

REVUE LAMY

# Droit des Affaires

## LE NOUVEAU DROIT DES SÛRETÉS SOUS L'ANGLE DES AFFAIRES

*Supplément coordonné par Antoine HONTEBEYRIE, Avocat associé,  
Cabinet Racine, avec les contributions de Augustin AYNÈS, Laurent AYNÈS,  
Philippe DELEBECQUE, Barna EVVA, Sandra GRASLIN-LATOURE,  
Dimitri HOUTCIEFF, Maxime JULIENNE, Muriel MIGNARD,  
Jean-Denis PELLIER et David ROBINE*

**175** | SUPPLÉMENT  
NOVEMBRE 2021

## Conseil scientifique

**Sylvie de VENDEUIL**

Conseiller scientifique

**Marie-Pierre BLIN-FRANCHOMME :**

Maître de conférences HDR Université Toulouse Capitole, chargée de mission développement durable

**Jean-Michel do CARMO SILVA :**

Professeur de droit, Grenoble École de Management

**Emmanuel DAOUD :**

Avocat associé, Cabinet VIGO

**Jack DEMAISON :**

Avocat associé, SIMON Associés

**Laurence Caroline HENRY :**

Professeur - Avocat général en service extraordinaire à la chambre commerciale de la Cour de cassation

**Arnaud LECOURT :**

Maître de conférences, Université de Pau et des pays de l'Adour

**Jacques MESTRE :**

Professeur agrégé des Facultés de droit

**Cyril NOURISSAT :**

Professeur agrégé des Facultés de droit, Université Jean Moulin - Lyon 3

## Président, Directeur de publication :

Hubert CHEMLA

## Directrice des Editions :

Sylvie DURAS

## Rédactrice en chef :

Chloé MATHONNIÈRE - 01 85 58 31 75

chloe.mathonniere@wolterskluwer.com

## Rédactrices en chef adjointes :

Anouk JAUNASSE - 01 85 58 31 58

anouk.jaunasse@wolterskluwer.com

Joséphine de ROMANET - 01 85 58 36 04

josephine.deromanet@wolterskluwer.com

**Éditeur :** Wolters Kluwer France

SAS au capital de 75 000 000 €

**Siège social :** 7, rue Emmy Noether, 93400

Saint Ouen - Tél. : 01 85 58 30 00

RCS Bobigny 480 081 306

**Siret :** 480 081 306 00148

TVA FR 55 480 081 306

## Associé Unique :

Holding Wolters Kluwer France

**N° Commission Paritaire :** 0120 T 87146

**N° ISSN :** 1279-8401

**Dépôt légal :** à parution

**Abonnement annuel :** 568,69 € TTC

**Prix au numéro :** 51,70 € TTC

**Service clients :** contact@wkf.fr

**N°Cristal** 09 69 39 58 58

APPEL NON SURTAXE

**Imprimerie BIALEC :**

23 allée des Grands Pâquis, 54180 Heillecourt

**Origine du papier :** Pologne

**Taux de fibres recyclées :** 0%

**Certification :** PEFC N°2011-SKM-PEFC-43

**Eutrophisation :** Ptot 0,006 kg / tonne

**Cette revue peut être référencée de la manière**

**suivante :** RLDA 2021/175, Suppl, n° 7324

(année/n° de la revue, n° du commentaire)

**Crédit photos :** Getty Images

# Sommaire

AVANT-PROPOS ..... P. 3

## LE NOUVEAU DROIT DES SÛRETÉS SOUS L'ANGLE DES AFFAIRES

- Le nouveau cautionnement commercial  
*Laurent AYNÈS P. 4*
- Le dirigeant caution personne physique, cet oublié  
*Dimitri HOUTCIEFF P. 6*
- La dissolution de la société créancière, débitrice principale ou caution  
*Antoine HONTEBEYRIE P. 11*
- La personne morale constituante d'une sûreté réelle pour autrui  
*Augustin AYNÈS P. 17*
- Le gage des stocks  
*Philippe DELEBECQUE P. 21*
- Le gage professionnel  
*Jean-Denis PELLIER P. 25*
- La mise en garantie des créances de l'entreprise  
*Sandra GRASLIN-LATOURE, Barna EVVA P. 30*
- Le nantissement des parts sociales soumis au régime du gage  
*Maxime JULIENNE P. 37*
- L'incidence de la réforme des sûretés réelles immobilières sur les financements  
*Muriel MIGNARD P. 42*
- L'articulation du droit des sûretés avec le Livre VI du Code de commerce : un exercice d'équilibrisme  
*David ROBINE P. 52*

# Avant-propos

Le droit civil est-il toujours le droit commun ? À cette question connue et provocante, l'ordonnance du 15 septembre 2021 portant réforme du droit des sûretés donne envie de répondre oui. Considérablement renouvelée en 2006, la matière demeurait toutefois assez dispersée. Autour du Code civil, qui en est naturellement ou, en tout cas, historiquement chargé, gravitaient de très nombreuses dispositions particulières dérogeant, çà et là, au droit commun. Beaucoup d'entre-elles appartenaient à la sphère du droit des affaires *lato sensu*, c'est-à-dire au Code de commerce et au Code de la consommation. Dotées d'un champ d'application parfois extrêmement large – que l'on songe, par exemple, aux règles régissant le gage commercial ou à celles imposant des mentions manuscrites en matière de cautionnement – elles pouvaient donner l'impression que le droit civil des sûretés n'était plus vraiment commun. Au-delà de la petite amertume civiliste et du manque de lisibilité qu'il pouvait provoquer, ce constat donnait aussi le sentiment de ne pas bien comprendre. La rénovation intervenue en 2006 est en grande partie inspirée des techniques créées, chemin faisant, par le droit commercial, pour adapter le droit des sûretés réelles aux exigences du temps (gage sans dépossession, fongibilité...). Dans ces conditions, était-il nécessaire de maintenir des règles particulières que le code civil, fort de ces enseignements commercialistes, avait ainsi peu ou prou généralisées ?

Cependant cette progression du droit commun demeurait inachevée à deux égards. D'une part, pour des raisons tenant à la loi d'habilitation, le cautionnement n'avait pas été retouché par la réforme de 2006, si bien qu'en ce domaine la subsistance de règles particulières conservait, dans l'absolu, un sens. D'autre part, même après 2006, les dispositions du Code de commerce relatives au

gage continuaient de se distinguer de celles du Code civil par une grande simplicité de constitution et de réalisation. La réforme de 2021 a fait tomber ces deux zones d'ombre au droit commun, là encore par un certain phénomène d'assimilation des droits spéciaux. On assiste à la disparition de sûretés réelles « spéciales » (ex. : le warrant hôtelier, le gage commercial, ou encore le nantissement de l'outillage et du matériel d'équipement) et de diverses règles propres à certains cautionnements. Mais à la suppression de ces dispositions particulières, font écho l'insertion, dans le Code civil, de règles générales qui en sont inspirées assez largement (ex. : les mentions manuscrites de la caution personne physique, la réalisation simplifiée du gage professionnel) quoique pas totalement (ex. : la dispense d'écrit profitant au gage commercial n'a pas été reprise), ainsi que la création, d'ici 2023 au plus tard, d'un registre unique des sûretés mobilières. Le droit commun a donc aujourd'hui pour mission de répondre à la plupart des besoins en matière de sûretés, y compris dans les affaires, même si certaines « sûretés spéciales » demeurent (ex. : le nantissement de fonds de commerce et le nantissement de compte-titres et de titres financiers, qui sont un peu remaniés). Encore la réforme ne se résume-t-elle pas à cet important mouvement tectonique. Elle apporte aussi de nombreuses nouveautés, qui passent tantôt par la modification de dispositions anciennes, tantôt par la création de règles et de sûretés nouvelles au sein du Code civil. Enfin, elle doit évidemment compter avec cet autre volet du droit commercial qu'est le droit des procédures collectives, lui aussi modifié par une ordonnance du 15 septembre 2021. De tout ceci, le présent dossier voudrait rendre compte à travers dix thèmes qui ont été spécifiquement choisis dans l'optique commercialiste de la revue. Que les auteurs, soussignés mis à part, soient chaleureusement remerciés pour le travail accompli.



Antoine  
HONTEBEYRIE,  
Agrégé des facultés  
de droit

Professeur à  
l'Université Paris-  
Saclay

Avocat associé,  
Cabinet Racine

# Le nouveau droit des sûretés sous l'angle des affaires

RLDA 7326

## La dissolution de la personne morale créancière, débitrice principale ou caution

**L'incidence, sur le cautionnement de dettes futures, d'une opération capitalistique ayant pour effet un changement de débiteur, de créancier ou de caution est une difficulté tout à la fois classique et pathogène. Elle fait désormais l'objet d'une disposition dédiée au sein du Code civil, assise sur la célèbre distinction de la couverture et du règlement, et qui n'épuise évidemment pas toutes les interrogations.**



Antoine  
HONTEBEYRIE  
Agrégé des facultés  
de droit  
Professeur à  
l'Université Paris-  
Saclay  
Avocat associé,  
Cabinet Racine

Le droit des sûretés sait ce qu'il doit à Christian Mouly. De la pensée de cet auteur disparu en 1996, les nouveaux articles 2315 à 2318 du code civil, issus de l'ordonnance de réforme du 15 septembre 2021, portent l'empreinte directe. Ils consacrent en effet de façon implicite mais très nette une distinction mise en lumière sous sa plume et d'ailleurs rejointe par la jurisprudence depuis longtemps : celle qui oppose l'obligation de couverture et l'obligation de règlement dans le cautionnement de dettes futures<sup>(1)</sup>.

Cette distinction est tout à la fois éclairante, utile et simple. Éclairante, en ce qu'elle révèle la dualité de l'opération en question. Il ne s'agit pas seulement d'obliger la caution à payer au lieu et place du débiteur principal, mais aussi, et avant tout, de bien déterminer ce qu'elle s'expose à devoir payer. Outre un aspect matériel (obligations issues de telle ouverture de crédit, de tel contrat de distribution, de telle relation commerciale, etc.), cette détermination revêt une dimension temporelle. Le cautionnement de dettes futures n'implique pas nécessairement que la garantie a vocation à subsister aussi longtemps que se poursuivra la relation du débiteur principal et du créancier à l'occasion de laquelle il a été souscrit. La caution qui s'est engagée en considération d'une relation de contrat cadre ou de crédit entre sa société et sa banque s'expose à prendre en charge

les dettes qui en résulteront. Mais cela ne veut pas nécessairement dire que toutes les dettes susceptibles de naître dans la durée de cette relation sont garanties. Tout dépend de la couverture. Celle-ci s'entend d'une période et de deux choses l'une :

- soit la dette considérée est née pendant la période de couverture ; elle est alors garantie et se traduit par une obligation de règlement, que la caution devra exécuter si le débiteur est défaillant ;
- soit la dette considérée est née en dehors de la période de couverture ; elle n'est alors pas garantie et n'engendre donc aucune obligation de règlement à la charge de la caution.

Voilà ce que prévoit désormais l'article 2316 du code civil<sup>(2)</sup> : « *Lorsqu'un cautionnement de dettes futures prend fin, la caution reste tenue des dettes nées antérieurement, sauf clause contraire.* »<sup>(3)</sup>

L'étendue de la période de couverture est en principe à la disposition des parties. Libre à elles de la fixer de façon calendaire (de telle date à telle date), par référence à une durée (ex. : un an à compter de la signature du cautionnement ou du contrat garanti) ou à un terme incertain (ex. : la cessation du mandat social de la caution). Elles peuvent également ne pas en déterminer la durée,

(1) Ch. Mouly, Les causes d'extinction du cautionnement, 1979, préf. R. Cabrillac, n° 256 et s.

(2) Tous les textes cités ci-après sont ceux du Code civil, sauf précision contraire.

(3) La clause contraire visée par le texte s'entend vraisemblablement d'une cause d'extinction anticipée des obligations de règlement de la caution par l'effet d'une déchéance conventionnelle.

auquel cas la caution pourra la faire cesser moyennant un préavis. Tout ceci ressort désormais, directement et *a contrario*, de l'article 2315 : « *Lorsqu'un cautionnement de dettes futures est à durée indéterminée, la caution peut y mettre fin à tout moment, sous réserve de respecter le délai de préavis contractuellement prévu ou, à défaut, un délai raisonnable.* ».

Mais, dans tous les cas, certains événements peuvent mettre prématurément fin à couverture. Il en est ainsi du décès de la caution, aujourd'hui envisagé à l'article 2317, qui dispose que les héritiers ne sont tenus que des dettes nées avant le décès<sup>(4)</sup> et ajoute que toute clause contraire est réputée non écrite<sup>(5)</sup>. Il en est également ainsi de certaines opérations de restructuration de personnes morales. La situation de base est connue, ne serait-ce que par le contentieux assez volumineux qu'elle a engendré. Une société se porte caution (société caution), ou est cautionnée (société débitrice principale), ou se fait consentir un cautionnement (société créancière). Quelques temps après, cette société est dissoute par l'effet d'une opération de fusion ou de scission, ou de dissolution entre les mains d'un associé unique personne morale telle que prévue à l'article 1844-5 du code civil. La couverture continue-t-elle néanmoins de courir, en ce sens que les obligations nées après l'opération continueront d'être garanties par la caution ? L'affirmative n'est pas inconcevable. En effet, les opérations précitées entraînent transmission universelle du patrimoine – c'est-à-dire de l'actif et du passif – de la société dissoute. L'idée que le cautionnement puisse être transmis tel quel à la société récipiendaire de tout ou partie du patrimoine de la société dissoute n'est donc pas manifestement incongrue. De fait, cette difficulté, dont la loi ne disait mot, a fait débat en doctrine et a donné lieu à de nombreux arrêts, pas toujours dans le même sens. Elle est désormais réglée par le nouvel article 2318.

Cette disposition, assez largement inspirée de l'avant-projet *Capitant*<sup>(6)</sup>, traite des cas où la personne morale débitrice principale, créancière ou caution fait l'objet d'une dissolution « *par l'effet d'une fusion, d'une scission ou de la cause prévue au troisième alinéa de l'article 1844-5* », disons ici, pour faciliter le propos, d'une dissolution par restructuration. Sont donc concernées les personnes morales dans leur ensemble, c'est-à-dire non seulement les sociétés, mais également les autres entités susceptibles de faire l'objet de telles opérations, telles que les associa-

tions régies par la loi de 1901<sup>(7)</sup> ou encore les groupements d'intérêt économique<sup>(8)</sup>. Le texte est donc doté d'un large champ d'application *ratione personæ*. Au-delà, il invite à distinguer les cas dans lesquels l'opération emporte clôture de la période de couverture de ceux où elle laisse au contraire celle-ci poursuivre son cours.

## Clôture de la période de couverture

La période de couverture cesse en cas de dissolution par restructuration de la personne morale débitrice ou caution. Sont alors exclues de la garantie les dettes nées après l'opposabilité de l'opération.

### Dissolution par restructuration de la personne morale débitrice ou créancière

**Dissolution de la débitrice.** La dissolution par restructuration de la personne morale débitrice principale est évidemment de nature à affecter les prévisions des parties et tout particulièrement celles de la caution. On n'accorde en principe son cautionnement qu'eu égard à la personne du débiteur principal et aux qualités qu'on lui prête (solvabilité, aptitude à la gestion de l'opération, etc.). Rien ne permet d'admettre par principe que la caution a entendu cautionner également le nouveau débiteur issu de l'opération de restructuration, telle par exemple qu'une société ayant absorbé la personne morale débitrice. C'est donc assez logiquement que l'article 2318, alinéa 1, dispose : « *En cas de dissolution de la personne morale débitrice ( ) 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 (...)* »<sup>(9)</sup>. Le principe, susceptible d'un aménagement contractuel que l'on évoquera plus loin, est donc que la couverture prend fin<sup>(10)</sup>. Mais cette cessation n'opère que pour l'avenir, sans affecter les obligations de règlement de la caution afférentes aux dettes nées antérieurement. Tout ceci consacre en substance les solutions adoptées par la jurisprudence jusqu'alors<sup>(11)</sup>.

**Dissolution de la créancière.** Un constat semblable s'impose à propos de la dissolution par restructuration de la personne morale créancière. L'article 2318 soumet cette

(4) En quoi il consacre une solution jurisprudentielle dont l'arrêt inaugural (Cass. com., 29 juin 1982, n° 80-14160, Bull. civ. IV, n° 258) est assez largement rattaché à la doctrine de Christian Mouly.

(5) Ce texte consacre également une solution jurisprudentielle, fondée sur la prohibition des pactes sur successions futures.

(6) V. C. civ., art. 1844-4-1, tel que proposé dans l'avant-projet *Capitant*.

(7) Sur l'éligibilité des associations aux dites opérations : L. 1<sup>er</sup> juill. 1901 relative au contrat d'association, art. 9 *bis* et 12, issus de la loi n° 2014-856 du 31 juillet 2014, et D., 16 août 1901, art. 15-1 et s., issus du décret n° 2015-832 du 7 juillet 2015.

(8) Sur l'éligibilité des GIE aux dites opérations : J.-J. Burst et H. Azarian, J.-Cl. com., fasc. 1191, n° 38 et s.

(9) En faveur de cette solution : Ch. Mouly, préc., n° 334.

(10) À quoi la fraude devrait toutefois faire obstacle (v. Cass. com., 10 oct. 1995, n° 93-15619, Bull. civ. IV, n° 224).

(11) Ex. : Cass. com., 25 oct. 1983, n° 82-13358, Bull. civ. IV, n° 274.

# Le nouveau droit des sûretés sous l'angle des affaires

hypothèse à la même règle : « 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 ( ) »<sup>(12)</sup>. Cependant, à la différence de la précédente, cette solution n'allait pas tout à fait de soi. La Cour de cassation statuait certes en ce sens, partant sans doute du postulat que la caution accorde aussi de l'importance à la personne du créancier<sup>(13)</sup>. De fait, tous les dispensateurs de crédit ne se ressemblent pas et cela n'est pas neutre pour qui s'apprête à garantir des crédits futurs. Reste qu'une partie de la doctrine défendait une approche différente, consistant en quelque sorte à présumer l'indifférence, pour la caution, de la personnalité du créancier, sauf preuve contraire<sup>(14)</sup>. Le réformateur a donc finalement pris le parti de la Cour de cassation : là encore, l'opération emporte cessation de la couverture, mais pour l'avenir seulement.

## Exclusion des dettes nées après l'opposabilité de l'opération

**Date d'opposabilité de l'opération.** Le principe de la clôture de la couverture en cas de restructuration de la personne morale débitrice ou créancière étant posé, il faut encore s'interroger sur la date de cette clôture. Il résulte du texte que cette date est celle de l'opposabilité de « l'opération » aux tiers. Il ne s'agit donc pas de la date de réalisation interne de l'opération de restructuration, et encore moins de celle qui peut avoir été fixée de façon rétroactive par les parties à ladite opération<sup>(15)</sup>. C'est évidemment de la date de la publicité de l'opération qu'il faut tenir compte<sup>(16)</sup>. Reste que cette publicité comprend souvent deux volets, relatifs, l'un, à la dissolution de l'entité absorbée ou scindée, et l'autre à l'augmentation de capital ou à l'immatriculation de l'entité récipiendaire de son patrimoine<sup>(17)</sup>. Lequel de ces deux volets doit-il être pris en considération ? La question paraît assez théorique car, en pratique, ces deux volets font l'objet d'une publication simultanée via un même procès-verbal. Une dissociation dans le temps serait d'ailleurs douteuse d'un point de vue juridique. Ce-

pendant l'hypothèse n'est pas tout à fait d'école. Un arrêt de la Cour de cassation a eu à en connaître, jugeant qu'une assignation pouvait être valablement délivrée à une société absorbée dont la dissolution n'avait pas été publiée au registre du commerce et des sociétés<sup>(18)</sup>. *Mutatis mutandis*, la même solution devrait, le cas échéant, être retenue dans le cadre de l'article 2318. On comprendrait en effet difficilement que la couverture puisse s'éteindre avant la disparition de la personnalité morale de l'entité débitrice ou créancière, quand bien même les formalités de publicité relatives à l'entité récipiendaire auraient été effectuées. Inversement, il n'est guère concevable que la couverture puisse survivre à la dissolution publiée de l'entité créancière ou débitrice sous prétexte que les formalités relatives à l'entité récipiendaire n'ont pas encore été accomplies. En somme, c'est la date de publicité de la dissolution au registre du commerce et des sociétés qui doit, en toute hypothèse, être prise en compte<sup>(19)</sup>.

**Date de naissance de l'obligation.** Reste enfin à aborder le critère qui permet de savoir si telle dette doit ou non être rattachée à la couverture et, partant, au cautionnement. Tel qu'il est exprimé par l'article 2318, ce critère paraît très net : il s'agit de la naissance de la dette, comme l'implique le participe « nées ». C'est donc la date de naissance de l'obligation qu'il faut considérer. Née avant l'opposabilité de l'opération, la dette est garantie par la caution. Née après, elle ne l'est pas. En quoi la réforme consacre légalement une solution déjà assez bien acquise en jurisprudence et en doctrine de façon d'ailleurs générale. De ce point de vue, les choses paraissent donc relativement simples. Elles peuvent l'être moins lorsqu'il s'agit de déterminer la date en question. La notion et, partant, la date de naissance des créances est un sujet en effet fort débattu et de surcroît complexifié par le droit des procédures collectives<sup>(20)</sup>.

Cela étant, des points de repères plutôt fiables existent, qui mènent généralement vers la date de conclusion du contrat pour les créances contractuelles<sup>(21)</sup> et vers celle de

(12) En faveur de cette solution : Ch. Mouly, préc., n° 334.

(13) Ex. : Cass. com., 16 sept. 2014, n° 13-17779, Bull. civ. IV, n° 117.

(14) V. not. D. Houtcieff, Contribution à l'étude de l'*intuitus personae*, RTD civ. 2003, p. 3 et les réf. ; favorable, parmi d'autres, à la position de la Cour de cassation : V. Mazeaud, L'obligation de couverture, 2020, IRJS éd., préf. P. Jourdain, n° 404.

(15) Déjà en ce sens que la caution ne peut se prévaloir d'une disposition par laquelle les parties à la fusion sont convenues de faire rétroagir celle-ci : Cass. com., 23 mars 1999, n° 96-20555 : Bull. civ. IV, n° 69, à propos de l'absorption de la société créancière.

(16) Rapp. Cass. com., 4 juin 2013, n° 12-16611, BJS 2013, p. 812, note B. Dondero : l'arrêt se réfère, à propos d'un cautionnement, à la « date de fusion mentionnée dans la publicité légale ».

(17) V. not. C. com., art. L. 123-9, L. 236-1 et s., L. 237-2, al. 3, R. 123-66 et R. 123-69, 3° ; C. civ., art. 1844-8, al. 1 ; D. n° 78-704, 3 juill. 1978, art. 8.

(18) Cass. com., 23 janv. 2007, n° 05-16460, BJS 2007, p. 617, note J.-F. Barbiéri.

(19) Sur les différentes dates d'opposabilité de la dissolution des sociétés, suivant les cas : J.-F. Barbiéri, note sous Cass. com., 23 janv. 2007, n° 05-15460, BJS 2007, p. 617 ; R. Raffray, La transmission universelle du patrimoine des personnes morales, Dalloz, 2011, préf. F. Deboissy, n° 101 et s.

(20) V. p. ex. : P.-E. Audit, La « naissance » des créances. Approche critique du conceptualisme juridique, 2015, Dalloz, préf. D. Mazeaud ; Colloque CEDAG, La date de naissance des créances, M. Behar-Touchais (dir.), LPA 9 nov. 2004, n° 224 ; E. Putman, La formation des créances, thèse, 1987, Aix-Marseille III.

(21) Ex. : Cass. com., 3 févr. 2009, n° 06-20070, Bull. civ. IV, n° 11, à propos du recours anticipé de la caution (supprimé par la réforme de 2021), recours pourtant subordonné à la survenance de certaines circonstances généralement postérieures à la conclusion du cautionnement.

la réalisation du dommage pour les créances délictuelles<sup>(22)</sup>. Deux paramètres peuvent en outre être tenus pour acquis en l'état. D'une part, le critère légal de rattachement à la couverture ne tient pas à l'exigibilité de la dette. L'exigibilité se rapporte au terme de l'obligation et, selon un principe bien connu, le terme, à la différence de la condition suspensive, n'empêche pas la naissance de l'obligation<sup>(23)</sup>. Il s'ensuit qu'en application de l'article 2318, une obligation née à telle date est garantie si, à cette même date, l'opération de restructuration n'a pas encore eu lieu ou n'a pas encore été rendue opposable aux tiers, peu important que cette obligation n'ait été exigible que postérieurement à la date à laquelle l'opération intervenue a été rendue opposable aux tiers. D'autre part, dans les contrats consensuels, la date d'exécution de la prestation qui fait la contrepartie de l'obligation de somme d'argent est en principe sans incidence sur la naissance de l'obligation. Quoique la thèse contraire, dite « matérialiste », ait été défendue<sup>(24)</sup> et jouisse d'un certain écho en matière de procédures collectives<sup>(25)</sup>, voire même au-delà<sup>(26)</sup>, la créance ne naît pas de l'exécution de la prestation corrélative mais du contrat<sup>(27)</sup>.

*La clôture de la couverture peut faire l'objet d'une convention contraire, qui ne se présente toutefois pas de la même manière suivant que l'opération affecte la débitrice ou la créancière*

Des paramètres qui précèdent, le cas du bail livre une bonne illustration. Généralement, le locataire doit s'acquitter de son loyer par termes successifs, à mesure qu'il jouit de la chose. Il n'en reste pas moins que ces différents termes, en ce qu'il s'agit de termes, représentent une créance du bailleur contre le locataire d'ores et déjà née à la date de conclusion du bail<sup>(28)</sup>, alors pourtant qu'à

cette date le locataire n'a, par hypothèse, pas encore joui de la chose. De fait, il a été jugé que le cautionnement donné en garantie du paiement des loyers dus au titre d'un bail demeurerait intact en cas d'absorption tant de la société bailleuse<sup>(29)</sup> que de la société locataire<sup>(30)</sup>, ce qui revient d'ailleurs à dire que le cautionnement en question porte en réalité sur une dette présente et non sur des dettes futures. Les mêmes solutions devraient s'appliquer sous l'empire du nouvel article 2318. Inversement, dans le cas d'un cautionnement qui aurait été donné à l'occasion d'un contrat-cadre en garantie des obligations issues des contrats d'application, seules seront couvertes les dettes issues des contrats d'application conclus avant l'opposabilité de l'opération et non celles engendrées par les contrats d'application postérieurs. À moins que la caution n'ait consenti à la subsistance de la couverture ...

## Continuation de la période de couverture

Il ressort de l'article 2318 que la période de couverture subsiste lorsque la caution consent à garantir les dettes postérieures à la dissolution par restructuration de la débitrice ou de la créancière, et encore lorsque cette opération affecte non pas la débitrice ou la créancière mais la caution. On peut par ailleurs se demander si la période de couverture doit également se poursuivre lorsque l'opération n'entre pas dans le périmètre de ce texte.

### Cas visés par l'article 2318 : consentement de la caution et opérations affectant cette dernière

**Consentement de la caution.** Une fois posé le principe de la clôture de la couverture en cas d'opération affectant la débitrice ou la créancière, l'article 2318, alinéa 1, ajoute : « *[la caution] ne garantit [les dettes] 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 d'autres termes, la clôture de la couverture peut faire l'objet d'une convention contraire, qui ne se présente toutefois pas de la même manière suivant que l'opération affecte la débitrice ou la créancière.

Lorsque c'est la personne morale débitrice qui est concernée, il est exigé que le consentement de la caution soit ex-

(22) Ex. : Cass. com., 27 nov. 2019, n° 13-21068, publié au Bulletin, pour la créance indemnitaire résultant d'une infraction pénale.

(23) V. C. civ., art. 1305 et s.

(24) V. not. G. Endréo, *Fait générateur des créances et échange économique*, RTD com. 1984, p. 223, spéc. p. 230.

(25) P. Le Cannu et D. Robine, *Droit des entreprises en difficulté*, 8<sup>e</sup> éd., Dalloz, n°s 514 et s.

(26) V. le raisonnement de la cour d'appel dans Cass. com., 26 févr. 2020, n° 18-25036, publié au Bulletin.

(27) V. p. ex. Ch. Larroumet, note sous Cass. com., 26 avr. 2000 : D. 2000, p. 717, qui qualifie la thèse matérialiste d'« hérétique » en dehors du droit des procédures collectives ; pour un exposé des deux approches et une proposition de renouvellement, v. P.-E. Audit, préc., n° 99 et s.

(28) Objet de divergences jurisprudentielles, cette solution a été consacrée par la chambre mixte de la Cour de cassation, à propos de la saisie-ate-

tribution : Cass. ch. mixte, 22 nov. 2002, n° 99-13935, Bull. mixte, n° 7.

(29) Cass. com., 8 nov. 2005, n° 01-12896, Bull. civ. IV, n° 218, à propos d'un crédit-bail et de sommes constituées de « loyers, indemnités d'occupation et primes d'assurance demeurés impayés jusqu'à la libération des lieux ».

(30) Cass. com., 8 nov. 2005, n° 02-18449, Bull. civ. IV, n° 219, à propos d'un bail, l'arrêt précisant que, dès lors que le contrat de bail en exécution duquel étaient dus les loyers avait été souscrit par la locataire avant sa dissolution « *la dette était née avant la fusion, peu important qu'elle n'ait pas été exigible à cette date* ».

# Le nouveau droit des sûretés sous l'angle des affaires

primé au moment de l'opération, ce qui revient à exclure qu'il puisse l'être avant celle-ci, notamment dans le cautionnement. L'objectif de cette exigence est de protéger la caution, spécialement la caution personne physique, contre le risque évident qu'elle courrait en acceptant de garantir un débiteur inconnu et finalement n'importe quelle personne morale. Reste à s'interroger sur la nature du consentement ainsi requis. Le texte ne précise pas qu'il doit être exprès. Est-ce à dire que ce consentement pourrait être considéré comme tacitement exprimé, par exemple lorsque la caution dirigeante ou associée a été partie prenante à l'opération dans des conditions très circonstanciées ? Cela revient à se demander si le consentement requis s'entend d'un consentement à un nouveau cautionnement, distinct de celui précédemment donné. Si tel est le cas, alors l'invocation d'un consentement tacite est vaine, compte tenu de l'article 2294, alinéa 1, aux termes duquel le cautionnement « doit être exprès ». Plus largement, ce sont toutes les conditions relatives à la formation du cautionnement qui devront être respectées<sup>(31)</sup>. Une telle perspective peut certes être discutée, notamment en ce qu'elle prive le texte d'une grande partie de son effet utile<sup>(32)</sup>. Mais, en l'état, il est plus prudent de s'y tenir. La difficulté ne se pose pas, en revanche, lorsque c'est la créancière qui fait l'objet de l'opération. Dans ce cas, le consentement de la caution peut être donné « par avance », c'est-à-dire dans le cautionnement lui-même, ce qui conduit à lui appliquer l'ensemble des règles qui gouvernent la formation de celui-ci<sup>(33)</sup>. Même si la Cour de cassation ne l'a jamais clairement admis<sup>(34)</sup>, ce schéma contractuel d'acceptation anticipée de la nouvelle entité créancière est déjà assez répandu en pratique. Le feu vert que lui donne le nouvel article 2318 est une bonne chose, au moins pour la lisibilité du droit positif.

**Dissolution de la caution.** Passé le cas de la dissolution de l'entité débitrice ou créancière, l'article 2318 en vient à l'hypothèse de la dissolution de la société caution. L'alinéa 2 précise : « 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 ». Il s'agit donc manifestement d'exclure que la dissolution par restructuration de la caution ait le même effet que celle du débiteur ou du créancier. En d'autres termes, cette dissolution n'entraîne pas la clôture de la

couverture. Il en résulte que l'entité récipiendaire du patrimoine de la caution devra sa garantie non seulement pour les dettes nées antérieurement à l'opération, celles-ci étant transmises à la personne morale qui lui succède en tant qu'obligations de règlement, mais également pour celles nées postérieurement. Là encore, la réforme rejoint la jurisprudence, encore que celle-ci se résume essentiellement à un arrêt dont la portée a pu être discutée<sup>(35)</sup>. Bien que contestée en doctrine, notamment au vu de celle retenue à propos du décès de la caution personne physique, cette solution est opportune. Premièrement, par hypothèse, l'entité qui succède à la caution personne morale connaît l'existence du cautionnement, tandis que l'héritier peut l'ignorer<sup>(36)</sup>. Deuxièmement, les raisons qui justifient l'extinction de la couverture en cas de dissolution du débiteur ou du créancier ne se retrouvent pas ici. La caution dissoute et l'entité qui lui succède ne sauraient prétendre que leur prévisions contractuelles sont remises en cause par une opération qu'elles ont-elles-mêmes initiées<sup>(37)</sup>. Troisièmement, la solution contraire aurait permis aux cautions malintentionnées (plus exactement aux personnes qui la détiennent) de mettre facilement et prématurément terme à la couverture dans le but d'échapper à de futures obligations de règlement<sup>(38)</sup>.

Qui voudrait encore contester la survie de la couverture pourrait toutefois tenter d'exploiter la stricte lettre du texte. Bien que Christian Mouly, concepteur de la distinction entre la couverture et le règlement, ait employé, en s'en expliquant, la notion d'« obligation » pour désigner la couverture, il n'est pas certain que cette qualification soit parfaitement adéquate. La raison principale en est qu'une obligation suppose une prestation et la possibilité, au moins théorique, d'une exécution forcée. Or on peine à identifier de tels éléments dans la couverture qui s'attache à un cautionnement de dettes futures<sup>(39)</sup>. Il s'agit plus d'une clé de répartition que d'une obligation. Aussi un esprit un peu spéculatif pourrait-il soutenir que la seule portée de l'article 2318, alinéa 2, est de préciser que les obligations de règlement (*i.e.* les obligations de garantie afférentes aux obligations principales nées avant l'opération) sont transmises et qu'il ne dit rien de la couverture puisque

(31) Ex. : mention manuscrite de la caution personne physique (C. civ., art. 2297).

(32) Il va de soi que la caution peut souscrire un nouveau cautionnement en garantie des dettes de la nouvelle entité débitrice. Pourquoi avoir consacré une partie du texte à rappeler cette évidence ?

(33) Un acte subséquent est envisageable, mais, là encore, la prudence impose d'appréhender cet acte comme un nouveau cautionnement.

(34) Elle a certes jugé que la couverture pouvait survivre à l'opération en cas de « manifestation expresse de la caution de s'engager envers la nouvelle personne morale » (ex. : Cass. com., 20 janv. 1987, n° 85-14035, Bull. civ. IV, n° 20), mais sans préciser que cette volonté pouvait être exprimée dans l'acte initial.

(35) Cass. com., 7 janv. 2014, n° 12-20204, Bull. civ. IV, n° 1, à propos d'une sous-caution.

(36) M. Bourassin et V. Brémond, *Droit des sûretés*, 7<sup>e</sup> éd., 2020, n° 412, citant C. com., art. L. 232-1, I.

(37) Rapp. Ph. Malaurie, L. Aynès, P. Crocq et A. Aynès, *Droit des sûretés*, 14<sup>e</sup> éd., 2020, n° 167 : le changement dans la personne de la caution est sans influence sur l'évolution de la dette garantie.

(38) Il est vrai que les créanciers de l'entité à dissoudre jouissent d'un droit d'opposition, y compris lorsque l'entité est une association. Mais, d'une part, l'exercice de ce droit suppose la qualité de créancier, ce qui soulève la difficulté de savoir si la couverture est véritablement une obligation (*v. infra*), et, d'autre part, l'exercice de ce droit est soumis à des conditions assez strictes.

(39) Sur cette question : V. Mazeaud, *préc.*, n° 103 et s.

celle-ci n'est pas une obligation. À quoi l'on répliquerait dans les termes suivants : le rapport au Président de la République accompagnant l'ordonnance montre que l'intention du réformateur était bien de faire survivre la couverture<sup>(40)</sup>. Dès lors, de deux choses l'une. Soit l'on considère que le texte consacre implicitement l'approche de Christian Mouly consistant à voir dans la couverture une véritable obligation. Soit l'on s'y refuse et l'on en conclut que le réformateur a textuellement manqué son but. Dans ce dernier cas, il faut en revenir à la jurisprudence ... qui, de toute façon, considère que l'opération affectant la caution laisse subsister la couverture<sup>(41)</sup>. Cela étant, rien n'interdit d'écrire dans le cautionnement que la couverture survivra à la dissolution par restructuration de la caution.

### Situations non visées par l'article 2318 ?

Les hypothèses que l'article 2318 aborde sont uniquement celles dans lesquelles la société caution, débitrice principale ou créancière fait l'objet d'une dissolution. Il laisse donc en dehors de son périmètre un certain nombre de situations approchantes mais différentes. Deux séries d'hypothèses doivent être envisagées.

**Entité débitrice ou créancière occupant la position de récipiendaire.** La première hypothèse est celle dans laquelle la société débitrice ou créancière, bien que partie à une opération de dissolution par restructuration, n'est pas l'entité dissoute mais, au contraire, l'entité récipiendaire (absorbante, etc.). Une lecture *a contrario* de l'article 2318, alinéa 1, pourrait conduire à décider que la couverture subsiste dans de tels cas, ce qui semble d'ailleurs être le sens de la jurisprudence<sup>(42)</sup>. Cela ne veut évidemment pas dire que de telles opérations sont toujours systématiquement neutres pour la caution<sup>(43)</sup>. Simplement, il appartient à celle-ci de s'en enquérir lors de son engagement et d'exiger, le cas échéant, l'insertion de clauses mettant fin à la couverture dans telle ou telle configuration. Un arrêt plutôt récent laisse entendre que la Cour de cassation n'est guère disposée à suppléer de tels aménagements<sup>(44)</sup>. Cela étant, la portée des interprétations *a contrario* est souvent assez relative. Contre une telle interprétation, il pourrait être soutenu que l'article 2314 institue des causes d'extinction de la couverture qui ne procèdent pas directement de la volonté de la caution au

cautionnement mais de la loi. Sous ce postulat, le texte laisse libre cours à un raisonnement fondé sur la volonté présumée de la caution. Il ne condamne donc pas la solution, en grande partie doctrinale, consistant à admettre que la couverture peut prendre fin non seulement au cas de changement de débiteur ou de créancier, mais également par la survenance de certaines modifications importantes dans l'activité du débiteur dès lors qu'elles affectent des éléments qui ont déterminé le consentement de la caution<sup>(45)</sup>.

### Apport partiel d'actif soumis au régime des scissions.

Ladite doctrine devrait en tout cas pouvoir être légitimement invoquée dans la deuxième hypothèse qu'il faut aborder ici, celle de l'apport partiel d'actif soumis au régime des scissions<sup>(46)</sup>. Une telle opération emporte elle aussi transmission universelle, à la société bénéficiaire, des droits, biens et obligations de la branche d'activité faisant l'objet de l'apport<sup>(47)</sup>. Elle pose donc elle aussi la question de la continuation ou de la clôture de la couverture lorsque la branche apportée contient un cautionnement de dettes futures souscrit en garantie des dettes de la société apporteuse ou, à l'inverse, au profit de cette dernière.

Le premier cas (apport consenti par la société débitrice principale) est en quelque sorte résolu *de facto* par ceci que l'apporteuse reste en principe solidairement tenue, avec la société bénéficiaire, des obligations apportées. Quant au second (apport consenti par la société créancière), il est généralement considéré comme mettant fin à la période de couverture<sup>(48)</sup>, à l'image de ce qui est retenu pour le changement de créancier résultant d'une fusion. Cependant le nouvel article 2318 ne peut justifier une telle solution<sup>(49)</sup>. La raison en est que, même soumis au régime des scissions, l'apport partiel d'actif n'entraîne pas dissolution de la société apporteuse<sup>(50)</sup>. Faut-il en déduire que cette solution a vécu ? On le comprendrait mal. La clôture de la couverture en cas de dissolution par restructuration de la personne morale créancière se justifie par cette idée que l'on ne veut pas imposer à la caution un changement de créancier qu'elle n'a pas accepté au moins par avance. En quoi le fait que la société créancière apporteuse ne soit pas dissoute pourrait-il justifier qu'on lui impose au contraire un tel changement ? La jurisprudence devrait donc logiquement prendre le relais au-delà des termes de l'article 2318. ■

(40) Il se réfère en effet à l'arrêt du 7 janvier 2014, préc.

(41) Cass. com., 7 janv. 2014, préc.

(42) V. not. Cass. com., 17 juill. 2001, n° 98-12004, Bull. civ. IV, n° 140, à propos d'une scission.

(43) V. spéc. Cass. com., 28 février 2018, n° 16-18.692, Bull. civ. IV, n° 25, à propos d'une société débitrice qui avait absorbé deux sociétés tenues, envers une banque, de dettes qui entraient littéralement dans le périmètre du cautionnement et qui se sont donc ajoutées à celles de l'absorbante que, par hypothèse, la caution avait seule en vue lorsqu'elle s'était engagée – mais il est vrai que celle-ci était dirigeante de l'absorbante.

(44) Cass. com., 28 févr. 2018, préc.

(45) V. not. Ch. Mouly, *op. cit.*, n° 326 et s. ; Ph. Malaurie, L. Aynès, P. Crocq et A. Aynès, n° 171 et les réf.

(46) C. com., art. L. 236-22 (SA) et 24 (SARL).

(47) V. p. ex. Cass. com., 16 févr. 1988, n° 86-19645, Bull. civ. IV, n° 69.

(48) V. p. ex. Ph. Simler, *Cautionnement, Garanties autonomes, Garanties indemnitaires*, 5<sup>e</sup> éd., 2015, n° 736 et les arrêts cités.

(49) En ce sens égal. : B. Dondero, *L'impact de la réforme du droit des sûretés sur les sociétés*, JCP E 2021, 1459, spéc. n° 39.

(50) À moins d'admettre, très souplement, la notion de dissolution partielle ...

# Le nouveau droit des sûretés sous l'angle des affaires

ment peut faire difficulté, d'autant qu'il est permis de se demander si, au moins dans certains cas qu'il faudrait déterminer (stocks de grande valeur, ...), cette opposabilité ne devrait pas être subordonnée à des inscriptions modificatives<sup>(16)</sup>.

10. La question peut également se poser lorsque le gage porte sur une flotte d'automobiles, car l'inscription ne saurait être prise, déjà initialement, sur le système d'im-

matriculation des automobiles, système qui n'est pas adapté pour un gage de stocks<sup>(17)</sup>.

11. Au-delà de ces quelques interrogations, on ne peut, une fois encore, que se féliciter de la simplification du régime du gage de stocks et souligner, si besoin était, les vertus du droit commun, sans oublier, toutefois, que la « bonne » règle de droit est celle qui repose sur un équilibre des intérêts en cause. ■

(16) Certains auteurs soutiennent que les biens intégrant le patrimoine du constituant postérieurement à la constitution de la sûreté doivent être considérés comme grevés depuis la date de la constitution du gage, cf. C. Séjean-Chazal, Le gage du code civil retrouve ses lettres de noblesse, JCP éd. G. 2021, à paraître. Cette position s'inscrit dans la philosophie de la réforme, très (trop ?) favorable aux créanciers. Elle ne va cependant pas de soi, d'abord lorsque les biens nouveaux et entrants sont eux-mêmes grevés de sûretés occultes (réserve de propriété, privilège spécial, notamment), biens nouveaux et entrants qui ne sauraient être purgés par l'entrée dans le patrimoine du constituant. Ensuite, en cas de procédure collective frappant le constituant, on peut se demander si la solution proposée ne heurte pas le nouvel article L. 622-21, IV du code de commerce qui interdit, après le jugement déclaratif, « tout accroissement de l'assiette d'une sûreté conventionnelle » (rapp. égal. le nouvel article L. 632-1, 6°, concernant la période suspecte et la nullité de la prise de sûretés garantissant une créance antérieure ou l'accroissement d'une telle sûreté). Sans doute tout « remplacement » n'implique-t-il pas un « accroissement », mais, sans considérer même la hausse constante des prix des biens fongibles et notamment des matières premières, on ne pourra éviter les expertises sur la valeur des biens entrants ; d'où bien des complications qu'il vaudrait mieux étouffer dans l'œuf.

(17) V. nouvel article 2338, alinéa 2, *a contrario*, le texte étant ainsi conçu : « sauf s'il est soumis à l'article 2342 » (gage sans dépossession de choses fongibles), « le gage portant sur un véhicule terrestre à moteur ou une remorque immatriculée est publié par une inscription sur un registre tenu par l'autorité administrative dans les conditions fixées par décret en Conseil d'État ».

 Wolters Kluwer

 LAMYLINE



LAMYLINE, c'est être PRÊTS  
pour gagner en efficacité !



Pour en savoir plus  
et tester gratuitement  
Lamyline

Wolters Kluwer France - 1WOLTERS KLUWER France - Immeuble Euroatrium -  
7 Rue Emmy Noether - CS 90021 - 93588 SAINT OUVEN CEDEX  
SAS au capital de 75 000 000 € - TVA FR 55 480 081 306 SIREN 480 081 306 RCS BOBIGNY

A\_PRÊTS\_N\_180x60\_05-21 [PB]

