

LA RÉFORME DU DROIT DES SÛRETÉS : ASPECTS DE DROIT DES SOCIÉTÉS

Quinze ans après sa [dernière grande retouche réalisée en 2006](#), le droit des sûretés fait peu neuve. La nouvelle réforme est le résultat de longues réflexions, menées notamment dans le cadre des [travaux de l'association Henri Capitant](#) de 2017 et de plusieurs consultations des parties prenantes (acteurs économiques, praticiens, universitaires) en 2019 puis [début 2021](#). Le Gouvernement, habilité par [la loi PACTE du 22 mai 2019 \(art. 60\)](#), a finalement publié [l'Ordonnance n° 2021-1192 du 15 septembre 2021 portant réforme du droit des sûretés](#).

Ce texte ambitieux s'est fixé notamment pour objectifs :

- d'améliorer la lisibilité et l'intelligibilité du droit des sûretés. Il s'agit de répondre à une exigence de sécurité juridique et d'améliorer l'attractivité du droit français ;
- de rendre le droit des sûretés plus efficace, dans l'intérêt des différents acteurs en présence (créanciers, débiteurs, garants).

A de nombreux égards, ce texte intéressera les dirigeants de sociétés, tant les mécanismes des sûretés sont utilisés pour les besoins des affaires. Toutefois, il ne sera pas question ici de commenter l'ensemble du texte ni ses effets en droit des affaires en général. L'idée est, plus simplement, d'identifier les aspects de la réforme qui relèvent du droit des sociétés. On peut en évoquer trois.

Le sort du cautionnement en cas de transmission universelle du patrimoine

L'un des apports majeurs de la réforme des sûretés en droit des sociétés est probablement le [nouvel article 2318 du Code civil](#). Ce texte est formulé de la façon suivante : « En cas de dissolution de la personne morale débitrice ou créancière par l'effet d'une fusion, d'une scission ou de la cause prévue au troisième alinéa de l'article 1844-5, la caution demeure tenue pour les dettes nées avant que l'opération ne soit devenue opposable aux tiers ; elle ne garantit celles nées postérieurement que si elle y a consenti à l'occasion de cette opération ou, pour les opérations affectant la société créancière, par avance. En cas de dissolution de la personne morale caution pour l'une des causes indiquées au premier alinéa, toutes les obligations issues du cautionnement sont transmises ».

Les lecteurs s'intéressant à ces questions auront tout de suite observé que cette nouvelle disposition consacre en partie la jurisprudence dégagée en la matière depuis de nombreuses années. La réalisation d'une transmission universelle du patrimoine (TUP), à l'occasion d'une scission, d'une fusion ou d'une dissolution-confusion, est toujours un moment délicat lorsqu'elle touche l'un des trois protagonistes d'une opération de cautionnement : débiteur principal, créancier ou garant. Il est donc tout à fait intéressant que les solutions en la matière soient désormais inscrites noir sur blanc. On rappellera brièvement le sens des décisions ainsi dégagées.

Premièrement, s'il s'agit de la société débitrice, qui disparaît (elle est absorbée, scindée, tupée), on considère qu'il y a un changement de débiteur garanti. Par conséquent, l'obligation de couverture (s'appliquant aux dettes non encore nées) pesant sur la caution cesse pour l'avenir (V. par ex. [Cass. com., 25 oct. 1983, n°82-13.358](#)), à moins que la caution ne réitère son engagement à l'égard de la société bénéficiaire de la TUP (v. par ex. [Cass. com. 13 sept. 2011, n°10-21.370](#)). En revanche, l'obligation de règlement des dettes dont le fait générateur est antérieur à la date d'opposabilité de l'opération est maintenue ([Cass. com., 21 janv. 2003, n°97-13.027](#)) : cela vaut pour toutes les dettes du débiteur d'ores et déjà nées (exigibles ou non) si ce dernier (en l'occurrence, la société bénéficiaire de la TUP) ne s'exécute pas.

Deuxièmement, si la société qui disparaît est la société créancière, il y a lieu de considérer que la caution n'est plus tenue par son engagement, celle-ci s'étant engagée à l'égard d'un créancier déterminé. La caution n'est donc pas tenue par les dettes nées après la TUP sauf manifestation de volonté expresse de s'engager envers la société bénéficiaire, mais reste tenue par les dettes nées antérieurement (obligation de règlement) (V. par ex. [Cass. com., 20 janv. 1987, n° 85-14.035](#) ; ou [Cass. com., 22 févr. 2017, n°14.26.704](#)).

Troisièmement, lorsque c'est la société caution qui disparaît, son obligation est transférée en tant que passif à la société bénéficiaire de la TUP, laquelle sera tenue à l'égard du débiteur et du créancier selon les termes du contrat de cautionnement. Comme le souligne le [rapport au Président de la République](#) accompagnant l'Ordonnance, cette précision vient mettre fin aux incertitudes nées de l'arrêt rendu le 7 janvier 2014 par la chambre commerciale de la Cour de cassation ([Cass. com., 7 janv. 2014, n° 12-20.204](#)).

Bien que les textes soient désormais très clairs, il pourrait être utile, selon la volonté des parties, d'anticiper ces situations dans les contrats de cautionnement, en indiquant les conséquences d'une TUP dont aurait à connaître un débiteur, un créancier ou le garant. Ceci se justifie tout particulièrement afin de déterminer si la caution accepte de couvrir les dettes postérieures à la TUP.

La réforme du droit des sûretés : aspects de droit des sociétés

Le nantissement de parts sociales

Pour rappel, le nantissement de parts sociales consiste, pour un associé, à donner en garantie des parts sociales à un créancier : en cas de défaut de paiement, le créancier bénéficiaire peut obtenir la vente forcée des parts sociales. Deux modifications peuvent être observées à ce sujet.

En premier lieu, l'article 1866 du Code civil est réécrit s'agissant du nantissement de parts sociales de sociétés civiles. Le nouveau texte procède à un renvoi aux règles de droit commun gage ([C. civ., art. 2355](#)). L'objectif de cette modification est de clarifier le régime juridique du nantissement de parts sociales. Désormais, tout le régime du nantissement des parts sociales (conditions de constitution, de publicité et d'opposabilité du nantissement) de sociétés civiles, sociétés en nom collectif et sociétés à responsabilité limitée est harmonisé.

En second lieu, les règles permettant de donner effet à la réalisation forcée de parts sociales de sociétés civiles ayant fait l'objet d'un nantissement sont assouplies. Actuellement, un projet de nantissement de parts sociales de sociétés civiles doit faire l'objet d'un consentement de la part des associés dans les mêmes conditions que l'agrément prévu pour une cession ([C. civ., art. 1867](#)). On comprend cela très bien : il s'agit d'éviter que, par l'effet d'un nantissement, un tiers non désiré parvienne à entrer dans le capital de la société sans l'accord des associés déjà présents. Ce consentement permet donc d'agréer le bénéficiaire du nantissement en cas de réalisation forcée des parts sociales. Toutefois, l'actuel article 1867 du Code civil conditionne l'efficacité de cet agrément à la notification, tant aux associés qu'à la société, de la réalisation forcée le mois précédant la vente. Cette exigence de forme pouvait inutilement compliquer les choses : le bénéficiaire du nantissement était déjà connu des associés, puisque ceux-ci avaient consenti à l'opération ; ils avaient d'ailleurs déjà été adoubé le bénéficiaire et savaient qu'il pouvait devenir associé en cas de défaut de son débiteur. C'est la raison pour laquelle l'article 1867 a fait l'objet d'une petite modification. Un alinéa est ajouté à ce texte afin que les nantissements réalisés en application de [l'article 2348 du Code civil](#) (c'est-à-dire lorsqu'il est prévu dès la conclusion de la garantie, ou postérieurement, que le bénéficiaire du nantissement deviendra propriétaire du bien gagé) puissent produire leurs effets en cas de réalisation forcée, sans qu'il soit nécessaire de notifier la vente. Il s'agit là d'une source de simplification et de cohérence tout à fait opportune. On retrouve en effet cette solution de souplesse dans les sociétés commerciales (v. par ex. pour les SARL : c. com., [art. L. 223-15](#) ; et les sociétés par actions : [C. com., art. L. 228-26](#)).

Le droit de constituer des sûretés réelles, étendu à toutes les personnes morales

L'[article 1844-2 du Code civil](#) prévoyait de façon générale, pour toutes les sociétés, qu'« Il peut être consenti hypothèque ou toute autre sûreté réelle sur les biens de la société en vertu de pouvoirs résultant de délibérations ou délégations établies sous signatures privées alors même que la constitution de l'hypothèque ou de la sûreté doit l'être par acte authentique. »

Ce texte est désormais abrogé car il ne fait que redire ce que l'on trouve au [nouvel article 2326](#) : « Une sûreté réelle peut être constituée sur les biens d'une personne morale de droit privé 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 ». En étendant ainsi la règle applicable jadis aux sociétés, à l'ensemble des personnes morales, le droit des sûretés s'en trouve certainement plus lisible.

Une entrée en vigueur repoussée au 1^{er} janvier 2022

Enfin, il faut noter que l'application dans le temps de l'Ordonnance a été anticipée par ses rédacteurs ([art. 37](#)), afin de garantir sa bonne application et de permettre aux opérateurs de se mettre en conformité avec le droit nouveau. Ainsi, l'entrée en vigueur du texte a été fixée au 1^{er} janvier 2022, ce qui laisse quatre mois pour maîtriser les nouvelles dispositions.

Si cela est salutaire, il convient tout de même d'identifier certains points d'attention : en l'occurrence, en application du principe de la survie de la loi ancienne, les engagements de cautions conclus avant l'entrée en vigueur demeurent intégralement soumis à la loi en vigueur au jour de leur conclusion. Cette règle doit toutefois être nuancée concernant, par exemple l'effet d'une TUP, puisque l'article 2318 ne fait que consacrer des solutions déjà bien connues.

Tanguy ALLAIN,

Maître de conférences en droit privé, Université de Rennes