



LE GARANT, LE CRÉANCIER ET LA PROCÉDURE COLLECTIVE DU DÉBITEUR PRINCIPAL

Maître Antoine Diesbecq clarifie le devenir des garanties, prises par le créancier avant les difficultés de l'entreprise, dans le cadre de l'ouverture d'une procédure collective.

Le cautionnement est une sûreté personnelle. Il est le contrat par lequel une personne s'engage envers le créancier qui accepte, à exécuter l'obligation du débiteur principal dans le cas où celui-ci manquerait à son engagement. En vertu de l'article 1413 du code civil la caution engage son patrimoine personnel, mais aussi les biens communs de la communauté, à charge pour le conjoint de démontrer la part que représente ses gains et salaires dans les biens communs ou qu'il y a eu fraude.

Le cautionnement réel, c'est-à-dire attaché à la chose, est défini comme l'engagement par le garant d'affecter un bien déterminé au désintéressement du créancier qui accepte, dans le cas où le débiteur principal serait défaillant.

La loi du 26 juillet 2005 a créé la procédure de sauvegarde, la procédure de conciliation et refondu le droit du traitement des difficultés des entreprises. Elle régit les situations de défaillance d'un débiteur à l'égard de ses créanciers. Elle organise les mécanismes répondant aux difficultés des entreprises en deux branches :

- Les mesures de prévention telles le mandat ad hoc et la procédure de conciliation et le règlement amiable agricole qui encadrent les discussions entre une entreprise qui rencontre des difficultés économiques et/ou financières, et ses principaux partenaires pour parvenir à un accord sécurisé.
- Les procédures collectives qui sont des procédures judiciaires qui traitent des conséquences de difficultés économiques que peuvent rencontrer des entreprises ou sociétés lorsque les mesures préventives n'ont pas réussi à redresser la situation : il s'agit de la sauvegarde, du redressement judiciaire et de la liquidation judiciaire.

Antoine Diesbecq

Avocat associé au cabinet RACINE, membre du Conseil de l'ordre des avocats au barreau de Paris. C'est un spécialiste du droit commercial

Il préside la commission ouverte du barreau de Paris « Entreprises en difficulté » et est vice-président de la commission « Entreprises en difficulté » de l'association Avocats Conseils d'Entreprises

Le jugement qui prononce une décision d'ouverture de sauvegarde ou de redressement judiciaire ouvre une période d'observation qui peut être d'une durée de 6 mois renouvelable une fois, prorogeable pour une durée de six mois maximum au cours de laquelle l'administrateur judiciaire établit un bilan économique, social et environnemental de l'entreprise puis propose un plan de sauvegarde ou de redressement lorsque cela est envisageable.

Pendant cette période, l'entreprise poursuit tout ou partie de ses activités. Si elle cesse toute activité ou si sa sauvegarde et son redressement sont manifestement impossibles, la liquidation judiciaire peut être immédiatement prononcée.

Les procédures de prévention sont en principe mises en œuvre avant la défaillance de l'entreprise et les mesures et accords pris sous l'égide du mandataire de justice doivent conduire à éviter un état de défaut qui provoquerait la mise en jeu des cautions et garanties.



Au-delà de la période d'observation : ces procédures sont ensuite reprises à l'initiative du créancier, lequel devra faire état du jugement arrêtant le plan ou prononçant la liquidation judiciaire (R.622-26 al 2/R.631-27 et R.641-26 al 2 du C.Com).

Ce texte ouvre à ses bénéficiaires une fin de non recevoir qui peut donc être soulevée en tout état de cause. Elle ne peut être soulevée d'office par le juge ni pour la première fois devant la Cour de cassation¹.

Seules sont expressément visées les actions en cours à la date d'ouverture de la procédure dont l'article L.622-28 dispose qu'elles sont suspendues.

Qu'en est-il des actions non encore engagées pour lesquelles aucune restriction n'est posée ?

Le créancier qui n'avait pas agi contre la caution avant l'ouverture de la procédure collective de son débiteur principal, soit parce qu'il a été moins diligent soit parce que la créance n'était pas échue, sera-t-il mieux traité ?

La Cour de cassation s'était prononcée sur cette question sous l'empire de l'article L.621-48 ancien dont les termes sont repris à quelques nuances près par les dispositions précitées de l'article L. 622-28 du Code de Commerce.

Elle a jugé qu'est recevable l'action engagée contre la caution, immédiatement après le jugement d'ouverture, mais celle-ci se trouve alors immédiatement suspendue².

Le cours des procédures civiles d'exécution est également suspendu, comme le précise expressément l'article R. 622-26 du Code de Commerce.

1.2 - Arrêt du cours des intérêts

Les dispositions de l'article L.621-28 du code de commerce prévoit pour la seule procédure de sauvegarde que : « *Le jugement d'ouverture arrête le cours des intérêts légaux et conventionnels, ainsi que de tous intérêts de retard et majorations, à moins qu'il ne s'agisse des intérêts résultant de contrats de prêt conclus pour une durée égale ou supérieure à un an ou de contrats assortis d'un paiement différé d'un an ou plus. Les personnes physiques coobligées ou ayant consenti une sûreté personnelle ou ayant affecté ou cédé un bien en garantie peuvent se prévaloir des dispositions du présent alinéa* ».

Les dispositions de l'article L.622-28 du code de commerce ne sont applicables qu'à la sauvegarde, à l'exception du redressement judiciaire, l'article L.631-14 dernier alinéa du code de commerce les écartant expressément.

Cette faveur réservée au garant personne physique d'un débiteur en sauvegarde, constitue une forte incitation pour les dirigeants qui se sont portés garants des dettes sociales, à anticiper sur les difficultés de l'entreprise pour être en mesure de solliciter l'ouverture d'une procédure de sauvegarde, et par conséquent, sans attendre la cessation des paiements.

Trois séries de limites méritent d'être mentionnées à ces dispositions qui ont pour effet de geler la dette à son montant en principal et intérêts liquidés à la date d'ouverture de la procédure de sauvegarde et privent donc définitivement le créancier de tout espoir de paiement d'un montant supérieur, et fait peser sur lui la charge définitive de l'immobilisation de son capital.

- En premier lieu, les limites tenant à la personne du garant, les personnes morales ne pouvant se prévaloir des dispositions de l'article L. 622-28.
- En deuxième lieu, les limites ayant trait à la nature de la procédure ouverte à l'égard du

1 - Cass.com 16 Nov. 2007- 03-14.409

2 - Cass. Com. 24 Mai 2005- 03-21.043

débiteur principal. L'arrêt du cours des intérêts ne bénéficie pas au garant d'un débiteur en redressement judiciaire ou en liquidation judiciaire.

- En troisième lieu enfin, n'est pas arrêté le cours des intérêts résultant d'un contrat de prêt conclu pour une durée égale ou supérieure à un an, ou d'un contrat assorti d'un paiement différé d'un an ou plus.

2 - LA PROCÉDURE COLLECTIVE EST SANS EFFET SUR L'ACTION DU CRÉANCIER CONTRE LE GARANT.

2.1 - Pour les personnes morales

Les personnes morales garantes d'un débiteur objet d'une procédure collective sont exclues du dispositif de protection, par ailleurs à géométrie variable, et exclusivement réservé aux garants personnes physiques.

Le créancier pourra donc librement poursuivre l'exécution à leur encontre de cet engagement sans se voir opposer aucun moyen tiré de la situation du débiteur principal, dont la défaillance justifiera au contraire la mise en œuvre de l'engagement de garantie.

2.2 - La liquidation judiciaire

L'objet de la liquidation judiciaire du débiteur principal tend à la réalisation des actifs et à la distribution de produit de celle-ci, il n'est donc prévu aucune disposition dérogoratoire au bénéfice des garants qui pourront ainsi être poursuivis par les créanciers.

2.3 - Les mesures conservatoires

Enfin, les mesures de suspension des actions contre les garants, ou d'arrêt du cours des intérêts ne privent pas complètement les créanciers de toute initiative.

Outre qu'ils peuvent engager une action dont l'on a vu qu'elle sera suspendue, les créanciers peuvent prendre des mesures conservatoires, afin d'éviter que les garants organisent leur insolvabilité.

L'article L 622-28 alinéa 3 offre la possibilité aux créanciers de prendre ces mesures conservatoires. Elles sont prises en application des articles R.511-1 et suivants du code des procédures civiles d'exécution. Pour cela, en application du droit commun, celui-ci doit demander une autorisation du juge de l'Exécution ou du président du tribunal de commerce.

En application de l'article R.511-6 dudit code, le créancier ayant pris une telle mesure devra accomplir, dans le mois qui suit l'exécution de la mesure conservatoire, les formalités nécessaires à l'obtention d'un titre exécutoire.

La Cour de cassation a considéré que si le créancier est autorisé à introduire une action visant à l'obtention d'un titre exécutoire, après le jugement d'ouverture, l'instance engagée est immédiatement suspendue et cette suspension est prolongée jusqu'au jugement arrêtant le plan ou prononçant la liquidation judiciaire³.

2.4 - La théorie des coobligés

Les dispositions des articles L. 622-31 à L. 622-33 du code de commerce, applicables à l'ensemble des procédures, protègent le créancier « porteur d'engagements souscrits, endossés ou garantis solidairement par deux ou plusieurs coobligés soumis à une procédure ».

Aux termes de l'article L. 622-31, le créancier peut déclarer sa créance pour la valeur nominale de son titre dans chaque procédure.

Pendant la période d'observation, le créancier peut faire valoir ses droits à l'encontre du garant personne morale. Dans le cadre de la liquidation judiciaire, c'est à l'égard de tout garant.

3 - Cass. Com. 24 Mai 2005- 03-21.043

L'ouverture d'une procédure collective n'empêche pas le créancier de prendre des mesures conservatoires. Elle n'affecte pas non plus le terme des obligations.



En application de l'article L. 622-32, aucun recours n'est possible entre cofidésseurs tant que le créancier n'a pas recouvré le montant total de sa créance (principal et accessoires).

En cas d'excédent, celui-ci est dévolu à ceux des coobligés qui auraient les autres pour garants.

Enfin, en application de l'article L. 622-33, le créancier qui a reçu un acompte sur sa créance avant le jugement d'ouverture ne peut la déclarer que sous déduction de cet acompte, et il conserve ses droits à due concurrence du montant restant dû. Il appartient au coobligé ou à la caution qui a fait le paiement partiel de déclarer sa créance pour tout ce qu'il a payé à la décharge du débiteur.

2.5 - L'absence de déchéance du terme

Le jugement d'ouverture de la procédure de sauvegarde ou de redressement judiciaire n'affecte pas le terme des obligations. Il suspend l'exigibilité éventuelle des créances, mais il ne rend pas exigible les créances non échues à la date de son prononcé.

En conséquence, la déchéance du terme ne peut être prononcée à l'égard de la caution dès lors qu'elle n'est pas encourue par le débiteur principal⁴.

En application de l'article L. 643-1 du code de commerce, le jugement de liquidation judiciaire entraîne bien l'exigibilité anticipée des créances non échues, mais à l'égard du débiteur principal seulement. Toutefois, dans l'hypothèse où le tribunal ordonne le maintien provisoire de l'activité, l'exigibilité des dettes non échues est reportée à la date du jugement statuant sur la cession ou à défaut, à la date de fin de l'activité.

Cette exigibilité anticipée ne peut préjudicier à la caution car elle est personnelle au débiteur principal⁵.

Ces dispositions relèvent de l'ordre public économique, et l'article L.622.29 du code de commerce dispose que les parties ne peuvent y déroger : « *Le jugement d'ouverture ne rend pas exigibles les créances non échues à la date de son prononcé. Toute clause contraire est réputée non écrite* ».

Alors qu'une banque avait conclu un contrat de prêt prévoyant la déchéance du terme en cas d'ouverture d'une procédure collective, et bénéficiait d'un engagement de caution souscrit aux mêmes conditions, la Cour de cassation a jugé : « *la déchéance du terme, qui n'est pas encourue par le débiteur principal en redressement judiciaire, ne pouvait, eu égard au caractère accessoire du cautionnement, être invoquée contre la caution, et que, dès lors, la clause litigieuse contraire devait être réputée non écrite* »⁶.

Il en résulte que la caution ne pourra être poursuivie, en cas de liquidation judiciaire engendrant la déchéance du terme à l'égard du débiteur principal, qu'à la date d'exigibilité prévue par le contrat.

Assez logiquement la solution s'étend à l'ensemble des coobligés solidaires du débiteur principal, ainsi qu'en a jugé la Cour de cassation : « *La déchéance du terme résultant de la liquidation judiciaire du débiteur principal n'a d'effet qu'à l'égard de celui-ci et reste sans incidence sur la situation de ses coobligés solidaires poursuivis en paiement* »⁷.

La solution est différente en matière de sûreté réelle, la Cour de cassation ayant jugé : « *Le cautionnement réel fourni par celui qui consent la constitution d'une hypothèque conventionnelle pour garantir le remboursement de la dette d'un tiers, est une sûreté réelle ;*

4 - Cass. com 8 mars 1994. *Bull. Civ. IV n°96*

5 - Cass.com 19 novembre 1989. *Bull. Civ. IV n°285*

6 - Cass.com 24 janvier 1995. 92-21.436

7 - Com. 15 juin 2011: D. 2011. Actu. 1752, obs. Lienhard

qu'il s'en suit que le créancier est fondé, en cas de déchéance du terme encouru par le débiteur principal, à se prévaloir de l'exigibilité de sa créance »⁸.

La Chambre Mixte a confirmé l'analyse en précisant : « Une sûreté réelle consentie pour garantir la dette d'un tiers n'impliquant aucun engagement personnel à satisfaire à l'obligation d'autrui n'est pas dès lors un cautionnement, lequel ne se présume pas »⁹.

Aussi faut-il faire une distinction, s'agissant de la question particulière de la déchéance du terme, entre le régime des cautions personnelles et le régime des cautions réelles qui est à cet égard moins favorable au garant.

Cette différence a été abolie pour ce qui concerne le bénéfice de la suspension des poursuites individuelles et de l'arrêt du cours des intérêts qui a été étendu aux personnes physiques coobligées ou ayant consenti une sûreté personnelle ou ayant affecté ou cédé un bien en garantie par l'ordonnance 2008 n° 1345 du 18 décembre 2008.

Enfin, la situation du solde débiteur du compte courant mérite d'être évoquée.

Le jugement d'ouverture de la procédure de sauvegarde ou de redressement judiciaire n'emporte pas clôture du compte bien que pour procéder à la déclaration de sa créance, le créancier est tenu d'établir un solde provisoire.

Cet arrêté du solde provisoire n'a pas les effets d'une clôture du compte courant lui-même, et par conséquent, faute de créance exigible puisque la convention se poursuit, le créancier ne peut poursuivre la caution en paiement.¹⁰

Au contraire, le prononcé de la liquidation judiciaire entraîne la clôture dudit compte courant, et l'exigibilité de son solde débiteur, le garant est alors exposé aux poursuites du créancier.

II - Hors la période d'observation

Dans l'esprit de favoriser l'adoption de solutions le plus en amont des difficultés des entreprises, le législateur a permis aux cautions de se prévaloir des moratoires accordés au débiteur principal, soit par convention, soit par décision de justice.

Lorsqu'un débiteur a bénéficié d'une procédure de conciliation, et que celle-ci s'achève par la conclusion d'un accord, les dispositions de l'article L. 611-10-2 du code de commerce, prévoient que : « Les personnes coobligées ou ayant consenti une sûreté personnelle ou ayant affecté ou cédé un bien en garantie peuvent se prévaloir des dispositions de l'accord constaté ou homologué ».

Ainsi, ce n'est pas la caution qui supportera la charge des délais accordés au débiteur par les créanciers, mais les créanciers eux-mêmes.

1 - LES PLANS

1.1 - Les plans de sauvegarde et de redressement

Ces plans qui définissent les conditions du redressement de l'entreprise, organisent également le plus souvent un étalement du passif. Les dispositions du plan sont rendues opposables à tous par le seul effet du jugement qui l'arrête (article L. 622-11 du Code de Commerce).

8 - Civ. 1, 4 mai 1999, Bulletin n°144 p. 96

9 - 2 Dec. 2005, Cass Ch. Mixte. D 2005. 729 Conclu Sainte Rosé et note Aynes

10 - Cass Com 3 janv. 1995 90-19.832

Le plan de redressement profite au garant personne physique. Dans le cas d'un plan de cession, tout dépend du sort des contrats objets de l'engagement.



Les dispositions de cet article prévoient que : « *A l'exception des personnes morales, les coobligés et les personnes ayant consenti une sûreté personnelle ou ayant affecté ou cédé un bien en garantie peuvent s'en prévaloir* ».

Ces dispositions dérogatoires prolongent les effets de la suspension des poursuites à l'égard des garants personnes physiques d'un débiteur objet d'un plan de sauvegarde, à l'exclusion des garants personnes morales, en leur faisant en outre bénéficier des remises éventuellement prévues dans le plan.

En revanche, en application de l'article L.631-20 du code de commerce, qu'ils soient personnes physiques ou morales, les garants ne peuvent se prévaloir des dispositions du plan de continuation arrêté au terme d'une procédure de redressement judiciaire.

1.2 - Le plan de cession

Solution liquidative, le plan de cession devrait être sans effet à l'égard de l'engagement du garant. Toutefois, un tel engagement peut être affecté par les dispositions du plan de cession.

En premier lieu, les dispositions de l'article L. 642-7 du Code de Commerce donnent le pouvoir au tribunal d'ordonner la cession des contrats nécessaires à la poursuite de l'activité. Or, le contrat ainsi transféré au cessionnaire peut être assorti d'une garantie. La cession du contrat emporte transfert des droits et obligations à naître, à compter de la date d'effet du jugement qui l'ordonne. La garantie cesse à cette même date, un nouveau débiteur (le cessionnaire) s'étant substitué au cocontractant initial pour le compte de qui la garantie avait été délivrée.

Subsiste en revanche l'obligation de règlement des dettes nées antérieurement au dit transfert.

Ainsi, lorsqu'un contrat de crédit-bail, dont l'exécution est garantie par une caution, est cédé par application de l'art. 86 [C. com., art. L.642-7], si le garant reste tenu des loyers échus antérieurement à la cession, nés du chef du débiteur cédé, il ne garantit pas les loyers postérieurs dus par le cessionnaire, dont il n'a pas garanti les obligations, à moins que, par un nouvel engagement, il ait donné sa garantie au cessionnaire pour le paiement de ces loyers.¹¹

En second lieu, et en revanche, lorsque le plan de cession inclut un bien financé par un concours bénéficiant d'une garantie et ayant fait l'objet d'une sûreté inscrite sur ce bien, l'article L. 642-12 prévoit le transfert de la charge de cette sûreté au cessionnaire.

En outre, le changement de propriétaire n'emporte pas pour le garant les mêmes effets que le changement de cocontractant.

Il a ainsi été jugé que la cession du bien et la transmission de la charge des sûretés ne libèrent pas la caution qui reste tenue du solde du concours¹². Si le garant paye le créancier il sera subrogé dans le bénéfice des sûretés dont la charge aura été transférée au cessionnaire.

Les dispositions de ce texte sont supplétives et n'excluent pas qu'un accord entre le cessionnaire et le créancier titulaire des sûretés donne mainlevée de l'engagement de caution¹³.

Enfin un tel transfert n'entraîne pas novation de l'obligation de couverture, le garant poursuivi par le créancier ne peut donc exercer son recours avant paiement que contre le débiteur à l'exclusion du cessionnaire¹⁴.

11 - Cass. Com. 21 nov. 1995. *Bull. CIV IV*, N°267 p.246

12 - Cass. Com. 13 Mai 2003- 99-21.551

13 - Aix en Provence 12 Avr 2007 D 2007. AJ 1276

14 - Cass. com 27 Février 2007 n° 03-12,363

L'on rappellera comme une évidence que la caution n'est pas déchargée par le plan de cession, le cessionnaire : « *en aucune façon, ne se substitue au débiteur dans ses obligations à l'égard de ses créanciers* »¹⁵.

Il est également constant que le cautionnement est conclu entre le créancier et le garant de sorte qu'il ne peut être cédé parmi les contrats de la société débitrice, par application de l'art. 86.¹⁶

2 - LE CRÉANCIER FORCLOS

Le créancier forclos peut poursuivre le garant après la clôture de la procédure.

Jusqu'à la réforme du 26 juillet 2005, le défaut de déclaration d'une créance dans les délais prévus, entraînait l'extinction de celle-ci. Désormais, ce défaut de déclaration engendre une inopposabilité de la créance à l'égard du débiteur.

Il s'agit donc d'une exception propre au débiteur dont la caution ne peut se prévaloir.

Toutefois, l'article L. 622-26 du Code de Commerce dispose que : « *Les créances non déclarées régulièrement dans ces délais sont inopposables au débiteur pendant l'exécution du plan et après cette exécution lorsque les engagements énoncés dans le plan ou décidés par le tribunal ont été tenus. Pendant l'exécution du plan, elles sont également inopposables aux personnes physiques coobligées ou ayant consenti une sûreté personnelle ou ayant affecté ou cédé un bien en garantie* ».

Pour le redressement judiciaire, l'article L. 631-14 prévoit au contraire que ces mêmes personnes : « *ne bénéficient pas de l'inopposabilité prévue au deuxième alinéa de l'article L. 622-26* ».

Après la clôture de la liquidation judiciaire pour insuffisance d'actif, en application de l'article L.643-11 du code de commerce, les créanciers ne recouvrent pas l'exercice individuel de leurs actions contre le débiteur, sauf exceptions prévues par le texte. Parmi celles-ci, il est prévu que : « *II- Toutefois, la caution ou le coobligé qui a payé au lieu et place du débiteur peut poursuivre celui-ci* »

Cette disposition permet au garant solvens de poursuivre le débiteur principal.

En cas de clôture de la liquidation judiciaire pour extinction du passif, les créanciers forclos peuvent également poursuivre le garant. Le jugement de clôture pose une présomption simple de désintéressement du créancier poursuivant¹⁷. Le garant devra faire en sorte que le tribunal autorise « *la reprise des actions individuelles de tout créancier à l'encontre du débiteur* », sauf à payer sans recours.

3 - LES MOYENS DE DÉFENSE DU GARANT

3.1 - Les délais de grâce

L'on a déjà visé les hypothèses où le garant pourra se prévaloir des dispositions du plan, qu'il s'agisse des remises ou encore des délais, mais si la procédure de sauvegarde est convertie en liquidation judiciaire au cours de la période d'observation, l'article L.622-28 du code de commerce dans son deuxième alinéa autorise le tribunal à accorder au garant : « *Un délai ou un différé de paiement dans la limite de deux ans* ».

¹⁵ - *Com.* 3 mai 1994: *Revu. Dr. bancaire* 1995, 42, obs. Campana et Calendini

¹⁶ - Article L.642-7 C. com, *Com.* 10 juill. 2001: *Cass civ. IV*, n° 135; *D. 2001. AJ 2595*, obs. Lienhard

¹⁷ - *Cass Com* 16 Nov. 2010- 09-69.4956

Le garant peut se voir accorder des délais de paiement et n'est tenu qu'à la dette du débiteur principal telle qu'elle ressort de la vérification du passif.



Il s'agit d'une disposition exceptionnelle, dont l'application relève de la compétence du tribunal de la procédure, et qui bénéficie au garant personne physique d'un débiteur qui a fait l'objet d'une procédure de sauvegarde, à charge pour lui de le saisir de sa demande.

Ces dispositions se cumulent avec celles de l'article 1208 du code civil suivant lesquelles le garant bénéficie des remises et délais accordés volontairement par le créancier lui-même.

L'on peut douter en revanche d'un tel cumul avec les délais de grâce de droit commun de l'article 1244-1 du code civil dont la durée est la même mais dont l'octroi relève de la compétence du juge saisi de l'action exercée contre le garant.

3.2 - La vérification du passif du débiteur

Le garant est tenu de la dette du débiteur principal, à charge pour le créancier de déclarer sa créance afin qu'elle soit vérifiée, puis admise par le juge commissaire qui tranche les contestations relevant de sa compétence, sauf à ce qu'elle soit fixée par une autre juridiction par une décision qui sera portée sur l'état des créances qu'elle viendra compléter.

Le garant pourra opposer au créancier le rejet total ou partiel de la créance, il pourra prétendre en être déchargé à due concurrence du montant rejeté.

Réciproquement, l'admission irrévocable de la créance sera opposable au garant qui se verra interdire par la suite de faire valoir des exceptions inhérentes à la dette.

Cependant, le garant ne participe pas à la procédure de vérification du passif, il n'y est pas partie bien qu'il y soit représenté comme créancier par le mandataire judiciaire, et en cas de solidarité, par le débiteur lui-même.

De quel recours dispose-t-il dès lors pour contester la créance puisque la voie de l'appel lui est fermée à défaut d'être partie à la décision qui arrête le principe et le quantum de la créance, et d'être l'une des personnes mentionnées à l'article L.624-3 du code de commerce et à ce titre habilitée à exercer un recours contre les décisions du juge commissaire ?

Il faut envisager deux hypothèses, et en premier lieu celle où l'admission de la créance garantie résulte d'une décision du juge commissaire portée sur l'état des créances. La réponse se trouve alors dans l'article L.624-3-1 du code de commerce qui prévoit que : « toute personne intéressée... peut former une réclamation devant le juge commissaire dans des conditions fixées par décret en Conseil d'État ».

Les articles R.624-8 et suivants du code de commerce prévoient que la « réclamation » est présentée devant le juge commissaire dans le délai d'un mois à compter de la publication au BODACC d'un avis du dépôt au greffe de l'état des créances. Cette procédure spécifique est exclusive de la tierce opposition : « le garant est irrecevable dans sa tierce opposition car elle bénéficie du recours ouvert à tout tiers intéressé par l'article R. 624-8, alinéa 4 du code de commerce. »¹⁸

La décision du juge commissaire statuant sur la « réclamation » est susceptible d'un recours devant la cour d'appel dans les dix jours de sa notification.

En second lieu, si la décision a été rendue par une autre juridiction, qu'une instance en cours à la date d'ouverture de la procédure ait été poursuivie ou que le juge commissaire se soit déclaré incompétent, c'est la voie de tierce opposition que le garant devra emprunter, l'article R. 624-5 du code de commerce disposant en son alinéa 2 : « Les tiers intéressés ne peuvent former tierce opposition contre la décision rendue par la juridiction compétente que dans le délai d'un mois à compter de sa transcription sur l'état des créances ».

¹⁸ - Cass. com, 6 déc. 2011, n° 10-25571

Dans ce cas de figure, la procédure sera instruite et les recours éventuels seront exercés, selon les règles applicables devant cette juridiction.

Dans les deux situations, le garant pourra contester l'existence, le montant ou la nature de la créance garantie ou encore la régularité de sa déclaration à la procédure, et notamment soutenir :

- des moyens qui n'ont pas été soulevés par le débiteur principal,
- comme des moyens qui l'ont été, particulièrement en cas de fraude¹⁹,
- ou des arguments qui lui sont propres.

3.3 - L'exception de subrogation

En application de l'article 2314 du code civil : « *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.* »

La caution pourra opposer cette exception au créancier qui n'aurait pas déclaré le privilège ou la sûreté attaché à sa créance et priverait de ce fait la caution du bénéfice de la subrogation dans le droit d'être payé par préférence. La décharge accordée à la caution sera à proportion de son préjudice, et si l'exercice du privilège ou de la sûreté n'aurait pas permis un paiement par préférence, la caution ne sera pas déchargée.

Le défaut de déclaration de créance peut être invoqué en cas de liquidation judiciaire du débiteur principal dans les conditions précitées.

En revanche, la forclusion du créancier peut être directement opposée par la caution comme par tout garant personne physique pendant le cours de l'exécution d'un plan de sauvegarde ou de continuation, et au delà si le plan est exécuté en application de l'article L.622-26 alinéa 2 du code de commerce.

3.4 - Les recours personnels

La caution a un droit propre qu'elle peut déclarer au passif du débiteur principal même avant paiement en application de l'article 2309 du code civil car sa créance naît au moment de la conclusion du contrat de cautionnement et non pas à la date de son exécution²⁰.

Cette déclaration de créance ne fait pas double emploi avec celle du créancier au titre de la dette garantie.

Contre la sous-caution, la caution dispose d'un recours personnel. A l'égard de cette dernière la caution doit être regardée comme le créancier vis-à-vis d'elle-même.

On le constate une fois de plus, le droit des procédures collectives exerce sur le droit commun, en l'espèce celui des sûretés personnelles, une influence qui entraîne des distorsions importantes et complexes dans l'exercice par les créanciers des droits dont ils sont titulaires, sinon dans ces droits eux-mêmes.

L'ordre public économique qui fonde le droit du traitement des entreprises en difficulté, pour en favoriser l'application, étend son emprise au-delà du débiteur lui-même, en faisant bénéficier les garants personnes physiques d'un traitement plus favorable lorsque le débiteur défaillant est une entreprise et qu'elle est éligible aux mesures de protection du Livre VI du code de commerce dont l'objet est d'assurer sa pérennité et le maintien des emplois qui y sont attachés. ■

La caution ne peut être tenue pour responsable du défaut de déclaration du créancier et peut elle-même déclarer au passif.

¹⁹ - 14 Fév. 1990¹⁹ Civ 88-17.815

²⁰ - Cass. com 30 Septembre 2008- 07-18.479/Cass. com 3 Févr. 2009-06-20.070

Au contraire, les procédures de traitement vont entraîner l'interdiction du paiement des dettes antérieures dont les créanciers pourront poursuivre le recouvrement à l'échéance à l'encontre des garants.

Toutefois, le livre VI du code de commerce crée des obstacles ou des limites à l'action des créanciers à l'égard des garants, qui sont souvent les dirigeants des sociétés dont l'entreprise est en difficulté. Le législateur a fait de ces dispositions favorables aux garants personnes physiques un levier pour inciter les dirigeants à mettre en œuvre les procédures du Livre VI du code de commerce le plus en amont possible des difficultés du débiteur principal.

Dans les lignes qui suivent, on tentera de cerner les effets de la procédure collective du débiteur principal sur la mise en œuvre de la garantie, dans une première partie pendant la période d'observation qui est une période de protection, et dans une seconde partie en dehors ou indépendamment de celle-ci où cette protection du garant n'est maintenue que si un plan de sauvegarde ou de continuation est adopté.

I - La période d'observation

1 - LA PROCÉDURE COLLECTIVE INHIBE L'ACTION DU CRÉANCIER CONTRE LE GARANT PERSONNE PHYSIQUE

1.1 - Interruption des poursuites individuelles (actions judiciaires/voies d'exécution)

L'interruption des actions en cours à la date d'ouverture de la procédure collective du débiteur principal et l'interdiction d'engager ultérieurement toute action en paiement ou en résolution d'un contrat pour défaut de paiement d'une somme d'argent constituent un effet traditionnel des procédures collectives.

C'est même l'effet principal recherché par le législateur, qui met l'entreprise à l'abri des poursuites de ses créanciers afin qu'elle dispose du temps nécessaire pour préparer les mesures de restructuration destinées à assurer sa pérennité et celle des emplois y attachés.

Il est franchement paradoxal de constater que cet effet bénéficie à certains garants. C'est aller directement à l'encontre de l'objet même de la garantie qui est de permettre au créancier d'être payé de la dette, en cas de défaillance du débiteur principal.

L'article L.631-14 dispose en effet en ses alinéas 2 et 3 : « ... *Le jugement d'ouverture suspend jusqu'au jugement arrêtant le plan ou prononçant la liquidation toute action contre les personnes physiques coobligées ou ayant consenti une sûreté personnelle ou ayant affecté ou cédé un bien en garantie. Le tribunal peut ensuite leur accorder des délais ou un différé de paiement dans la limite de deux ans.*

Les créanciers bénéficiaires de ces garanties peuvent prendre des mesures conservatoires. »

Le bénéfice de ces dispositions applicables à la procédure de sauvegarde est ainsi étendu à la procédure de redressement judiciaire, à l'exclusion de la liquidation judiciaire, par un texte spécial - qu'il aurait été judicieux d'insérer dans l'article L.622-21 plutôt que dans l'article L.622-28 qui traite de l'arrêt du cours des intérêts-.

Si la liquidation judiciaire est prononcée, la défaillance du débiteur principal est irrémédiable, et plus rien ne justifie le maintien de l'atteinte ainsi portée aux droits du créancier à l'égard du garant.

Seules les personnes physiques peuvent se prévaloir de ces dispositions, à l'exclusion par conséquent des personnes morales. L'ordonnance du 18 décembre 2008 a étendu le bénéfice de ce texte aux personnes physiques ayant affecté ou cédé un bien en garantie telle la caution réelle.

Le créancier ne peut poursuivre le garant personne physique tant que le jugement de fin de la procédure collective n'est pas prononcé.

