

ADMINISTRER

LA REVUE PROFESSIONNELLE DE L'ADMINISTRATEUR DE BIENS

D R O I T I M M O B I L I E R

ÉTUDES ET COMMENTAIRES

L'essentiel de la réforme des sûretés

Vente immobilière / Jurisprudences

JURISPRUDENCE

TEXTES OFFICIELS

RÉPONSE MINISTÉRIELLE

L'essentiel de la réforme des sûretés

Thomas Ehrecke

*Avocat à la Cour et Rechtsanwalt
Associé, LPA-CGR avocats*

I - INTRODUCTION

Ce début d'année a vu l'entrée en vigueur d'une grande réforme des sûretés réelles, personnelles, mobilières et immobilières. Cette réforme modernise, simplifie et complète l'éventail des sûretés à la disposition des prêteurs. Elle vise également à mieux protéger les garants et impose dès lors de nouvelles obligations aux prêteurs bénéficiant des sûretés. Son impact théorique comme pratique n'est pas négligeable : elle apporte des clarifications et simplifications, impose des nouvelles obligations, notamment aux prêteurs et ouvre de nouvelles possibilités de structurations financières.

Cette présentation s'attache à mettre en exergue les éléments essentiels, notamment en matière de financement immobilier.

II - CADRE LÉGISLATIF ET APPLICATION DANS LE TEMPS

Issue de l'avant-projet Capitant et de longues consultations avec les

praticiens et enseignants, la réforme a été promulguée par l'ordonnance n° 2021-1192 du 15 septembre 2021. Elle est pour l'essentiel entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2022. L'ordonnance est complétée par trois décrets : décret n° 2021-1887 du 29 décembre 2021 portant sur la publicité, décret n° 2021-1888 du 29 décembre 2021 modifiant le Code de procédure civile et le Code des procédures civiles d'exécution et décret n° 2021-1889 du 29 décembre 2021 modifiant le Code monétaire et financier.

Certaines exceptions à l'entrée en vigueur au 1^{er} janvier 2022 sont à noter concernant le nantissement de fonds de commerce, le gage automobile qui est réintégré au régime général ainsi que les modifications relatives aux inscriptions au greffe et au Code des procédures civiles d'exécution, qui n'entreront en vigueur qu'au 1^{er} janvier 2023.

Les sûretés existantes au 1^{er} janvier 2022 restent soumises au droit ancien, sous réserve des dispositions qui s'avèreraient d'ordre public et justifiant une application immédiate ainsi que des situations juridiques ayant pris naissance avant l'entrée en vigueur

de la réforme et non définitivement réalisées après.

Les procédures collectives du livre VI du Code de commerce ont par la même occasion été réformées par l'ordonnance n° 2021-1193 du 15 septembre 2021 et le décret n° 2021-1218 du 23 septembre 2021 pour transposer la directive (UE) 2019/1023 du 20 juin 2019 ("*Restructuration et Insolvabilité*"). Cette réforme, entrée en vigueur le 1^{er} octobre 2021, sera également abordée sur certains points utiles.

III - SÛRETÉS IMMOBILIÈRES

Les dispositions relatives aux sûretés immobilières ont été significativement modifiées et seuls quelques points essentiels seront mis en exergue.

La catégorie des privilèges spéciaux (privilège de vendeur d'immeuble, privilège de prêteur de deniers, privilège de copartageant) bénéficiait d'une rétroactivité du rang à la date de l'acte si l'inscription était prise dans les deux mois dudit acte,

anciens articles 2379, 2381 et 2386 du Code civil.

Ces privilèges, notamment le privilège de prêteur de deniers (PPD), disparaissent au profit des hypothèques légales spéciales, cf. article 2402 Code civil (*article 2402-2 du Code civil pour ce qui est de l'ancien PPD*).

Dès lors, la rétroactivité disparaît et les hypothèques légales spéciales prennent rang au jour de leur inscription, comme c'était déjà le cas pour les hypothèques conventionnelles. Cependant, le régime fiscal de faveur (argument majeur en faveur du PPD) reste inchangé. À la différence d'une hypothèque conventionnelle, l'inscription de l'hypothèque légale spéciale est dispensée du versement de la taxe de publicité foncière.

L'avantage fiscal subsistant, la seule disparition de la rétroactivité de l'inscription ne devrait pas avoir d'impact pour la pratique des prêteurs considérant, d'une part, les diligences notariales en la matière pour s'assurer de l'absence d'inscriptions concurrentes et, d'autre part, l'engagement de l'emprunteur/constituant de consentir une inscription venant en premier rang.

L'article 2414 du Code civil permet à l'avenir de prendre une hypothèque future sur un bien déterminé. Ceci devrait mettre fin à certains débats (somme toute assez théoriques) autour de la question de la réunion des conditions préalables au décaissement d'un financement immobilier, c'est-à-dire de savoir comment l'emprunteur pourrait consentir à titre de condition préalable du financement une sûreté immobilière sur un immeuble qu'il doit acquérir avec ledit financement.

Un autre allègement de la pratique consiste en la disparition de la nécessité de consentir une hypothèque pour les accessoires en cas de subrogation. Avant la réforme, le créancier subrogé n'avait droit qu'aux seuls intérêts légaux à compter de la mise en demeure du débiteur et les autres accessoires

(notamment les intérêts) nécessitaient (selon l'opinion majoritaire des praticiens) la constitution d'une nouvelle hypothèque conventionnelle. À présent, l'article 2390 du Code civil dispose très clairement que la subrogation inclut les intérêts et accessoires. Il en est bien sûr autrement si les accessoires garantis (notamment les intérêts) sont supérieurs à ceux garantis par l'inscription d'origine.

Enfin, il faut mentionner le gage sur meuble immobilisé par destination instauré par le nouvel article 2334 du Code civil. Il permet de prendre un gage distinct sur un bien meuble immobilisé par sa destination relative à un immeuble.

Le texte couvre aussi bien les situations dans lesquelles un bien meuble, sur lequel un gage a été constitué, est par la suite intégré à un immeuble et devient immeuble par destination, que celles où le gage est constitué *ab initio* sur un bien meuble immobilisé par destination. L'hypothèque prise sur un immeuble s'étendant automatiquement aux immeubles par destination, un conflit peut ainsi apparaître entre le gage portant sur l'immeuble par destination et l'hypothèque. Il faudra être prudent quant à la prise d'un tel gage dans le cadre d'une opération plus globale de manière à ne pas créer de conflits avec d'autres sûretés immobilières. L'article 2419 du Code civil précise que le rang entre le créancier hypothécaire et le créancier gagiste est déterminé par la date d'inscription. Le notaire recevant l'acte devra dès lors vérifier le registre dédié aux gages (qui est distinct du fichier immobilier ou du livre foncier en Alsace-Lorraine).

IV - CAUTIONNEMENT

Le cautionnement a été profondément remanié.

Précédemment, les articles 2298 du Code civil et L. 331-1 du Code de consommation imposaient une mention manuscrite dont le texte

était imposé par la loi. L'obligation d'apposer une mention manuscrite subsiste comme condition de validité de l'engagement au titre de l'article 2297 du Code civil mais la rédaction en est libre sous réserve de contenir certains éléments fondamentaux (montant en principal et accessoires exprimé en toutes lettres et en chiffres, le cas échéant renonciation au bénéfice de discussion ou de division). Concernant les baux d'habitation, le régime, simplifié à cet égard, introduit par la loi n° 2018-1021 du 23 novembre 2018 (dite loi ÉLAN) rejoint à nouveau le régime commun ainsi qu'il ressort de l'article 22-1 de la loi n° 2018-1021 du 23 novembre 2018.

Suite à la suppression de l'article 1175 al. 2 du Code civil qui limitait le champ d'application de la signature électronique aux seuls actes passés pour les besoins de la profession, l'article 1174 al. 2 du Code civil permet désormais d'apposer la mention manuscrite par voie de signature électronique.

L'article L. 110-1 du Code de commerce est, par ailleurs, amendé d'un n° 11 pour ajouter le cautionnement de dettes commerciales aux actes de commerce. Ainsi, le contentieux du cautionnement sera soumis à la même juridiction que la dette garantie.

Les obligations mises à la charge du bénéficiaire du cautionnement ont été étendues pour mieux protéger surtout le tiers garant.

Le bénéficiaire doit mettre en garde la caution si ses capacités financières sont inadaptées à l'engagement pris (article 2299 du Code civil). Cette obligation s'impose aux seuls créanciers professionnels bénéficiaires du cautionnement dans leurs rapports avec la caution personne physique (qu'elle soit avertie ou non). La personne morale ne bénéficie plus de la protection même si elle est non avertie (à la différence du droit prétorien dégagé précédemment). La sanction est limitée à une déchéance partielle de la garantie à hauteur du seul préjudice subi par la caution.

Il en va, de même, lorsque le cautionnement souscrit par une personne physique est manifestement disproportionné aux revenus et patrimoine de la caution lors de la conclusion du cautionnement (*article 2300 du Code civil*). La sanction est dorénavant allégée : la garantie sera simplement réduite de manière à refléter les capacités financières de la caution au moment de l'engagement.

Le nouvel article 2303 du Code civil oblige le créancier garanti d'informer la caution personne physique si le débiteur garanti fait défaillance. Cette obligation s'inscrit dans le cadre de la réforme des procédures collectives. Le nouvel article L. 622-34 du Code de commerce prévoit que la caution peut maintenant déclarer sa créance auprès de l'organe de la procédure avant d'avoir payé. Il convient donc en toute logique de l'informer de cette défaillance pour lui donner effectivement la possibilité de se manifester.

L'article 2298 du Code civil étend le champ des exceptions que la caution peut opposer au créancier par rapport au droit prétorien. L'opposabilité par la caution de toutes les exceptions personnelles et issues de la dette appartenant au débiteur est rétablie, sauf l'exception tirée de l'incapacité du débiteur dont la caution avait connaissance.

Par ailleurs, on rappellera l'obligation du créancier professionnel prévue par l'article 2302 du Code civil de faire connaître à la caution personne physique au 31 mars de chaque année le principal dû, les intérêts courus et les éventuels accessoires garantis par la caution. À défaut, les intérêts et pénalités échus depuis la date de la précédente information ne sont pas garantis. L'obligation d'information est étendue aux sous-cautions personne physiques. La caution devra leur transmettre l'information reçue de la part du créancier principal, article 2304 du Code civil.

Enfin, l'article 2318 du Code civil dispose que lorsque le débiteur ou le créancier (bénéficiaire du cautionnement) disparaît par voie de fusion, scission ou de transmission universelle de patrimoine, la caution ne reste tenue que pour les dettes nées avant l'opposabilité de ces opérations, sauf accord contraire qui peut être donné préalablement. Si la caution disparaît pour une de ces raisons, le cautionnement est transmis.

V - SÛRETÉS RÉELLES POUR LE COMPTE DE TIERS

L'article 2325 du Code civil fait un apport très important pour les sûretés réelles pour autrui, c'est-à-dire la situation dans laquelle une personne se porte garant non de sa propre dette mais de la dette d'une autre personne : le tiers. Dans un contexte professionnel, il s'agit notamment de sociétés mères qui consentent des garanties pour la dette de leur filiale. Dans un effort de mieux protéger ces tiers, certaines règles protectrices du cautionnement leur sont désormais appliquées.

Les garants personnes physiques devront être mis en garde si leurs capacités financières apparaissent inadéquates (*article 2299 du Code civil*). Ils devront également être informés de la défaillance du débiteur (*article 2303 du Code civil*). Tous les garants, qu'ils soient personnes physiques ou morales bénéficieront de l'information annuelle au 31 mars de chaque année (*article 2302 du Code civil*), du bénéfice de discussion (*article 2305 du Code civil*), du recours subrogatoire contre le débiteur (*article 2308 du Code civil*), ainsi que de la faculté d'être libérés de leur engagement en cas de perte d'un droit à subrogation contre le débiteur en raison de la faute du créancier (*article 2314 du Code civil*).

Un point extrêmement important est que ces obligations ne s'appliquent pas aux seules sûretés consenties

depuis le 1^{er} janvier 2022, mais aussi aux sûretés consenties avant cette date (*article 37-III de l'ordonnance n° 2021-1192*). Les créanciers professionnels doivent donc vérifier les sûretés qui leur ont été consenties par des tiers pour se conformer notamment à leur nouvelle obligation d'information annuelle. L'impact opérationnel n'est donc pas à sous-estimer.

VI - NANTISSEMENT DE CRÉANCE

L'article 2361-1 du Code civil codifie la pratique assez courante de créer des nantissements de rang successifs portant sur une même créance en garantie de dettes différentes.

Il est également précisé que le débiteur de la créance nantie peut non seulement opposer au bénéficiaire du nantissement les exceptions inhérentes à la dette, mais aussi celles nées de sa relation avec le constituant (donc son créancier initial) tant que le nantissement ne lui a pas été notifié à fin d'opposabilité (*article 2363-1 du Code civil*), d'où l'intérêt de notifier dès que possible le nantissement pour obtenir cette opposabilité. La pratique de notifier au débiteur de la créance tout en laissant au cédant la possibilité de recevoir le paiement reste possible comme il est expressément mentionné dans le rapport au Président de la République.

En pratique, les sommes que le bénéficiaire du nantissement pourrait recevoir de la part du débiteur doivent être réservées sur un compte spécial séparé tant que la dette garantie n'est pas échue, article 2364 du Code civil. Lorsque la dette garantie est échue, les sommes perçues s'imputent simplement.

Enfin, les créances futures sont nanties à la date de l'acte de nantissement (et non seulement à la date de leur naissance), article 2361 du Code civil. Cependant, l'article L. 622-21 IV du Code de commerce pose la règle que le

jugement d'ouverture d'une procédure collective dite dit l'accroissement de l'assiette de la sûreté. Les créances futures nées après le jugement d'ouverture ne seront donc plus nanties au titre du nantissement conventionnel.

VII - INNOVATION MAJEURE : CESSIION DE CRÉANCE À TITRE DE GARANTIE

Les articles 2373 et s. du Code civil créent une nouvelle sûreté qui pourrait profondément modifier la pratique notamment du financement immobilier.

Jusqu'à présent, l'article L. 313-23 du Code monétaire et financier limitait triplement la cession de créance à titre de sûreté à la cession par voie de bordereau "Dailly" : (i) le cessionnaire devait être l'emprunteur (en sa qualité d'emprunteur et non de garant) qui (ii) devait céder ses créances professionnelles, (iii) à des établissements de crédit, certains fonds d'investissements alternatifs et aux sociétés de financement. Ces contraintes limitaient les structurations financières envisageables.

Dorénavant, (i) l'emprunteur ou un tiers peuvent (ii) céder toute créance, présente ou future à (iii) tout bénéficiaire, en application du régime général de cession de créance civil (*articles 1321 et s. du Code civil*).

Cela permettra donc par exemple la cession de créance de loyers civils (on pensera notamment au loyer d'habitation) ou la cession de créance à des fonds (n'étant pas des établissements de crédit ou autres entités habilitées visées par le Code monétaire et financier), ces acteurs n'étant pas négligeables dans le marché. Sont, dès lors, envisageables des schémas de garantie indirecte plus souples que par le passé : par exemple, lorsque la société mère prend un crédit auprès d'un prêteur "fonds" (qui n'est pas éligible à recevoir le bénéfice d'un

bordereau Dailly) et redescend les sommes empruntées à la filiale, cette filiale peut garantir le prêt intragroupe avec une cession de créances (sous le régime du bordereau Dailly la société mère n'est pas éligible à recevoir le bénéfice d'un bordereau Dailly et avant la réforme il fallait recourir à un simple nantissement moins protecteur) et la société-mère peut céder le prêt intragroupe au prêteur (ce qui n'était également pas envisageable avant la réforme faute d'éligibilité du bénéficiaire sous le régime de la cession Dailly).

Il convient donc de retenir deux points : (i) si les conditions de la cession Dailly sont réunies celle-ci devra être utilisée et (ii) à la différence de la cession par voie de bordereau Dailly, la cession de créance à titre de garantie est soumise à l'interdiction d'accroître l'assiette de la sûreté (*article L. 622-21 IV du Code de commerce*).

VIII - NANTISSEMENT DE COMPTE-TITRES

Les modifications de l'article L. 211-20 du Code monétaire et financier codifient principalement certaines pratiques courantes.

Il est expressément possible d'instaurer des sûretés de rangs successifs pour garantir différentes dettes par le même compte-titres.

Le "compte espèces spécial" est à présent désigné "compte fruits et produits".

Par ailleurs, le compte fruits et produits peut être ouvert et nanti postérieurement à l'acte de nantissement et ce jusqu'à la réalisation. Cela résoudra la difficulté souvent rencontrée, notamment par les constituants étrangers, d'ouvrir le compte fruits et produits en temps et en heure pour la signature de l'acte de nantissement de compte-titres.

Enfin, le régime de réalisation est placé sur un socle commun simplifié avec

pour notion clé : les titres "admis sur une plateforme de négociation" (au lieu celle plus restreinte de "titres négociés sur un marché réglementé").

IX - NANTISSEMENT DE PARTS SOCIALES DE SOCIÉTÉS CIVILES

L'article 1866 du Code civil renvoie à présent aux articles 2355 al. 4 et 2333 du Code civil et intègre ainsi le nantissement de parts de société civiles au régime général du nantissement des meubles corporels.

L'obligation de faire signifier le nantissement à la société par exploit d'huissier est abrogée (il faut toutefois toujours notifier par lettre recommandée avec avis de réception le projet de nantissement aux associés et à la société), article 1867 du Code civil.

Aux termes de l'alinéa 4 de ce même article, on pourra aussi prévoir un pacte commissaire au titre de l'article 2348 du Code civil. Dans ce cas il n'est plus nécessaire de notifier la réalisation du nantissement un mois avant la vente aux associés et à la société et les associés ne peuvent plus se substituer à l'acquéreur (créancier gagiste). Il s'agit là d'un apport intéressant pour augmenter l'efficacité et la prévisibilité de ce type de sûreté.

X - CESSIION DE SOMMES D'ARGENT À TITRE DE GARANTIE

La codification de l'instrument *sui generis* du gage-espèces a été réalisée par les nouveaux articles 2374 et s. du Code civil.

La cession de sommes d'argent à titre de garantie s'effectue par la remise d'une somme d'argent en euros ou devises au cessionnaire. Elle peut garantir une obligation présente ou future. La remise de la somme rend la cession opposable aux tiers puisqu'il s'agit d'une sûreté par dépossession qui

ne requiert pas de publicité de ce fait. La réalisation se fait par imputation.

Si ce bénéficiaire a la libre disposition des sommes remises, la somme peut être convenue comme productive d'intérêts et si elle n'est pas à sa libre disposition les intérêts accroissent l'assiette de la sûreté.

Cette sûreté ne devrait pas bénéficier d'un régime protecteur en cas de

procédure collective, l'article L. 622-21 IV du Code de commerce ne faisant mention que de la cession par voie de bordereau Dailly.

XI - CONCLUSION

La réforme introduite par l'ordonnance n° 2021-1192 ne bouleverse pas le droit des sûretés, mais a le mérite de le moderniser et d'y ajouter de nouveaux

instruments qui seront très intéressants en pratique.

L'année 2022 sera néanmoins marquée par un certain nombre d'incertitudes en attendant la mise en place de tous les registres, notamment pour ce qui est du registre relatif aux gages sur meubles immobilisés par destination. ■