

Le droit français des sûretés personnelles
Manuella Bourassin, *Agrégée des Facultés de droit,*
Professeur à l'Université Paris Ouest Nanterre La Défense,
Directrice du Centre de droit civil des affaires et du contentieux économique (EA 3457)

Résumé

Depuis les années 1980, le droit français des sûretés personnelles a profondément évolué. En marge du droit commun inscrit dans le Code civil, se sont développées des règles propres aux sûretés personnelles données par ou pour des entreprises, des règles protectrices des garants s'apparentant à des consommateurs et encore des règles spécifiques aux cautions personnes physiques contractant avec des créanciers professionnels. Cette spécialisation du droit des sûretés personnelles a généré une réelle insécurité juridique et économique, car les nouvelles règles légales et jurisprudentielles manquent d'accessibilité, d'intelligibilité et de stabilité et parce qu'elles sont davantage tournées vers la protection des garants que vers celle des créanciers. Une réforme en profondeur de la matière s'impose pour restaurer l'efficacité des sûretés personnelles et conforter par là même le crédit aux entreprises et aux particuliers. Cette reconstruction devrait reposer sur l'édiction de règles communes à l'ensemble des sûretés personnelles (régime primaire) et sur une révision des critères et du contenu des règles spéciales (à côté des règles applicables à tous les garants personnes physiques, des règles particulières devraient dépendre de la cause, professionnelle ou non, de l'engagement du garant).

1. Les sûretés personnelles traversent une crise¹. Alors que les textes et la jurisprudence devraient favoriser leur efficacité pour qu'elles confortent le crédit aux entreprises et aux particuliers, le droit positif les fragilise. Depuis une trentaine d'années, effectivement, l'insécurité juridique règne en la matière, sous toutes ses formes (inaccessibilité, illisibilité et instabilité des règles en vigueur), non seulement parce que des réformes ponctuelles ont morcelé le droit du cautionnement et l'ont rendu plus complexe, moins souple et cohérent, mais aussi en raison d'une jurisprudence pléthorique et fluctuante. La sécurité économique recherchée par les créanciers est quant à elle compromise par les multiples et diverses protections accordées par le législateur et par les juges à certains garants. La spécialisation des règles légales et jurisprudentielles (I) est largement responsable des imperfections que présente aujourd'hui le droit français des sûretés personnelles (II). Pour le rendre plus sûr et attractif, une reconstruction mérite d'être proposée (III).

I. La spécialisation du droit des sûretés personnelles

2. A la fin du XXe siècle, le droit commun du cautionnement, c'est-à-dire les règles inscrites dans le Code civil depuis 1804, est apparu insuffisant pour répondre, tant au développement du cautionnement² et à la diversification des cautions³, qu'à la préoccupation de limiter les dangers de cette sûreté⁴. A partir des années 1980, en vue de remédier aux insuffisances du droit commun⁵, de

¹ Pour les premières mises en lumière de cette crise, v. not. P. Ancel, "Nouvelles sûretés pour créanciers échaudés", *JCP* éd. E. 1989, suppl. *Cahier droit des entreprises*, n° 5, p. 3 ; L. Aynès, "Les garanties du financement", *Deffrénois* 1986, art. 33779, p. 913 ; L. Aynès, "Rapport français sur les sûretés personnelles", in *Les garanties de financement*, LGDJ, Paris, 1996, p. 377 ; P. Crocq, "L'évolution des garanties du paiement : de la diversité à l'unité", *Mélanges Ch. Mouly*, Litec, Paris, 1998, p. 317 ; J.-J. Daigre, "Les substituts du cautionnement : de la lettre à la garantie. La revanche de la liberté", *JCP* éd. E. 1992, *Cahier droit des entreprises*, n° 6, p. 5 ; D. Legeais, "L'imprévisible droit des garanties personnelles", *Mélanges Y. Guyon*, Dalloz, Paris, 2003, p. 669 ; Ph. Simler, *Le cautionnement*, Litec, Paris, 1982 ; Ph. Simler, "Les solutions de substitution au cautionnement", *JCP* 1990, I, 3427 ; J. Terray, "Le cautionnement : une institution en danger", *JCP* 1987, I, 3295.

² Ce développement s'explique par l'essor du crédit aux particuliers et aux entreprises, et par les atouts qu'ont pu lui reconnaître les créanciers, notamment par comparaison aux sûretés réelles classiques : sa simplicité, sa souplesse, son faible coût de constitution, son efficacité en cas de mise en œuvre, même dans le cadre d'une procédure d'insolvabilité ouverte au bénéfice du débiteur principal.

³ Proches du débiteur principal, personnes physiques ou morales intégrées dans l'entreprise débitrice, garants institutionnels.

⁴ Les sûretés personnelles sont des engagements juridiques pour autrui (le débiteur principal), consentis bien souvent sans réelle liberté (en raison des relations professionnelles ou personnelles unissant le garant au débiteur) et sans contrepartie. Elles risquent pourtant d'obérer gravement le patrimoine du garant, puisqu'il est "tenu de remplir son engagement sur tous ses biens mobiliers et immobiliers, présents et à venir" (C. civ., art. 2284), quand bien même les recours en remboursement contre le débiteur principal seraient voués à l'échec.

⁵ Le Code civil renferme, depuis 1804, diverses règles susceptibles de limiter, voire d'exclure le paiement des cautions. Les unes reposent sur le caractère accessoire du cautionnement et sa subsidiarité, les autres sur les règles applicables à tous les

nouvelles protections des cautions ont vu le jour, pour l'essentiel en dehors du Code civil⁶. Il importe à cet égard de préciser que l'ordonnance n° 2006-346 du 23 mars 2006 relative aux sûretés n'a nullement réformé en profondeur le droit du cautionnement. Seule la numérotation des articles du Code civil le concernant a été modifiée⁷. Depuis une trentaine d'années, le droit commun du cautionnement cohabite ainsi avec de multiples règles spéciales⁸ qui, à tous les stades de la vie de la sûreté, visent à en réduire, voire à en supprimer les risques pour les garants les plus exposés. Ces règles, qu'elles soient légales ou jurisprudentielles, protègent la volonté et le patrimoine de certaines cautions, en spécifiant la source des dettes couvertes (crédit de consommation, bail d'habitation), la qualité du débiteur principal (consommateur, société, entrepreneur individuel, particulier surendetté, entreprise en difficulté), les caractéristiques du cautionnement (sa nature, sa forme, son étendue, ses modalités), la qualité du créancier (personne physique ou morale, professionnel ou non) et/ou celle de la caution (personne physique ou morale, avertie ou profane, engagée pour les besoins de sa profession ou non).

Ce mouvement de spécialisation concerne également les deux autres sûretés personnelles que le Code civil reconnaît depuis l'ordonnance du 23 mars 2006, à savoir la garantie autonome et la lettre d'intention⁹. En effet, des règles spéciales interdisent la couverture de certaines dettes par une garantie autonome. Par ailleurs, il existe en droit des sociétés, en droit des entreprises en difficulté ou encore en droit patrimonial de la famille, de nombreux textes relatifs aux garanties, aux sûretés ou aux sûretés personnelles, qui concernent certains garants seulement.

Cette protection sélective caractérise la spécialisation du droit des sûretés personnelles¹⁰. En s'attachant aux intérêts que le législateur et les juges cherchent précisément à protéger, il est possible de ranger les multiples règles légales et jurisprudentielles qui se sont développées en marge du droit commun dans trois catégories. Certaines, d'abord, visent à sécuriser et à dynamiser la vie des affaires en général et celle des entreprises en particulier, afin de soutenir la croissance économique (A). D'autres, ensuite, ont pour but de protéger les consommateurs contre des engagements irréfléchis et ruineux, risquant de les conduire au surendettement et à l'exclusion sociale (B). Enfin, les deux finalités précédentes sous-tendent les règles bénéficiant aux garants personnes physiques (C).

A/ Sécuriser et dynamiser la vie des affaires

3. Les règles spéciales intéressant la vie des affaires, c'est-à-dire celles relatives aux sûretés personnelles données par ou pour des entreprises, sont ambivalentes. Les unes expriment une sollicitude à l'égard des sociétés garantes (1) ou des garants d'entreprises (2). Les autres, au contraire, font preuve de rigueur à l'encontre des garants intégrés dans les entreprises débitrices (3). Ces deux dynamiques antagonistes révèlent la complexité du soutien aux entreprises : les sociétés et leurs membres, les entrepreneurs individuels et leurs proches doivent être protégés des dangers des sûretés, dont l'ampleur est souvent accrue en présence de dettes professionnelles. Mais les créanciers doivent

contrats (les exigences probatoires, la sanction des vices du consentement et encore l'obligation de bonne foi). Le droit commun du cautionnement a pu toutefois sembler insuffisant pour sauvegarder les intérêts des garants et ce, pour plusieurs raisons : le consentement des cautions n'y est protégé qu'*a posteriori*, c'est-à-dire lors de l'appel en paiement, et non dès la conclusion du contrat ; la solvabilité des cautions y est largement ignorée, alors que les risques patrimoniaux de l'engagement sont bien souvent considérables ; le Code civil appréhende les cautions et les créanciers de manière abstraite, dans leur qualité générale de parties, sans tenir compte des caractéristiques des dettes garanties, alors que les dangers du cautionnement n'ont certainement pas la même intensité pour toutes les cautions, ni dans toutes les opérations de garantie.

⁶ Trois règles nouvelles seulement y ont été ajoutées depuis 1804, toutes protectrices des cautions : le caractère d'ordre public de l'exception de défaut de subrogation (art. 2314, al. 2, issu de la loi n° 84-148 du 1er mars 1984), le bénéfice d'un "reste à vivre" et une information annuelle sur l'évolution du montant de la créance garantie (art. 2301 et 2293, issus de la loi n° 98-657 du 29 juillet 1998).

⁷ C. civ., nouv. art. 2288 à 2320.

⁸ Sur ce mouvement de spécialisation, v. not. Ch. Albiges, "L'influence du droit de la consommation sur l'engagement de la caution", *Liber amicorum J. Calais-Auloy*, Dalloz, Paris, 2004, p. 1 ; L. Aynès, "La réforme du cautionnement par la loi Dutreil", *Dr. et patr.* 11/2003, p. 28 ; Ph. Delebecque, "Le cautionnement et le Code civil : existe-t-il encore un droit du cautionnement ?", *RJ com.* 2004, p. 226 ; J. Devèze, "Petites grandeurs et grandes misères de la sollicitude à l'égard du dirigeant caution personne physique", *Mélanges Ph. Merle*, Dalloz, Paris, 2013, p. 165 ; D. Houtcieff, "Le droit des sûretés hors le Code civil", *LPA* 22 juin 2005, p. 7 ; D. Legeais, "Le Code de la consommation siège d'un nouveau droit commun du cautionnement", *JCP* éd. E 2003, 1433 ; Ph. Simler, "Prévention et dispositif de protection de la caution", *LPA* 10 avr. 2003, p. 20 ; Ph. Simler, "Les principes fondamentaux du cautionnement : entre accessoire et autonomie", *BICC* 15 oct. 2013.

⁹ Les articles 2321 et 2322 du Code civil les définissent, sans les réglementer précisément.

¹⁰ Seuls les principaux textes et arrêts qui illustrent cette évolution seront ici exposés. Pour de plus amples références, v. M. Bourassin, V. Brémond, M.-N. Jobard-Bachelier, *Droit des sûretés*, Sirey, Paris, 5e éd., 2015.

aussi être rassurés pour que les entreprises reçoivent les crédits nécessaires à leur création, leur développement et leur maintien.

1. Les protections propres aux sociétés garantes

4. Il est fréquent qu'une société garantisse les dettes d'une autre société appartenant au même groupe ou les dettes d'une personne physique ou morale avec laquelle elle entretient des relations d'affaires. Cette garantie est dangereuse pour la société elle-même, pour ses associés et pour ses créanciers, puisqu'elle déplace le patrimoine social au service d'autrui, le plus souvent sans aucune contrepartie, au risque qu'en cas de défaut de remboursement par le débiteur principal, la pérennité de la société et les emplois qu'elle génère se trouvent menacés. Pour limiter ces risques, le droit des sociétés - droit commun et dispositions propres à certaines formes sociales - encadre les pouvoirs dont doivent disposer les représentants de la société pour l'engager en qualité de garant. D'abord, en vertu du principe de spécialité, la garantie doit être conforme à l'objet social. Ensuite, elle doit respecter l'intérêt social¹¹. Enfin, dans les sociétés par actions, les "*cautionnements, avals et garanties*" doivent être autorisés par le conseil d'administration ou de surveillance¹², à peine d'inopposabilité à la société¹³.

5. Pour éviter un autre risque, celui que les organes de direction ou les associés ne vampirisent le patrimoine social à leur seul profit, interdiction leur est faite, à peine de nullité du contrat, "*de faire cautionner ou avaliser* (par la société par actions ou à risque limité) *leurs engagements envers les tiers*"¹⁴.

2. Les protections accordées aux garants d'entreprises

6. Il existe de nombreuses règles spéciales dont le principal critère d'application réside dans la qualité d'entreprise, sous forme sociale ou individuelle, du débiteur principal. Il est vrai que les sûretés personnelles garantissant les dettes d'une entreprise présentent des dangers accrus par rapport à celles couvrant des dettes non professionnelles : leur compréhension est rendue plus ardue par la diversité et le caractère futur, donc indéterminé, des dettes qu'elles peuvent embrasser ; les risques patrimoniaux sont plus importants dès lors que les créanciers requièrent habituellement une couverture, en montant et en durée, plus large ; en cas d'ouverture d'une procédure d'insolvabilité au bénéfice de l'entreprise, les risques de paiement par le garant et d'absence de remboursement par celle-ci sont très importants. De nombreuses règles spéciales s'attachent à limiter, voire à supprimer ces différents risques en protégeant les garants d'entreprises, qu'ils soient ou non intégrés dans celles-ci. Les entreprises, *in bonis* (a) ou en difficulté (b), en sont les bénéficiaires par ricochet. Toutes les protections ici envisagées sont en effet susceptibles d'encourager la constitution de sûretés et, par là même, l'octroi des crédits indispensables à la création et à la pérennité des entreprises. Celles qu'énonce le droit des entreprises en difficulté sont en outre de nature à inciter les dirigeants-garants à demander le plus tôt possible l'ouverture d'une procédure et à favoriser de la sorte le redressement de leur entreprise.

a. Entreprises *in bonis*

7. En dehors du droit des procédures collectives professionnelles, les sources et les modes de protection des garants d'entreprises sont extrêmement diversifiés. Il est néanmoins possible de distinguer quatre types de mesures.

8. En premier lieu, détourner les parties des sûretés les plus dangereuses. La loi n° 94-126 du 11 février 1994 relative à l'initiative et à l'entreprise individuelle comporte deux dispositions en ce sens. D'une part, elle cherche à dissuader les entrepreneurs individuels de faire garantir leurs dettes professionnelles par des proches en imposant aux établissements de crédit de les informer par écrit de

¹¹ En présence de sociétés à risque illimité, la jurisprudence annule les cautionnements qui contredisent l'intérêt social, même s'ils entrent dans leur objet statutaire ou ont été approuvés par tous les associés ou couverts par une communauté d'intérêts entre la société caution et le débiteur (v. not. Com. 23 sept. 2014, *Bull. civ. IV*, n° 142).

¹² C. com., art. L. 225-35, al. 4, et L. 225-68, al. 2.

¹³ Cette sanction est retenue par la Cour de cassation depuis 1980 (Com. 29 janv. 1980, *Bull. civ. IV*, n° 47).

¹⁴ C. com., art. L. 225-43 (SA avec conseil d'administration), L. 225-91 (SA avec directoire), L. 227-12 (SAS), L. 226-10 (SCA) et L. 223-21 (SARL). L'interdiction vaut également pour les proches des dirigeants (conjoint, ascendants ou descendants) et, plus généralement, pour "*toute personne interposée*". Dans la SARL (et non les sociétés par actions), l'interdiction vise en outre les associés.

la possibilité de proposer une garantie sur les biens nécessaires à l'exploitation de l'entreprise ou par un garant institutionnel, plutôt qu'une "*sûreté personnelle consentie par une personne physique*"¹⁵. D'autre part, la loi de 1994 interdit aux personnes physiques cautionnant les dettes professionnelles d'un entrepreneur individuel de s'engager à la fois solidairement et indéfiniment. Sont effectivement réputées non écrites les stipulations de solidarité et de renonciation au bénéfice de discussion si leur cautionnement n'est pas limité en montant¹⁶.

9. En deuxième lieu, délivrer aux cautions d'entreprises des informations au cours de la période de garantie. Chaque année, les créanciers doivent leur préciser le montant de la dette principale au 31 décembre de l'année précédente, ainsi que le terme du cautionnement ou la faculté de le résilier s'il est à durée indéterminée. D'abord imposée dans les cautionnements des concours financiers accordés aux entreprises par des établissements de crédit¹⁷, y compris ceux fournis par les dirigeants-cautions¹⁸, cette information annuelle a ensuite été accordée aux personnes physiques cautionnant les dettes professionnelles d'un entrepreneur individuel, pour une durée indéterminée¹⁹. Si l'information n'est pas délivrée, la caution n'est plus tenue des "*intérêts échus depuis la précédente information jusqu'à la date de communication de la nouvelle information*".

Il existe, par ailleurs, une information sur "*le premier incident de paiement (du débiteur) non régularisé dans le mois d'exigibilité du paiement*", sous peine de déchéance des "*pénalités ou intérêts de retard échus entre la date de ce premier incident et celle à laquelle (la caution) en a été informée*"²⁰. Cette protection profite aux cautions personnes physiques garantissant les dettes professionnelles d'un entrepreneur individuel ou d'une société.

10. En troisième lieu, transférer la sûreté au conjoint divorcé entrepreneur. Pour éviter que l'époux, qui s'est porté garant de l'activité professionnelle de son conjoint entrepreneur individuel ou membre de la société dont les dettes sont garanties, ne se trouve, après le divorce, écrasé par le poids de la sûreté, la loi n° 2005-882 du 2 août 2005 relative aux petites et moyennes entreprises a prévu le transfert, sur décision du tribunal de grande instance, des "*dettes ou sûretés consenties par les époux, solidairement ou séparément, dans le cadre de la gestion d'une entreprise*", au conjoint divorcé entrepreneur²¹.

11. En quatrième et dernier lieu, appliquer le droit du surendettement aux cautions des entreprises. La situation de surendettement étant définie par l'impossibilité manifeste de faire face à l'ensemble des dettes non professionnelles exigibles et à échoir²², la Cour de cassation a initialement refusé le bénéfice des procédures de surendettement aux cautions retirant un intérêt patrimonial personnel de la dette professionnelle cautionnée, au premier rang desquelles se trouvent les dirigeants des sociétés garanties²³. Mais, depuis la loi n° 2008-776 du 4 août 2008 de modernisation de l'économie, toutes les cautions surendettées, même celles garantissant des entreprises et dont l'engagement présente une nature professionnelle²⁴, peuvent profiter des mesures protectrices du droit du surendettement, en particulier l'effacement total des dettes lors de la clôture de la procédure de rétablissement personnel pour insuffisance d'actif²⁵.

b. Entreprises en difficulté

¹⁵ C. mon. fin., art. L. 313-21. Le défaut d'information interdit au créancier de se prévaloir de la sûreté constituée "*dans ses relations avec l'entrepreneur individuel*", et non de demander paiement au garant.

¹⁶ Loi du 11 février 1994, art. 47, II, al. 1er.

¹⁷ C. mon. fin., art. L. 313-22, issu de la loi n° 84-148 du 1^{er} mars 1984 relative à la prévention et au règlement amiable des difficultés des entreprises.

¹⁸ Com. 25 mai 1993, *Bull. civ. IV*, n° 203.

¹⁹ Loi du 11 février 1994, art. 47, II, al. 2.

²⁰ Loi du 11 février 1994, art. 47, II, al. 3, modifié par la loi n° 98-657 du 29 juillet 1998.

²¹ C. civ., art. 1387-1. La portée de la décharge de l'époux-caution est incertaine, car ce texte ne précise pas si elle est opposable au créancier ou si elle affecte uniquement les rapports *intra* conjugaux. Les juridictions du fond ont jusqu'à présent privilégié cette seconde interprétation, qui préserve le droit de poursuite du créancier et confine la décharge dans les opérations de liquidation du régime matrimonial.

²² C. consom., art. L. 330-1.

²³ Civ. 1^{re}, 31 mars 1992, *Bull. civ. I*, n° 107 ; Civ. 1^{re}, 7 nov. 2000, *Bull. civ. I*, n° 285.

²⁴ A condition toutefois de ne pas être éligibles aux procédures collectives professionnelles (C. consom., art. L. 333-3).

²⁵ C. consom., art. L. 332-5 et 332-9.

12. Lorsque l'entreprise garantie fait l'objet d'une procédure d'insolvabilité, des protections de quatre types sont accordées aux garants, qu'ils aient "*consenti une sûreté personnelle*" ou "*affecté ou cédé un bien en garantie*"²⁶.

Il s'agit d'abord de réduire le montant de la garantie, dans la procédure de conciliation, en permettant à tous les garants de se prévaloir des dispositions de l'accord constaté ou homologué²⁷ et, dans la procédure de sauvegarde, en autorisant les garants personnes physiques à opposer au créancier l'arrêt du cours des intérêts, ainsi que les remises inscrites dans le plan²⁸.

Il s'agit ensuite de retarder la mise en œuvre de la sûreté, non seulement en faisant profiter tous les garants (dans la procédure de conciliation) ou les garants personnes physiques (dans la procédure de sauvegarde) des délais de paiement octroyés à l'entreprise²⁹, mais également en suspendant les poursuites contre les garants personnes physiques pendant la période d'observation de la procédure de sauvegarde ou de redressement³⁰.

Il s'agit encore d'interdire toute poursuite contre les garants personnes physiques, pendant l'exécution du plan de sauvegarde, si la créance garantie n'a pas été déclarée³¹.

Enfin, il s'agit, dans la procédure de rétablissement professionnel, de déroger au principe d'effacement des dettes du débiteur personne physique à l'égard des dettes de remboursement des cautions, personnes physiques ou morales³².

13. Même si tous les garants personnes physiques, voire tous les garants sans distinction, sont visés par ces dispositions, le législateur s'est surtout soucié des dirigeants et de leurs proches, afin d'inciter les premiers à anticiper le traitement des difficultés de l'entreprise, en demandant l'ouverture d'une procédure le plus tôt possible, c'est-à-dire avant la cessation des paiements. C'est pourquoi un sort nettement plus favorable leur est réservé dans les procédures de conciliation et de sauvegarde que dans les procédures de redressement ou de liquidation judiciaire³³.

Mais alors, la protection des garants n'est pas une fin en soi. C'est plutôt un moyen de soutenir les entreprises, de conforter les emplois, et de favoriser *in fine* la croissance économique³⁴.

3. Les protections refusées aux garants intégrés dans l'entreprise débitrice

14. Les garants intégrés dans l'entreprise débitrice sont les personnes physiques ou morales qui disposent d'un pouvoir de direction et/ou de contrôle à son égard. Pour l'essentiel, ce sont ses dirigeants ou associés et les sociétés-mères. Diverses protections leur sont refusées, que l'entreprise garantie soit *in bonis* (a) ou qu'elle fasse l'objet d'une procédure d'insolvabilité (b).

a. Entreprises *in bonis*

15. En s'attachant à la cause professionnelle de l'engagement, la jurisprudence fait montre de rigueur à l'encontre des garants intégrés dans l'entreprise débitrice.

Ainsi, parce qu'ils ont un "*intérêt personnel et patrimonial*" dans le crédit garanti, la Cour de cassation décide-t-elle que la sûreté présente un caractère commercial³⁵. Cette commercialité rend le cautionnement solidaire et prive le garant, même s'il n'est pas commerçant³⁶, des bénéfices de discussion et de division.

²⁶ L'ensemble des sûretés personnelles, ainsi que les sûretés réelles pour autrui, font l'objet de ce traitement uniforme depuis l'ordonnance n° 2008-1345 du 18 décembre 2008 portant réforme du droit des entreprises en difficulté.

²⁷ C. com., art. L. 611-10-2, al. 1er.

²⁸ C. com., art. L. 622-28, al. 1er., et L. 626-11.

²⁹ C. com., art. L. 611-10-2, al. 1er, et L. 626-11.

³⁰ C. com., art. L. 622-28, al. 2 et L. 631-14, qui ajoutent que "*le tribunal peut ensuite leur accorder des délais ou un différé de paiement dans la limite de deux ans*".

³¹ C. com., art. L. 622-26, al. 2.

³² C. com., art. L. 645-11, issu de l'ordonnance n° 2014-326 du 12 mars 2014.

³³ Sur la constitutionnalité de cette différence de traitement, v. Com., QPC, 8 oct. 2012, n° 12-40060.

³⁴ Le droit des sûretés est ainsi mis au service des finalités qui innervent le droit des entreprises en difficulté. L'article 2287 du Code civil, issu de l'ordonnance du 23 mars 2006, consacre cette primauté des droits de l'insolvabilité en précisant que "*les dispositions du présent livre (livre IV : "Des sûretés") ne font pas obstacle à l'application des règles prévues en cas d'ouverture d'une procédure de sauvegarde, de redressement judiciaire ou de liquidation judiciaire ou encore en cas d'ouverture d'une procédure de traitement des situations de surendettement des particuliers*".

³⁵ Com. 7 juill. 1969, *Bull.* n° 269.

³⁶ Tel est le cas des dirigeants de sociétés anonymes ou à responsabilité limitée.

La Haute juridiction rejette par ailleurs la libération des garants intégrés lorsqu'ils cessent leurs fonctions au sein de l'entreprise garantie³⁷, car la cause de l'obligation de garantir réside dans "*la considération du crédit accordé par le créancier au débiteur principal*"³⁸, et non dans les relations que le garant entretient avec ce dernier, et que son existence s'apprécie exclusivement lors de la conclusion du contrat.

16. D'autres protections sont refusées aux garants intégrés parce qu'ils sont censés connaître et comprendre la nature, le montant et la durée des garanties souscrites. Tel est le cas de certaines formalités ayant pour finalité d'attirer l'attention des contractants sur la nature et la portée de leurs obligations. En application de l'article 1326 du Code civil³⁹, la Chambre commerciale de la Cour de cassation considère ainsi qu'en présence d'une mention équivoque ou incomplète ou en l'absence de toute mention en chiffres et en lettres du montant de l'engagement, la seule qualité de dirigeant du garant constitue un complément de preuve suffisant⁴⁰. Dans le même sens, l'article 1108-2 du Code civil⁴¹ admet le remplacement des mentions manuscrites exigées à peine de nullité par des mentions électroniques, réputées moins éclairantes, si la sûreté personnelle est passée "*par une personne pour les besoins de sa profession*".

17. En outre, parce qu'elles connaissent leur propre solvabilité et qu'elles comprennent en principe les risques financiers liés à la mise en œuvre des sûretés, les cautions intégrées se voient refuser par la Cour de cassation deux types de protections.

D'une part, l'exigence de proportionnalité du cautionnement aux biens et revenus de la caution, fondée sur la bonne foi contractuelle⁴². Alors qu'il avait été initialement consacré au bénéfice d'un dirigeant-caution⁴³, ce moyen de défense a par la suite été paralysé en présence de garants intégrés dans l'entreprise⁴⁴.

D'autre part, ceux-ci profitent rarement du devoir de mise en garde sur les risques de l'opération projetée et sur la disproportion de l'engagement à souscrire, que la Cour de cassation impose aux établissements de crédit depuis 2007. En effet, ce devoir, lui aussi fondé sur la loyauté contractuelle, ne peut être invoqué que par les cautions "*non averties*"⁴⁵. Les connaissances des garants intégrés sur leurs capacités financières et sur les risques d'endettement liés à la sûreté évincent le plus souvent cette qualification et la protection qu'elle conditionne⁴⁶.

18. Enfin, depuis une vingtaine d'années, d'autres moyens de défense fondés sur le droit commun des contrats sont rendus inefficaces en raison des connaissances des garants intégrés sur la situation financière de l'entreprise débitrice. Tel est le cas de la réticence dolosive commise par le créancier au sujet de la situation financière de l'entreprise⁴⁷, ainsi que de la responsabilité des banques pour octroi abusif de crédit⁴⁸.

b. Entreprises en difficulté

19. Diverses dispositions protectrices des entreprises soumises aux procédures du Livre VI du Code de commerce ne profitent pas aux garants, qui se trouvent dès lors traités plus strictement que les débiteurs garantis. Il en va ainsi de la suspension des poursuites individuelles contre l'entreprise⁴⁹. Dans les procédures de redressement et de liquidation judiciaire, les garants ne peuvent pas opposer non plus le défaut de déclaration des créances pour paralyser les poursuites du créancier⁵⁰. Dans la

³⁷ Com. 17 juill. 1978, *Bull. civ. IV*, n° 200 ; Com. 6 déc. 1988, *Bull. civ. IV*, n° 334.

³⁸ Com. 8 nov. 1972, *Bull. civ. IV*, n° 278 (en matière de cautionnement) ; Com. 19 avr. 2005, *Bull. civ. IV*, n° 91 et Com. 3 juin 2014, inédit, n° 13-17643 (en matière de garantie autonome).

³⁹ Selon ce texte, celui qui s'engage unilatéralement à payer une somme d'argent doit en indiquer le montant, en chiffres et en lettres, pour que la preuve de cet engagement soit parfaite.

⁴⁰ Com. 19 juin 1990, *Bull. civ. IV*, n° 180.

⁴¹ Issu de la loi n° 2004-575 du 21 juin 2004 pour la confiance dans l'économie numérique.

⁴² C. civ., art. 1134, al. 3.

⁴³ Com. 17 juin 1997, *Macron, Bull. civ. IV*, n° 188.

⁴⁴ Com. 8 oct. 2002, *Nahoum, Bull. civ. IV*, n° 136.

⁴⁵ Ch. mixte, 29 juin 2007, *Bull. ch. mixte*, n° 7.

⁴⁶ V. not. Com. 27 mars 2012, *Bull. civ. IV*, n° 68.

⁴⁷ Com. 17 déc. 1996, inédit, n° 94-20808 ; Com. 19 avr. 2005, inédit, n° 03-12879.

⁴⁸ Com. 15 févr. 1994, *Bull. civ. IV*, n° 60 ; Civ. 3^e, 22 juin 2005, inédit, n° 03-19694 ; Com. 28 janv. 2014, *Bull. civ. IV*, n° 20.

⁴⁹ Civ. 1^{re}, 31 mars 1998, *Bull. civ. IV*, n° 135 ; Com. 22 juin 1999, *Bull. civ. IV*, n° 134.

⁵⁰ C. com., art. L. 631-14, al. 6.

procédure de redressement encore, aucun garant ne peut bénéficier des remises et délais prévus dans le plan⁵¹, ni de l'arrêt du cours des intérêts⁵². Enfin, la clôture de la procédure de liquidation judiciaire pour insuffisance d'actif n'empêche nullement les créanciers de poursuivre en paiement les garants⁵³.

20. Cette rigueur à l'encontre de tous les garants d'entreprises reçoit plusieurs explications. D'abord, même si les règles concernées n'opèrent aucune distinction entre les garants (personnes physiques ou morales, intégrées ou non dans l'entreprise en difficulté), il est permis d'y voir, à l'encontre de ceux qui se trouvent aux commandes de l'entreprise en difficulté, une sanction pour avoir laissé la situation de celle-ci se dégrader jusqu'à la cessation des paiements. Ensuite, comme la rigueur se manifeste pour l'essentiel dans le cadre des procédures de redressement et de liquidation judiciaire, elle révèle que le législateur n'entend pas protéger les intérêts des garants lorsque le sauvetage de l'entreprise est compromis, voire impossible. Le contraste existant avec les procédures de conciliation et de sauvegarde est censé inciter les dirigeants-garants à se tourner vers les procédures préventives. Il est donc manifeste qu'en droit des entreprises en difficulté, les protections sont accordées ou refusées aux garants, non pas au regard des caractéristiques de leur engagement, et donc de leur propre besoin de protection, mais en fonction des chances de préserver l'activité économique de l'entreprise. Enfin, la rigueur à l'encontre des garants a pour corollaire une meilleure protection des créanciers. Mais il existe là aussi une instrumentalisation de cette protection au service de l'entreprise, puisque l'efficacité des sûretés personnelles dans les procédures de redressement et de liquidation judiciaire s'explique par la volonté d'asseoir la confiance des créanciers et de stimuler par là même l'octroi de crédit aux entreprises⁵⁴.

21. Dynamiser et sécuriser la vie des affaires est donc bien une finalité partagée par de nombreuses et diverses règles spéciales.

La spécialisation du droit des sûretés personnelles n'est pas uniquement sous-tendue par cette logique économique. Des impératifs sociaux ont conduit à l'adoption d'autres règles spécifiques, tournées vers la protection des consommateurs.

B/ Protéger les consommateurs

22. En matière de sûretés personnelles, aucune règle ne vise les garants ou cautions consommateurs. Cette qualité est toutefois implicite chaque fois que la loi ou les juges réservent un traitement particulier aux personnes physiques s'engageant à des fins non professionnelles⁵⁵. Les critères de leur protection méritent d'être détaillés (1), avant que n'en soient exposées les principales modalités (2).

1. Critères de protection

23. Les protections qui bénéficient aux garants personnes physiques s'engageant dans un cadre non professionnel reposent sur des critères distincts en législation (a) et en jurisprudence (b).

a. En législation : la nature de la dette principale

24. Les premiers textes ayant protégé les personnes physiques qui souscrivent une sûreté personnelle en dehors de leur activité commerciale, industrielle, artisanale ou libérale n'ont pas détaillé de la sorte la qualité du garant. Ils les ont implicitement visées en spécifiant la nature de la dette principale. En effet, ont été spécialement réglementés les deux types de dettes non professionnelles le plus souvent garanties par des proches du débiteur personne physique, à savoir, d'une part, les crédits mobiliers ou immobiliers de consommation et, d'autre part, les dettes naissant d'un bail d'habitation.

b. En jurisprudence : les caractéristiques de l'engagement de garantie

⁵¹ C. com., art. L. 631-20.

⁵² C. com., art. L. 631-14, al. 6.

⁵³ C. com., art. L. 643-11, II.

⁵⁴ Le principe d'irresponsabilité des dispensateurs de crédit lorsque l'entreprise fait l'objet d'une procédure d'insolvabilité (C. com., art. L. 650-1) relève de la même logique.

⁵⁵ L'article préliminaire du Code de la consommation, issu de la loi n° 2014-344 du 17 mars 2014 relative à la consommation, définit le consommateur comme "*toute personne physique qui agit à des fins qui n'entrent pas dans le cadre de son activité commerciale, industrielle, artisanale ou libérale*".

25. Depuis une vingtaine d'années, la Cour de cassation réserve le bénéfice de certaines règles du droit commun des contrats aux cautions qui n'ont pas d'intérêt pécuniaire dans l'opération garantie, qui ne sont pas rompues aux affaires, qui ne disposent d'aucun pouvoir juridique à l'égard du débiteur principal et qui ne maîtrisent nullement la situation financière de ce dernier.

Sur le fondement de l'absence d'"*intérêt personnel et patrimonial*" de la caution dans l'obtention du crédit garanti, les protections liées au caractère civil du cautionnement sont ainsi applicables⁵⁶.

C'est par ailleurs au profit des cautions "*non averties*", que la Haute juridiction découvre des obligations de loyauté particulières à la charge des créanciers, comme l'obligation de ne pas faire souscrire un cautionnement manifestement disproportionné aux biens et revenus de ces cautions et le devoir de les mettre en garde sur les risques patrimoniaux de l'opération.

26. La Cour de cassation n'a jamais défini la notion de caution "*non avertie*". Elle en contrôle en revanche les critères, liés principalement aux compétences et aux expériences professionnelles de la caution, lui permettant ou non de comprendre la nature et la portée des obligations principales et de son propre engagement, ainsi qu'aux relations - personnelles ou professionnelles - qu'elle entretient avec le débiteur garanti, lui permettant ou non de connaître et d'influencer l'endettement de celui-ci. Fréquemment, les proches du débiteur principal ou d'un membre de la société garantie sont qualifiés de cautions "*non averties*" et profitent dès lors des protections que la jurisprudence subordonne à cette qualité.

2. Modes de protection

27. Les règles spéciales qui ont été consacrées depuis la fin du XXe siècle au bénéfice des garants personnes physiques s'engageant pour des raisons et à des fins non professionnelles expriment nettement l'emprise du droit de la consommation sur le droit des sûretés personnelles, en ce qu'elles déploient les techniques consuméristes classiques de protection du consentement et du patrimoine de la partie réputée faible, c'est-à-dire des interdictions (a), des informations (b) et des limitations (c).

a. Interdictions

28. L'ordonnance du 23 mars 2006 a interdit la couverture par une garantie autonome des crédits mobiliers et immobiliers de consommation⁵⁷, ainsi que des loyers d'un bail d'habitation⁵⁸. Bien que la prohibition soit formulée en termes généraux, elle vise à protéger spécialement les personnes physiques s'engageant dans un cadre non professionnel contre les dangers inhérents à l'indépendance de la garantie autonome et ceux liés à l'absence de réglementation détaillée de cette sûreté.

En matière de bail d'habitation, d'autres interdictions concernent le cautionnement. En effet, d'une part, le bailleur, quelle que soit sa qualité, ne saurait le cumuler avec une assurance couvrant les obligations locatives, ni avec toute autre forme de garantie souscrite par le bailleur (dépôt de garantie mis à part), "*sauf en cas de logement loué à un étudiant ou un apprenti*"⁵⁹. La violation de cette règle de non-cumul est sanctionnée par la nullité du cautionnement⁶⁰, l'assurance demeurant au contraire valable. D'autre part, si le bailleur est une personne morale⁶¹, le cautionnement ne peut être conclu qu'avec des "*organismes dont la liste est fixée par décret en Conseil d'État*"⁶², sauf si le locataire est "*un étudiant ne bénéficiant pas d'une bourse de l'enseignement supérieur*". Il convient de souligner que ces restrictions ont moins été inspirées par la volonté de protéger les cautions, proches des locataires, que par l'impératif de lutte contre l'exclusion des personnes qui, ne pouvant proposer une

⁵⁶ En particulier, le formalisme probatoire de l'article 1326 du Code civil (la qualité de caution non intéressée dans l'opération principale ne saurait alors suffire à compléter la mention défaillante), et les bénéfices de discussion et de division, sauf clause expresse de renonciation ou de solidarité.

⁵⁷ C. consom., art. L. 313-10-1.

⁵⁸ Loi du 6 juillet 1989, art. 22-1-1.

⁵⁹ Loi du 6 juillet 1989, art. 22-1 (créé par la loi n° 94-624 du 21 juillet 1994 relative à l'habitat), tel que modifié par la loi n° 2009-323 du 25 mars 2009 de mobilisation pour le logement et la lutte contre l'exclusion, puis par la loi n° 2009-1437 du 24 novembre 2009 relative à l'orientation et à la formation professionnelle tout au long de la vie.

⁶⁰ Cette sanction a été précisée par la loi n° 2014-366 pour l'accès au logement et un urbanisme rénové du 24 mars 2014.

⁶¹ Publique comme privée, à la seule exception d'une "*société civile constituée exclusivement entre parents et alliés jusqu'au quatrième degré inclus*".

⁶² Décret n° 2009-1659 du 28 décembre 2009.

caution personne physique solvable, ni rémunérer une caution professionnelle, risquaient de ne pouvoir se loger.

Un autre type d'interdiction concerne la mise en œuvre des cautionnements manifestement disproportionnés *ab initio* aux biens et revenus de la caution personne physique garantissant un crédit mobilier ou immobilier de consommation⁶³. Effectivement, sous réserve d'un retour à meilleure fortune de la caution, l'établissement de crédit "*ne peut se prévaloir*" de la sûreté. Cette déchéance totale constitue une mesure de prévention du surendettement des cautions engagées pour des raisons et à des fins non professionnelles.

b. Informations

29. Sous l'influence du droit de la consommation, qui organise précisément l'information des consommateurs au stade de la formation des contrats, plusieurs dispositions visant à éclairer le consentement des cautions sur la nature et la portée de leur engagement, dès la souscription de celui-ci, ont institué un formalisme informatif conditionnant la validité même des cautionnements visés, à savoir ceux garantissant des crédits de consommation ou des dettes provenant d'un bail d'habitation.

30. Certaines informations doivent être délivrées avant même la signature du contrat de cautionnement, pour que la décision de s'engager soit la plus libre et éclairée possible. Ainsi, celui qui envisage de cautionner un crédit à la consommation ou un crédit immobilier doit-il se voir remettre, comme l'emprunteur-consommateur lui-même, un exemplaire de l'offre de crédit⁶⁴.

Une autre mesure préventive est prévue dans le cautionnement par une personne physique d'un crédit immobilier. Il s'agit d'un délai de réflexion de dix jours suivant la réception de l'offre de crédit⁶⁵.

31. Pour éclairer la caution sur les principales caractéristiques du contrat garanti et de son propre engagement, le formalisme informatif *ad validitatem* revêt deux autres modalités lors de la conclusion du cautionnement : en matière de bail d'habitation, la remise d'un exemplaire du contrat de location⁶⁶ ; en ce domaine et également lorsque la caution personne physique garantit un crédit accordé à un consommateur, des mentions manuscrites portant principalement sur le montant, la durée et, le cas échéant, le caractère solidaire de l'engagement⁶⁷. Ces mentions n'ont pas à être respectées si le cautionnement est notarié ou contresigné par un avocat⁶⁸, compte tenu des obligations d'information et de conseil pesant sur ces professionnels du droit. Elles conditionnent en revanche la validité des cautionnements conclus par actes sous seing privé, dans lesquels elles ne sauraient être apposées sous forme électronique par les cautions ne s'engageant pas pour les besoins de leur profession⁶⁹.

32. Les personnes physiques garantissant un crédit à la consommation ou immobilier doivent par ailleurs être informées par l'établissement de crédit de la défaillance de l'emprunteur-consommateur⁷⁰. Le non-respect de cette obligation est sanctionné par une déchéance partielle des droits du créancier⁷¹. Si le débiteur fait l'objet d'une procédure de surendettement, la caution doit en être informée par la commission de surendettement⁷². Cela peut lui permettre d'invoquer les protections spécifiques que renferme le droit du surendettement au profit de l'ensemble des cautions⁷³ ou des seules cautions personnes physiques⁷⁴.

c. Limitations

⁶³ C. consom., art. L. 313-10, issu de la loi n° 89-1010 du 31 décembre 1989.

⁶⁴ C. consom., art. L. 311-11, al. 1er, et L. 312-7.

⁶⁵ C. consom., art. L. 312-10.

⁶⁶ Loi du 6 juillet 1989, art. 22-1.

⁶⁷ Les termes mêmes de la mention ne sont pas imposés par l'article 22-1 de loi du 6 juillet 1989. Ils le sont, au contraire, par le Code de la consommation (art. L. 313-7 et L. 313-8), qui admet "*uniquement*" les mentions qu'il édicte.

⁶⁸ C. civ., art. 1317-1 et Loi du 31 décembre 1971, art. 66-3-3, issus de la loi n° 2011-331 du 28 mars 2011 de modernisation des professions judiciaires et juridiques.

⁶⁹ C. civ., art. 1108-1 et 1108-2.

⁷⁰ C. consom., art. L. 313-9, qui vise "*le premier incident de paiement caractérisé susceptible d'inscription au fichier institué à l'article L. 333-4*".

⁷¹ Déchéance des "*pénalités ou intérêts de retard échus entre la date de ce premier incident et celle à laquelle elle en a été informée*".

⁷² C. consom., art. L. 331-3, qui ne prévoit aucune sanction en cas de défaut d'information.

⁷³ Comme l'extinction du cautionnement par voie accessoire en cas de défaut de déclaration de la créance garantie dans la procédure de rétablissement personnel (C. consom., art. L. 332-7).

⁷⁴ V. *infra* n° 51.

33. En vue de réduire les risques patrimoniaux inhérents au contrat de cautionnement, des limites à l'étendue de l'obligation de garantir, ainsi qu'au droit de poursuite du créancier, se sont développées au bénéfice des cautions personnes physiques s'engageant pour des raisons et à des fins personnelles.

34. La première limitation concerne l'étendue de leur engagement et joue *a priori*. Elle consiste à imposer, à peine de nullité du cautionnement, une mention précisant le montant et la durée de la garantie. Les personnes physiques qui s'engagent sous seing privé à cautionner des crédits de consommation doivent ainsi écrire la mention imposée par l'article L. 313-7 du Code de la consommation⁷⁵.

35. D'autres limitations jouent *a posteriori*. Elles procèdent des sanctions prononcées à l'encontre du créancier sur le fondement de textes spéciaux⁷⁶ ou du droit commun de la responsabilité civile. Ainsi, lorsqu'un créancier professionnel se montre déloyal vis-à-vis d'une caution profane, en lui faisant souscrire un engagement manifestement disproportionné et/ou en ne la mettant pas en garde sur les risques de l'opération, cette caution "*non avertie*" peut-elle obtenir des dommages et intérêts, qui ont vocation à se compenser avec sa propre dette et à diminuer celle-ci à due concurrence. Sans être totalement remise en cause, l'obligation de garantir se trouve alors ramenée à un montant raisonnable.

36. Un dernier type de limitation porte sur la durée pendant laquelle des poursuites peuvent être exercées par le créancier à l'encontre des cautions garantissant un emprunteur-consommateur. Depuis 1989, les textes relatifs au crédit à la consommation étant applicables à son cautionnement⁷⁷, les actions du prêteur doivent être exercées dans les deux ans du premier incident de paiement non régularisé⁷⁸, tant à l'encontre de l'emprunteur, que de sa caution, à peine de forclusion.

37. Bien que la qualité de garant-consommateur ne soit pas expressément consacrée en droit français, il existe donc, depuis la fin des années 1980, de nombreuses règles légales et jurisprudentielles qui, sur le fondement de la nature de la dette principale ou des caractéristiques de l'engagement de garantie, et sous l'influence du droit de la consommation, protègent les garants personnes physiques s'engageant pour des raisons et à des fins n'entrant pas dans le cadre de leur activité professionnelle.

Alors qu'initialement ces règles étaient clairement distinctes de celles relatives aux sûretés personnelles constituées pour des entreprises, des rapprochements ont par la suite été opérés entre le monde des affaires et celui des consommateurs. Tel est l'objet des règles spéciales protégeant les garants personnes physiques.

C/ Protéger les personnes physiques

38. Les règles spéciales encadrant la vie des affaires et celles protégeant les consommateurs sont habituellement distinctes d'un point de vue formel et opposées d'un point de vue substantiel : inscrites dans des textes ou des codes séparés, les premières sont inspirées par des objectifs micro ou macro économiques et promeuvent bien souvent la liberté, la rapidité, la sécurité ou encore la confiance mutuelle, tandis que les secondes, sous-tendues par des impératifs sociaux, veillent à densifier la volonté de la partie faible, à rééquilibrer des relations réputées inégales et à pourchasser le surendettement.

En matière de sûretés personnelles, ce classique clivage a d'abord été respecté. Nous avons vu que, jusqu'au milieu des années 1990, des règles spéciales différentes ont été adoptées, soit pour dynamiser et sécuriser l'activité des entreprises, soit pour protéger les garants n'agissant pas pour les besoins de leur profession.

La frontière entre le monde des affaires et celui des consommateurs a ensuite été largement dépassée. Les règles édictées depuis une vingtaine d'années ont en effet privilégié deux nouveaux critères d'application, à savoir deux qualités cumulatives, celles de caution personne physique et de créancier professionnel (1), ou bien la seule qualité de garant personne physique (2). Ces deux critères ont pour point commun d'englober les garants intégrés dans l'entreprise débitrice et les garants agissant pour des raisons et à des fins non professionnelles.

⁷⁵ "En me portant caution de X..., dans la limite de la somme de... couvrant le paiement du principal, des intérêts et, le cas échéant, des pénalités ou intérêts de retard et pour la durée de..., je m'engage à rembourser au prêteur les sommes dues sur mes revenus et mes biens si X... n'y satisfait pas lui-même".

⁷⁶ C. consom., art. L. 313-9 (v. *supra* n° 32) et L. 313-10 (v. *supra* n° 28).

⁷⁷ C. consom., art. L. 311-2.

⁷⁸ C. consom., art. L. 311-52.

1. Les protections des cautions personnes physiques engagées envers un créancier professionnel

39. Sur le fondement de la double prise compte de la qualité de la caution - personne physique - et de celle du créancier - professionnel -, un corps de règles spéciales a été créé, au sein du Code de la consommation, par la loi du 29 juillet 1998 relative à la lutte contre les exclusions et par celle du 1er août 2003 pour l'initiative économique⁷⁹. Ces règles présentent une réelle singularité : tout en étant profondément liées au droit de la consommation (a), elles opèrent une alliance avec le monde des affaires (b).

a. Parenté avec le droit de la consommation

40. Les protections instaurées au bénéfice des cautions personnes physiques engagées envers des créanciers professionnels entretiennent des liens très étroits avec le droit de la consommation. Outre l'inscription dans le Code du même nom, la parenté repose sur trois éléments.

41. D'abord, les modes de protection. Les lois de 1998 et de 2003 ont étendu le champ de la plupart des protections empruntées au droit de la consommation, qui étaient précédemment accordées aux cautions personnes physiques engagées envers un établissement financier pour garantir un crédit mobilier ou immobilier de consommation. Désormais, ce sont plus généralement les cautions personnes physiques garantissant des créanciers professionnels qui profitent du formalisme informatif *ad validitatem* (les mentions manuscrites portant sur les principales caractéristiques de leur engagement⁸⁰) et de la limitation qui en résulte du montant et de la durée de l'obligation de garantir. Ont pareillement été étendues l'information sur la défaillance du débiteur⁸¹ et la décharge totale en cas de disproportion manifeste de l'engagement⁸².

42. La parenté avec le droit de la consommation se reconnaît ensuite aux critères de protection retenus, qui évoquent la prise en compte de la qualité des deux parties - un consommateur et un professionnel - et le déséquilibre réputé exister entre elles, sur lesquels ce droit s'est historiquement construit. En effet, l'application des articles L. 341-1 à L. 341-6 du Code de la consommation ne dépend plus de la nature de la dette principale⁸³, mais seulement de la qualité des parties : une caution personne physique, qui fait figure de partie faible, et un créancier professionnel, censé être en position de force.

43. C'est enfin la définition de ce créancier professionnel qui rapproche nettement les règles spéciales du cautionnement du droit de la consommation. Effectivement, les articles L. 341-1 à L. 341-6 concernent, non pas les seuls prestataires de services bancaires⁸⁴, mais plus généralement tout créancier "*dont la créance est née dans l'exercice de sa profession ou se trouve en rapport direct avec l'une de ses activités professionnelles*"⁸⁵. Or, depuis une vingtaine d'années, le critère du "*rapport direct*" avec l'activité professionnelle est précisément celui qui préside à l'interprétation des textes du droit de la consommation relatifs, notamment, à la lutte contre les clauses abusives ou à la vente par démarchage.

44. Compte tenu de ces divers liens avec le droit de la consommation, il est certain que les règles spéciales édictées en 1998 et 2003 ont vocation à protéger la volonté et le patrimoine de toutes les cautions qui s'apparentent à des consommateurs, c'est-à-dire les personnes physiques qui agissent à des

⁷⁹ C. consom., art. L. 341-1, issu de la loi n° 98-657, et L. 341-2 à L. 341-6, issus de la loi n° 2003-721.

⁸⁰ C. consom., art. L. 341-2 et L. 341-3, dont la rédaction est identique à celle des articles L. 313-7 et L. 313-8.

⁸¹ C. consom., art. L. 341-1, qui étend l'information imposée par l'article L. 313-9.

⁸² C. consom., art. L. 341-4, qui reprend les conditions et la sanction de l'article L. 313-10.

⁸³ Les dettes garanties par les cautionnements soumis aux articles L. 341-2 et L. 341-3 du Code de la consommation peuvent naître, non seulement d'un crédit accordé sous la forme d'un prêt ou d'une autorisation de découvert en compte courant ou même de délais de paiement (Com. 10 janv. 2012, *Bull. civ. IV*, n° 2), mais également d'un contrat de bail commercial (Com. 13 mars 2012, inédit, n° 10-27814) ou encore d'un contrat de fournitures (Paris, 11 avr. 2012, *JurisData* n° 2012-014098).

⁸⁴ Au contraire, les articles L. 313-7 à L. 313-10 régissant les cautionnements des crédits de consommation ne sont applicables qu'en présence d'un établissement de crédit, une société de financement, un établissement de monnaie électronique, un établissement de paiement ou encore un organisme mentionné au 5° de l'article L. 511-6 du Code monétaire et financier.

⁸⁵ Par exemple, un garagiste ou un vendeur de matériaux de construction, qui accorderait des délais de paiement à ses clients moyennant la conclusion d'un cautionnement par une personne physique. V. not. Civ. 1^{re}, 25 juin 2009, *Bull. civ. I*, n° 138 ; Civ. 1^{re}, 9 juill. 2009, *Bull. civ. I*, n° 173 ; Com. 10 janv. 2012, *Bull. civ. IV*, n° 2 ; Civ. 1^{re}, 10 sept. 2014, inédit, n° 13-19426.

fins n'entrant pas dans le cadre de leur activité professionnelle, dès lors qu'elles contractent avec un créancier professionnel. Sont beaucoup moins évidentes au premier abord, mais néanmoins réelles, les relations existant entre ces mêmes règles et le monde des affaires.

b. Alliance avec le monde des affaires

45. Les règles protectrices des cautions personnes physiques engagées envers un créancier professionnel associent le monde des affaires et celui des consommateurs, non seulement parce que les principaux acteurs de l'un et de l'autre n'y sont plus différenciés, mais aussi parce que les objectifs économiques qui gouvernent habituellement la vie des affaires et les impératifs sociaux qui président à la protection des consommateurs y sont étroitement mêlés.

46. S'agissant du rapprochement entre les acteurs, il s'est opéré de deux manières symétriques.

D'une part, la loi du 1er août 2003 a étendu aux cautionnements conclus entre une caution personne physique et un créancier professionnel deux règles qui avaient vu le jour dans les cautionnements de la vie des affaires, à savoir la nullité des stipulations de solidarité et de renonciation au bénéfice de discussion dès lors que le cautionnement n'est pas limité à un montant global⁸⁶, ainsi que l'obligation d'information annuelle sur l'encours de la dette principale et le terme du cautionnement⁸⁷.

D'autre part, le décloisonnement est le fruit d'une interprétation large de la notion de caution personne physique. Depuis 2010, la Cour de cassation accorde aux dirigeants-cautions le bénéfice de l'article L. 341-4 du Code de la consommation, c'est-à-dire le droit d'être intégralement déchargés si le cautionnement était manifestement disproportionné *ab initio* à leurs biens et revenus, en décidant que "*le caractère averti de la caution est indifférent pour l'application de ce texte*"⁸⁸. A partir de 2012, les articles L. 341-2 et L. 341-3 du Code de la consommation relatifs au formalisme informatif ont également été déclarés applicables à "*toute personne physique, qu'elle soit ou non avertie*"⁸⁹.

47. Les objectifs poursuivis par les auteurs des lois du 29 juillet 1998 et du 1er août 2003 ont été à la fois sociaux et économiques, comme en attestent l'intitulé de la première, "*loi relative à la lutte contre les exclusions*", et celui de la seconde, "*loi pour l'initiative économique*". Il s'est essentiellement agi de prévenir le surendettement de toutes les cautions personnes physiques⁹⁰ et d'étendre les protections jusque là réservées aux cautions n'agissant pas pour les besoins de leur profession à celles exerçant un pouvoir de direction ou de contrôle au sein de l'entreprise garantie et ce, en vue d'encourager l'esprit d'entreprendre et la souscription de garanties, nécessaires au financement des entreprises à tous les stades de leur existence.

2. Les protections fondées sur la seule qualité de garant personne physique

48. L'endettement génère des risques spécifiques pour les personnes physiques : risque d'exclusion sociale et d'atteinte à la dignité, s'il se transforme en surendettement ; risque de propagation aux membres de la famille tenus de répondre des dettes du débiteur. En matière de sûretés personnelles, ces dangers pèsent sur les garants personnes physiques avec une acuité particulière étant donné que l'endettement a lieu pour autrui. Il n'est dès lors pas surprenant que plusieurs protections aient été accordées à toutes les cautions, voire à tous les garants, personnes physiques, quelles que soient la nature de la dette principale et la qualité du créancier, soit pour préserver leur famille (a), soit pour lutter contre le surendettement (b). La protection des garants personnes physiques, sur le fondement de cette seule qualité, est alors une fin en soi, et non un moyen au service d'autres intérêts⁹¹.

a. Protections de la famille du garant

⁸⁶ C. consom., art. L. 341-5, qui reprend les termes de l'article 47-II, al. 1er, de la loi du 11 février 1994 relative à l'initiative et à l'entreprise individuelle.

⁸⁷ C. consom., art. L. 341-6, qui se trouve dans le prolongement des articles 48 de la loi du 1er mars 1984 (C. mon. fin., art. L. 313-22) et 47-II, al. 2, de la loi du 11 février 1994.

⁸⁸ Com. 22 juin 2010, *Bull. civ. IV*, n° 112 ; Civ. 1^{re}, 4 mai 2012, *Bull. civ. I*, n° 97.

⁸⁹ Com. 10 janv. 2012, *Bull. civ. IV*, n° 2 ; Civ. 1^{re}, 8 mars 2012, *Bull. civ. I*, n° 53.

⁹⁰ Par la limitation *a priori* de leur engagement (art. L. 341-2 et L. 341-5), par l'information sur la défaillance du débiteur (art. L. 341-1) et surtout par leur décharge, si la preuve est rapportée d'une disproportion manifeste de l'engagement à leurs facultés financières (art. L. 341-4).

⁹¹ V. *supra* n° 12 et 13 les règles qui protègent tous les garants personnes physiques dans les procédures collectives professionnelles, en vue de favoriser le maintien de l'activité des entreprises garanties.

49. Le droit des régimes matrimoniaux et le droit des successions protègent la famille du garant en imposant une limitation de l'assiette du droit de poursuite du créancier.

Si une sûreté personnelle est souscrite par un époux commun en biens⁹², seul, le créancier ne peut en principe saisir que les biens propres et les revenus de cet époux. Les biens communs ne font partie du gage du créancier que si la garantie a été contractée "*avec le consentement exprès de l'autre conjoint, qui, dans ce cas, n'engage pas ses biens propres*"⁹³.

En cas de décès du garant, ses engagements sont transmis à ses héritiers⁹⁴, qui, s'ils acceptent la succession purement et simplement, sont en principe tenus d'exécuter les obligations du défunt sur leur patrimoine personnel, même s'ils ignorent l'existence de la sûreté au moment d'exercer leur option successorale⁹⁵. La réforme du droit des successions du 23 juin 2006 a tempéré la rigueur de ces solutions en prévoyant que l'héritier acceptant purement et simplement la succession "*peut demander à être déchargé en tout ou partie de son obligation à une dette successorale qu'il avait des motifs légitimes d'ignorer au moment de l'acceptation*"⁹⁶. Dans la mesure où cette décharge judiciaire est subordonnée à la preuve que "*l'acquiescement de cette dette aurait pour effet d'obérer gravement son patrimoine personnel*", elle ne libère sans doute pas l'héritier de la dette elle-même, mais uniquement de l'obligation de l'acquiescer sur son propre patrimoine en cas d'insuffisance de l'actif successoral. La protection de l'héritier repose donc bien, elle aussi, sur une réduction de l'assiette du droit de poursuite du créancier.

b. Lutte contre le surendettement du garant

50. Pour prévenir le surendettement, la loi du 29 juillet 1998 s'est attachée à réduire l'engagement des cautions personnes physiques, en inscrivant dans le Code civil deux règles indifférentes au type de dettes couvertes, à la cause de la garantie, professionnelle ou non, et encore à la qualité du créancier. La première impose une information annuelle sur "*l'évolution du montant de la créance garantie et de ces accessoires*" au bénéfice des personnes physiques ayant souscrit un "*cautionnement indéfini*"⁹⁷. Dès lors que celui-ci ne comporte pas de limite propre et que sa durée est indéterminée si celle de la dette principale l'est elle-même, l'information peut favoriser sa résiliation⁹⁸ et, par conséquent, dans le cautionnement de dettes futures, la non-couverture de celles naissant postérieurement. La seconde limitation prévue par la loi de 1998 porte sur l'assiette des poursuites : "*en toute hypothèse, le montant des dettes résultant du cautionnement ne peut avoir pour effet de priver la personne physique qui s'est portée caution d'un minimum de ressources*"⁹⁹, correspondant au montant du revenu de solidarité activé. Ce "reste à vivre" profite à toutes les cautions personnes physiques, que leur engagement soit simple ou solidaire, qu'il ait été consenti pour des raisons personnelles ou professionnelles¹⁰⁰, car il procède de l'impératif de lutte contre l'exclusion des particuliers.

⁹² Régime légal de communauté réduite aux acquêts ou régime conventionnel de communauté universelle (Civ. 1^{re}, 3 mai 2000, *Bull. civ. I*, n° 125).

⁹³ C. civ., art. 1415, issu de la loi n° 85-1372 du 23 décembre 1985 relative à l'égalité des époux dans les régimes matrimoniaux. La Cour de cassation décide que ce texte "*est applicable à la garantie à première demande qui, comme le cautionnement, est une sûreté personnelle, (...) et est donc de nature à appauvrir le patrimoine de la communauté*" (Civ. 1^{re}, 20 juin 2006, *Bull. civ. I*, n° 313).

⁹⁴ En présence d'un cautionnement, la Cour de cassation limite cette transmission, rappelée par l'article 2294 du Code civil. En effet, lorsque des dettes futures sont garanties, le décès de la caution constitue un terme extinctif implicite de son obligation de couverture, de sorte que seules les dettes nées avant le décès sont transmises aux héritiers (Com. 29 juin 1982, *Bull. civ. IV*, n° 258).

⁹⁵ Ignorance fréquente, en pratique, non seulement parce que le contrat de sûreté est généralement établi en un seul exemplaire original, conservé par le créancier, mais également parce qu'il n'existe pas de fichier central des sûretés personnelles.

⁹⁶ C. civ., art. 786, al. 2, issu de la loi n° 2006-728 du 23 juin 2006.

⁹⁷ C. civ., art. 2293.

⁹⁸ Contrairement aux autres textes régissant l'information annuelle des cautions, l'article 2293 du Code civil n'impose malheureusement pas au créancier de rappeler cette faculté de résiliation lorsque le cautionnement est à durée indéterminée. En revanche, si l'information n'est pas délivrée, il conduit à une réduction plus importante de l'obligation de garantir, puisque la caution se trouve déchargée "*de tous les accessoires de la dette, frais et pénalités*" et non seulement de ceux échus au cours de la période de non-information.

⁹⁹ C. civ., art. 2301, qui renvoie à l'article L. 331-2 du Code de la consommation dans lequel se trouvent détaillées les sommes devant être obligatoirement laissées aux particuliers surendettés.

¹⁰⁰ Com. 31 janv. 2012, *Bull. civ. IV*, n° 13.

L'objectif de prévention du surendettement des cautions personnes physiques a inspiré d'autres protections dans le droit du surendettement lui-même. En effet, depuis 2003, les dettes payées en lieu et place d'un débiteur surendetté par une caution ou un coobligé, personne physique, ne sauraient être effacées partiellement dans le cadre de la procédure se déroulant devant la commission de surendettement, ni totalement effacées en cas de clôture de la procédure de rétablissement personnel pour insuffisance d'actif¹⁰¹. L'existence même des recours en remboursement contre le débiteur surendetté se trouve ainsi préservée par la loi. La Cour de cassation conforte en outre leur efficacité, en décidant que le débiteur ne peut opposer à la caution les remises et délais dont il a profités¹⁰².

51. En cas d'échec des diverses mesures visant à prévenir le surendettement¹⁰³, les garants¹⁰⁴ personnes physiques se trouvant dans cette situation ont accès aux mesures de traitement régies par le Code de la consommation¹⁰⁵, qui conduiront à retarder le paiement du créancier, à le réduire, voire à l'empêcher purement et simplement, autrement dit à limiter, voire à ruiner, l'efficacité de la sûreté.

52. L'inefficacité des sûretés personnelles ne résulte pas uniquement de ces règles ayant pour finalité de lutter contre le surendettement des garants. En réalité, presque toutes les règles spéciales adoptées depuis les années 1980 en matière de sûretés personnelles, qu'elles aient pour objet de sécuriser et dynamiser la vie des affaires, de protéger les consommateurs ou plus largement les garants personnes physiques, portent des atteintes plus ou moins profondes aux droits des créanciers. C'est probablement la principale critique que l'on puisse adresser à la spécialisation du droit des sûretés personnelles. Mais c'est loin d'être la seule.

II. Les imperfections du droit des sûretés personnelles

53. L'évolution que le droit français des sûretés personnelles a connue depuis une trentaine d'années repose, nous l'avons vu, sur des objectifs parfaitement légitimes, si ce n'est impérieux : soutenir les entreprises, protéger les parties faibles, préserver les familles, lutter contre l'exclusion financière et sociale des particuliers. Les bons sentiments ne suffisent cependant pas à faire de bonnes règles. Celles que les réformes ponctuelles des sûretés personnelles et la jurisprudence ont forgées en marge du droit commun en sont l'illustration. Les règles spéciales en cette matière présentent effectivement de graves imperfections, tant formelles (A), que substantielles (B).

A/ Imperfections formelles

54. D'un point de vue formel, le droit des sûretés personnelles est source d'insécurité juridique en raison de l'inaccessibilité des règles spéciales. Alors que celles-ci renferment le droit ordinaire, si ce n'est le nouveau droit commun, vu qu'elles portent sur les sûretés les plus fréquemment constituées dans et en dehors de la vie des affaires, il est malaisé d'y accéder matériellement. Elles sont dispersées dans plusieurs codes et textes non codifiés, ainsi qu'une jurisprudence pléthorique. En outre, leur emplacement ne reflète pas toujours leur champ d'application. Il en va ainsi des articles L. 341-1 à L. 341-6 du Code de la consommation, qui s'appliquent non seulement aux cautions n'agissant pas dans un cadre professionnel, mais également à celles intégrées dans l'entreprise garantie¹⁰⁶.

Les règles spéciales sont également inintelligibles et ce, pour différentes raisons.

55. D'abord, elles reposent sur une multitude de critères de différenciation. Les développements précédents ont souligné qu'ils concernent :

¹⁰¹ C. consom., art. L. 331-7-1, 2°, L. 332-5 et L. 332-9.

¹⁰² Civ. 1^{re}, 15 juill. 1999, *Bull. civ.* I, n° 248 ; Civ. 1^{re}, 28 mars 2000, *Bull. civ.* I, n° 107.

¹⁰³ Non seulement celles qui viennent d'être décrites, mais aussi, le cas échéant, celles qui profitent plus spécialement aux cautions personnes physiques engagées envers un créancier professionnel (v. *supra* n° 41).

¹⁰⁴ Compte tenu des impératifs sociaux qui gouvernent les procédures de surendettement, tous les garants personnes physiques devraient y avoir accès, bien que l'article L. 330-1 du Code de la consommation envisage le seul cautionnement et que l'hypothèse d'un garant surendetté autre qu'une caution soit certainement rare en pratique (en raison des prohibitions dont fait l'objet la garantie autonome - v. *supra* n° 28 - et de la rareté des lettres d'intention émises par des personnes physiques).

¹⁰⁵ Il s'agit, pour l'essentiel, de l'interdiction des procédures d'exécution, de l'interdiction du paiement des dettes antérieures, de l'aménagement du montant et de la durée des dettes et de l'effacement total des dettes en cas de rétablissement personnel avec ou sans liquidation judiciaire.

¹⁰⁶ V. *supra* n° 46.

- le garant : sa qualité de personne physique ou morale ; ses connaissances en matière de crédit et sur la situation du débiteur ; les besoins, professionnels ou non, auxquels répond son engagement ;
- le créancier : personne physique ou morale ; institutionnel, professionnel ou non professionnel ;
- le débiteur principal : consommateur ; société ou entrepreneur individuel, *in bonis* ou en difficulté ; particulier surendetté ;
- la nature de la dette principale : concours à une entreprise ; crédit de consommation ; bail d'habitation ;
- la forme de la sûreté : acte sous seing privé ; acte notarié ; acte sous seing privé contresigné par un avocat ;
- l'étendue de la garantie : définie ou indéfinie ; déterminée ou non en montant et en durée ;
- les modalités de la garantie : simple ou solidaire.

56. L'inintelligibilité procède ensuite de l'obscurité de certains de ces critères d'application. Il en va ainsi des qualités de cautions "*averties*" ou "*non averties*". La Cour de cassation ne les ayant jamais définies et n'ayant admis aucune présomption à leur égard, la qualification est incertaine, alors qu'en dépendent plusieurs moyens de défense fondés sur la bonne foi contractuelle, dont la responsabilité en cas de disproportion du cautionnement ou de défaut de mise en garde. Ainsi, les dirigeants ou associés de la société débitrice ne sont-ils pas nécessairement considérés comme des "*cautions averties*". Ils le sont seulement si le créancier prouve leur implication effective dans la gestion de la société cautionnée et leur connaissance de la situation financière de celle-ci¹⁰⁷, ou au moins de son domaine d'activité, grâce à des expériences professionnelles passées ou concomitantes¹⁰⁸. La qualification de "*caution avertie*" peut être écartée, *a contrario*, si le dirigeant était, lors de la conclusion du cautionnement, inexpérimenté et/ou de paille¹⁰⁹. Vis-à-vis des proches du débiteur principal, la qualification de "*caution non avertie*" n'est guère plus prévisible. Un conjoint, un parent ou un ami du débiteur peut être considéré comme "*averti*", si la preuve est rapportée par le créancier, soit de la compréhension des engagements¹¹⁰, soit de l'intérêt financier qu'en retire la caution, fût-ce seulement par le biais du régime matrimonial de communauté¹¹¹.

57. L'inintelligibilité du droit des sûretés personnelles est par ailleurs imputable à l'absence de coordination entre les réformes successives instaurant des obligations identiques ou voisines. Les obligations d'information des cautions en sont l'exemple caricatural, puisque les critères d'application, les contours de l'information et les sanctions ne sont pas les mêmes dans les quatre textes régissant l'information annuelle¹¹², non plus que dans les trois articles imposant l'information sur la défaillance du débiteur¹¹³.

58. L'insécurité juridique résulte encore du manque d'articulation entre les règles spéciales et le droit commun, notamment entre les sanctions spéciales, comme la déchéance des accessoires en cas de défaut d'information, et la responsabilité civile de droit commun¹¹⁴. Pose également difficulté la coexistence de l'exigence légale de proportionnalité du cautionnement aux biens et revenus de la caution et du devoir de mise en garde sur les risques de l'opération et la disproportion de l'engagement, créé par la jurisprudence sur le fondement de l'article 1134, alinéa 3, du Code civil.

59. Enfin, l'inintelligibilité du droit des sûretés personnelles est entravée par les incohérences entre certaines de ses dispositions. Par exemple, l'article L. 341-5 du Code de la consommation répute non écrites les stipulations de solidarité ou de renonciation au bénéfice de discussion "*si l'engagement de la caution n'est pas limité à un montant global*", et l'article L. 341-6 prévoit le rappel, chaque année, de la faculté de révocation "*si l'engagement est à durée indéterminée*", alors que l'article L. 341-2

¹⁰⁷ Com. 27 mars 2012, *Bull. civ. IV*, n° 68.

¹⁰⁸ Com. 12 mars 2013, inédit, n° 12-12372.

¹⁰⁹ Com. 11 avr. 2012, *Bull. civ. IV*, n° 76 ; Com. 5 févr. 2013, inédit, n° 11-26262

¹¹⁰ Com. 22 nov. 2011, inédit, n° 10-25920.

¹¹¹ Com. 31 janv. 2012, inédit, n° 10-27651.

¹¹² V. *supra* n° 9, 46 et 50.

¹¹³ V. *supra* n° 9, 32 et 41.

¹¹⁴ Depuis le début des années 2000, la Cour de cassation décide que l'absence d'information annuelle est sanctionnée par la seule déchéance des accessoires de la dette principale. Cependant, en cas de dol ou de faute lourde du créancier, la caution peut, en outre, engager la responsabilité contractuelle de celui-ci (Com. 25 avr. 2001, *Bull. civ. IV*, n° 75 ; Civ. 1^{re}, 4 févr. 2003, *Bull. civ. I*, n° 35).

impose de limiter le montant comme la durée du cautionnement sous seing privé souscrit par les mêmes parties, c'est-à-dire une caution personne physique et un créancier professionnel¹¹⁵.

60. Tous ces défauts formels entravent la connaissance, la compréhension et la prévisibilité du droit en vigueur et compromettent la réalisation des attentes des parties, singulièrement la sécurité recherchée par les créanciers garantis.

B/ Imperfections substantielles

61. Sur le fond, le droit des sûretés personnelles présente d'autres d'imperfections qui entravent également l'efficacité de ces garanties. Les premières imperfections substantielles résident dans la méconnaissance de la fonction des sûretés et dans l'altération de leurs principaux caractères (1). Les secondes tiennent à l'inadéquation entre les objectifs poursuivis et les techniques déployées pour les atteindre (2). Ces différentes imperfections menacent directement la sécurité des créanciers. Elles produisent également des effets pervers à l'encontre de ceux-là mêmes qu'elles cherchent à protéger.

1. Altération de la fonction et des caractères des sûretés

62. Depuis les années 1980, la protection des créanciers ne semble plus être la priorité, ni du législateur, ni des juges, les objectifs poursuivis étant essentiellement tournés vers les garants personnes physiques et, le cas échéant, vers les entreprises garanties. Dès lors que se trouve ainsi occultée la fonction des sûretés personnelles, qui consiste à augmenter les chances de paiement du créancier, il n'est pas étonnant que leur efficacité soit menacée¹¹⁶.

63. Techniquement, les règles spéciales entravent la protection des créanciers en remettant en cause les caractères de la sûreté qui leur étaient traditionnellement favorables. Quatre altérations de ce type peuvent être citées, la première relative aux sûretés non accessoires, les trois autres au cautionnement. Le caractère indépendant ou indemnitare de la sûreté est méconnu par les règles communes aux sûretés pour autrui énoncées par le droit des entreprises en difficulté, précisément par celles rendant opposables par tous les garants les remises ou délais accordés au débiteur (dans la procédure de conciliation) ou par les seuls garants personnes physiques (dans la procédure de sauvegarde)¹¹⁷.

Concernant le cautionnement, c'est d'abord son caractère consensuel¹¹⁸ qui se trouve profondément entamé par les textes imposant, à peine de nullité, des mentions manuscrites¹¹⁹. La souplesse du cautionnement au stade de sa constitution s'en trouve diminuée. La sécurité que sont censés procurer, tant la sûreté, que le formalisme, est également compromise par le contentieux très abondant que suscitent ces mentions¹²⁰.

C'est ensuite le caractère unilatéral du cautionnement, donc sa simplicité pour les créanciers, qui reçoit de sérieux tempéraments par le biais des obligations diverses qu'ils supportent à tous les stades de la vie du contrat : remise de documents, vérification du patrimoine du garant, mise en garde avant la signature du contrat, informations pendant la période de couverture et lors de la défaillance du débiteur¹²¹.

C'est enfin le caractère supplétif du régime du cautionnement qui est fortement battu en brèche. Dans une large mesure, les créanciers n'ont plus la liberté de modeler le contenu du contrat au plus proche

¹¹⁵ L'incohérence entre ces textes ne peut être levée qu'en restreignant le champ d'application de l'article L. 341-5 du Code de la consommation au cautionnement notarié. La Cour de cassation a consacré cette interprétation (Com. 6 juill. 2010, *Bull. civ. IV*, n° 118).

¹¹⁶ Menacée et non supprimée, car le paiement des créanciers est encore conforté par le droit commun du cautionnement (grâce, notamment, à une interprétation large des exceptions personnelles au débiteur, que les cautions ne peuvent opposer pour être totalement ou partiellement libérées), ainsi que par le droit commun des contrats (mais alors seulement en présence d'une caution intégrée dans l'entreprise débitrice : v. *supra* n° 15 à 18).

¹¹⁷ V. *supra* n° 12.

¹¹⁸ L'écrit n'était traditionnellement requis qu'à titre de preuve (C. civ., art. 1341 et 1326). Il permettait en outre de respecter plus aisément l'exigence de l'article 2292 du Code civil, c'est-à-dire le caractère exprès du consentement de la caution.

¹¹⁹ V. *supra* n° 31 et 41.

¹²⁰ C'est davantage le contentieux lui-même que les solutions qui lui sont apportées qui fragilise le cautionnement. En effet, la Cour de cassation rejette l'annulation lorsque des différences avec la lettre des textes (C. consom., art. L. 313-7, L. 313-8, L. 341-2 et L. 341-3) "n'affectent, ni le sens, ni la portée de la mention manuscrite" (Civ. 1^{re}, 9 nov. 2004, *Bull. civ. I*, n° 254).

¹²¹ Le caractère unilatéral du cautionnement s'en trouve altéré, sans être toutefois remis en cause, car "les diverses obligations mises à la charge du créancier professionnel ne sont que des obligations légales (...) et non la contrepartie de l'obligation de la caution" (Com. 8 avr. 2015, n° 13-14447, à paraître au *Bulletin*).

de leurs besoins et intérêts, non seulement parce qu'une limitation du montant et de la durée de la garantie leur est souvent imposée, à peine de nullité du contrat¹²², mais aussi parce que des clauses qui pourraient favoriser leur paiement sont interdites. Il en va ainsi des stipulations de solidarité ou de renonciation au bénéfice de discussion, lorsque le montant de l'engagement n'est pas limité¹²³. La jurisprudence paralyse aussi la clause, au sein d'un cautionnement de dettes futures, qui mettrait à la charge des héritiers de la caution les dettes nées après son décès¹²⁴.

2. Inadéquation entre les finalités recherchées et les règles adoptées

64. Bien qu'elles contredisent la fonction même des sûretés et ceux de leurs caractères qui sécurisent les intérêts des créanciers, les protections des garants ne sont pas *ipso facto* illégitimes. Des intérêts supérieurs à ceux des créanciers méritent d'être défendus. A cet égard, les principaux objectifs qui sous-tendent les protections des garants, qu'ils soient d'ordre économique ou social (soutenir les entreprises et maintenir les emplois ; protéger les contractants en situation de faiblesse ; lutter contre l'exclusion des particuliers ; préserver les familles du risque de propagation de l'endettement), sont suffisamment sérieux et légitimes, voire impérieux, pour autoriser des atteintes aux droits des créanciers. Si les protections des garants sont donc justifiées, dans leur principe même, elles prêtent en revanche le flanc à la critique chaque fois que leurs modalités ne sont pas en adéquation avec leurs finalités. Il en va ainsi lorsque leur périmètre est mal défini¹²⁵ ou que les sanctions sont mal calibrées, car les protections des garants sont alors insuffisantes pour atteindre les objectifs poursuivis ou excessives par rapport à ce que requièrent ceux-ci.

65. Deux exemples d'inadéquation entre les finalités recherchées et les sanctions prévues par les règles spéciales peuvent être fournis.

Le premier concerne la nullité du cautionnement en cas de non-respect du formalisme informatif. Dès lors que la protection du consentement est au cœur des solennités instituées, il est logique que la nullité en question soit relative et que les cautions puissent y renoncer *a posteriori* par une confirmation non équivoque¹²⁶. Il est en revanche critiquable d'admettre la nullité de l'acte "*sans qu'il soit nécessaire d'établir l'existence d'un grief*"¹²⁷ ou, *a fortiori*, lorsque la preuve est rapportée de la parfaite connaissance par la caution de l'étendue de son engagement¹²⁸. La sanction excède alors le but poursuivi, elle donne une prime à la mauvaise foi du garant et encourage inutilement le contentieux.

L'interdiction faite au créancier professionnel de se prévaloir d'un cautionnement manifestement disproportionné *ab initio* aux biens et revenus de la caution, constitue un autre exemple de sanction excessive. En effet, comme cette déchéance "*ne s'apprécie pas à la mesure de la disproportion*"¹²⁹, l'engagement disproportionné est rendu totalement inefficace¹³⁰, alors que, pour satisfaire l'objectif de prévention du surendettement de la caution, une réduction eût été suffisante¹³¹.

66. Les diverses imperfections formelles et substantielles que présentent les règles spéciales du droit des sûretés personnelles affectent directement les droits des créanciers et, par ricochet, ceux des autres protagonistes de l'opération de garantie. Il est bien connu, en effet, que la perte de confiance des créanciers dans les sûretés produit deux types d'effets pervers. D'une part, à l'encontre des garants, car les créanciers cherchent à compenser le déficit d'efficacité de la sûreté en imposant des garanties

¹²² Le montant et la durée du cautionnement peuvent demeurer indéterminés dans trois hypothèses seulement : s'il est conclu par acte notarié ou contresigné par avocat ; s'il est souscrit sous seing privé par une caution personne morale ; s'il est conclu sous seing privé entre une caution personne physique et un créancier non professionnel.

¹²³ Loi du 11 février 1994, art. 47-II, al. 1er ; C. consom., art. L. 341-5.

¹²⁴ Com. 13 janv. 1987, *Bull. civ.* IV, n° 9.

¹²⁵ V. *infra* n° 78 à 84.

¹²⁶ Com. 5 févr. 2013, *Bull. civ.* IV, n° 20, au motif que le formalisme (en l'espèce, la mention manuscrite de l'article L. 341-2 du Code de la consommation) a "*pour finalité la protection des intérêts de la caution*".

¹²⁷ Civ. 3^e, 8 mars 2006, *Bull. civ.* III, n° 59 ; Civ. 3^e, 14 sept. 2010, inédit, n° 09-14001.

¹²⁸ Civ. 1^{re}, 16 mai 2012, inédit, n° 11-17411 ; Civ. 1^{re}, 9 juill. 2015, n° 14-24287, à paraître au *Bulletin*.

¹²⁹ Com. 22 juin 2010, *Bull. civ.* IV, n° 112, relatif à l'article L. 341-4 du Code de la consommation.

¹³⁰ La Cour de cassation a récemment décidé que la décharge intégrale de la caution ayant souscrit un engagement manifestement disproportionné joue *erga omnes*, c'est-à-dire "*à l'égard tant du créancier que des cofidésseurs*", de sorte que cette caution n'a pas à rembourser le cofidésseur ayant désintéressé le créancier (Ch. mixte 27 févr. 2015, n° 13-13709, à paraître au *Bulletin*).

¹³¹ Sur le fondement du droit commun de la responsabilité, la sanction de la disproportion est ainsi plus mesurée.

supplémentaires¹³² et/ou moins encadrées¹³³, préservant davantage leur propre sécurité. D'autre part, sur le crédit, et donc sur le système économique dans son ensemble, puisque la perte d'efficacité des sûretés peut se traduire par un ralentissement et une augmentation du coût des crédits aux particuliers et aux entreprises.

Il apparaît en définitive que l'inefficacité des sûretés personnelles, que génèrent les règles spéciales en la matière, est de nature à compromettre la protection des consommateurs (débiteurs principaux et garants), celle plus généralement des personnes physiques, ainsi que le soutien aux entreprises, autrement dit la réalisation des principaux objectifs qui sous-tendent ces règles spéciales.

Pour restaurer à la fois l'efficacité des sûretés personnelles et celle du droit des sûretés personnelles lui-même, une réforme en profondeur s'impose.

III. La reconstruction du droit des garanties personnelles

67. La reconstruction globale du droit des sûretés n'a pas été réalisée par l'ordonnance du 23 mars 2006. Si les sûretés réelles conventionnelles de droit commun ont été réformées en profondeur, les sûretés personnelles ne l'ont pas été. A leur égard, aucune refonte n'a été opérée : le cautionnement n'a nullement été modifié sur le fond, seule la numérotation des articles du Code civil le concernant a été modifiée ; la garantie autonome et la lettre d'intention ont certes été reconnues, mais seulement dans deux articles du Code civil, qui en donnent la définition, sans détailler leur régime juridique¹³⁴. Compte tenu des imperfections formelles et substantielles que présente le droit des sûretés personnelles¹³⁵, il est cependant regrettable qu'une réforme n'ait pas eu lieu depuis 2006.

68. La doctrine et les praticiens appellent de concert une reconstruction¹³⁶ et se rejoignent sur les finalités qui devraient l'inspirer.

Il est essentiel, d'abord, de renforcer l'accessibilité, l'intelligibilité et la prévisibilité du droit des sûretés personnelles pour rendre effectifs les droits de tous les protagonistes de l'opération de garantie, et pour favoriser le rayonnement du droit français dans l'ordre international.

Ensuite, il est indispensable de restaurer l'efficacité des sûretés personnelles¹³⁷ en augmentant les chances de paiement des créanciers, qui ont été compromises par les multiples causes de décharge partielle ou totale des garants consacrées par les lois récentes et la jurisprudence. Remettre la sécurité des créanciers au cœur du droit des sûretés personnelles favoriserait, par contrecoup, l'accès au logement des particuliers et surtout l'octroi de crédit à ceux-ci ainsi qu'aux entreprises, l'un et l'autre limités par la crise économique.

¹³² Comme la pluralité de cautionnements garantissant la même dette ou un cumul de sûretés personnelles et réelles.

¹³³ Cautionnements fournis par des organismes habilités à cette fin (cautionnements mutuels, bancaires) ; sûretés personnelles dont le régime est plus souple que celui du cautionnement (garantie autonome et lettre d'intention) ; garanties personnelles fondées sur des mécanismes du droit des obligations (telles la solidarité sans intéressement à la dette, la délégation imparfaite et la promesse de porte fort) ; assurances.

¹³⁴ Pourtant, dans le premier projet de loi d'habilitation en date du 14 avril 2005 (projet de loi n° 2249 pour la confiance et la modernisation de l'économie), étaient inscrites la "refonte" du cautionnement, la modification des dispositions du droit des obligations relatives à des mécanismes pouvant servir de garanties personnelles et encore l'introduction dans le Code civil de règles sur la garantie autonome et la lettre d'intention. Les parlementaires ont finalement écarté une réforme d'une telle ampleur, car ils ont considéré inopportun, d'un point de vue démocratique, de recourir à la technique de l'ordonnance à l'égard de contrats jouant un rôle important dans la vie quotidienne des particuliers et susceptibles de provoquer leur surendettement (avis n° 2333 déposé à l'Assemblée nationale le 12 mai 2005 au nom de la commission des lois).

¹³⁵ V. *supra* n° 53 à 66.

¹³⁶ Au niveau national, plusieurs propositions de réforme ont été développées depuis 2005. V. not. le rapport du groupe de travail relatif à la réforme du droit des sûretés en date du 31 mars 2005 (<http://www.justice.gouv.fr/publications-10047/rapports-thematiques-10049/reforme-du-droit-des-suretes-11940.html>) ; M. Bourassin, *L'efficacité des garanties personnelles*, LGDJ, Paris, 2006 ; J.-D. Pellier, *Essai d'une théorie des sûretés personnelles à la lumière de la notion d'obligation*, LGDJ, Paris, 2012 ; F. Buy, "Recodifier le droit du cautionnement (à propos du Rapport sur la réforme du droit des sûretés)", *RLDC* juillet-août 2005, n°18, p. 27 ; M. Grimaldi, "Orientations générales de la réforme", *Dr. et patr.* 2005, n° 140, p. 50 ; D. Legeais, "Une symphonie inachevée", *RDBF* mai-juin 2005, p. 67 ; Ph. Simler, "Codifier ou recodifier le droit des sûretés personnelles ?", *Livre du Bicentenaire*, Litec, Paris, 2004, p. 382 ; Ph. Simler, "Les sûretés personnelles", *Dr. et patr.* 2005, n° 140, p. 55.

Il existe également des réflexions doctrinales en ce sens au niveau européen, dans le cadre du Projet de cadre commun de référence (Sellier, Munich, 2009). Selon l'un de ses auteurs (U. Drobnig, "Traits fondamentaux d'un régime européen des sûretés personnelles", *Mélanges Ph. Simler*, Dalloz-Litec, Paris, 2006, p. 315), l'objectif a été de présenter une sorte de dénominateur commun, à l'image des *Restatements of the Law* élaborés aux États-Unis.

¹³⁷ Sur cette notion et son étude *de lege lata* et *de lege ferenda*, v. notre thèse : *L'efficacité des garanties personnelles*, LGDJ, Paris, 2006.

La troisième finalité de la réforme du droit des sûretés personnelles a trait à la sauvegarde des intérêts légitimes des garants. L'impératif de justice contractuelle commande en effet de les mettre à l'abri d'un endettement excessif, source d'exclusion économique et sociale. Le principe de bonne foi contractuelle exige quant à lui de sanctionner les déloyautés des créanciers préjudiciables aux garants. La protection des garants qui en résulte est un moyen de stimuler le soutien qu'ils apportent aux particuliers et aux entreprises, autrement dit un instrument au service d'intérêts socio-économiques généraux.

69. Pour satisfaire ces trois objectifs, la réforme du droit des sûretés personnelles devrait modifier le contenu de bon nombre de règles en vigueur et en créer de nouvelles¹³⁸. Dans le cadre limité de cet article, nous ne saurions détailler toutes les améliorations techniques qui mériteraient d'être apportées aux droits et obligations existants, ni les choix politiques qui devraient être opérés, particulièrement au sujet de l'articulation entre le droit des sûretés personnelles et ceux de l'insolvabilité - droit des entreprises en difficulté et droit du surendettement. Nous allons en revanche formuler des propositions intéressant le périmètre des règles gouvernant les sûretés personnelles. Pour renforcer la sécurité juridique en la matière et pour augmenter les chances de paiement des créanciers, tout en sauvegardant les intérêts légitimes des débiteurs et garants, le champ des règles en vigueur devrait être réformé de deux façons complémentaires. Il conviendrait, d'une part, d'étendre le champ des règles applicables à toutes les sûretés personnelles (A) et, d'autre part, de réviser le champ des règles spéciales du cautionnement (B). Autrement dit, un régime primaire, fondé sur les caractéristiques communes des sûretés personnelles, devrait être complété par des corps de règles spéciales, fondées sur leurs caractéristiques distinctives. Cette structure rationnelle et stratifiée, que l'ordonnance du 23 mars 2006 a consacrée en matière de sûretés réelles¹³⁹, nous semble conditionner le succès de la réforme du droit des sûretés personnelles.

A/ Extension du champ des règles communes aux sûretés personnelles

70. La reconstruction du droit des sûretés personnelles devrait reposer sur un régime primaire, c'est-à-dire sur des règles communes à l'ensemble de ces garanties. Cette proposition mérite d'être justifiée (1), puis illustrée (2).

1. Justifications de l'édiction d'un régime primaire

71. Le Titre I du Livre IV du Code civil consacré aux sûretés personnelles ne comporte actuellement aucune règle générale applicable à la fois au cautionnement, à la garantie autonome et à la lettre d'intention. Des règles communes à plusieurs sûretés personnelles, voire à l'ensemble des garanties pour autrui, existent cependant déjà. Certaines ont une origine jurisprudentielle. Elles procèdent de l'application par analogie à d'autres sûretés personnelles que le cautionnement de dispositions qui ne visent que celui-ci, comme l'article 1415 du Code civil¹⁴⁰. D'autres règles communes ont une origine légale. Le droit des sociétés¹⁴¹, le droit des entreprises en difficulté¹⁴², le droit des incapacités¹⁴³ ou encore le droit du bail d'habitation¹⁴⁴ encadrent effectivement les sûretés ou les garanties consenties

¹³⁸ Sur ces mesures, il n'existe pas encore de consensus. Entre les reconstructions d'ensemble déjà proposées en doctrine, les principales divergences concernent :

- les mécanismes à réformer : les seules sûretés personnelles ou, plus largement, les garanties personnelles ;
- la structure de la réforme : uniquement des règles propres à chaque sûreté ou, en outre, des règles communes ;
- les arbitrages à réaliser entre les intérêts des différents acteurs de l'opération de garantie, qui conduisent à définir différemment le champ des règles, spécialement au regard de la qualité des parties, à sanctionner plus ou moins rigoureusement le non-respect des obligations imposées aux créanciers et encore à réserver un sort différent aux sûretés dans le cadre des procédures d'insolvabilité.

¹³⁹ Le droit des sûretés réelles, tel qu'il résulte de cette ordonnance, est articulé entre des "*dispositions générales*" et des "*règles particulières*", notamment en matière de gage de meubles corporels, d'hypothèques et de privilèges immobiliers.

¹⁴⁰ Sur son extension, *a pari*, à la garantie autonome, v. Civ. 1^{re}, 20 juin 2006, *Bull. civ.* I, n° 313.

¹⁴¹ C. com., art. L. 225-35 et L. 225-68 imposant l'autorisation des "*cautions, avals et garanties*" par le conseil d'administration ou de surveillance de la société anonyme constituante. V. *supra* n° 4.

¹⁴² C. com., art. L. 611-10-2, L. 622-26, L. 622-28, L. 626-11, L. 631-14, L. 631-20 et L. 643-11. Depuis les ordonnances du 18 décembre 2008 et du 12 mars 2014, ces textes visent les coobligés et les personnes "*ayant consenti une sûreté personnelle ou ayant affecté ou cédé un bien en garantie*". V. *supra* n° 12 et 19.

¹⁴³ C. civ., art. 509 relatif aux actes interdits aux tuteurs des mineurs ou majeurs sous tutelle, qui vise "*la constitution d'une sûreté pour garantir la dette d'un tiers*".

¹⁴⁴ Loi du 6 juillet 1989, art. 22-1. V. *supra* n° 28.

pour autrui. Ce droit commun en filigrane n'est guère accessible ; il manque de cohérence, de prévisibilité et n'est pas suffisamment développé.

72. C'est au sein du Titre I du Livre IV du Code civil que devraient être énoncées des règles générales, applicables à l'ensemble des sûretés personnelles, qu'elles soient accessoires ou indépendantes, quelles que soient également les caractéristiques de la dette principale ou la situation spécifique des parties. En s'inspirant du droit des régimes matrimoniaux, il s'agirait d'instaurer un régime primaire des sûretés personnelles venant s'ajouter aux règles propres à chacune d'elles. Il permettrait de satisfaire les trois objectifs qui devraient guider la reconstruction de la matière.

D'abord, le renforcement de la sécurité juridique, dans toutes ses composantes. La cohérence et donc l'intelligibilité de la loi seraient améliorées si les règles du régime primaire étaient édictées dans le respect du principe de logique formelle selon lequel à une identité de nature doit correspondre une identité de régime. L'accessibilité matérielle serait favorisée par l'inscription du régime primaire dans le Code civil, en tête du Titre dédié aux sûretés personnelles. La prévisibilité et la stabilité du droit des sûretés personnelles seraient quant à elles renforcées, car le régime primaire orienterait l'interprétation des règles spéciales et la mise en œuvre des mécanismes innomés.

Ensuite, le régime primaire des sûretés personnelles respecterait l'objectif de protection des créanciers, d'une part, parce qu'il est parfaitement compatible avec la diversité actuelle des mécanismes de garantie personnelle et la liberté de choisir celle la mieux à même de procurer la sécurité recherchée¹⁴⁵, d'autre part, parce qu'un régime primaire pourrait diminuer le risque que les attentes des créanciers ne soient déjouées par une requalification de la garantie ou une application *a pari* des règles propres à une autre sûreté.

Enfin, l'instauration d'un régime primaire répondrait à l'objectif de sauvegarde des intérêts des garants. Elle pourrait en effet limiter le déficit de protection auquel conduisent les stratégies de contournement du cautionnement.

2. Illustration du régime primaire des sûretés personnelles

73. Le régime primaire devrait commencer par définir les sûretés personnelles, sur la base des caractéristiques qu'elles partagent toutes. Trois paraissent essentielles.

En premier lieu, le caractère accessoire commun à toutes les garanties, et non celui qui se trouve renforcé dans certaines sûretés, particulièrement le cautionnement. Ce caractère accessoire général se reconnaît à l'adjonction de la garantie à un rapport d'obligation principal et à l'extinction de celui-ci par la réalisation de la garantie.

La deuxième caractéristique des sûretés personnelles réside dans l'obligation de garantir, plus précisément dans les deux obligations distinctes, mais complémentaires, qui la composent, à savoir l'obligation de couverture naissant dès la conclusion de la sûreté et ayant pour objet d'"assurer l'aléa du non-paiement", et l'obligation de règlement, conditionnée par la défaillance du débiteur principal¹⁴⁶. Les sûretés personnelles se caractérisent, en troisième lieu, par un paiement pour le compte d'autrui, qui ne doit pas peser définitivement sur le garant.

74. Afin d'éclairer la définition de la sûreté personnelle fondée sur ces trois caractéristiques, une liste de mécanismes mériterait de figurer dans le régime primaire. Il serait opportun d'étendre celle de l'actuel article 2287-1 du Code civil, en présentant le cautionnement, la garantie autonome et la lettre d'intention comme des exemples ou en citant expressément d'autres garanties personnelles¹⁴⁷.

¹⁴⁵ Dans la reconstruction suggérée, aucune sûreté personnelle n'est rendue obligatoire ou n'est interdite de manière générale. Les créanciers resteraient libres de choisir la garantie qui leur semble la plus appropriée pour protéger leurs intérêts. Ils pourraient notamment toujours opter en faveur d'une sûreté indépendante, à condition de la faire souscrire par un garant professionnel ou intégré dans l'entreprise débitrice. Ils pourraient bénéficier d'un cautionnement non limité en montant et en durée, soit en s'adressant à des cautions qui s'engagent pour des raisons professionnelles, soit en le faisant souscrire par une caution agissant à des fins non professionnelles, mais en recourant alors à un notaire pour établir l'acte ou à un avocat pour le contresigner.

¹⁴⁶ Sur cette structure duale de l'obligation de garantir, en matière de cautionnement de dettes futures, v. Ch. Mouly, *Les causes d'extinction du cautionnement*, Litec, Paris, 1979.

¹⁴⁷ La distinction entre les sûretés personnelles et les garanties personnelles, reposant sur le caractère exclusif ou non de la fonction de garantie, est discutable dans l'optique d'une réforme, car elle contredit les principaux objectifs qui devraient animer celle-ci. D'une part, la sécurité juridique et la satisfaction des attentes des créanciers, puisque la qualification et le régime des garanties demeureraient incertains et sources de contentieux si seules les sûretés personnelles étaient visées, alors même qu'il importe peu aux créanciers d'être couverts par un mécanisme ayant une autre fonction que d'améliorer leurs chances de paiement. D'autre part, la sauvegarde des intérêts des garants, car les garanties personnelles peuvent se révéler

75. S'agissant des règles applicables à toutes les sûretés personnelles, ainsi définies et illustrées, elles devraient être dictées par ce qu'elles ont en commun et être indifférentes, à l'inverse, à ce qui est contingent dans chacune d'elles (à savoir, les caractéristiques de la dette principale, la nature accessoire ou indépendante de la garantie, la qualité des protagonistes et encore la cause de l'engagement du garant).

Sur le fondement du caractère accessoire général des garanties, deux règles pourraient être consacrées. D'une part, le principe de transmission des accessoires avec la créance principale, énoncé par l'article 1692 du Code civil, pourrait être précisé à l'égard des sûretés personnelles, au sein du régime primaire. D'autre part, pourrait être mise à la charge des créanciers une obligation de restituer l'enrichissement procuré par la mise en œuvre de la sûreté, c'est-à-dire les sommes excédant le montant des créances que la sûreté a pour fonction d'éteindre.

Sur le fondement de l'obligation de couverture naissant dès la conclusion du contrat, pourraient être imposés, *ad probationem*¹⁴⁸, l'établissement de celui-ci en deux exemplaires et la remise de l'un d'eux au garant¹⁴⁹.

En conséquence du paiement pour le compte d'autrui, des recours devraient être reconnus à tous les garants. Il s'agirait d'étendre ceux bénéficiant aujourd'hui aux cautions, c'est-à-dire un recours avant paiement et des recours en remboursement, personnel et subrogatoire.

76. D'autres dispositions du régime primaire devraient reposer sur le principe de bonne foi contractuelle. Sur ce fondement, deux règles du droit du cautionnement pourraient être étendues.

D'abord, le bénéfice dit de subrogation de l'actuel article 2314 du Code civil¹⁵⁰, puisque l'égoïsme du créancier qui fait perdre au garant des chances d'être remboursé par le débiteur constitue une déloyauté¹⁵¹, qui devrait être sanctionnée dans toutes les sûretés personnelles ouvrant au garant un recours subrogatoire.

Ensuite, comme le principe de bonne foi commande à tous les contractants de faire preuve de tempérance¹⁵², l'exigence de proportionnalité entre le montant du cautionnement et les facultés financières de la caution personne physique contractant avec un créancier professionnel, inscrite dans l'article L. 341-4 du Code de la consommation, pourrait être généralisée par rapport aux garanties et aux parties¹⁵³. Elle couvrirait alors l'ensemble des sûretés personnelles et s'appliquerait quelles que soient la qualité et les activités du créancier¹⁵⁴ et du garant.

77. Dans le régime primaire proposé, toutes les règles communes aux sûretés personnelles devraient être indifférentes aux spécificités relatives aux parties. En dehors du régime primaire, des règles particulières devraient toujours prendre en compte ces spécificités. Mais, à l'occasion de la réforme du droit des sûretés personnelles, le champ des règles spéciales devrait lui aussi être rationalisé.

B/ Révision du champ des règles spéciales du cautionnement

78. Une fois justifiée cette révision (1), seront illustrées les règles particulières qui, *de lege ferenda*, pourraient être réservées aux garants personnes physiques (2) ou aux cautions ne s'engageant pas à des fins professionnelles (3).

plus dangereuses que les sûretés personnelles (une comparaison entre la délégation imparfaite ou la promesse de porte fort et le cautionnement permet de s'en convaincre).

¹⁴⁸ Le contrat de sûreté personnelle établi en un seul exemplaire conservé par le créancier serait privé de force probante, sauf commencement d'exécution ou défaut de contestation de son existence par le garant. Ces tempéraments sont déjà admis par la jurisprudence statuant en application de l'article 1325 du Code civil.

¹⁴⁹ Cela éviterait que le garant n'oublie son engagement et ne s'abstienne dès lors de prendre des précautions pour l'honorer. Cela limiterait également le risque que les héritiers du garant n'ignorent l'obligation de leur auteur et ne soient déchargés sur le fondement de l'article 786 du Code civil.

¹⁵⁰ "La caution est déchargée, lorsque la subrogation aux droits, hypothèques et privilèges du créancier, ne peut plus, par le fait de ce créancier, s'opérer en faveur de la caution. Toute clause contraire est réputée non écrite".

¹⁵¹ Com. 14 janv. 2014, inédit, n° 12-21389.

¹⁵² V. la jurisprudence relative aux cautionnements disproportionnés ne relevant pas des articles L. 313-10 ou L. 341-4 du Code de la consommation, qui sanctionne la faute commise par les créanciers "dans des circonstances exclusives de toute bonne foi" et notamment l'arrêt fondateur : Com. 17 juin 1997, *Macron*, *Bull. civ. IV*, n° 188. V. *supra* n° 17.

¹⁵³ Une autre exigence de proportionnalité, celle imposée par l'article L. 650-1 du Code de commerce entre le montant de la garantie et le montant des concours consentis au débiteur principal, a déjà un champ d'application aussi général.

¹⁵⁴ Aujourd'hui, seuls les créanciers professionnels sont visés par les articles L. 313-10 et L. 341-4 du Code de la consommation et, lorsque ces textes ne sont pas applicables, la Cour de cassation considère que les créanciers non professionnels ne commettent pas de faute en faisant souscrire à une caution un engagement prétendument excessif (Com. 13 nov. 2007, *Bull. civ. IV*, n° 236).

1. Justifications de la révision du champ des règles spéciales

79. L'efficacité que les créanciers attendent du cautionnement et la protection des cautions que recherche le législateur sont compromises chaque fois que le champ des règles spéciales n'est pas en adéquation avec les finalités poursuivies. Cette incohérence est flagrante au sein des articles L. 341-1 à L. 341-6 du Code de la consommation, qui protègent de différentes manières le patrimoine et le consentement des cautions personnes physiques engagées envers un créancier professionnel.

En effet, lorsqu'il s'agit de protéger les personnes physiques et leur famille des risques patrimoniaux les plus graves liés à la garantie, deux critères d'application semblent surabondants, à savoir celui de la nature de la sûreté et celui de la qualité du créancier. Dit autrement, les protections inspirées par l'impératif de justice distributive ou celui, à valeur constitutionnelle, de protection de la dignité humaine ne devraient pas être réservées aux cautions et encore moins à celles qui s'engagent envers un créancier professionnel, car s'attacher ainsi à la nature de la garantie et aux activités du créancier prive injustement de protection certains garants.

Le périmètre des règles légales ayant pour objet de protéger la volonté des garants, que ce soit au stade de la formation du contrat¹⁵⁵ ou au cours de la vie de la sûreté¹⁵⁶, paraît lui aussi inadapté. Le double critère retenu - caution personne physique et créancier professionnel - conduit à traiter toutes les cautions personnes physiques comme des parties faibles et tous les créanciers dont les créances sont en rapport direct avec leur activité professionnelle comme des parties fortes, alors qu'il n'existe pas nécessairement une asymétrie d'informations. En effet, les connaissances ou l'ignorance du garant relativement à la nature et à la portée de son engagement, ainsi qu'à la situation financière du débiteur principal, ne dépendent pas essentiellement de sa qualité de personne physique, mais bien plutôt de la cause non professionnelle de son engagement. Ainsi, les règles à finalité informative ne devraient-elles protéger que les cautions personnes physiques ayant un lien affectif avec le débiteur principal et les personnes morales dont l'activité est étrangère à l'engagement de garantie. Les cautions qui s'engagent pour des raisons et à des fins professionnelles, telles les cautions personnes physiques dirigeants ou associés de l'entreprise débitrice¹⁵⁷, ne devraient pas, au contraire, en bénéficier, car elles disposent en principe de compétences, de connaissances et de pouvoirs juridiques vis-à-vis du débiteur, qui rendent superfétatoires les informations sur leur propre engagement et/ou sur la dette principale.

En ignorant la cause de l'engagement de la caution, les règles spéciales du cautionnement protègent donc excessivement certaines cautions et portent atteinte inutilement à l'efficacité du cautionnement.

2. Illustration des règles propres aux garants personnes physiques

80. Deux types de règles pourraient dépendre de la seule qualité de personne physique du garant.

Il s'agit, d'une part, de celles qui ont trait aux spécificités attachées à la personnalité physique. Nous songeons aux règles relatives à la capacité du garant¹⁵⁸, aux droits de la personnalité¹⁵⁹ et encore à la transmission de la sûreté en conséquence du décès du garant¹⁶⁰.

¹⁵⁵ Par la remise de documents, un délai d'acceptation et encore des mentions manuscrites.

¹⁵⁶ Par l'information annuelle sur l'encours de la dette principale et sur la durée de la garantie, ainsi que par l'information sur la défaillance du débiteur.

¹⁵⁷ Ces cautions intégrées dans les affaires de l'entreprise débitrice ne devraient pas être assimilées à des consommateurs. Telle est la position de la Cour de justice de l'Union européenne, qui a jugé qu'un avaliste, gérant et associé majoritaire de la société garantie, ne saurait être qualifié de consommateur au sens de l'article 15, § 1^{er}, du Règlement n° 44/2001 sur les contrats conclus par les consommateurs : "*seuls les contrats conclus en dehors et indépendamment de toute activité ou finalité d'ordre professionnel, dans l'unique but de satisfaire aux propres besoins de consommation privée d'un individu, relèvent du régime particulier prévu en matière de protection du consommateur, (...) une telle protection ne se justifie pas en cas de contrat ayant comme but une activité professionnelle*" (CJUE 14 mars 2013, aff. C-419/11, pt 34).

¹⁵⁸ Règles protectrices des mineurs et majeurs sous tutelle, à l'image de l'article 509, 1° du Code civil.

¹⁵⁹ Protections du droit au respect de la vie privée des garants personnes physiques, notamment par l'interdiction de la collecte et du traitement des données personnelles à d'autres fins que l'appréciation de leur situation financière et de leurs facultés de remboursement.

¹⁶⁰ *De lege ferenda*, le principe de transmission à cause de mort de l'obligation de garantir devrait être rappelé au sein du corps de règles propres aux garants personnes physiques. Le nouveau texte devrait préciser si les successeurs recueillent uniquement l'obligation de régler les dettes déjà nées au moment du décès du garant (v. *supra* n° 49) ou également l'obligation de couvrir les dettes postérieures.

Ce sont, d'autre part, les règles ayant pour finalité de protéger le garant lui-même et sa famille contre un endettement excessif, qui devraient profiter à tous les garants personnes physiques, quelles que soient la nature de la sûreté et de la dette principale, la cause de l'engagement de garantir et la qualité du créancier. Plusieurs règles bénéficiant actuellement aux seules cautions mériteraient ainsi d'être étendues à tous les garants personnes physiques. Tel est le cas de l'article 1415 du Code civil¹⁶¹, de la règle dite du "reste à vivre"¹⁶², de toutes les mesures de protection énoncées par le droit du surendettement¹⁶³ et de l'exigence de proportionnalité entre le montant de la garantie et le patrimoine du garant¹⁶⁴, si la proposition d'inscrire cette règle dans le régime primaire des sûretés personnelles n'était pas retenue¹⁶⁵. En outre, afin de prévenir le surendettement des particuliers, que peut engendrer un cumul de garanties ruineux, il est souhaitable qu'un fichier d'endettement de type positif voie enfin le jour¹⁶⁶ et qu'il tienne compte des sûretés personnelles souscrites par les personnes physiques¹⁶⁷. Toutes les règles propres aux garants personnes physiques, dont nous venons de donner des exemples, devraient être indifférentes à la cause de l'engagement de garantir. Le champ d'autres règles spéciales devrait à l'inverse être circonscrit sur le fondement de la cause de cet engagement.

3. Illustration des règles propres aux cautions ne s'engageant pas à des fins professionnelles

81. De lege lata, un seul texte, au sein du droit commun des contrats et non des règles spéciales du cautionnement, s'attache à la cause de l'engagement du garant. Il s'agit de l'article 1108-2 du Code civil¹⁶⁸, qui écarte la forme électronique à l'égard des mentions requises à peine de nullité, si l'acte sous seing privé relatif à la sûreté personnelle n'est pas passé pour les besoins de la profession du garant.

82. De lege ferenda, même si la notion de cause devait ne plus figurer dans le droit commun des contrats¹⁶⁹, les raisons et les buts des engagements devraient continuer d'être pris en compte, tant pour définir la qualité de certains contractants¹⁷⁰, que pour délimiter le champ d'application de certains mécanismes¹⁷¹. C'est la raison pour laquelle il nous semble que toutes les règles visant la protection du consentement lors de la conclusion de la sûreté, ainsi que toutes celles ayant pour objectif d'informer

¹⁶¹ V. *supra* n° 49. D'autres règles protectrices de la famille du garant couvrent déjà l'ensemble des sûretés personnelles. Il s'agit de la règle de subsidiarité de l'article L. 313-21 du Code monétaire et financier (v. *supra* n° 8), de la décharge de l'ex-conjoint d'un entrepreneur (C. civ., art. 1387-1 ; v. *supra* n° 10) et de la décharge des héritiers prévue par l'article 786 du Code civil (v. *supra* n° 49).

¹⁶² C. civ., art. 2301, al. 2. V. *supra* n° 50.

¹⁶³ V. *supra* n° 50 et 51.

¹⁶⁴ Il s'agirait de modifier le champ de la règle figurant dans l'article L. 341-4 du Code de la consommation et de condamner la jurisprudence qui, en dehors de ce texte, refuse de sanctionner les créanciers non professionnels ayant fait souscrire un engagement excessif (Com. 13 nov. 2007, *Bull. civ.* IV, n° 236).

¹⁶⁵ Sur cette proposition, v. *supra* n° 76.

¹⁶⁶ La création d'un registre national des crédits aux particuliers a été censurée par le Conseil constitutionnel, au motif que ce fichier portait une atteinte au droit au respect de la vie privée qui ne pouvait être regardée comme proportionnée au but poursuivi, en l'occurrence la lutte contre le surendettement (Cons. const., 13 mars 2014, n° 2014-690 DC).

¹⁶⁷ La publicité des sûretés personnelles souscrites par des personnes physiques présenterait des avantages, aussi bien pour les garants (elle limiterait le risque d'endettement excessif en évitant des cumuls de garanties ruineux), que pour les créanciers (la consultation du fichier d'endettement augmenterait leurs chances de paiement, car les garanties seraient certainement plus adaptées aux capacités patrimoniales du garant, ce qui faciliterait l'exécution de l'obligation de règlement et limiterait les risques d'extinction totale ou partielle de la sûreté pour cause de disproportion). De sérieux inconvénients lui sont cependant opposés : la rigidité et l'augmentation des coûts de constitution de la sûreté personnelle ; l'inefficacité procédant de la sanction du défaut de publicité ; le caractère illusoire des bénéfices attendus de la publicité des sûretés personnelles, insusceptible de refléter l'endettement réel des garants.

¹⁶⁸ Issu de la loi n° 2004-575 du 21 juin 2004 pour la confiance dans l'économie numérique.

¹⁶⁹ A l'heure où nous écrivons ces lignes, la suppression de la cause, en tant que condition de validité des contrats, n'est pas encore certaine, puisque la réforme du droit des obligations est attendue pour le mois de février 2016 (en vertu de la loi d'habilitation n° 2015-177 du 16 février 2015 relative à la modernisation et à la simplification du droit et des procédures dans les domaines de la justice et des affaires intérieures). La disparition de la cause est toutefois fort probable au vu du projet d'ordonnance en date du 25 février 2015.

¹⁷⁰ V. en ce sens l'article inscrit en tête du Code de la consommation : "Au sens du présent code, est considérée comme un consommateur toute personne physique qui agit à des fins qui n'entrent pas dans le cadre de son activité commerciale, industrielle, artisanale ou libérale".

¹⁷¹ En ce sens, v. C. civ., art. 2422, al. 1er, issu de la loi n° 2014-1545 du 20 décembre 2014 sur la simplification de la vie des entreprises : "L'hypothèque constituée à des fins professionnelles par une personne physique ou morale peut être ultérieurement affectée à la garantie de créances professionnelles autres que celles mentionnées dans l'acte constitutif pourvu que celui-ci le prévienne expressément".

la caution sur son engagement et sur la dette principale au cours de la vie de la sûreté, devraient être réservées aux cautions qui ne s'engagent pas à des fins professionnelles.

Ainsi, dans l'optique de supprimer le risque de méconnaissance des spécificités des sûretés personnelles indépendantes, en particulier l'inopposabilité des exceptions, la réforme pourrait-elle interdire leur souscription à des fins non professionnelles¹⁷².

En vue de limiter le risque d'ignorance de l'étendue du cautionnement et de l'ampleur des dettes couvertes, les règles en vigueur à finalité informative devraient voir leur champ limité aux cautionnements conclus à des fins non professionnelles. Nous envisageons ici le formalisme informatif lors de la conclusion du contrat, par le biais des mentions manuscrites portant sur le montant, la durée et, le cas échéant, le caractère solidaire du cautionnement¹⁷³. Nous songeons également à l'information annuelle sur l'encours de la dette principale et la durée du cautionnement¹⁷⁴ et à l'information sur la défaillance du débiteur principal¹⁷⁵.

Chacune de ces règles devrait être énoncée par un texte unique se substituant aux multiples dispositions qui se superposent aujourd'hui. La sécurité juridique s'en trouverait renforcée.

82. L'accessibilité du droit du cautionnement serait également améliorée si les nouvelles règles propres aux cautions ne s'engageant pas à des fins professionnelles étaient inscrites dans le Code civil. Bien que ces cautions s'apparentent à des consommateurs, les règles particulières les concernant ne devraient pas figurer dans le Code de la consommation, mais bien dans le Code civil, et ce, pour deux raisons essentielles.

D'une part, le champ des règles particulières que nous proposons de fonder sur la cause de l'engagement de garantie ne correspond pas exactement à celui du Code de la consommation. Celui-ci limite en effet la qualité de consommateur aux personnes physiques, alors que des personnes morales pourraient être qualifiées de cautions n'agissant pas à des fins professionnelles (telles des sociétés civiles de moyens, des associations ou encore des communes). De plus, le Code de la consommation s'intéresse le plus souvent au binôme consommateur/professionnel, alors que la qualité du créancier nous paraît indifférente lorsqu'il s'agit de protéger ces cautions.

D'autre part, le Code civil semble le creuset idéal des règles propres aux cautions s'engageant à des fins non professionnelles¹⁷⁶, non seulement parce que l'engagement de ces cautions constitue le prolongement du cautionnement "service d'ami", qui fait figure de principe depuis le Code Napoléon, mais surtout parce que le Code civil doit redevenir le siège des règles de droit commun pour que l'accessibilité matérielle et l'intelligibilité du droit du cautionnement soient restaurées. Dans le chapitre du Code civil consacré au cautionnement, il serait donc opportun de regrouper les règles particulières aux cautions ne s'engageant pas à des fins professionnelles dans une nouvelle section.

83. Celle-ci s'achèverait par un article déclarant les règles énoncées en son sein inapplicables, en principe, aux cautions s'engageant à des fins professionnelles. Mais, si les cautions personnes physiques dirigeants ou associés ou les cautions personnes morales appartenant au même groupe que le débiteur principal parvenaient à faire la preuve de circonstances exceptionnelles les ayant empêchées de connaître la situation financière du débiteur et/ou les spécificités de leur engagement¹⁷⁷, elles pourraient rechercher la responsabilité du créancier ne les ayant pas informées, sur le fondement de la bonne foi contractuelle.

84. Ces dernières propositions, comme toutes celles présentées plus haut intéressant les règles spéciales du cautionnement ou le régime primaire des sûretés personnelles, montrent que le renforcement de la sécurité juridique, la restauration de l'efficacité de ces sûretés, dans le respect des

¹⁷² Cette prohibition remplacerait celles concernant aujourd'hui la garantie autonome en matière de crédit à la consommation ou immobilier et de bail d'habitation (C. consom., art. L. 313-10-1 ; Loi du 6 juillet 1989, art. 22-1-1). V. *supra* n° 28.

¹⁷³ C. consom., art. L. 313-7, L. 313-8, L. 341-2 et L. 341-3. V. *supra* n° 31 et 41.

¹⁷⁴ C. mon. fin., art. L. 313-22 ; Loi du 11 février 1994, art. 47-II, al. 2 ; C. civ., art. 2293 ; C. consom., art. L. 341-6. V. *supra* n° 9, 46 et 50.

¹⁷⁵ C. consom., art. L. 313-9 ; Loi du 11 février 1994, art. 47-II, al. 3 ; C. consom., art. L. 341-1. V. *supra* n° 9, 32 et 41.

¹⁷⁶ En revanche, les règles spéciales principalement fondées sur la nature de la dette principale devraient rester en dehors du Code civil. Par exemple, la remise aux cautions personnes physiques des offres de crédit à la consommation ou immobilier, ainsi que le délai de réflexion précédant la conclusion de ce dernier, devraient demeurer dans le Code de la consommation.

¹⁷⁷ La jurisprudence rendue en matière de preuve, de réticence dolosive ou d'octroi abusif de crédit fournit des exemples de circonstances particulières dans lesquelles les dirigeants cautions sont exceptionnellement autorisés à se prévaloir de ces moyens de défense : nouveau dirigeant encore inexpérimenté, caution âgée et malade dont les fonctions directoriales sont purement théoriques, dirigeant de complaisance (v. not. Com. 6 déc. 1994, *Bull. civ.* IV, n° 364).

intérêts légitimes des garants, nécessitent une réforme en profondeur du droit français des sûretés personnelles.