

RB

REVUE BANQUE

n° 855 - avril 2021

45 euros - ISSN 1772-6638

revue-banque.fr



18 DOSSIER

BANQUE DE DÉTAIL

La crise accélère une transformation nécessaire

Sébastien Proto
Société Générale

Céline Ansquer
BNP Paribas

Luc Mathieu
CFDT Banques
et Assurances



📍 **FOCUS**

64 UNE NOUVELLE ÉTAPE
DANS LA RÉFORME DES SÛRETÉS

Antoine Hontebeyrie, Université Paris-Saclay
Cabinet Racine

Barna Evva, Cabinet Racine

Maxime Julienne, Université Paris-Saclay
Agnès Souchon, Groupe Société Générale

RÈGLEMENT EUROPÉEN SFDR

44 De fortes ambitions
en matière de transparence
et de lutte contre
le *greenwashing*

Emmanuel Rocher et Gabrielle Siry, ACPR

◎ FOCUS

UNE NOUVELLE ÉTAPE DANS
LA RÉFORME DES SÛRETÉS**Antoine
Hontebeyrie**

Agrégé des facultés
de droit
Professeur
Université
Paris-Saclay

Avocat associé
Cabinet Racine

La réforme du droit des sûretés a franchi une nouvelle étape avec la diffusion, par la Direction des affaires civiles et du sceau, d'un avant-projet qui devrait être suivi d'un texte définitif dans quelques semaines. Ce focus expose deux évolutions parmi les plus marquantes de cette réforme pour le secteur bancaire et financier : la modification du régime juridique du nantissement de créance et la consécration légale de la cession de somme d'argent à titre de garantie. Il est complété par une analyse des incidences concrètes de la réforme pour la profession bancaire.

Est-il besoin de rappeler la profonde mutation que le droit des sûretés a connue en 2006 ? L'objectif était notamment de favoriser l'aptitude du débiteur à se procurer du crédit et donc la disposition du créancier à le lui consentir. D'où une amélioration de la lisibilité des textes et, surtout, des innovations qui ont libéré les sûretés de certains carcans. Par exemple, la consécration du gage sans dépossession avec publicité légale a permis au constituant de conserver l'usage de son bien et corrélativement soulagé le créancier d'une obligation de conservation souvent peu adéquate à son activité. Une nouvelle étape se présente aujourd'hui, à travers l'avant-projet de réforme que la Direction des affaires civiles et du sceau a diffusé au mois de décembre 2020 dans l'objectif annoncé de parachever le travail accompli en 2006. Le texte, dont la version définitive devrait être connue d'ici quelques semaines, est largement inspiré des propositions du groupe de travail constitué sous l'égide de l'association Henri Capitant et présidé par le

professeur Michel Grimaldi. Schématiquement, il contient deux volets, qui devront évidemment composer avec la réforme du droit des procédures collectives également en gestation.

Le premier volet concerne le cautionnement, qui n'avait pas pu être traité en 2006 pour des raisons tenant au périmètre de l'habilitation législative donnée au Gouvernement. Les apports y sont nombreux : mentions informatives, généralisation à toutes les cautions personnes physiques de l'exigence de proportionnalité ainsi que des obligations de mise en garde et d'information pesant sur le créancier professionnel, définition du cautionnement commercial, différentes modalités de la solidarité, élargissement des exceptions opposables par la caution, diligences imposées à celle-ci préalablement au paiement, incidence de la dissolution de la société débitrice, créancière ou caution, sur l'obligation de couverture, limitation de la durée d'action du créancier contre la caution du solde d'un

compte courant ou de dépôt, suppression des recours anticipés, extension de certaines règles aux sûretés réelles pour autrui... S'ajoute une heureuse centralisation des règles au sein du Code civil, mettant fin à une effroyable dispersion.

Le deuxième volet de l'avant-projet a trait aux sûretés réelles. Là encore, d'importants changements sont à venir. Parmi ceux-ci, s'annonce une très nette percée de l'exclusivité, c'est-à-dire de la situation qui, à la différence du classique « droit de préférence », voue la sûreté au seul paiement du créancier sans concours avec les autres. Cette percée s'opère essentiellement à travers trois instruments. L'un d'eux, la cession de créance à titre de garantie, ne sera guère utilisé par les banques, déjà dotées du « Dailly ». Il les concerne néanmoins, précisément parce qu'il s'accompagne de la suppression d'une règle qui, retardant la prise d'effet de la cession de droit commun des créances futures, confère actuellement un temps d'avance au « Dailly ». Les deux autres instruments sont quant à eux étroitement liés à l'activité des banques. Il s'agit du nantissement de créance (et donc de compte bancaire), assez substantiellement refondu, et de la cession de somme d'argent à titre de garantie, consacrée au sein du Code civil. Le présent focus voudrait exposer l'essentiel de ces deux évolutions tout en élargissant la perspective sur les incidences concrètes de la réforme pour la profession bancaire. ■

LE RÉGIME DU NANTISSEMENT DE CRÉANCES COMPLÉTÉ ET MODERNISÉ



La réforme attendue des sûretés renforce l'efficacité du nantissement, en reconnaissant son caractère exclusif ; elle le modernise en complétant son régime et en l'alignant sur celui de la cession de créances ; elle en assoit l'originalité en affirmant son caractère non translatif dont elle tire les conséquences.

1 L'un des apports majeurs de l'ordonnance du 23 mars 2006 a été de séparer nettement le nantissement de créances du gage de meubles corporels. La réforme n'est cependant pas allée au bout de cette logique. Le nantissement reste en effet présenté dans le code civil comme une sûreté réelle, et les textes ne rendent pas toujours justice au fait qu'elle est techniquement une opération sur créance. On n'y trouve notamment aucune règle relative à l'opposabilité des exceptions, alors que cet aspect a fait l'objet d'une attention particulière dans l'ordonnance du 10 février 2016 à propos de la cession et de la subrogation. En outre, le nantissement réformé demeure une sûreté non transla-

tive, ce qui a pu faire douter de son efficacité.

2. Largement inspirée des travaux de l'Association Henri Capitant [1], la réforme qui se profile aujourd'hui entend combler l'essentiel de ces lacunes, et s'articule autour de trois idées principales : elle affirme la pleine efficacité du nantissement, en reconnaissant son caractère exclusif ; elle assure la complétude de son régime en s'inspirant de celui de la cession de créances ; elle en assoit l'originalité en tirant les conséquences de son caractère non translatif.



Maxime Julienne

Agrégé des facultés de droit
Professeur
Université Paris-Saclay

[1] V. Forti, Remarques sur la proposition de réforme du nantissement de créance, in L. Andreu et M. Mignot, La Réforme du droit des sûretés, Fondation Varenne, 2019, p. 201.

I. UNE SÛRETÉ EFFICACE

3. Dans sa rédaction actuelle, l'article 2363 du Code civil énonce que « seul le créancier reçoit valablement paiement de la créance donnée en nantissement ». L'interprétation de ce texte a donné lieu à une controverse qui semble aujourd'hui tranchée par une série de décisions ayant reconnu au créancier nanti « un droit exclusif au paiement [...] excluant ainsi tout concours avec les autres créanciers [...], même privilégiés. » [2] L'avant-projet de l'Association Henri Capitant allait déjà en ce sens et le projet d'ordonnance s'inscrit dans la même ligne. Ses auteurs hésitent cependant entre l'affirmation d'un « droit exclusif au paiement de la créance » et la reconnaissance « d'un droit de rétention sur la créance ». Disons-le tout net, notre préférence va résolument à la première rédaction [3].

4. Le législateur étant maître de définir les effets des garanties qu'il régit, aucun impératif technique ne lui impose de mobiliser la notion de rétention pour assurer l'efficacité d'une sûreté non translatrice. La rétention, dit-on, découlerait du « pouvoir de blocage » exercé sur la créance par le nanti. Certes, la notification du nantissement interdit au constituant de recevoir paiement de la créance, mais c'est également le cas d'une saisie conservatoire (CPC exéc., art. R. 523-I, 4°), laquelle ne confère pourtant aucune exclusivité. L'essentiel ne tient donc pas à la gêne occasionnée au constituant, mais à la faculté reconnue au créancier nanti de toucher la somme due en vertu de la créance. Or si ce droit au paiement est exclusif, le recours à la rétention devient purement descriptif [4].

[2] Civ. 2^e, 2 juill. 2020, n° 19-11417; Civ. 2^e, 17 sept. 2020, n° 19-10420; Civ. 2^e, 10 déc. 2020, n° 19-19340. Sur cette jurisprudence, v. M. Julienne, « Le nantissement enfin pris au sérieux », *Banque et Droit* n° 194, sept.-oct. 2020, p. 4.

[3] Comp. retenant la qualification de rétention, v. not. L. Aynès P. Crocq et A. Aynès, *Droit des sûretés*, 14^e éd., LGD, 2020, n° 259; M. Bourassin et V. Brémond, *Droit des sûretés*, Sirey, 7^e éd., 2020, n° 996.

[4] Le projet d'art. L. 643-8 du C. com. prévoit un paiement « par distraction » des créanciers

5. Quelle que soit l'option qui sera finalement retenue, quelques interrogations demeureront en suspens. D'abord, plusieurs arrêts récents de la chambre commerciale de la cour de cassation avaient refusé au bénéficiaire d'un nantissement de compte bancaire le droit d'en conserver le solde en cas d'ouverture d'une procédure collective [5], et il restera à savoir si l'affirmation d'un droit exclusif entraînera l'abandon de cette solution. On peut encore relever que, dans les textes proposés, le droit au paiement ou le droit de rétention n'est évoqué qu'« après notification ». Faut-il en déduire que la notification est la source de l'exclusivité, et que celle-ci ne peut pas être opposée à un tiers ayant saisi la créance antérieurement à l'accomplissement de cette formalité? Cela ne semblerait pas illogique si l'on se réfère à l'idée de rétention, laquelle suppose l'existence d'un blocage effectif que la seule constitution du nantissement ne suffit pas à caractériser. Si en revanche on raisonne en termes de droit subjectif au paiement, il n'y a pas d'obstacle à considérer que cette prérogative préexiste à la notification – comme c'est le cas dans une cession.

II. UN RÉGIME COMPLET

6. Lorsque le nantissement de créance fut réformé en 2006, il prit modèle sur le bordereau Dailly; mais la filiation de ce dernier avec les effets de commerce et son cantonnement au domaine bancaire interdisaient de le transposer aveuglément. Les choses ont changé depuis que le droit français s'est doté, avec l'ordonnance du 10 février 2016, d'un régime moderne de cession de créance civile (C. civ., art. 1321

et s.). Ce régime fut lui-même largement inspiré par le nantissement, qu'il contribue à son tour, comme par un juste retour des choses, à moderniser.

7. Le projet d'ordonnance prévoit d'abord d'aligner les règles d'opposabilité des deux opérations. Il est prévu, depuis l'ordonnance de 2006, que le nantissement « prend effet entre les parties et devient opposable aux tiers à la date de l'acte » (C. civ. art. 2361), mais sans que l'on sache comment cette date est établie. Faut-il considérer que la date du nantissement n'est opposable aux tiers que lorsqu'elle est « certaine » au sens de l'article 1377 du Code civil [6]? Ou est-ce qu'au contraire l'article 2361 déroge à ce texte, en permettant au nanti d'invoquer la date portée à l'acte, sauf aux tiers à en prouver la fausseté [7]? Une voie médiane – mais dépourvue de fondement textuel – eût consisté à transposer la règle prévue pour la cession Dailly et la cession de droit commun, d'après laquelle il appartient au cessionnaire de prouver la date par tout moyen (C. mon. fin., art. L. 313-27, al. 4; C. civ., art. 1323, al. 2) [8]. C'est précisément ce que fait le projet d'ordonnance, en ajoutant à l'article 2361 que, « En cas de contestation, la preuve de la date incombe au créancier nanti, qui peut la rapporter par tout moyen. »

8. Ce rapprochement entre cession et nantissement se manifeste également sur le terrain des exceptions pouvant affecter la créance affectée en garantie. Le projet d'ordonnance entend combler le silence des textes actuels en énonçant que « Le débiteur de la créance nantie peut opposer au créancier nanti les exceptions inhérentes à la dette. Il

[6] Ch. Gijsbers, *Sûretés réelles et droit des biens*, thèse Economica, 2012, préf. M. Grimaldi, n° 275, note 4.

[7] L. Aynès, P. Crocq et A. Aynès, *Droit des sûretés*, 14^e éd. n° 308, p. 344.

[8] M. Cabrillac, Ch. Mouly, S. Cabrillac et Ph. Pétel, *Droit des sûretés*, LexisNexis, 10^e éd. 2015, n° 800; M. Bourassin et V. Brémond, *Droit des sûretés*, Sirey, 7^e éd., n° 991.

« Ce rapprochement entre cession et nantissement se manifeste également sur le terrain des exceptions pouvant affecter la créance affectée en garantie. »

fiducie-sûreté a fait son entrée dans le Code civil[6]. Il pourrait en être déduit que le gage-espèces obéit désormais aux règles qui régissent cette sûreté. Une telle option serait évidemment lourde de conséquences, qui obligerait notamment à la désignation d'un fiduciaire habilité (établissement de crédit, avocat...)[7] et à l'enregistrement du contrat de fiducie[8]. Faut-il, alors, considérer que le gage-espèces n'est pas une fiducie au sens desdites règles, mais

une fiducie « innommée » évoluant librement sur le seul terrain du droit commun? La Cour de cassation a, semble-t-il, fermé cette perspective en jugeant qu'une cession de créance de droit commun à titre de garantie devait être requalifiée en nantissement de créance[9]. Dans ces conditions, le gage-espèces devrait être analysé... en un gage ou en un nantissement, suivant que l'on tient la monnaie pour un bien corporel ou incorporel. Et, dans un cas comme

dans l'autre, la sûreté devrait être justiciable des règles applicables au gage[10]. A moins qu'il ne faille distinguer suivant que les unités monétaires remises au créancier ont été confondues avec les siennes (fiducie « innommée ») ou tenues séparées de celles-ci (gage)[11]... Cette sûreté fréquemment utilisée par les praticiens du financement et appréciée par les prêteurs est donc dotée d'un régime incertain. Dans le but de renforcer l'« attractivité du droit français », l'avant-projet envisage de consacrer à la cession de somme d'argent à titre de garantie des dispositions spécifiques qui devraient justement permettre de dissiper ces incertitudes, même si elles soulèvent évidemment d'autres questions. Voyons en quoi elles consistent.

« Dans le but de renforcer l'« attractivité du droit français », l'avant-projet envisage de consacrer à la cession de somme d'argent à titre de garantie des dispositions spécifiques. »

[6] C. civ., art. 2372-1 et s., et 2488-1 et s.

[7] C. civ., art. 2015.

[8] C. civ., art. 2019.

[9] Cass. com. 19 décembre 2006, n° 05-16.395,

Bull. civ. IV, n° 250; D. 2007, p. 961, note crit.

L. Aynès.

DES PRINCIPES CLASSIQUES EN MATIÈRE DE SÛRETÉS RÉELLES MOBILIÈRES

La constitution de la sûreté répond à des principes assez classiques en matière de sûretés réelles mobilières, imposant la rédaction d'un écrit à peine de nullité (art. 2374-1, al. 1) et l'identification de la ou des créance(s) garantie(s) (art. 2374-1, al. 2), lesquelles peuvent être présentes ou futures (art. 2374). L'assiette de la sûreté est évidemment plus spécifique : il s'agit soit de l'euro, soit d'« une autre monnaie » (art. 2374). Aucune restriction n'est exprimée quant à la nature de la monnaie éligible, qui peut donc être fiduciaire, scripturale et sans doute même électronique. Encore faut-il cependant qu'il s'agisse... d'une monnaie. Cela conduit à exclure les « crypto-mon-

[10] Posant la question : R. Libchaber, in *Lamy Droit des sûretés*, Étude 268, Gages sur sommes d'argent, n° 268-18.

[11] Ph. Malaurie, L. Aynès, P. Crocq et A. Aynès, *Droit des sûretés*, 14^e éd., LGD, n° 287.



peut également opposer les exceptions nées de ses rapports avec le constituant avant que le nantissement ne lui soit devenu opposable. » (C. civ., art. 2361-1). Il y a là une reprise de l'article 1324, al. 2, relatif à la cession – au point qu'il n'a pas été jugé utile de reprendre les exemples cités par ce dernier afin d'illustrer les différentes catégories d'exceptions. Les solutions ainsi posées pouvaient déjà largement se déduire des règles gouvernant l'opposabilité du nantissement, mais la précision est néanmoins utile. Le nantissement n'étant pas translatif, certains craignaient en particulier que l'exception de compensation puisse intervenir entre le constituant et le débiteur de la créance nantie même après notification [9]. On sait à présent que le nantissement obéira aux mêmes solutions que la cession, de sorte que la compensation sera opposable ou non selon que ses conditions sont réunies avant ou après la notification de la sûreté.

III. UNE INSTITUTION ORIGINALE

9. Nantissement et cession ont en commun d'établir un rapport direct entre un tiers et le débiteur de la créance, mais le nantissement se singularise en qu'il ne rompt pas le lien qui existait auparavant entre le constituant et ce débiteur : le premier peut donc toujours agir contre le second, même si la réception du paiement est réservée au nanti du fait de la notification. Le projet d'ordonnance entend clarifier ce point en reformulant l'article 2363, alinéa 2 : « Le créancier nanti, comme le constituant, peut en poursuivre l'exécution, l'autre dûment informé. » Cette intrusion du constituant dans la gestion de la créance affectée en garantie pourrait inquiéter les créanciers,

[9] V. not. D. Legeais, *Sûretés et garanties du crédit*, 13^e éd., LGD, 2019, n° 524 : « L'exception de compensation peut ainsi toujours être opposée, quelles que soient les conditions, dès lors qu'il s'agit d'un nantissement. »

mais elle semble en réalité répondre aux besoins de la pratique si l'on en juge par le nombre d'affaires dans lesquelles un cédant tentait – mais sans en avoir le droit – d'agir contre le cédé [10]. Contrairement à un cédant, le constituant d'un nantissement peut en particulier déclarer la créance dans une procédure collective (C. com., art. L. 622-24) ou une procédure de surendettement (C. conso., art. 742-10), ou encore pratiquer à son encontre une mesure conservatoire.

10. L'absence de transfert permet également la constitution de plusieurs sûretés sur une même créance, ce qu'énoncerait clairement un nouvel article : « Lorsqu'une même créance fait l'objet de nantissements successifs, le rang des créanciers est réglé par l'ordre des actes. Le créancier premier en date dispose d'un recours contre celui auquel le débiteur aurait fait un paiement » (art. 2361-1 nouv.). Cette reconnaissance est bienvenue, mais le texte proposé a quelque chose de surprenant : sa première phrase souligne l'originalité du nantissement, tandis que la seconde est un emprunt direct au régime de la cession (C. civ., art. 1325). Or, si un cessionnaire second en date n'a aucun droit, il en va différemment d'un nanti de second rang, dont la garantie est parfaitement valable. C'est pourquoi il semblerait utile, après avoir rappelé le droit du premier nanti à réclamer restitution des sommes perçues par un accipiens de second rang, de conforter les droits du nanti de second rang lorsque le paiement est fait entre les mains d'un accipiens de premier rang. Le nantissement ayant vocation à se prolonger sur les sommes payées (C. civ., art. 2364), ces dernières devraient également être affectées au profit du nanti de second rang : il ne pourra évidemment pas les appréhender au préjudice du premier créancier,

[10] V. les exemples cités M. Julienne, *Régime général des obligations*, 3^e éd., LGD, 2020, n° 234.

mais il pourrait au moins exiger la remise d'un éventuel reliquat, dont on comprendrait mal qu'il soit restitué à un constituant qui ne s'est pas acquitté de toutes ses dettes [11]. 11. Cette solution semble, du reste, accréditée par la manière dont le projet d'ordonnance envisage de modifier l'article 2364 du Code civil. Celui-ci prévoit que le nanti accipiens conserve les sommes « à titre de garantie sur un compte ouvert auprès d'un établissement habilité à les recevoir », mais une doctrine majoritaire considère que l'on se trouve en présence d'une propriété-sûreté sur une somme d'argent dont le nanti serait libre de disposer [12]. Le droit sur les sommes n'est pourtant que le prolongement du droit sur la créance, et l'on voit mal à quel titre une sûreté non translatrice aurait vocation à conférer par principe un droit de propriété sur son objet. Le nantissement se distingue ici de la cession fiduciaire, ce qu'entend rappeler le projet d'ordonnance en ajoutant que le compte en question doit être « spécialement affecté » à la conservation des sommes et « ouvert à cet effet » [13]. Cet isolement des fonds provenant de la créance nantie tend en premier lieu à protéger le constituant contre le risque d'insolvabilité du créancier, mais il pourrait aussi contribuer à l'efficacité d'un nantissement de second rang, dont l'assiette se trouverait ainsi préservée. ■

[11] M. Julienne, « La nature juridique du nantissement de créance », *Mélanges Didier R. Martin, LGD*, 2015, p. 315, n° 38 et s.

[12] Ex. M. Cabrillac, Ch. Mouly, S. Cabrillac et Ph. Pétel, *Droit des sûretés*, préc., n° 802.

[13] L. Aynès, « Le nantissement de créance entre gage et fiducie », *Dr & patr.*, n° 162, sept. 2007, p. 66, spéc. p. 68 : « Il y a là une différence importante, et qui subsiste, avec la cession de créance à titre de garantie notifiée au débiteur : le créancier cessionnaire peut au contraire empocher les sommes et en disposer, à charge de restitution si l'obligation principale vient à être exécutée. »

« L'absence de transfert permet également la constitution de plusieurs sûretés sur une même créance, ce qu'énoncerait clairement un nouvel article. »

LA CONSÉCRATION LÉGALE DE LA CESSION DE SOMME D'ARGENT À TITRE DE GARANTIE



Antoine Hontebeyrie

Agrégé des facultés de droit
Professeur
Université
Paris-Saclay

Avocat associé
Cabinet Racine

La consécration légale du transfert de la propriété de l'argent pour garantir l'exécution d'une créance représente une innovation majeure pour le droit des sûretés. L'intégration du gage-espèces dans le Code civil confirme le statut de cette sûreté comme l'une des garanties les plus efficaces pour le bénéficiaire, même si certaines précisions pourraient encore venir améliorer le texte.



Barna Evva

Avocat associé
Cabinet Racine

La réforme du droit des sûretés qui se profile n'annonce pas seulement d'importantes évolutions techniques. Elle présume aussi une adhésion franche du Code civil à cette idée fondamentale et controversée que l'argent est un objet de propriété[1]. Telle est en effet l'option retenue dans l'avant-projet d'ordonnance diffusé par la Direction des affaires civiles et du sceau (décembre 2020), dont l'article 2374 dispose : « La propriété d'une somme d'argent, soit en euro soit en une autre monnaie, peut être cédée à titre de garantie d'une ou plusieurs créances, présentes ou futures. » Cette consécration

[1] Sur cette question dans le cadre des sûretés : F. Lemaitre, *La monnaie comme objet de sûretés*, LGDJ 2017, préf. M. Grimaldi, n° 11 et s. ; plus largement : R. Libchaber, *Recherches sur la monnaie en droit privé*, LGDJ 1992, préf. P. Mayer.

a vocation à rayonner bien au-delà du seul droit des sûretés. Si propriété des sommes d'argent il y a, toutes les conséquences devraient logiquement en être tirées, par exemple la possibilité d'exercer l'action en revendication que la jurisprudence semble, en l'état, réticente à admettre en matière de procédures collectives[2]. Le transfert de la propriété de l'argent pour garantir l'exécution d'une créance n'est que l'illustration d'un potentiel bien plus général. Quoi qu'il en soit, il représente une innovation majeure pour le droit des sûretés, qui ne figurait d'ailleurs pas dans le texte proposé en 2017 par l'association Henri Capitant[3], dont l'avant-projet est assez largement issu.

GAGE ESPÈCE...

La sûreté portant sur somme d'argent doit être distinguée de la sûreté portant sur un compte bancaire qui est une sûreté portant sur une simple créance. Dans l'état actuel du droit, elle se rapporte à ce qu'il est convenu d'appeler le « gage-

[2] Rapp. F. Pérochon, *Entreprises en difficulté*, LGDJ, 10^e éd., n° 1620, relevant que la revendication des sommes d'argent est « exclue en principe du fait qu'on y voit généralement l'objet, non d'un droit de propriété, mais d'un droit de créance ».

[3] Était envisagée la consécration du nantissement de monnaie scripturale, dont les praticiens ont cependant craint qu'elle condamne implicitement le transfert de propriété de somme d'argent à titre de garantie. La commission présidée par le professeur Grimaldi s'est alors attelée à la conception de la sûreté ici analysée : v. P. Crocq, « Les sûretés fondées sur le droit de propriété », in *Quelle réforme pour le droit des sûretés ?*, Dalloz 2019, dir. Y. Blandin et V. Mazeaud, p. 75, spéc. n° 19 et s. Le nantissement de monnaie scripturale n'est en revanche pas repris dans l'avant-projet.

espèces »[4]. En voici un exemple : une banque consent un financement à un emprunteur pour l'achat d'un actif immobilier et lui demande de transférer une quote-part des loyers à percevoir sur un compte, ouvert au nom de la banque, à partir duquel celle-ci restituera ensuite à l'emprunteur des fonds pour faire face à des dépenses futures identifiées par les parties (travaux, impôts...). Tant que les sommes ne sont pas restituées, elles sont considérées comme appartenant à la banque qui dispose ainsi d'une sûreté très efficace en garantie du financement qu'elle a consenti. Ce schéma, au nom un peu trompeur en ce qu'il semble se cantonner à la monnaie fiduciaire alors que les principales illustrations contemporaines en sont scripturales, renferme une part de mystère et donc d'incertitudes.

...FIDUCIE, GAGE OU NANTISSEMENT ?

Sous l'empire des textes antérieurs à la réforme intervenue en 2006, la Cour de cassation a pu reconnaître, justement, l'existence d'un droit de propriété au profit du créancier bénéficiaire d'une telle sûreté[5]. En quoi celle-ci paraissait donc relever plutôt de la fiducie-sûreté (propriété cédée à titre de garantie) que du gage. Mais, depuis lors, la

[4] D.-R. Martin, *Du gage-espèces*, D. 2007, chr. p. 2556.

[5] V. p. ex. Cass. com. 3 juin 1997, n° 95-13-365, Bull. civ. IV, n° 165, D. 1998, jur. p. 61, note J. François.

naies » (ex. : le bitcoin), que la loi « PACTE » – celle-là même qui a habilité le gouvernement à réformer le droit des sûretés par ordonnance – a qualifiées d'« actifs numériques » et écartées du statut de la monnaie[12].

L'OPPOSABILITÉ DE LA CESSIION AUX TIERS

La question de l'opposabilité de la sûreté aux tiers (ex. : créanciers) est, elle aussi, résolue de façon assez classique. L'article 2374-2 indique que la cession « est opposable aux tiers par la remise de la somme cédée ». Il en résulte notamment que, même individualisée, la somme cédée pourra faire l'objet de mesures conservatoires ou d'exécution à l'initiative des créanciers du constituant de la sûreté (le « cédant ») tant qu'elle n'aura pas été remise au créancier bénéficiaire (« cessionnaire »)[13]. Cela étant, aucune précision n'est donnée sur la teneur cette condition de remise, qui devrait donc être satisfaite tant par la tradition matérielle pour la monnaie fiduciaire que par le jeu des écritures pour la monnaie scripturale. Au-delà, on peut déduire du libellé du texte que la cession elle-même précède ou, à tout le moins, peut précéder la remise de la somme. En d'autres termes, la cession de somme d'argent à titre de garantie n'est vraisemblablement pas un contrat réel dont la formation supposerait la délivrance effective des fonds[14]. Deux conséquences importantes en découlent. D'une part, le cessionnaire devrait être en mesure de contraindre le cédant, le cas échéant en justice, à lui verser ces fonds dans l'hypothèse où il s'y refuse après signature de la cession. D'autre part, et surtout, en matière de procédures collectives, une cession de somme d'argent à titre de

garantie ayant donné lieu à remise de la somme pendant la période suspecte ne devrait pas pouvoir être attaquée sur le terrain des nullités de droit[15] si cette sûreté a été conclue avant ladite période. En effet, la date à prendre en considération sur ce plan est celle de la constitution de la sûreté et non celle de son opposabilité aux tiers[16].

LA LIBRE DISPOSITION DE LA SOMME CÉDÉE PAR LE CESSIONNAIRE

A ce stade de l'analyse, la sûreté se rapproche donc du gage avec dépossession sur choses fongibles. Elle s'en distingue en revanche par ses effets, dont on précisera qu'ils gouvernent également ceux de la cession de créance à titre de garantie parallèlement consacrée dans l'avant-projet (art. 2373-2, al. 2). Tandis que le gagiste n'acquiert la propriété des choses fongibles remises en gage que s'il est dispensé par le constituant de les « isoler »[17], c'est tout l'inverse pour le cessionnaire de la somme d'argent. L'article 2374-3 prévoit en effet qu'il « dispose librement » de cette somme « sauf convention contraire pouvant notamment prévoir qu'il la conserve sur un compte spécialement affecté ». La libre disposition est donc de principe. Cette configuration n'a rien d'anodin, puisqu'elle conduit à exposer la somme cédée aux créanciers du cessionnaire et, partant, à faire courir au cédant le risque d'une insolvabilité de ce dernier lorsqu'il s'agira de récupérer ladite somme une fois l'obligation garantie exécutée. La situation est toute différente et, pour tout dire, plus sécurisante, dans la fiducie, où la technique du patrimoine d'affectation place les biens à l'abri des créanciers personnels du fiduciaire[18].

UN RISQUE NON NÉGLIGEABLE D'APPRÉHENSION DE LA SOMME CÉDÉE

Ce risque d'appréhension de la somme par les créanciers du cessionnaire est évidemment assez théorique quand le bénéficiaire de cette sûreté est une banque. En revanche, il est bien plus réel lorsque le bénéficiaire est un créancier « ordinaire ». Dans une telle hypothèse, ce risque peut-il être neutralisé par la conservation de la somme cédée sur un compte spécialement affecté, telle qu'envisagée dans l'article 2374-3 ? Les explications qui accompagnent l'avant-projet le laissent entendre. A propos du texte qui, dans le nantissement de créance, oblige le créancier nanti à conserver les sommes reçues du débiteur de la créance nantie sur un compte spécialement affecté ouvert à cet effet (art. 2364, al. 2), c'est-à-dire sur un compte identique à celui prévu dans l'article 2374-3, il est indiqué : « l'exigence d'un compte spécialement affecté (v. déjà art. L. 743-14 C. com.) permet de mettre les fonds à l'abri des autres créanciers ». Il est pourtant douteux que le même résultat puisse être atteint dans la cession de somme d'argent à titre de garantie. Que les sommes collectées par le créancier nanti ne puissent être saisies par ses créanciers, cela peut se comprendre au regard du fait qu'il n'est pas propriétaire de ces sommes[19]. Or, dans la sûreté ici étudiée, le créancier devient bien propriétaire de la somme transférée : celle-ci intègre son patrimoine. Même adossée à un compte d'affectation spéciale, l'interdiction contractuelle de disposer ne remet pas en cause ce droit de propriété et l'on ne voit donc pas à quel titre elle pourrait empêcher les créanciers du cessionnaire d'appréhender cette somme. Le cédant sera

« En matière de procédures collectives, une cession de somme d'argent à titre de garantie ayant donné lieu à remise de la somme pendant la période suspecte ne devrait pas pouvoir être attaquée sur le terrain des nullités de droit si cette sûreté a été conclue avant ladite période. »

[12] C. mon. fin., art. 54-10-1, 2° ; sur la nature, monétaire ou non, de ces instruments : M. Julienne, Les nouvelles formes de monnaie, Rev. des contrats, déc. 2020, p. 133.

[13] Rapp. Cass. com. 23 avril 2003, n° 02-11.015.

[14] C. civ., art. 1109, al. 3.

[15] C. com., art. L. 632-1, I. Il faut de surcroît observer que, dans sa rédaction actuelle, la lettre de cette disposition n'appréhende pas la sûreté dont il est ici question.

[16] V. p. ex. M.-H. Monsériè-Bon et C. Saint-Alary-Houin, J.-Cl. commercial, fasc. 2508, n° 11 et s.

[17] C. civ., art. 2341.

[18] C. civ., art. 2025.

[19] Ce point est toutefois discuté. V. L. Aynès, « Le nantissement de créance, entre gage et fiducie », Droit et patrimoine, septembre 2007, p. 66.

donc bien inspiré, au moins dans un premier temps, de faire garantir sa créance de restitution de la somme cédée, par exemple au moyen d'un nantissement dudit compte[20].

LE SORT DES FRUITS ET INTÉRÊTS PRODUITS PAR LA SOMME CÉDÉE

L'article 2374-4, alinéa 1, de l'avant-projet précise par ailleurs que « les fruits et intérêts produits par la somme cédée accroissent l'assiette de la garantie ou sont restitués au constituant », et ce nonobstant toute clause contraire. Cela signifie-t-il que le cessionnaire est tenu de faire fructifier la somme pendant toute la durée de la sûreté ? Une telle obligation n'est pas exprimée et n'aurait en outre guère de portée en l'absence de précision sur les modalités de la fructification requise. La règle signifie donc vraisemblablement que les fruits et produits accroissent à la garantie si et dans la mesure où la somme en dégage effectivement. Des difficultés pourront en résulter sur le terrain de la preuve, spécialement lorsque la somme aura perdu son individualité par confusion avec les autres deniers du cessionnaire. Cela étant, la convention peut évidemment organiser les conditions de cette fructification[21]. L'alinéa 2 de l'article 2374-4 précise d'ailleurs que les fruits et intérêts « peuvent être fixés de manière forfaitaire dans l'acte de cession ». Est-ce à dire que les parties peuvent valablement convenir de limiter l'accroissement ou la restitution (et donc le bénéfice qu'en tire le cédant) à un niveau inférieur à la fructification effective de la somme ? Dans ce cas, la prohibition de la clause contraire édictée au premier alinéa n'aurait pas vraiment de sens. Il semble donc que le texte se

borne à préciser que la convention peut mettre à la charge du cessionnaire une rétribution minimale, sans le dispenser de verser le surplus de la fructification le cas échéant. S'il s'agit, au contraire, de tempérer la prohibition de la clause contraire, c'est-à-dire de permettre aux parties de plafonner l'accroissement ou la restitution quand bien même la somme fructifierait au-delà, alors il faut le dire clairement : par exemple, en remontant la disposition de l'actuel alinéa 2 à la fin de l'alinéa 1 et en la faisant débiter par « Néanmoins, ».

L'ISSUE DE LA SÛRETÉ, NOTAMMENT DANS LE CAS D'UNE PROCÉDURE COLLECTIVE

Reste à envisager l'issue de la sûreté. L'article 2374-6 précise : « Lorsque la créance garantie est intégralement exécutée, le cessionnaire restitue au cédant la somme cédée. » La règle va de soi et inclut évidemment les « fruits et intérêts » qui ont accru à l'assiette de la sûreté. Plus délicate à appréhender est l'hypothèse de la défaillance du débiteur, c'est-à-dire la phase de réalisation de la sûreté. Elle est traitée par l'article 2374-5 dans les termes suivants, qui évoquent l'exclusivité découlant de la propriété, par contraste avec la logique de préférence et de concours attachée aux sûretés réelles « classiques » : « En cas de défaillance du débiteur, le cessionnaire affecte la somme cédée au remboursement de sa créance dans la limite du montant impayé et, le cas échéant, lui restitue la différence. » Là encore, la restitution de l'excédent va de soi. Il convient cependant de corriger le texte de telle manière qu'il indique que la restitution s'opère entre les mains du cédant, car celui-ci n'est pas nécessairement le débiteur[22]. Peut-être

faudrait-il également préciser que, lorsque la sûreté a pour assiette une devise différente de celle de la créance garantie, les cours à prendre en considération pour mesurer l'extinction de la créance garantie sont ceux existant au jour de l'affectation. Enfin, le mécanisme « d'affectation », par lequel le créancier met en œuvre sa sûreté en cas de défaillance du débiteur, évoque celui mis en place par la réforme de 2006 en matière de nantissement de créance, à propos des sommes que le créancier nanti a perçues du débiteur de la créance nanti et qu'il a conservées sur un compte[23]. Dans ce domaine, il est généralement admis que la survenance d'une procédure collective en la personne du débiteur n'empêche pas l'affectation de jouer [24]. La même opinion devrait a fortiori triompher dans la cession de somme d'argent à titre de garanti[25]. Ce mécanisme d'affectation suscite toutefois l'interrogation. Opère-t-il de façon automatique, de sorte que le créancier se trouve contraint de se contenter de la somme d'argent ? Une telle solution serait évidemment regrettable, dans la mesure où le créancier peut préférer exiger l'exécution en nature de sa créance, spécialement dans l'hypothèse où celle-ci a pour objet la délivrance d'un bien ou d'une prestation de service. Un parallèle avec

« Dans la sûreté ici étudiée, le créancier devient bien propriétaire de la somme transférée : celle-ci intègre son patrimoine. »

issus de la réforme du droit des obligations initiée en 2016, permettre au constituant d'être légalement subrogé dans les droits du créancier contre le débiteur (C. civ., art. 1346).

[23] C. civ., art. 2364, al. 2.

[24] En faveur de cette solution : M. Cabrillac, Ch. Mouly, S. Cabrillac et Ph. Pétel, *Droit des sûretés*, LexisNexis, 10^e éd., n° 803 ; M. Julienne, *Le nantissement de créance*, *Economica*, 2012, n° 220. V. cependant la tendance récemment manifestée par la chambre commerciale de la Cour de cassation en matière de nantissement de compte bancaire : Cass. com. 22 janvier 2020, n° 18-21.647 ; Cass. com. 7 novembre 2018, n° 16-25.860.

[25] Sous l'empire des textes issus de la réforme de 2006 : S. Bros, « Le gage-espèces », *Droit et patrimoine* juillet-août 2007, p. 77. V. égal. l'art. L. 643-8, I, C. com., dans les propositions diffusées au mois de janvier 2021 par la Direction des affaires civiles et du sceau relatives à l'articulation du droit des sûretés avec le livre VI du Code de commerce.

[20] C. civ., art. 2360.

[21] Sous l'empire des textes actuels, il n'est pas rare de prévoir que le créancier qui reçoit des fonds sur un compte bancaire à titre de garantie (le plus souvent une banque) devra les rémunérer à un taux légèrement inférieur au taux de marché.

[22] Il n'y a en effet aucune raison d'exclure que la cession de somme d'argent à titre de garantie puisse être consentie en garantie de la dette d'un tiers. Notons en outre sur ce plan que la mise en œuvre de la sûreté devrait, sous l'empire des textes

le nantissement de créance pourrait exclure cette solution[26]. Cependant ce parallèle n'est pas évident, car les textes sont rédigés dans des termes différents. Il serait donc bon que le réformateur explicite la liberté de choix du créancier de mettre ou non en œuvre sa sûreté.

En outre, on peut se demander si la logique d'affectation a encore un sens dans la cession de somme d'argent à titre de garantie. Un créancier peut-il vraiment « affecter » au remboursement de sa créance une somme dont il est propriétaire et qu'il a d'ailleurs peut-être dépensée? Là encore, il serait bon que le réformateur modifie le texte pour bien l'adapter à la nature particulière (translative) de la sûreté. Cela serait d'autant plus opportun que l'idée d'affectation au remboursement évoque la notion de paiement.

[26] Un auteur estime en effet que l'affectation des sommes conservées le compte prévu à l'article 2364, alinéa 2, du Code civil n'a lieu que si elle est invoquée par le créancier : M. Julienne, préc., n° 218.

Elle peut donc donner prise à des arguments tirés des nullités facultatives de la période suspecte[27] ou de l'interdiction des paiements[28]. Or la nature particulière de la sûreté devrait justement permettre de s'éloigner de ce schéma et d'admettre que la créance garantie se trouve non pas « remboursée » mais, plus simplement, éteinte, et ce par un mécanisme sui generis qui trouve son origine dans la spécificité de la sûreté. C'est ainsi, semble-t-il, que fonctionne la fiducie-sûreté[29]. L'article 2374-5 pourrait alors être rédigé dans les termes suivants : « En cas de défaillance du débiteur, le créancier peut notifier au cédant sa décision de conserver la propriété de la somme cédée, augmentée, s'il y a lieu, des fruits et intérêts. La créance garantie est alors éteinte à due concurrence. Le cas échéant, le cessionnaire restitue la différence au cédant. / Lorsque la somme cédée a pour

[27] C. com., art. L. 632-2.

[28] C. com., art. L. 622-7, I.

[29] Cf. C. civ., art. 2372-3 et s. et 2488-3 et s.

objet une devise différente de celle de la créance garantie, les cours à prendre en considération pour mesurer l'extinction de la créance garantie sont ceux existant au jour de l'affectation. »

UNE GARANTIE EFFICACE

En somme, l'intégration du gage-espèces dans le Code civil confirme le statut de cette sûreté sur somme d'argent comme l'une des garanties les plus efficaces pour le bénéficiaire puisqu'il jouit grâce à celle-ci d'un transfert de propriété qui devrait résister à la procédure collective du débiteur, à l'instar de ce que permettent la cession professionnelle de créance (cession Dailly) et la fiducie-sûreté. Plus généralement, cette consécration d'une sûreté instituée par les praticiens vient heureusement clarifier un régime largement prétoire. Certaines précisions seraient cependant bienvenues et pourraient être utilement introduites dans la version finale du dispositif. ■

POINT DE VUE DES PRATICIENS

LES ACTEURS DU SECTEUR BANCAIRE ET FINANCIER FACE À LA RÉFORME DES SÛRETÉS



Agnès Souchon

Responsable Juridique,
Département Juridique
Réseau France et droit
immobilier
Groupe Société
Générale

L'ordonnance qui viendra réformer le droit des sûretés à paraître en mai 2021 marque des avancées en termes de simplification et de modernisation des textes pour les banquiers qui les mettent en application, même si subsistent encore quelques difficultés induites par certains articles de la réforme. L'auteure revient également sur les actions à déployer par les établissements pour se conformer à cette nouvelle réglementation.

La réforme actuelle du droit des sûretés vient parachever un dispositif de modernisation de notre droit, initié en 2006. Dans le cadre de l'article 60 de la Loi PACTE[1], le Gouvernement a été habilité à réformer le droit des sûretés en vue de le rendre plus efficace et attractif tout en préservant l'équilibre toujours difficile à trouver entre, d'une part, les intérêts des créanciers et, d'autre part, ceux des débiteurs.

[1] Loi PACTE du 22 mai 2019 relative à la croissance et à la transformation des entreprises.

C'est dans ce contexte que la Chancellerie a souhaité entamer une démarche de co-construction avec l'ensemble des acteurs concernés, s'appuyant sur la proposition de texte de l'Association Henri Capitant. La profession bancaire, regroupée au sein de la Fédération bancaire française (FBF), s'est fortement mobilisée et a entamé un dialogue constructif avec le ministère de la Justice. À la fin de ce processus itératif, une consultation publique a été lancée en décembre 2020 avec une clôture des débats fin janvier 2021, pour une réforme à paraître courant mai 2021.

Que retenir, pour les acteurs du secteur bancaire et financier, de cette réforme? Répond-elle aux attentes du monde économique? Comment les établissements de crédit vont-ils devoir s'organiser pour faire face concrètement à son entrée en vigueur dans quelques semaines?

Autant de questions auxquelles nous nous efforcerons de répondre en mettant en exergue les avancées réelles issues de cette réforme, puis en débattant des points de vigilance ou des difficultés induits par certains articles de la réforme. Enfin, nous envisagerons l'ensemble des actions à déployer par les établissements de crédit dans un délai contraint afin d'être en capacité de se conformer à cette nouvelle réglementation.

UNE RÉELLE SIMPLIFICATION...

Un constat irréfutable: la réforme des sûretés de 2021 sera une avancée vers une simplification bienvenue de notre droit, sa nécessaire modernisation ainsi qu'une prise en compte de la pratique.

L'un des objectifs de cette réforme était de veiller à l'attractivité du droit français dans un environnement de plus en plus mondialisé. Pour ce faire, a été engagé un travail de simplification des textes. Nous en fournissons quelques exemples concrets sans

prétendre à l'exhaustivité au regard de la densité de cette réforme.

Tout d'abord, la Direction des affaires civiles et du sceau (DACCS) a constaté un éparpillement des textes relatifs au cautionnement au sein de différents codes[2] ne permettant pas d'avoir une vision unique et exhaustive de cette sûreté. À l'issue de cette réforme, l'ensemble des règles applicables au cautionnement sera désormais disponible au sein du seul Code civil. Par ailleurs, notre vieille « coutume » visant à faire reproduire à toute caution personne physique des lignes entières d'écriture, dénommée « mention manuscrite »[3], pure formalité de recopiage de textes, prendra désormais fin. Une mention restera néanmoins nécessaire afin que la caution prenne pleinement conscience de l'engagement qu'elle souscrit, mais chaque créancier sera libre d'en déterminer son contenu. Il est à souhaiter que cela mette fin à un contentieux d'opportunité qui s'était développé depuis de nombreuses années à ce sujet.

UNE MODERNISATION VISIBLE...

Au-delà de ce souhait de simplification, une volonté marquée de modernisation de notre droit se fait jour au travers de cette réforme.

L'un des sujets de modernisation le plus visible est la possibilité désormais offerte de constituer des sûretés par voie électronique [4]. Dans un monde de plus en plus digitalisé, la plupart des transactions se réalisent de façon totalement dématérialisée. Les banques permettent ainsi à leurs clients, depuis de nombreuses années, de réaliser la plupart de leurs transactions à distance. Cependant, certaines opérations ne pouvaient être finalisées via des canaux entièrement digitalisés lorsqu'une sûreté

consentie par une personne physique[5] était requise. Ceci constituait indéniablement un frein important à la dématérialisation de l'ensemble des prestations bancaires et la profession a, de longue date, plaidé en faveur du retrait de cette disposition. C'est désormais chose faite, l'offre bancaire à distance va pouvoir être enrichie!

La suppression de sûretés devenues obsolètes qui rendaient notre droit peu lisible pour des praticiens étrangers marquera clairement cette volonté de dynamiser notre législation. Les praticiens ont été sollicités afin de signaler les sûretés qui n'étaient plus ou très peu utilisées. Cette consultation a entraîné la disparition du warrant hôtelier, du gage commercial, du gage des stocks et du nantissement de matériel et outillage au profit de l'application du régime de droit commun.

...ET AUTRES AVANCÉES MAJEURES

Après la simplification et la modernisation de notre droit, le Ministère s'est attaché à le rapprocher, autant que possible, des pratiques développées par les acteurs économiques pour en faire un véritable instrument faisant partie intégrante du quotidien du monde des affaires.

Dans cette perspective, la reconnaissance de nantissements de rang successifs est un souhait exprimé de longue date par la profession bancaire. Cette pratique permet qu'un même actif puisse être utilisé successivement en garantie de plusieurs obligations. Codifier cette pratique la légitimera, lui donnera un cadre précis et opposable à tous et apportera une sécurité juridique souhaitée. Une autre avancée majeure issue de la pratique est la consécration législative d'une sûreté existante depuis de nombreuses décennies, le gage-

« L'un des sujets de modernisation le plus visible est la possibilité désormais offerte de constituer des sûretés par voie électronique. »

[2] Code civil, Code monétaire et financier, Code de la consommation.

[3] Art. 2297 Code civil modifié.

[4] Art. 1174 et 1175 Code civil modifié.

[5] Personnes physiques pour des besoins non professionnels.

espèce[6] désormais codifié sous le terme « cession de somme d'argent à titre de garantie[7] ». Les établissements de crédit utilisent, de façon régulière, cette sûreté dont la constitution est très aisée et dont l'efficacité est avérée. Jusqu'à ce jour, seule la jurisprudence avait consacré cette pratique. Cette sûreté propriété sera désormais codifiée et les professionnels du crédit ne peuvent que s'en féliciter. Le texte nécessiterait encore quelques ajustements, proposés à la Chancellerie, portant sur l'exigence d'un écrit au seul titre de la preuve ou encore la suppression de la rémunération de cette somme par le créancier qui se heurte de façon brutale à la question du droit de la propriété. Toutefois, espérons que la Chancellerie sera vigilante et saura rendre cette sûreté, née de la pratique et répondant à un besoin certain, aussi efficace que lorsqu'elle ne faisait l'objet d'aucune codification montrant ainsi la réelle volonté des pouvoirs publics d'aller de l'avant et de rester en contact avec la réalité du terrain.

DES POINTS DE VIGILANCE : UN RENFORCEMENT EXTENSIF DE LA PROTECTION DES PERSONNES PHYSIQUES...

Force est donc de constater que le gouvernement dans le cadre de son habilitation s'est efforcé de moderniser, simplifier et rendre accessible le droit des sûretés.

Malheureusement et comme souvent lors d'un travail d'une telle envergure, certaines difficultés n'ont pas encore, à ce stade, été résolues mais il faut croire en la capacité de la Chancellerie à prendre en compte, dans cette dernière ligne droite, des sujets qui permettraient avec certitude de donner pleinement ses lettres de noblesse à cette réforme.

Parmi les thématiques qui posent

« Le projet porte nombre de mesures visant à renforcer les droits des cautions personnes physiques en mettant notamment à la charge des créanciers un devoir de mise en garde. »

encore difficulté, il est à noter une volonté marquée de protéger de façon appuyée les personnes physiques.

Dans cette optique, le projet porte nombre de mesures visant à renforcer les droits des cautions personnes physiques en mettant notamment à la charge des créanciers un devoir de mise en garde[8] dont les contours restent, à ce stade du projet de texte, très flous. Cette nouvelle obligation à la charge du créancier vient s'ajouter à des obligations déjà existantes portant sur l'information annuelle[9] du montant des engagements garantis ou l'information en cas de premier incident de paiement[10]. De surcroît, ces obligations auraient vocation à s'appliquer à l'ensemble des personnes physiques, y compris elles agissant à des fins professionnelles. Si ces renforcements peuvent sembler louables de prime abord, cela revient tout de même à offrir un niveau d'information identique entre une personne physique non avertie, un professionnel ou un dirigeant d'entreprise. Il nous semble donc qu'il aurait été souhaitable de mieux différencier chacune des catégories de garant et d'y appliquer un régime proportionné à sa réelle connaissance des enjeux induits par la constitution d'une sûreté ce qu'au demeurant la jurisprudence avait fait, en réservant la protection aux personnes physiques non averties. Nous espérons donc que la Chancellerie, tout en conservant son principe de protection des plus

faibles, aura une approche différenciée et proportionnée.

Dans le même ordre d'idée, l'avant-projet prône l'application de plusieurs règles protectrices du cautionnement évoquées succinctement ci-dessus aux personnes physiques offrant l'un de leurs biens en garantie de la dette d'autrui. Cette protection, dans le cadre d'un cautionnement, sûreté qui engage l'ensemble du patrimoine du constituant nous paraissait déjà excessive dès lors qu'elle s'appliquait à l'ensemble des personnes physiques sans distinction ; voir resurgir cette protection alors même que seul un bien est affecté en sûreté paraît dès lors totalement disproportionné. En effet, dans ces cas d'espèce, le risque ne porte que sur l'actif remis en garantie et non l'ensemble du patrimoine, justifiant ainsi un traitement différencié du cautionnement.

Il est à craindre que ce souci légitime de protection des personnes physiques s'il est poussé trop avant risque de déplacer l'équilibre actuel entre les différentes sûretés et que, partant, ce type de garanties soit désormais délaissé au détriment notamment des sûretés propriétés. Il nous semble donc fondamental qu'un juste équilibre soit trouvé entre le besoin de protection des garants personnes physiques et les intérêts bien compris des créanciers.

S'agissant du nantissement de compte de titres financiers, la question des titres financiers détenus en block-chain ne semble pas avoir été envisagée par la DACS. Il a été fait valoir l'absolue nécessité de prévoir la mise en sûreté de titres financiers détenus dans un dispositif d'enregistrement électronique partagé. Gageons que tel sera bien le cas.

DES AMÉNAGEMENTS DU TEXTE À ENVISAGER

Pour poursuivre notre illustration, d'autres points mériteraient un regard nouveau. Le premier sur lequel nous nous permettons d'attirer l'attention

[6] Gage-espèces : remise d'une somme d'argent entre les mains de son créancier.

[7] Article 2374 Code civil modifié.

[8] Article 2300 Code civil modifié.

[9] Article 2302 Code civil modifié.

[10] Article 2303 Code civil modifié.

concerne la nécessité de préserver l'attractivité du nantissement de compte bancaire. En effet, la suppression de l'alinéa 2 de l'article 2360 du Code civil qui permettait de cristalliser l'assiette de cette garantie en cas d'ouverture d'une procédure collective à l'égard du constituant, génère une perte d'efficacité certaine de la sûreté. Dans ces conditions et en l'état du projet d'ordonnance, l'intérêt de cette sûreté pour le créancier serait réduit à néant.

Enfin, un autre point majeur qui nécessiterait un aménagement des textes porte sur l'article 2374-4 du Code civil relatif à la cession de somme d'argent à titre de garantie qui impose au créancier de verser au constituant une rémunération au titre de la somme remise à titre de propriété. Le droit de propriété dont jouit le créancier dans le cadre du transfert de propriété de cette créance s'oppose à ce qu'il puisse lui être imposé d'en rétrocéder les fruits.

« Il faudra reprendre les politiques d'octroi et de gestion des risques afin de mesurer l'impact sur l'efficacité et la robustesse des sûretés au regard des modifications. »

Il ne peut être que laissé à l'appréciation des parties le soin d'ajuster au mieux leur relation en laissant la liberté contractuelle prendre la place qui lui revient. À ce titre, aucune codification relative à ce sujet n'est donc nécessaire.

Il est donc important pour donner sa pleine dimension à cette réforme que les sujets évoqués ci-dessus puissent être pris en compte permettant ainsi d'atteindre pleinement l'objectif fixé par le législateur de doter la France d'un arsenal législatif sur les sûretés complet, moderne, clair et com-

préhensible tout en étant équilibré entre d'un côté la préservation des droits du créancier et, de l'autre, la nécessaire mais mesurée protection des garants personnes physiques.

LA CONDUITE OPÉRATIONNELLE DE LA RÉFORME

Une fois ce dispositif stabilisé, il reviendra aux créanciers de mettre en œuvre cette réforme. Concrètement à quoi les établissements de crédit vont-ils être confrontés ?

L'entrée en vigueur d'une réforme implique une nécessaire revue des contrats. Aussi, les créanciers devront réaliser une analyse d'écart de leur documentation par rapport au contenu de cette réforme afin de veiller à la mise en conformité de leur contrat. Au vu de l'ampleur de cette réforme, il est indéniable que des centaines de modèles d'actes vont devoir être analysés et modifiés par les juristes. Par ailleurs, une fois la documentation ajustée, il faut prendre en considération la nécessaire adaptation des systèmes d'information des banques qui prennent en charge une partie de l'éditique désormais informatisée des modèles de sûretés. Modifier les chaînes informatiques au-delà des coûts engendrés tant humains que financiers nécessite là encore un temps de mise en œuvre avec des phases de test avant déploiement définitif dans des conditions sécurisées. Une coordination des équipes informatiques, juridiques et commerciales sera obligatoire pour une mise en œuvre efficace de la réforme.

La partie documentaire et éditique traitée, il faudra également veiller au travail d'appropriation de cette réforme par l'ensemble des acteurs concernés au sein des établissements de crédit afin qu'ils puissent juger, au regard des nouveaux textes, de la pertinence des sûretés à recueillir mais aussi être en capacité de les expliquer aux constituants. Là encore,

la conception et l'animation de nouveaux modules de formation seront une des priorités pour les établissements de crédit et nécessiteront une mobilisation de nombreux acteurs au sein des banques tant dans les directions juridiques que dans les directions de la formation.

En outre, du fait de la suppression, création ou modification de certaines sûretés, il faudra également reprendre les politiques d'octroi et de gestion des risques afin de mesurer l'impact sur l'efficacité et la robustesse des sûretés au regard des modifications précitées. Ceci est fondamental dans la mesure où les sûretés ont un effet pondérateur sur les fonds propres alloués dans le cadre des opérations de financement et sont un élément essentiel à prendre en compte dans la détermination des politiques d'octroi.

Pour pouvoir réaliser toutes ces démarches et être prêts à appliquer sereinement et avec professionnalisme cette réforme en profondeur de notre droit des sûretés, nous espérons qu'il sera laissé aux professionnels un délai suffisant entre la publication de la réforme et son entrée en vigueur.

RESTER ATTENTIF...

En conclusion, il est à saluer l'effort de modernisation de notre droit des sûretés, espérons que le temps de réflexion après la consultation publique que s'est donnée la Chancellerie lui permettra d'affiner encore le texte de l'ordonnance à paraître. À noter également qu'il conviendra de rester attentif, au-delà de la réforme des sûretés elle-même, à la transposition de la Directive Insolvency car le droit des sûretés ne peut réellement s'apprécier qu'en regard du traitement de l'efficacité des sûretés dans le cadre des procédures collectives. ■