

# Obligation d'information annuelle des cautions reformulée et étendue aux sûretés réelles pour autrui (ou comment prétendre œuvrer pour l'attractivité du droit français et sa simplification) (1/2)

**Lisibilité, sécurité, attractivité du droit français : l'insuffisante clarification du dispositif d'information annuelle des cautions et son extension injustifiable aux constituants de sûretés réelles pour autrui vont à rebours de ces objectifs que vantaient les auteurs de la réforme des sûretés. Des solutions pratiques seraient pourtant possibles<sup>1</sup>.**

1. La disgracieuse faute de grammaire dont l'article 2302 du Code civil<sup>2</sup> est balaféré dans son dernier alinéa<sup>3</sup> ne saurait détourner le commentateur du droit des affaires d'une analyse quant au fond de cette disposition relative à l'information annuelle de la caution et du constituant de sûreté réelle pour autrui, telle qu'issue de l'ordonnance n° 2021-11492 du 15 septembre 2021 portant réforme du droit des sûretés.

2. Néanmoins, la constatation de ce que le délaissement de l'orthodoxie grammaticale frappe désormais jusqu'au Code civil est une réelle cause de dépit justifiant un billet d'humeur en guise de propos liminaire. La

faute d'accord en genre ici relevée devrait ne plus être commise passé le cap de l'enseignement secondaire et aurait pu être corrigée dans l'écriture du rapport au président de la République relatif à l'ordonnance précitée<sup>4</sup>, qui pourtant l'a reprise *verbatim*<sup>5</sup>. Aussi l'affirmation de ses auteurs indiquant vouloir rendre le droit des sûretés « plus lisible » parce que « le style rédactionnel des auteurs du Code civil [ne serait] plus accessible ni aux citoyens ni aux acteurs de la vie économique »<sup>6</sup> ne manque-t-elle pas de piquant ! Certes, la faute n'altère pas le sens de la disposition, mais c'est le Code civil des Français qu'on triture ainsi et, pour louable qu'ait pu être la volonté d'en améliorer la lisibilité (si tant est que cela fût véritablement nécessaire), encore aurait-il fallu leur rendre un travail proprement rédigé ; n'est pas Portalis qui veut.

3. Ceci posé, venons-en au fond pour examiner, dans le contexte du droit des affaires, ce qu'apporte le dispositif légal d'information annuelle de la caution, à présent régi par le seul article 2302 du Code civil et dont l'article 2325<sup>7</sup> étend l'application au constituant de sûreté réelle pour autrui.

4. Ce dispositif, d'ordre public<sup>8</sup>, est doté d'un double champ d'application défini par référence aux qualités respectives du créancier bénéficiaire et de la caution d'une part, et à la nature de la dette cautionnée de l'autre, produisant ainsi deux cas de figure :

– dans le premier, l'obligation d'information est imposée au créancier en raison de sa qualité de « professionnel » et à condition que la caution soit une personne physi-

[1] Cet article est scindé en deux parties en vue d'une parution dans deux numéros successifs de *Banque et Droit* : dans ce numéro, le début de l'article et sa section I, « Persistantes imprécisions et incertitudes » ; sa section II, « Inopportunité d'un régime de protection généralisé », sera publiée dans le *Banque et Droit* n° 216.

[2] C. civ., art. 2302 : « Le créancier professionnel est tenu, avant le 31 mars de chaque année et à ses frais, de faire connaître à toute caution personne physique le montant du principal de la dette, des intérêts et autres accessoires restant dus au 31 décembre de l'année précédente au titre de l'obligation garantie, sous peine de déchéance de la garantie des intérêts et pénalités échus depuis la date de la précédente information et jusqu'à celle de la communication de la nouvelle information. Dans les rapports entre le créancier et la caution, les paiements effectués par le débiteur pendant cette période sont imputés prioritairement sur le principal de la dette. » « Le créancier professionnel est tenu, à ses frais et sous la même sanction, de rappeler à la caution personne physique le terme de son engagement ou, si le cautionnement est à durée indéterminée, sa faculté de résiliation à tout moment et les conditions dans lesquelles celle-ci peut être exercée. »

« Le présent article est également applicable au cautionnement souscrit par une personne morale envers un établissement de crédit ou une société de financement en garantie d'un concours financier accordée [sic] à une entreprise. »

[3] Où le participe adjectif « accordée » devrait être au masculin dans le syntagme « en garantie d'un concours financier accordée à une entreprise », car il est indubitablement lié au mot « concours ».

[4] Rapport au président de la République relatif à l'ordonnance n° 2021-1192, NOR: JUSC2113814P.

[5] *Idem*, 1<sup>er</sup> paragraphe sous le titre « Des effets du cautionnement ».

[6] *Idem*, 1<sup>er</sup> paragraphe sous le titre « Objectifs de la réforme ».

[7] C. civ., art. 2325 : « La sûreté réelle conventionnelle peut être constituée par le débiteur ou par un tiers. » « Lorsqu'elle est constituée par un tiers, le créancier n'a d'action que sur le bien affecté en garantie. Les dispositions des articles 2299, 2302 à 2305-1, 2308 à 2312 et 2314 sont alors applicables. »

[8] V. à ce sujet Com. 14 déc. 1993, n° 91-17.928 ; Civ. 1<sup>re</sup> 22 janv. 2009, n° 07-12.134 ; P. Simler, *JCL C. civ.*, Fasc. 40, Cautionnement – Effets – Rapports entre créancier et cautions – Obligations d'information et responsabilité du créancier, § 25.



**HERVÉ KENSICHER**  
Avocat à la Cour  
Mayer Brown



**STÉPHANE JOLY**  
Avocat à la Cour  
Mayer Brown

que, la nature de la dette cautionnée étant alors indifférente ; et

– dans le second, elle lui est imposée en raison de sa qualité d'établissement de crédit ou de société de financement et à la double condition que le cautionnement garantisse un concours financier qu'il a accordé à une entreprise et que la caution soit une personne morale.

5. Lorsque ce dispositif est applicable selon ce qui précède :

– le créancier bénéficiaire du cautionnement est tenu envers la caution d'une obligation annuelle d'information, qui perdure tant que subsistent la dette garantie et le cautionnement et doit être exécutée au plus tard chaque 31 mars eu égard aux informations requises existant au 31 décembre précédent ;

– quant à ces informations, le créancier doit préciser « le montant du principal de la dette, des intérêts et autres accessoires restant dus au 31 décembre de l'année précédente au titre de l'obligation garantie » et rappeler à la caution le terme du cautionnement (ou, s'il est à durée indéterminée, lui rappeler la faculté dont elle jouit de le résilier à tout moment et les modalités de cette résiliation) ;

– cette obligation doit être exécutée aux frais du créancier, qui ne peut donc en faire supporter le coût par la caution ni, en théorie au moins, par le débiteur de la dette garantie ; et

– le défaut d'exécution de cette obligation est puni sévèrement, par la perte du recours du créancier contre la caution à hauteur des intérêts et pénalités échus depuis la précédente information annuelle et demeurés impayés, ainsi que d'une portion du principal cautionné égale aux intérêts et autres montants, hors capital, payés durant cette même période.

6. À cela se greffe une mesure de fort impact, qui résulte du nouvel article 2325 du Code civil et consiste à étendre ce dispositif aux sûretés réelles pour autrui. Concrètement, le bénéficiaire d'une telle sûreté, par exemple un nantissement de titres sociaux consenti par l'associé du débiteur, doit au tiers constituant – qui pourtant ne fait que donner un bien en garantie sans supporter d'engagement personnel – la même obligation d'information que celle qu'il lui devrait si ce tiers était engagé personnellement comme caution ; et, si le créancier manque à cette obligation, son recours sur le bien donné en garantie sera réduit dans la même mesure que le serait son recours à l'encontre de la caution dans le cas d'un cautionnement.

7. De surcroît, signe de son caractère d'ordre public<sup>9</sup>, le dispositif ainsi réformé et élargi s'est appliqué, en vertu de l'article 37.III de l'ordonnance, dès la principale date d'entrée en vigueur de celle-ci (soit le 1<sup>er</sup> jan-

vier 2022), et ce même à l'égard des cautionnements et sûretés réelles pour autrui antérieurement consentis (obligeant ainsi les établissements de crédit et sociétés de financement à réaliser en six mois le travail titanique consistant à répertorier toutes les sûretés réelles pour autrui existant dans leurs opérations de financement en cours et développer un outil informatique automatisant la gestion de l'information annuelle y afférente).

8. Le jugement à porter sur l'efficacité et le bien-fondé de ce dispositif est inévitablement empreint d'une part de subjectivité, les uns estimant que la protection de la caution est un impératif absolu justifiant toutes les charges imposées aux créanciers, tandis que d'autres s'interrogeront sur la nécessité de cette protection et étudieront avec circonspection ses implications pratiques. Quasi unanime dans son engouement pour une protection toujours accrue du supposé faible contre le réputé fort, la doctrine n'a pas tari d'éloges sur la force insufflée par la réforme à l'obligation d'informer annuellement la caution et, dorénavant, le constituant d'une sûreté réelle pour autrui<sup>10</sup> ; mais elle semble recevoir comme une évidence révélée, ne requérant donc aucun raisonnement, la nécessité de protéger la caution en toutes choses au détriment du créancier.

9. Au demeurant, il est légitime de juger du dispositif à l'aune des objectifs que les auteurs de la réforme ont expressément assignés à celle-ci, notamment la sécurité juridique ainsi que la simplification et l'attractivité renforcée du droit français<sup>11</sup>.

10. S'agissant de l'objectif de sécurité juridique et de simplification, il faut d'emblée remarquer, à l'instar de la doctrine<sup>12</sup> et des auteurs du rapport au Président de la République<sup>13</sup>, que l'article 2302 a bien pour mérite d'unifier en son sein des dispositions jusqu'alors éparpillées et de formulation quelque peu hétérogène :

– le deuxième alinéa de l'ancien article 2293 du Code civil, qui s'appliquait au seul cautionnement indéfini consenti par une personne physique, quelles que fussent la qualité du créancier et la nature de la dette garantie ;

– l'ancien article L. 333-2 du Code de la consommation, qui concernait tout cautionnement consenti par une personne physique et garantissant une dette due à un créancier dit « professionnel » ; et

[10] V. à ce sujet, notamment, chronique de P. Simler et P. Delebecque, JCP G n° 46, 15 nov. 2021, doct. 2018, § 3 : « selon l'ordonnance précitée portant réforme du droit des sûretés, l'obligation annuelle d'information est au contraire expressément – et opportunément – étendue à la sûreté réelle constituée par un tiers » ; A. Aynès, « La personne morale constituante d'une sûreté réelle pour autrui », RLDA (supplément au n° 175), nov. 2021, p. 17, § 19 ; M. Tota, « Le nouveau régime juridique du cautionnement réel : entre révolution et imperfections », RLDC, n° 198, 1<sup>er</sup> déc. 2021.

[11] Rapport au président de la République, op. cit., sous le titre « Objectifs de la réforme ».

[12] P. Dupichot, « 15 ans après, une réforme des sûretés à sa maturité », JCP E, n° 40, 7 oct. 2021, 1439, § 6 ; D. Legeais, « La réforme du cautionnement », JCP E, n° 43-44, 28 oct. 2021, 1474, § 22 ; entretien avec P. Dupichot, « Cette réforme 2.0 parachève la première et la porte à maturité », JCP N, n° 47, 26 nov. 2021, 1329.

[13] Rapport au président de la République, op. cit., 1<sup>er</sup> paragraphe sous le titre « Des effets du cautionnement ».

[9] Comme le relève la doctrine : v. P. Simler, JCL C. civ., Fasc. 40, op. cit., § 25 au sujet de l'art. 48 de la loi n° 84-148 du 1<sup>er</sup> mars 1984 (lui aussi devenu applicable aux contrats en cours dès sa date d'entrée en vigueur) ; v. également chronique de P. Simler et P. Delebecque, JCP N n° 10, 12 mars 1993, 100375, § 5 ; ou encore J. Piotraut, « Le domaine d'application de l'obligation d'information annuelle des cautions (Article 48 de la loi du 1<sup>er</sup> mars 1984) », JCP N n° 29, 17 juil. 1992, 101089, § 4.

– l'ancien article L. 313-22 du Code monétaire et financier, applicable à tout cautionnement lorsqu'il garantissait un concours financier consenti à une entreprise par un établissement de crédit ou une société de financement, et ce que la caution fût personne physique ou morale.

II. Cependant, l'unification de plusieurs dispositifs légaux hétérogènes n'atteint les objectifs de sécurité et de simplification visés que si le résultat ne recèle plus de points d'incertitude. La présente étude se donne pour ambition d'examiner si tel est bien le cas (I.), puis de proposer une analyse critique du bien-fondé de la protection que la loi accorde aux cautions et constituants de sûretés réelles pour autrui sans distinguer selon leur capacité à appréhender les risques dont on veut les prémunir, surtout dans le contexte du droit des affaires et eu égard au souhait affiché de renforcer l'attractivité internationale du droit français (II., à paraître dans le prochain numéro).

Pour accéder à la suite de cette première partie de l'article, consultez le site de la revue Banque & Droit :

<https://www.revue-banque.fr/espace-banque-droit>