

Les nouvelles règles de protection de la caution personne physique



**Emmanuel Laverrière,
Avocat associé,
Cabinet Racine**

La réforme du droit des sûretés intervenue en 2006 avait laissé de côté le cautionnement, faute d'habilitation sur ce périmètre. Son régime, éclaté entre le Code civil et des textes spéciaux, a engendré une profusion de décisions judiciaires et de solutions variées, les juridictions adoptant tantôt une position protectrice inspirée du droit de la consommation, tantôt une approche plus libérale. Appréhender des sujets tels que la mention manuscrite, la disproportion de l'engagement, le devoir de mise en garde ou l'étendue de l'opposabilité des exceptions, relève encore aujourd'hui d'une casuistique qui laisse le praticien perplexe. C'est donc tout à fait logiquement que l'article 60 de la loi PACTE du 22 mai 2019 a habilité le gouvernement à réformer le droit des sûretés avec pour premier objectif de « 1° Réformer le droit du cautionnement, afin d'en rendre son régime plus lisible et d'en améliorer l'efficacité, tout en assurant la protection de la caution personne physique ».

L'ordonnance n° 2021-1192 du 15 septembre 2021 portant réforme du droit des sûretés atteint incontestablement l'objectif de lisibilité en centralisant les règles du cautionnement dans le seul Code civil et en abrogeant les dispositions éparses logées dans le Code de la consommation, le Code monétaire et financier et des lois spéciales.

Quant à l'équilibre entre l'efficacité de la sûreté et la protection de la caution personne physique, la pratique dira s'il est atteint, mais, *a priori*, le Code civil semble donner l'avantage à cette dernière. Et la protection de la caution personne physique

se trouve encore renforcée par le livre VI du Code de commerce relatif aux difficultés des entreprises qui a été concomitamment réformé par une ordonnance n° 2021-1193 du 15 septembre 2021.

La protection par le Code civil

La mention à apposer par la caution quant à la portée de son engagement était jusqu'à présent exigée par le Code de la consommation, à peine de nullité, pour le cautionnement consenti par une personne physique en faveur d'un créancier professionnel. Cela a donné lieu à de nombreux débats judiciaires, notamment quant à la notion, non définie par la loi, de créancier professionnel. Désormais, la mention sera exigée en présence de tout créancier, professionnel comme profane (C. civ., art 2297). Cela marque donc la fin d'un contentieux et devrait réjouir les juges, ce d'autant que l'exigence de la reproduction stricte d'une mention légale prédéterminée, qui alimentait aussi bon nombre de procès, se trouve supprimée. Dorénavant, la caution devra apposer « elle-même la mention qu'elle s'engage en qualité de caution à payer au créancier ce que lui doit le débiteur en cas de défaillance de celui-ci, dans la limite d'un montant en principal et accessoires exprimé en toutes lettres et en chiffres ». La sanction de cette exigence est la nullité du cautionnement, étant toutefois précisé qu'en cas de différence entre les chiffres et les lettres, l'engagement vaudra pour la somme écrite en lettres. La réforme pose également une exigence concernant les bénéficiaires de discussion et de division. Si la caution est privée

de l'un ou l'autre de ces bénéficiaires, alors elle doit reconnaître dans la mention précitée ne pouvoir exiger que le créancier poursuive d'abord le débiteur ou qu'il divise ses poursuites entre les cautions ; à défaut d'une telle reconnaissance, elle conserve le droit de se prévaloir de ces bénéficiaires. Notons par ailleurs que les mêmes exigences s'appliquent au mandat de se porter caution, parallélisme des formes oblige.

Étendre au créancier non professionnel l'exigence de la mention renforce la protection de la caution, mais c'est aussi prendre pour postulat que cette dernière est nécessairement la partie faible, ce qui est loin d'être toujours le cas, notamment entre particuliers. Ainsi, la souscription par la caution avertie d'un engagement qu'elle savait nul ou inefficace au profit d'un créancier profane pourrait être la source d'un nouveau contentieux sur le terrain de la mauvaise foi de la caution. Encore faut-il ajouter que la nullité édictée est sans doute relative et, partant, susceptible de renonciation expresse, mais aussi tacite en cas d'exécution volontaire du cautionnement par la caution en connaissance de cause (C. civ., art. 1182).

Le devoir de mise en garde est, quant à lui, étendu et plus efficacement sanctionné. En application du nouvel article 2299 du Code civil, ce devoir, d'origine prétorienne, s'impose désormais à tout créancier professionnel et non plus seulement aux établissements de crédit, lorsque « l'engagement du débiteur principal est inadapté aux capacités financières de ce dernier ». Il protège à l'évidence la caution personne physique profane. Concernet-il aussi la caution avertie ? La loi ne distinguant pas, on est tenté de répondre par l'affirmative en l'état. Il n'en reste pas moins que cela pourrait conduire

à une situation assez singulière. Ainsi, la caution avertie, dirigeante d'une entreprise en liquidation judiciaire, serait en droit de poursuivre une banque qui ne l'aurait pas personnellement mise en garde sur le caractère excessif du prêt consenti à son entreprise, alors même qu'elle avait connaissance de ce caractère. Cela étant, l'issue de la difficulté se trouve peut-être du côté de la sanction. Celle-ci consiste en une déchéance du droit du créancier contre la caution « à hauteur du préjudice subi par celle-ci ». En présence d'une caution de toute façon avertie, le créancier aura beau jeu de faire valoir que, même mise en garde, ladite caution aurait souscrit l'engagement et qu'elle ne subit donc aucun préjudice du fait du manquement.

La notion de déchéance annoncée par ailleurs sans doute une importante évolution. Jusqu'alors, le devoir de mise en garde était sanctionné sur le terrain de la responsabilité civile. La caution devait donc engager la responsabilité contractuelle du créancier dans le délai de prescription quinquennale (le plus souvent par voie de demande reconventionnelle) pour obtenir des dommages et intérêts à raison de la perte de chance de ne pas contracter et pour en demander la compensation avec la somme due au créancier, ce qui était source de complications procédurales. Avec la réforme, la donne est différente. Sur le terrain du Code de la consommation, il a été jugé que le moyen tiré de l'impossibilité pour le créancier de se prévaloir d'un cautionnement disproportionné constitue une défense au fond (C. proc. civ., art. 71 et 72) qui échappe à la prescription extinctive (Com., 31 janv. 2018, n° 16-24092). Or cette impossibilité est souvent analysée en une déchéance. La même solution pourrait donc être retenue s'agissant de la déchéance instituée par la réforme. La sanction du manquement au devoir de mise en garde améliore donc potentiellement la position de la caution personne physique en cas de contentieux.

En ce qui concerne, justement, la disproportion du cautionnement, le nouvel article 2300 du Code civil conjugue assez finement l'intérêt du créancier professionnel et la protection de la caution personne physique. La disproportion manifeste de l'engagement par rapport aux revenus et au patrimoine de la caution au moment



D.R.

de sa souscription n'entraîne plus une décharge totale mais une réduction au montant auquel la caution pouvait s'engager lors de la souscription. Reste à savoir si la solution retenue à propos de la prescription sera transposée en ce domaine. En revanche et contrairement à ce qui était prévu par le Code de la consommation, il n'est plus tenu compte d'un éventuel retour à meilleure fortune de la caution au jour de la mise en œuvre de son engagement. Les banques sont donc ainsi dissuadées de ne pas vérifier la situation de la caution au moment de la souscription.

Enfin, l'inopposabilité des exceptions est étendue à toutes les exceptions, personnelles ou inhérentes à la dette, qui appartiennent au débiteur (C. civ., art. 2298). La réforme rétablit ainsi pleinement le caractère accessoire du cautionnement et met fin à une jurisprudence qui avait assez largement étendu le domaine des exceptions « purement personnelles », inopposables par la caution au créancier (v., dans le présent dossier, S. Graslins-Latour et P. Bouijoux, *Les nouveaux moyens de défense de la caution portant sur la dette garantie* p.9). L'article 2298 pose néanmoins une limite qui est censée garantir au créancier que le cautionnement sera efficace le jour où il aura le plus vocation à l'actionner, en prévoyant que « ... la caution ne peut se prévaloir des mesures légales ou judiciaires dont bénéficie le débiteur en conséquence de sa défaillance, sauf disposition spéciale contraire ». Or, la réforme du droit des difficultés des entreprises qui a été menée

parallèlement offre à la caution personne physique une protection étendue qui réduit quasiment à néant l'efficacité de cette sûreté, sauf en cas de liquidation judiciaire.

La protection par le livre VI du Code de commerce

La procédure de sauvegarde a été instituée pour permettre aux entreprises de se placer sous protection du tribunal avant d'être en état de cessation des paiements, une grande majorité des procédures de redressement judiciaire se soldant par une liquidation judiciaire. Pour promouvoir la sauvegarde auprès des dirigeants d'entreprise, souvent cautions, le législateur y avait donc prévu des règles beaucoup plus protectrices pour les cautions personnes physiques qu'en cas de redressement judiciaire. En effet, même si les garants personnes physiques bénéficiaient, en sauvegarde comme en redressement judiciaire, de la suspension des poursuites durant la période d'observation préalable à l'arrêt du plan, seule la procédure de sauvegarde donnait à ce garant le droit de se prévaloir de l'arrêt du cours des intérêts pendant la période d'observation, de l'inopposabilité des créances non régulièrement déclarées pendant l'exécution du plan et, surtout, le droit de se prévaloir des échéances du plan de règlement des créanciers arrêté par le tribunal (C. com., art. L. 626-11). Ainsi, et après un parcours judiciaire

souvent éprouvant à l'issue duquel le dirigeant parvenait à faire entériner un plan de redressement judiciaire, il pouvait encore être poursuivi comme caution tout en devant se consacrer à la croissance de l'entreprise nécessaire au paiement des engagements du plan au profit des créanciers. Il faut admettre que la situation était peu enthousiasmante et peu en phase avec une politique voulant favoriser le droit au rebond et dédramatiser le régime des entreprises en difficulté. La réforme y met fin : la caution personne physique bénéficiera dorénavant en redressement judiciaire de la même protection qu'en cas de sauvegarde.

Enfin et dans une logique visant à rendre plus attractive la procédure préventive et confidentielle qu'est la conciliation, l'ordonnance y renforce la protection de la caution (ici personne physique comme personne morale) en maintenant son droit à invoquer le bénéfice des délais de grâce octroyés à l'entreprise par le juge pendant la période de conciliation sur le fondement de l'article 1343-5 du Code civil et en l'étendant à ceux octroyés dans l'hypothèse où un créancier appelé à la conciliation

sollicite, pendant la phase d'exécution de l'accord, le paiement d'une créance qui n'a pas fait l'objet dudit accord (C. com., art. L. 611-10-1 et 2).

Les mesures de protection ci-dessus sont chacune édictées dans une « *disposition spéciale contraire* » et elles ont donc valeur d'exception au sens du nouvel article 2298 du Code civil précité. Elles ne devraient donc pas poser de difficultés d'application. En revanche, on peut s'interroger, en cas de plan de cession d'entreprise, sur le point de savoir si la caution sera libérée de son engagement à l'égard des banques dans l'hypothèse prévue par l'article L. 642-12, alinéa 4, du Code de commerce. Cet article prévoit en substance que l'acquéreur d'un bien financé par un prêt garanti par une sûreté grevant ce bien doit rembourser à la banque les échéances qui deviendront exigibles à la date du transfert de propriété. Pour autant, la Cour de cassation a jugé que cette disposition n'avait pas d'effet novatoire, de sorte que le débiteur en procédure collective reste tenu au paiement de la dette (Com., 20 mars 2019, n° 17-29009) de même que la caution (Com.,

13 avril 1999, n° 97-11383). L'ordonnance modifie sur ce point la situation du débiteur en prévoyant à l'article L. 642-12, alinéa 4, que « *Le débiteur est libéré de ces échéances* ». Rien n'est prévu en revanche concernant le sort de la caution. Pour certains auteurs, le renforcement du caractère accessoire du cautionnement opéré par la réforme des sûretés devrait conduire à libérer la caution (v. Nicolas Borga et J. Théron, *Ordonnance du 15 septembre 2021 réformant le droit des entreprises en difficulté, un tournant ?*, D. 2021, chr. p. 1773, spéc. n° 34.). Cette analyse peut être discutée au regard du nouvel article 2298 Code civil. La libération ainsi prévue par la loi ne constitue-t-elle pas une mesure « *dont bénéficie le débiteur en conséquence de sa défaillance* », au sens de ce texte ? Cela paraît d'autant plus envisageable que la cession d'entreprise est régie dans le livre VI du Code de commerce comme un mode de liquidation judiciaire où, précisément, l'efficacité du cautionnement trouve son terrain d'élection, la caution n'y bénéficiant d'aucune autre protection que celle du Code civil.

2022-7900

Le nouveau cautionnement solidaire



Antoine Hontebeyrie,
Avocat associé, Cabinet Racine,
Agrégé des facultés de droit, Professeur à l'université Paris-Saclay

Institution très prisée des créanciers, la solidarité passive opère lorsque plusieurs personnes sont tenues d'une même dette. En principe, une telle dette plurale se divise de plein droit en autant de fractions qu'il existe de codébiteurs, de sorte que le créancier ne peut poursuivre ces derniers qu'à hauteur, respectivement, d'une part virile (C. civ., art. 1309). La solidarité fait obstacle à cette division et permet donc au créancier de poursuivre chacun des codébiteurs pour la totalité de la dette (C. civ., art. 1311). À cet effet principal, s'ajoutent des « effets secondaires », en ce sens que certains actes accomplis par le créancier à l'encontre de l'un

des codébiteurs opèrent également à l'égard de tous les autres ; par exemple, l'interruption de la prescription résultant d'une assignation en justice (C. civ., art. 2245), ou encore le déclenchement du cours des intérêts par l'effet d'une mise en demeure (C. civ., art. 1314).

Les principes qui viennent d'être exposés ne sont pas particulièrement tournés vers le cautionnement. Ils relèvent du régime général des obligations (C. civ., livre III, Titre IV) et concernent donc, au premier chef, les codébiteurs solidaires « ordinaires », tels que des coemprunteurs, des coacquéreurs, des colocataires, etc. Cependant, depuis fort longtemps, la solidarité a été mise à profit

dans le cadre du cautionnement. Elle y produit des effets un peu particuliers qui renforcent la garantie du créancier. Cela explique que le cautionnement solidaire soit aujourd'hui devenu la norme et le cautionnement non solidaire, encore appelé « cautionnement simple », l'exception. L'ordonnance n° 2021-1192 du 15 septembre 2021 portant réforme du droit des sûretés apporte en ce domaine quelques importantes modifications et précisions. Elles ont trait aux effets que la solidarité produit sur les bénéfices de discussion et de division, et à la commercialité qui, en principe, rend le cautionnement de plein droit solidaire.