



Par Alexae Fournier-de Faÿ,
avocate associée,
LPA-CGR avocats

Premières négociations à l'heure de la réforme des sûretés

La réforme du droit des sûretés portée par l'ordonnance n° 2021-1192 du 15 septembre 2021 est entrée en vigueur pour l'essentiel de ses dispositions le 1^{er} janvier 2022 et les nouvelles règles s'appliquent à toutes les sûretés conclues depuis cette date.

Sur le fil...

Les 29 et 30 décembre derniers, ont été publiés les trois décrets¹ pris en application de l'ordonnance n° 2021-1192 du 15 septembre 2021 portant réforme des sûretés, qui est entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2022. Ainsi, l'arsenal législatif et réglementaire est quasi complet pour ce qui constitue la plus importante modernisation du droit des sûretés depuis la refonte des règles qui découlait de l'ordonnance n° 2006-346 du 23 mars 2006. Si l'ordonnance n° 2021-1192 du 15 septembre 2021 n'opère pas de révolution, elle instaure quelques règles nouvelles qu'il faut avoir désormais en tête avant de négocier certaines des sûretés figurant dans tout security package classique. Nous vous proposons ici de nous attarder sur les règles applicables aux sûretés les plus couramment utilisées dans les financements.

Si la généralisation de la dématérialisation est à saluer comme simplifiant la vie des affaires, elle ne doit pas faire oublier que même dématérialisées, les exigences formelles relatives à chaque sûreté doivent être respectées, notamment en matière de cautionnement.

1. Généralisation de la dématérialisation des sûretés

Prenant acte de la généralisation des signatures électroniques depuis les différents épisodes de confinement, l'ordonnance n° 2021-1192 du 15 septembre 2021 supprime le 2^e alinéa de l'article 1175 du Code civil permettant ainsi de conclure par

voie électronique toutes les sûretés (et non plus seulement celles conclues par les personnes agissant pour les besoins de leur profession). Ce faisant, les administrations et greffes se verront dans l'obligation d'accepter les sûretés conclues par voie électronique pour les formalités les concernant.

Si la généralisation de la dématérialisation est à saluer comme simplifiant la vie des affaires, elle ne doit pas faire oublier que même dématérialisées, les exigences formelles relatives à chaque sûreté doivent être respectées, notamment en matière de cautionnement.

2. Refonte des règles applicables au cautionnement

Le cautionnement est certainement la sûreté à laquelle l'ordonnance n° 2021-1192 du 15 septembre 2021 consacre le plus de dispositions et dont le régime se trouve le plus re-fondu par la réforme tant en ce qui concerne sa formation que ses effets.

Le législateur modernise la définition du cautionnement, qui est le « contrat par lequel une caution s'oblige envers le créancier à payer la dette du débiteur en cas de défaillance de celui-ci ». Ledit cautionnement peut être souscrit « à la demande du débiteur principal ou sans demande de sa part ou même à son insu »². En ce qui concerne la formation du cautionnement, le législateur a notamment entendu les critiques de la doctrine et de la pra-

tique qui voyaient dans l'éparpillement des règles applicables au cautionnement (au sein du Code civil et du Code de la consommation) un facteur de complexité et d'illisibilité permettant aux cautions de se décharger facilement de leurs obligations envers les créanciers bénéficiaires au moyen d'un contentieux fourni. Ainsi il a supprimé les textes du Code de la consommation relatifs à la mention manuscrite : le Code civil requiert désormais l'insertion d'une mention manuscrite par toute personne physique octroyant un cautionnement, quel que soit le cadre dans lequel ladite personne physique intervient (et non plus seulement celles s'engageant auprès des créanciers professionnels).

Par ailleurs, toujours dans le but d'alléger le contentieux en la matière et de renforcer la sécurité juridique des créanciers bénéficiaires, le législateur ne préredige plus la mention à insérer dans les actes de cautionnements. La liberté contractuelle règne en ce domaine : les parties devront s'accorder sur le texte de la mention aux termes de laquelle la caution devra bien préciser en chiffres et en lettres la limite de son engagement, et le cas échéant l'existence d'une solidarité.

Il conviendra donc que les parties (i) négocient le texte de ladite mention en conformité avec la loi, et (ii) s'assurent que la plateforme de signature électronique utilisée permette à la caution d'insérer ladite mention.

Par ailleurs, au moment de la conclusion du cautionnement par une personne physique, le créancier bénéficiaire professionnel devra (i) s'assurer que ledit cautionnement n'est pas manifestement disproportionné aux revenus et au patrimoine de la caution ; à défaut, il sera réduit au montant à hauteur duquel elle pouvait s'engager à cette date, et (ii) mettre en garde la caution du caractère excessif du crédit garanti par rapport aux capacités de remboursement du débiteur principal ; à défaut, le créancier sera déchu de son droit contre la caution à hauteur du préjudice subi par celui-ci. Là encore, le législateur entend préserver les droits de la caution tout en instaurant des sanctions plus adaptées au créancier qui ne respecterait les exigences légales en matière de proportionnalité et de mise en garde.

Sur le terrain des effets du cautionnement, la volonté est manifeste de simplifier les règles applicables puisque les obligations d'information pesant sur les créanciers professionnels sont rassemblées aux articles 2302 et 2303 du Code civil et les textes du Code de la consommation supprimés. L'article 2302 du Code civil reprend l'exigence de l'obligation annuelle de la caution personne physique par le créancier professionnel, et l'article 2303 du Code civil reprend l'exigence pesant sur le créancier professionnel d'avertir la caution personne physique de toute défaillance du débiteur, dans les deux cas aux frais du créancier professionnel.

De même, l'article 2311 du Code civil instaure une obligation de vigilance de la caution qui peut perdre sa capacité de recours si elle a payé la dette sans en avertir le débiteur et si ce dernier l'a acquitté ou disposait des moyens de la faire éteindre. Dans ce cas, la caution pourra agir en restitution contre le créancier.

Enfin, est consacré en cas de pluralité des cautions le droit de la caution qui a payé à exercer contre les autres cautions un recours personnel et un recours subrogatoire, chacune pour sa part³.

L'ordonnance consacre la validité du gage portant sur les immeubles par destination, i.e. les parties n'auront plus nécessairement à recourir à l'hypothèque afin de bénéficier d'une sûreté sur cette typologie d'actifs et à payer les frais y afférents.

3. Simplification des règles applicables au gage

Parmi les buts assignés à l'ordonnance n° 2021-1192 du 15 septembre 2021 figure en bonne place, à côté de celui consistant à assurer la sécurité juridique des créanciers bénéficiaires de sûretés, celui de renforcer l'attractivité de la place de Paris.

Le gage, qui est désormais défini comme une sûreté préférentielle ayant une assiette mobilière corporelle, s'avère être une sûreté particulièrement propice pour satisfaire ces objectifs.

L'ordonnance consacre la validité du gage portant sur les immeubles par destination⁴, i.e. les parties n'auront plus nécessairement à recourir à l'hypothèque afin de bénéficier d'une sûreté sur cette typologie d'actifs et à payer les frais y afférents. Cette simplification des règles applicables aux immeubles par destination implique : d'une part, l'introduction d'une règle relative au conflit entre le créancier titulaire d'un gage sur un immeuble par destination et celui titulaire d'une hypothèque incluant ce bien – celui-ci est tranché en fonction des dates d'inscription (nonobstant le droit de rétention des créanciers gagistes⁵) ; d'autre part, que le créancier gagiste peut désormais saisir le bien gagé⁶.

Par ailleurs, l'ordonnance n° 2021-1192 du 15 septembre 2021 généralise la faculté du créancier gagiste d'aliéner le bien. Toutefois, les règles applicables diffèrent selon qu'il s'agit d'un gage avec dépossession (où ladite faculté doit être prévue par une stipulation contractuelle) ou d'un gage sans dépossession (où ladite faculté pourra être révoquée par une stipulation contractuelle). Là encore la prudence sera donc de mise lors de la rédaction des nouveaux modèles de sûretés.

Enfin, le législateur a veillé aux termes de ladite ordonnance à simplifier sensiblement la procédure de réalisation du gage. Le créancier gagiste devra veiller à la rédaction des clauses de réalisation du gage car (i) il a désormais la possibilité d'avoir recours à la procédure de vente simplifiée et (ii) tout gage constitué à des fins professionnelles peut faire l'objet d'une vente publique huit (8) jours après la signification faite au débiteur, ou le cas échéant au constituant.

4. Modernisation des règles applicables au nantissement de créances

Les textes relatifs aux nantissements tombent eux aussi sous le coup de l'ordonnance n° 2021-1192 du 15 septembre 2021 et témoignent de la volonté du législateur de clarifier les règles applicables aux sûretés.

L'article 2355 du Code civil précise que le nantissement relatif aux meubles incorporels est soumis aux règles du gage et ne bénéficie pas d'un droit de rétention (à l'exception du nantissement de créance).

Par ailleurs, la possibilité de prendre des nantissements de créances de rangs successifs est confirmée pour la première

La possibilité de prendre des nantissements de créances de rangs successifs est confirmée pour la première fois, le rang des créanciers étant réglé selon la date de l'acte de nantissement.

fois, le rang des créanciers étant réglé selon la date de l'acte de nantissement⁷. En cas de contestation de la date de l'acte de nantissement, la charge de la preuve incombe au créancier nanti, qui peut la rapporter par tout moyen⁸.

En particulier, le nantissement de créance fait l'objet d'un toilettage qui ne pourra que relancer son attractivité auprès des créanciers. Ainsi, après notification au débiteur, le créancier nanti bénéficie d'un droit de rétention sur la créance donnée en nantissement lui donnant un droit exclusif (et non préférentiel, qui donnerait lieu à un concours et donc à un classement) au paiement⁹. Par ailleurs, le législateur apporte quelques précisions relatives à la conservation des sommes payées au titre de la créance nantie¹⁰. Celles-ci devront être créditées sur un compte spécialement affecté pour conserver les sommes payées au titre de la créance nantie lorsque l'obligation garantie n'est pas encore échue. Il s'agit là de protéger le créancier nanti des autres créanciers qui ne peuvent appréhender lesdites sommes.

5. Allègement des règles applicables au nantissement de compte de titres financiers

Si le nantissement de compte de titres financiers demeure codifié au sein du Code monétaire et financier, la volonté de l'ordonnance n° 2021-1192 du 15 septembre 2021 d'alléger les règles qui lui sont applicables est indéniable.

Répondant au souhait des praticiens de rendre cette sûreté plus lisible notamment aux yeux des contreparties de droit étranger, et ce faisant afin de rendre notre droit plus attractif, l'ordonnance n° 2021-1192 du 15 septembre 2021 offre aux parties la possibilité d'exclure conventionnellement le compte de fruits et produits de l'assiette du nantissement de compte-titres.

Contrairement au régime antérieur, l'absence de mention du compte fruits et produits n'impacte pas la validité dudit nantissement, s'il est décidé par les parties.

Toutefois, la possibilité est laissée aux parties d'ouvrir le compte de fruits et produits à tout moment à compter de la signature de la déclaration de nantissement et ce jusqu'à la réalisation dudit

nantissement. Si un compte de fruits et produits est ouvert avant la réalisation de la sûreté, il est considéré comme entrant dans l'assiette dudit nantissement de compte-titres dès de la date de la déclaration. A défaut d'ouverture du compte fruits et produits à la

date de réalisation, les fruits et produits sont exclus de l'assiette dudit nantissement.

En outre, tout comme en matière de gage, le législateur entend également simplifier les modalités de réalisation du nantissement de compte de titres financiers. Le créancier bénéficiaire peut désormais prévoir que ledit nantissement peut être réalisé huit jours (ou tout autre délai contractuellement convenu entre les parties) après mise en demeure du débiteur en mains propres ou lettre recommandée avec accusé de réception.

Si les changements apportés par l'ordonnance sont limités, ils ont néanmoins le mérite de rééquilibrer le rapport débiteur/constituant et créancier. En ce sens, ils doivent à ce jour être salués. La pratique se chargera d'ici quelque temps de se prononcer sur le point de savoir si le législateur doit aller plus loin. ■

1. Décrets n° 2021-1192, n° 2021-1887 et n° 2021-1888 du 29 décembre 2021.
 2. Article 2288 du Code civil.
 3. Article 2312 du Code civil.
 4. Article 2334 du Code civil.
 5. Article 2419 alinéa 1^{er} du Code civil.
 6. Article 112-3 du Code de procédure civile.
 7. Article 2361-1 du Code civil.
 8. Article 2361 du Code civil.
 9. Article 2363 du Code civil.
 10. Article 2364 du Code civil.