans fin. C'est la fameuse jurisprudence du point et de la virgule, la moindre irrégularité même purement formelle étant soulevée par la caution afin d'essayer d'être libérée.

Pour renforcer l'efficacité du cautionnement, l'ordonnance remplace cette mention prédéterminée par un formalisme ouvert : la caution doit apposer « *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* » (article 2297 nouveau). Peu importe donc la manière dont la caution le dit, peu importe qu'elle utilise un mot à la place d'un autre, qu'elle fasse une ou deux phrases, dès lors qu'elle exprime l'idée. De plus, toutes les questions sur la durée de l'engagement et sur la place de la mention par rapport à la signature sont supprimées car il n'y a plus d'exigence sur ces deux points. On devrait ainsi avoir une réduction du contentieux et surtout une réduction des annulations.

Mais dans le même temps, l'ordonnance maintient la protection : la mention reste exigée à peine de nullité du cautionnement ; et elle reste applicable à toutes les cautions personnes physiques. Il y a même une extension puisqu'elle n'est plus limitée aux cautionnements souscrits envers un créancier professionnel. Cela permet d'inclure en particulier le cautionnement d'un bail d'habitation, qui réintègre le giron du droit commun. La loi ELAN de 2018 avait de manière

étonnante supprimé la mention dans ce cautionnement, alors qu'il y a le même besoin de protection qu'ailleurs ; l'ordonnance la rétablit, mais pas l'ancienne page d'écriture particulièrement fastidieuse ; demain, c'est la mention du code civil qui devra être apposée par la caution d'un locataire.

Autre point essentiel à souligner, la sûreté réelle constituée en garantie de la dette d'autrui, feu le « cautionnement réel ». Vous savez que depuis 2005 la Cour de cassation affirme que la sûreté réelle constituée en garantie de la dette d'autrui est une pure sûreté réelle, elle n'est pas un cautionnement et les règles du cautionnement ne lui sont pas applicables. Elle a ainsi rendu toute une succession d'arrêts qui ont écarté les diverses règles du cautionnement : pas d'obligation d'information, pas de proportionnalité, pas de bénéfice de discussion, pas de bénéfice de subrogation. La commission Grimaldi avait proposé de rétablir le cautionnement réel, dans le chapitre sur le cautionnement. L'ordonnance fait un choix intermédiaire :

- d'une part, elle consacre la nature de sûreté réelle ; le texte figure donc dans le titre sur les sûretés réelles, à l'article 2325 : « La sûreté réelle conventionnelle peut être constituée par le débiteur ou par un tiers » ;
- mais l'ordonnance déclare applicables à la sûreté réelle pour autrui certaines protections essentielles de la caution :
 - o le devoir de mise en garde (article 2299),
 - o les obligations d'information (articles 2302 à 2304),
 - o le bénéfice de discussion (articles 2305 et 2305-1),
 - o les recours de la caution (articles 2308 à 2312)
 - o et le bénéfice de subrogation (article 2314),

L'idée est que ces règles sont justifiées par le fait que c'est un tiers qui s'engage en garantie de la dette du débiteur et qui a donc besoin de protection ; cette raison d'être se retrouve en présence d'une sûreté réelle pour autrui. Prenez l'obligation d'information sur la défaillance du débiteur principal : le constituant d'une sûreté réelle pour autrui a autant intérêt qu'une caution personnelle à être au courant de cette défaillance afin de pouvoir réagir rapidement pour éviter l'accumulation des intérêts et pénalités. La raison d'être du texte se retrouve exactement de la même manière ; la règle lui est donc déclarée applicable.

En revanche, les autres règles, soit qu'elles s'expliquent par la dimension d'engagement personnel du cautionnement, soit qu'elles ne sont pas compatibles avec les règles des sûretés réelles, soit qu'elles ne sont tout simplement pas utiles, ne sont pas applicables : mention manuscrite, proportionnalité, bénéfice de division, etc.

B. La codification de nouvelles sûretés

L'ordonnance consacre deux nouvelles sûretés-proprétés.

C'est d'abord la cession de créance de droit commun à titre de garantie. Vous vous souvenez que la Cour de cassation l'avait refusée par un célèbre arrêt, diversement apprécié, du 19 décembre 2006, que l'on pouvait fonder sur la règle du *numerus clausus* des sûretés réelles. Pas de sûreté réelle

sans texte ; or les textes ne prévoyaient pas l'utilisation de la cession de créance de droit commun à des fins de garantie ; c'est donc qu'elle était interdite. Si l'on n'était pas dans le champ de la cession Dailly, on était donc bloqué. Plus maintenant puisque les articles 2373 et suivants organisent la cession de créance de droit commun à titre de garantie.

La raison d'être de cette consécration est, selon le rapport, l'attractivité du droit français : c'est une sûreté bien connue à l'étranger ; son absence en droit français pouvait donc pénaliser le choix de notre droit et de la place de Paris pour les opérations internationales ; cet obstacle est levé, à tout le moins en droit civil. En effet, l'ordonnance n° 2021-1193 du 15 septembre 2021 portant modification du livre VI du code de commerce vient sérieusement raboter son intérêt en cas de procédure collective.

C'est ensuite la cession de somme d'argent à titre de garantie, le fameux gage-espèces. Bien sûr, cette sûreté est d'ores et déjà massivement utilisée en pratique ; et elle ne donne lieu qu'à un très faible contentieux, d'ailleurs globalement favorable à son efficacité. Pourquoi dès lors la codifier ? Est-ce que cela ne risque pas de déstabiliser une sûreté qui fonctionne bien ?

Cela me semble tout de même très utile, car il y avait toujours jusque-là une incertitude sur la qualification de cette sûreté, liée notamment aux hésitations sur la qualification de la monnaie scripturale : est-ce un nantissement ? est-ce un gage ? Un gage classique ou un gage translatif ? Ou est-ce une cession fiduciaire ? Et derrière cet enjeu de qualification, il y avait une menace sur la validité de la sûreté. J'ai mentionné l'arrêt de 2006 : pas de sûreté réelle sans texte. Or le gage-espèces n'avait pas de fondement textuel. Bien sûr la jurisprudence postérieure à 2006 lui était toujours favorable, mais il demeurait malgré tout une certaine incertitude. De ce point de vue, la codification de la cession de somme d'argent à titre de garantie est source de sécurité juridique : plus d'hésitation, plus de discussion, la sûreté est valable et efficace.

III. Les retouches

Il y en a de très nombreuses, touchant toutes les sûretés. Je voudrais simplement en citer trois, relatives au nantissement de créance, aux autres nantissements et au gage.

1^{er} point, le nantissement de créance. Vous connaissez la décision de la 2^{ème} chambre civile du 2 juillet 2020 qui a reconnu un droit exclusif au profit du créancier nanti. Autrement dit, en présence d'un conflit entre un créancier nanti et le fisc, la jurisprudence a affirmé que le créancier nanti devait l'emporter. Alors même que, si l'on raisonne en termes de droit de préférence, le fisc a un meilleur rang que le nantissement. Mais peu importe, la logique de classement est écartée au profit d'une logique d'exclusion : le créancier nanti exclut les autres créanciers, il est seul à pouvoir être payé.

L'ordonnance conforte cette solution, dont la portée en procédure collective pouvait toujours être discutée. En effet, au regard des finalités propres de la matière, il n'était pas certain que la chambre commerciale adopte la même solution, surtout au regard des arrêts rendus en matière de nantissement de compte. Deux rédactions avaient été proposées lors de la consultation publique ; c'est finalement celle reposant sur le droit de rétention qui a été retenue dans le nouvel article 2363. Cette solution suscitera certainement des critiques sur le plan théorique, mais elle présente un avantage majeur : elle assure l'efficacité du nantissement de créance en procédure collective. Le

livre 6 du code de commerce ne connaît pas la notion de droit exclusif ; qui sait comment il aurait alors été traité ? En revanche, le livre 6 connaît le droit de rétention et lui donne pleine efficacité, plus encore avec le nouvel article L. 643-8. Par conséquent, affirmer que le créancier nanti bénéficie d'un droit de rétention, c'est affirmer que le créancier nanti résiste à la procédure collective.

2^{ème} point, les autres nantissements, donc les sûretés portant sur des biens incorporels : nantissement de parts sociales, nantissement de fonds de commerce, nantissement de droits de propriété intellectuelle, etc.

L'article 2355 prévoit que ces nantissements sont soumis aux dispositions spéciales qui les régissent et, à défaut, aux règles relatives au gage sans dépossession. L'ordonnance complète l'article 2355 afin d'écarter l'application dans une telle situation de l'article 2286, 4^o, qui prévoit le droit de rétention fictif.

Il y avait un débat sur cette question, la portée d'un arrêt de la Cour de cassation du 26 novembre 2013 étant discutée : cet arrêt qui exclut le droit de rétention fictif est-il propre au nantissement de fonds de commerce ou doit-il concerner l'ensemble des nantissements ? L'ordonnance lève l'incertitude : il n'y a pas de droit de rétention dans les nantissements – sauf disposition contraire bien sûr, comme dans le nantissement de créance ou le nantissement de compte-titres. Le droit de rétention est un élément perturbateur, dont il ne faut pas étendre le champ.

3^{ème} point, le gage, et plus précisément le gage portant sur un immeuble par destination. 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. Jusque-là, la règle était que le gage devait porter sur un meuble. Si un meuble est immobilisé par destination, il devient immeuble : par suite, si le bien était gagé, le gage est caduc ; et s'il n'est pas encore gagé, on ne peut plus le faire. C'était très gênant car cela veut dire qu'on avait un élément de richesse dont on ne pouvait pas tirer de crédit (ou très difficilement par la voie d'une hypothèque). D'où le nouvel article 2334 qui prévoit que : « Le gage peut avoir pour objet des meubles immobilisés par destination ».

Mais cette innovation crée un risque de conflit avec l'éventuelle hypothèque prise sur l'immeuble puisque celle-ci s'étend automatiquement aux améliorations de l'immeuble, donc aux immeubles par destination qui viendraient s'y greffer. Il faut donc classer ces deux sûretés, ce que l'article 2419 fait en suivant la règle habituelle de l'ordre des inscriptions.

L'ordonnance met par ailleurs en place une procédure de purge, puisqu'il ne faudrait pas que la présence du gage sur immeuble par destination empêche la vente de l'immeuble. Au moment de la vente, le gage pourra donc être purgé, tout comme l'hypothèque peut être purgée. Ce qui implique que les notaires doivent faire attention lorsqu'ils instrumentent une vente puisqu'ils doivent garantir à l'acquéreur un bien purgé de tout droit de suite : il faudra vérifier sur le registre des sûretés mobilières s'il n'y a pas un gage sur immeuble par destination.