

RESUME

En premier lieu, depuis la modification de l'article L. 211-1 du Code monétaire et financier par l'ordonnance n° 2009-15 du 8 janvier 2009, la notion de titre de créance comprend en réalité plusieurs types de titres.

Aux termes de l'article L. 228-38 du Code de commerce reprenant la définition posée par l'article L. 213-5 du Code monétaire et financier, les obligations sont des titres négociables qui, dans une même émission, confèrent les mêmes droits de créance pour une même valeur nominale.

De même, « Les titres de créances négociables sont des titres financiers émis au gré de l'émetteur, négociables sur un marché réglementé ou de gré à gré, qui représentent chacun un droit de créance. »

L'accroissement du secteur public consécutif au mouvement de nationalisation intervenu après le changement politique en 1981 a conduit également le gouvernement à imaginer des instruments financiers tenant compte de cette évolution.

Les titres composés permettent à une société d'émettre des titres donnant accès soit au capital, soit à l'attribution de titres de créance. Ils sont souvent utilisés pour des opérations d'ingénierie juridique et financière.

L'article L. 228-91 du Code de commerce prévoit que : « Les sociétés par actions peuvent émettre des valeurs mobilières donnant accès au capital ou donnant droit à l'attribution de titres de créance. »

Il faut rappeler que l'article L. 211-1 du Code monétaire et financier distingue parmi les instruments financiers les titres financiers et les contrats financiers.

En second lieu, les garanties sont des mécanismes qui confèrent au créancier la possibilité de se garantir contre le risque d'insolvabilité de son débiteur. Au sein des garanties au sens large, des mécanismes sont qualifiés de sûretés. Il existe deux catégories de sûretés :

- les garanties réelles permettent à un créancier de se faire reconnaître un droit de préférence ou d'exclusivité sur un ou plusieurs biens de son débiteur. On peut citer le gage ou le nantissement ;
- les garanties personnelles permettent à une personne de s'engager personnellement à garantir la dette d'autrui. Le créancier acquiert un droit contre un débiteur nouveau, le garant, non tenu à titre définitif de la charge de la dette. Le Code civil ne consacre que trois sûretés personnelles : le cautionnement, la garantie autonome et la lettre d'intention.

CORRIGES

EXERCICES



EXERCICE 1 Obligations 8 15 minutes

1. Expliquez à Lauriane et à Aurélien ce que sont les obligations.

Aux termes de l'article L. 213-5 du Code monétaire et financier, les obligations émises par les sociétés sont des « titres négociables qui, dans une même émission, confèrent les mêmes droits de créance pour une même valeur nominale ». Le terme « obligation » désigne donc, d'une part, le titre négociable émis par la société pour constater l'existence contre elle d'une créance et, d'autre part, cette créance elle-même.

En droit, le terme « obligation » a un sens plus général ; il vise les devoirs interpersonnels dont, notamment, l'ensemble des obligations de sommes d'argent, y compris les simples reconnaissances de dettes non constatées par des titres. Il résulte aussi de la définition légale que les obligations doivent présenter les deux caractéristiques suivantes :

1. Ce sont nécessairement des titres négociables, c'est-à-dire, depuis l'entrée en vigueur des dispositions relatives à la dématérialisation des valeurs mobilières et sauf exceptions, des titres inscrits dans des comptes ouverts au nom de leurs titulaires, soit chez la société émettrice (obligations nominatives), soit chez un intermédiaire financier habilité (obligations au porteur), et qui se transmettent par simple virement de compte à compte.
2. Les obligations émises à l'occasion d'un même emprunt doivent conférer les mêmes droits de créance pour une même valeur nominale (C. mon. fin., art. L. 213-5) ; il doit nécessairement y avoir égalité entre tous les obligataires d'un même emprunt. Les obligations sont en effet des valeurs mobilières telles que définies par l'article L. 228-1 du Code de commerce.

Les obligations constituent des instruments financiers et, dans cette catégorie, des titres financiers auxquels sont applicables les articles L. 211-3 à L. 211-34 du Code monétaire et financier. L'article L. 211-1 du Code monétaire et financier inclut dans la liste des titres financiers les titres de créance, et donc les obligations. Du fait de leur caractère de valeurs mobilières, les obligations sont indivisibles à l'égard de la société. Elles sont fongibles au sein d'une même émission. Lorsqu'elles procèdent d'émissions différentes, la fongibilité peut être réalisée par le moyen de l'assimilation.

2. En quoi les obligations se différencient-elles des titres de créances négociables et des bons de caisse ?

Obligations et TCN

Les obligations doivent être distinguées des titres de créances négociables (TCN) qui sont des titres émis au gré de l'émetteur, négociables sur un marché réglementé ou de gré à gré, qui représentent chacun un droit de créance (C. mon. fin., art. L. 213-1). À la différence des obligations, ces titres ne sont pas nécessairement fongibles car ils peuvent être émis à l'unité. Toutefois, en pratique, ils le sont bien souvent, notamment lorsqu'ils sont admis à la cote d'un marché réglementé. On peut considérer que le critère qui permet de distinguer les obligations des TCN réside dans le caractère collectif de l'émission obligataire qui s'oppose au caractère individuel des accords de volonté entre l'émetteur d'un TCN et le souscripteur.

Si la frontière entre les obligations et les TCN est ténue, les régimes juridiques sont assez différents :

- les TNC sont soumis à l'exigence d'un montant minimal alors que cette exigence n'existe pas pour les obligations. Pour les TCN, le montant minimal est de 150 000 € ; toutefois, si la documentation financière est établie dans une autre langue que le français, la contre-valeur minimale doit être de 200 000 € sauf si les investisseurs concernés sont uniquement des investisseurs qualifiés au sens des articles L.411-2, D. 411-1 et D. 411-2 du Code monétaire et financier ;
- le régime des autorisations requises pour l'émission est plus souple pour les TCN : celle-ci peut être donnée par un titulaire d'une délégation de pouvoirs ;
- l'organisation des porteurs d'obligations en une masse ne se retrouve pas pour les porteurs de TCN ;
- les obligations demeurent majoritairement des supports d'émission à long terme. Les TCN sont usuellement assortis de termes plus courts. S'agissant des titres négociables à court terme (anciens billets de trésorerie et certificats de dépôt), leur durée est égale ou inférieure à un an. Quant aux titres

négociables à moyen terme (anciens billets à moyen terme négociables), leur durée minimale est de un an et un jour et ils n'ont pas de durée maximale.

Obligations et bons de caisse

Les bons de caisse sont des produits financiers assez proches de l'obligation puisqu'ils sont émis par la société en contrepartie de sommes prêtées. Leur durée maximale est de cinq ans (C. mon. fin., art. L. 223-3) et ils peuvent être émis en fonction des besoins de l'émetteur. Ils ne font pas partie d'une émission collective et, comme tels, se distinguent des obligations. Ils ne rentrent pas dans la catégorie des titres financiers (C. mon. fin., art. L. 13-1), et ne peuvent pas faire l'objet d'une cotation en Bourse. Le régime des obligations ne peut donc s'appliquer à ces titres.

★ **EXERCICE 2 Obligations et cautionnement** ⌚ 15 minutes

1. La banque était-elle tenue à une obligation d'information ?

M. Jean s'est engagé en qualité de caution au mois d'avril 2005. Or, il a quitté toute fonction le 23 mai 2008 et conteste le comportement du créancier, qui n'a pas respecté son obligation d'information annuelle prévue à l'article L. 313-22 du Code monétaire et financier depuis le mois de mars 2006. Certes, le créancier pourrait invoquer le fait que M. Pierre, en sa qualité de dirigeant, avait nécessairement connaissance de la situation financière de la société. Les juges ont toutefois considéré que, même dans une telle hypothèse, la caution dirigeante devait être informée tous les ans, les créanciers étant tenus de se conformer aux prescriptions prévues par ledit Code. Sur le fondement de l'alinéa 3 de l'article L. 313-22 du Code monétaire et financier, « Le défaut d'accomplissement de la formalité prévue à l'alinéa précédent emporte, dans les rapports entre la caution et l'établissement tenu à cette formalité, déchéance des intérêts échus depuis la précédente information jusqu'à la date de communication de la nouvelle information. »

2. La cessation des fonctions d'un dirigeant met-elle fin à son engagement en tant que caution ?

La caution est-elle déchargée de toute obligation dès lors qu'elle n'exerce plus de fonction en qualité de dirigeant ? M. Jean avait mis un terme à ses fonctions le 23 mai 2008 et la banque, en 2013, sollicite la mise en œuvre de la sûreté. Deux arguments, qui s'opposent, pouvaient être invoqués : soit la caution est déchargée de toute obligation, dès lors qu'elle s'est obligée en raison de son mandat social, soit elle reste tenue, car la modification de la qualité de celui qui s'engage, de celle de dirigeant à celle de non-dirigeant, n'affecte pas l'engagement en qualité de caution. C'est ce dernier raisonnement qui est privilégié par la Cour de cassation (Com., 14 oct. 2008), qui considère que la cessation de la fonction de gérant n'emporte pas, à elle seule, libération de la caution. Il appartient alors à M. Jean de démontrer que la qualité de dirigeant était la condition déterminante de son propre engagement. Afin d'être totalement libéré, il aurait été certainement plus judicieux que M. Jean dénonce auprès de la banque le contrat de cautionnement s'il ne souhaitait plus être tenu par le contrat conclu en avril 2005.

★★ **EXERCICE 3 Formation du cautionnement** ⌚ 20 minutes

1. Le peut-il et à quelles conditions ?

M. Thomas souhaite obtenir l'engagement de M. Le Magnan, doté de la qualité de dirigeant d'entreprise. Il s'agit d'un contrat de cautionnement de nature commerciale, consenti par un dirigeant, non commerçant. L'évolution récente du droit du cautionnement lui impose d'être vigilant à double titre. D'une part, le directeur d'agence bancaire devra impérativement mettre en garde M. Le Magnan des conséquences de son engagement en qualité de caution. La Cour de cassation a apporté deux précisions applicables en l'espèce. Une telle obligation s'impose alors même que la caution est un professionnel et il convient de recommander au créancier de conserver une preuve de l'exécution de son devoir de mise en garde, la charge de la preuve lui incombant (exigences appliquées à un artisan engagé en qualité de caution, Com., 11 déc. 2007). D'autre part, différentes exigences formelles, prévues aux articles L. 341-2 et 341-3 du Code de la consommation, doivent être respectées par les parties au contrat de cautionnement. Ce dernier devra être non seulement signé, mais aussi déterminé dans son montant et sa durée, sous peine d'être annulé, en respectant la rédaction d'une mention manuscrite.

2. Aurait-il intérêt à faire souscrire le cautionnement par acte authentique ?

Le formalisme prévu pour le cautionnement simple est expressément limité aux engagements convenus sous la forme sous seing privé, conformément aux termes du texte (C. consom., art. L. 341-2). Pour celui qui est solidaire, l'article L. 341-3 n'apporte par une telle précision. La jurisprudence s'est prononcée non sur cette

disposition, mais sur celle analogue spécifique au cautionnement d'un crédit à la consommation (C. consom., art. L. 313-8). Il a été jugé par la Cour de cassation que le formalisme validant ne s'appliquait pas à un cautionnement convenu sur la forme authentique (Civ. 1^{re}, 24 févr. 2004). Dès lors, afin de ne pas avoir à respecter les impératifs formels du droit de la consommation, M. Thomas a tout intérêt à recourir à un cautionnement authentique. Enfin, celui-ci souhaite obtenir un cautionnement illimité, portant sur l'ensemble des dettes de la société. Or, l'article L. 341-5 du Code de la consommation répute non écrites de telles stipulations de solidarité si l'engagement de la caution n'est pas limité à un montant global. Ce texte étant applicable à un cautionnement authentique, M. Thomas devra conclure un cautionnement solidaire de montant limité, tout en prévoyant éventuellement un montant de l'engagement de caution suffisamment élevé et en pensant à respecter le principe de proportionnalité.