



HAL
open science

La rationalisation du droit du cautionnement

Manuella Bourassin

► **To cite this version:**

Manuella Bourassin. La rationalisation du droit du cautionnement. Revue de droit bancaire et financier, 2016, 1, pp.88-92. hal-01458045

HAL Id: hal-01458045

<https://hal.parisnanterre.fr/hal-01458045v1>

Submitted on 23 Nov 2018

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

La rationalisation du droit du cautionnement

Etude par **Manuella BOURASSIN** professeur à l'université Paris Ouest Nanterre La Défense directrice du CEDCACE (EA 3457)

1. - Préconisée au plus haut niveau de l'État lors des célébrations du bicentenaire du Code civil, la reconstruction globale du droit des sûretés n'a pas été réalisée par l'ordonnance n° 2006-346 du 23 mars 2006 ayant réformé, non pas l'ensemble des sûretés, mais principalement les sûretés réelles conventionnelles de droit commun. Les sûretés personnelles ont quant à elles été largement délaissées. Alors que le rapport remis au garde des Sceaux le 31 mars 2005 par le groupe de travail relatif à la réforme du droit des sûretés^{Note 2}, ainsi que le premier projet de loi d'habilitation en date du 14 avril 2005^{Note 3}, avaient envisagé de réformer assez profondément les sûretés personnelles, le gouvernement a seulement été autorisé, par la loi du 26 juillet 2005^{Note 4}, à renuméroter à droit constant les articles du Code civil relatifs au cautionnement et à consacrer deux autres sûretés personnelles, la garantie autonome et la lettre d'intention, sous forme de définitions, non assorties d'un régime complet. Cette limitation drastique du champ de l'habilitation à l'égard des sûretés personnelles a reçu deux justifications^{Note 5}, sur lesquelles il est intéressant de revenir pour montrer qu'une refonte de la matière aurait désormais davantage de chances de voir le jour et pour souligner dans quelles conditions elle pourrait être opérée.

2. - En 2005, les parlementaires ont d'abord justifié le refus d'habiliter le gouvernement à réformer le droit des sûretés personnelles par voie d'ordonnance en critiquant le recours à cette technique législative à l'égard de contrats jouant un rôle aussi important dans la vie quotidienne, tant des entreprises que des particuliers, et susceptibles de provoquer le surendettement de ces derniers. Cet argument, fondé sur la carence démocratique de l'ordonnance, ne devrait plus être déterminant aujourd'hui, puisque ce procédé a été utilisé, depuis une dizaine d'années, pour réformer diverses matières, notamment deux qui entretiennent avec les sûretés personnelles des liens très étroits et dont les implications économiques et sociales sont au moins aussi importantes, à savoir le droit des entreprises en difficulté, et le droit des obligations. Dans ce nouveau contexte, une réforme du droit des sûretés personnelles par ordonnance pourrait donc rencontrer plus de succès qu'il y a dix ans.

3. - Pour rejeter cette solution en 2005, les parlementaires avaient avancé une seconde justification. Ils avaient reproché au premier projet de loi d'habilitation, qui envisageait 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, de ne pas avoir suffisamment circonscrit les objectifs poursuivis. Ce second argument, fondé sur l'exigence constitutionnelle de définition claire des finalités d'une réforme par ordonnance, ne devrait plus aujourd'hui faire obstacle à une réforme globale du droit des sûretés personnelles. En effet, depuis dix ans, les imperfections du droit positif sont unanimement dénoncées et la nécessité, aussi bien que les finalités majeures d'une réforme en profondeur du droit des sûretés personnelles, font l'objet d'un consensus. La doctrine et les praticiens s'accordent ainsi sur trois objectifs principaux de réforme.

4. - D'abord, le renforcement de la sécurité juridique, car l'accessibilité, l'intelligibilité et la prévisibilité du droit des sûretés personnelles ont été entravées, à compter des années 1980, par des réformes ponctuelles comportant de nombreuses lacunes, obscurités et incohérences, ainsi que par une jurisprudence intense et fluctuante. Renforcer la sécurité juridique est indispensable pour rendre effectifs les droits de tous les protagonistes de l'opération de garantie. C'est également une condition du rayonnement du droit français dans l'ordre international. Le deuxième objectif de réforme est la restauration de l'efficacité des sûretés personnelles. Il s'agirait d'accroître 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. On le sait, 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, aujourd'hui limités par la crise économique. Le troisième objectif de la

réforme du droit des sûretés personnelles devrait résider dans 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.

5. - Pour satisfaire ces trois objectifs, la réforme du droit des sûretés personnelles devrait modifier le champ et le contenu de bon nombre de règles en vigueur et en créer de nouvelles^{Note 6}. Nous ne saurions ici 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. Si le contenu des règles nouvelles ne sera pas détaillé dans cet article^{Note 7}, ce n'est pas seulement à cause de son format limité, mais parce qu'il est nécessaire, en amont, de s'intéresser au champ de ces règles. En effet, une réforme ne peut être source de progrès qu'à la condition de rationaliser le champ des règles adoptées, c'est-à-dire de le mettre en adéquation avec les objectifs poursuivis. Il nous semble ainsi que, pour renforcer la sécurité juridique en matière de sûretés personnelles, 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 et ce, de deux façons complémentaires. Il conviendrait d'étendre le champ des règles communes aux sûretés personnelles (**1**) et de réviser le champ des règles spéciales du cautionnement (**2**).

1. Extension du champ des règles communes aux sûretés personnelles

6. - Il importe de justifier l'édiction de règles communes à l'ensemble des sûretés personnelles (**A**) avant d'illustrer ce qui, *de lege ferenda*, pourrait constituer, en la matière, un régime primaire (**B**).

A. - Justifications de l'édiction de règles communes à l'ensemble des sûretés personnelles

7. - 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, 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 civil^{Note 8}. D'autres règles communes ont une origine légale. Le droit des sociétés^{Note 9}, le droit des entreprises en difficulté^{Note 10}, le droit des incapacités^{Note 11} ou encore le droit du bail d'habitation^{Note 12} encadrent effectivement les sûretés ou les garanties consenties pour autrui. Ce droit commun en filigrane n'est guère accessible, il manque de cohérence, de prévisibilité et n'est pas suffisamment développé.

8. - Dans le cadre d'une réforme, 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 sous-tendre la reconstruction de la matière.

9. - 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^{Note 13}. 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.

10. - 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 recherchée, 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.

11. - 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.

12. - Si de sérieux avantages peuvent donc être reconnus à l'édiction d'un régime primaire, des exemples significatifs de règles communes à l'ensemble des sûretés personnelles doivent être présentés afin de mieux convaincre de la pertinence de cette première voie de rationalisation.

B. - Illustration du régime primaire des sûretés personnelles

13. - L'impératif de sécurité juridique devrait tout d'abord conduire à 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 principal^{Note 14}. Les sûretés personnelles se caractérisent, en troisième lieu, par le fait que le garant n'est pas tenu à la dette principale. Si paiement il doit y avoir, il a donc lieu pour le compte d'autrui.

14. - Pour 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. S'agissant des règles applicables à toutes les sûretés personnelles ainsi définies et illustrées, elles devraient être fondées sur leurs caractéristiques communes, ainsi que sur les principes du droit commun des contrats, notamment la bonne foi^{Note 15}.

15. - Sur le fondement du caractère accessoire général des garanties, deux règles pourraient être consacrées. D'une part, le principe de transmission avec la créance principale, énoncé par l'article 1692 du Code civil, pourrait être rappelé, mais rendu supplétif de volonté. 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.

16. - Sur le fondement de l'obligation de couverture naissant dès la conclusion du contrat, l'établissement de celui-ci en deux exemplaires et la remise de l'un d'eux au garant pourraient être imposés *ad probationem*^{Note 16}.

17. - 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^{Note 17}.

18. - Sur le fondement de la bonne foi contractuelle, deux autres règles du droit du cautionnement pourraient intégrer le régime primaire des sûretés personnelles. D'abord, le bénéfice dit de subrogation de l'actuel article 2314 du Code civil, puisque l'égoïsme du créancier qui fait perdre au garant des chances d'être remboursé par le débiteur constitue une déloyauté^{Note 18} 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 tempérance^{Note 19}, 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 parties. Elle couvrirait alors l'ensemble des sûretés personnelles et s'appliquerait quelles que soient la qualité et les activités du créancier et du garant.

19. - 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, qui sont devenues fort nombreuses et diverses en matière de cautionnement, devrait lui aussi être rationalisé.

2. Révision du champ des règles spéciales du cautionnement

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

A. - Justifications de la révision du champ des règles spéciales

21. - Depuis les années 1980, le droit commun du cautionnement figurant dans le Code civil cohabite avec des règles spéciales éparpillées dans d'autres codes et textes non codifiés, qui reposent sur des critères très variés : la forme de la garantie, sa durée, son montant, la nature de la dette couverte, la qualité du débiteur principal, du créancier et de la caution^{Note 20}.

22. - Cette multitude de critères de différenciation, ainsi que leur chevauchement au sein de règles ayant un même objet, comme l'information annuelle des cautions, sont unanimement critiqués parce qu'ils rendent le droit de cautionnement inaccessible et inintelligible. Mais la sécurité juridique n'est pas la seule à être mise à mal.

23. - L'efficacité que les créanciers attendent du cautionnement et la protection des cautions que recherche le législateur sont elles aussi compromises, car le champ des règles spéciales est rarement en adéquation avec les finalités que ces règles poursuivent. Cette incohérence est flagrante dans les articles L. 341-1 à L. 341-6 du Code de la consommation, qui protègent de différentes manières le consentement et le patrimoine des cautions personnes physiques engagées envers un créancier professionnel. En effet, lorsqu'il s'agit de lutter contre un endettement excessif du garant, risquant de conduire à son exclusion économique et sociale, et de porter atteinte à sa dignité, seule la qualité de personne physique devrait être prise en compte. S'attacher en plus à la nature de la garantie et aux activités du créancier prive injustement de protection certains garants. Concernant les règles à finalité informative, elles devraient uniquement protéger les cautions qui ne disposent normalement pas de connaissances particulières, ni en matière de crédit et de garantie, ni sur la situation financière du débiteur principal, et qui n'ont pas les moyens juridiques de contrôler l'endettement du débiteur. Ces faiblesses ne sont pas

inhérentes à la qualité de personne physique, que la loi érige malencontreusement en condition d'application. Elles tiennent à la cause de l'engagement et, plus exactement, aux raisons et aux buts non professionnels qui animent les personnes physiques ayant un lien affectif avec le débiteur principal et les personnes morales dont l'activité est étrangère à l'engagement de garantie. Ces cautions méritent de recevoir des informations aux différents stades de la vie de la sûreté. Celles qui s'engagent pour des raisons et à des fins professionnelles, telles les cautions personnes physiques dirigeants ou associés de l'entreprise débitrice, ne devraient pas, au contraire, bénéficier des règles à finalité informative, 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.

24. - Pour renforcer la sécurité juridique, pour restaurer l'efficacité du cautionnement et pour sauvegarder les intérêts légitimes des garants, le champ des règles spéciales du cautionnement devrait être révisé. Ces trois objectifs pourraient être remplis si certaines règles particulières étaient fondées sur la seule personnalité physique du garant et si d'autres étaient réservées aux cautions ne s'engageant pas à des fins professionnelles. Il convient d'illustrer chacun de ces corps de règles spéciales.

B. - Illustration des règles propres aux garants personnes physiques

25. - 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 garant^{Note 21}, aux droits de la personnalité^{Note 22} et encore à la transmission de la sûreté en conséquence du décès du garant^{Note 23}.

26. - 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 civil^{Note 24}, de la règle dite du « reste à vivre »^{Note 25}, de toutes les mesures de protection énoncées par le droit du surendettement^{Note 26} et de l'exigence de proportionnalité entre le montant de la garantie et le patrimoine du garant^{Note 27}, si la proposition d'inscrire cette règle dans le régime primaire des sûretés personnelles n'était pas retenue^{Note 28}. 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 jour et qu'il tienne compte des sûretés personnelles souscrites par les personnes physiques^{Note 29}.

27. - 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 déterminé sur le fondement des causes, efficiente et finale, de cet engagement. Même si la notion de cause risque de disparaître du Code civil lors de la réforme du droit des contrats^{Note 30}, les raisons et les buts des engagements continueront d'être pris en compte, notamment pour définir la qualité de certains contractants^{Note 31} ou pour délimiter le champ d'application de certains mécanismes^{Note 32}. Dans ces conditions, il nous semble important de proposer des règles propres aux cautions ne s'engageant pas à des fins professionnelles.

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

28. - *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 civil^{Note 33}, 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. *De lege ferenda*, ce sont toutes les règles protectrices du consentement lors de la conclusion de la sûreté, ainsi que toutes celles ayant pour objectif

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

29. - 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 professionnelles^{Note 34}.

30. - 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 réduit 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 cautionnement (*C. consom.*, art. L. 313-7, L. 313-8, L. 341-2 et L. 341-3). Nous songeons également à l'information annuelle sur l'encours de la dette principale et la durée du cautionnement^{Note 35} et à l'information sur la défaillance du débiteur principal^{Note 36}.

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

32. - 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 aux consommateurs, tels que définis par la loi *Hamon*^{Note 37}, 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. De plus, le Code de la consommation s'intéresse le plus souvent au binôme consommateur/professionnel^{Note 38}, 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 professionnelles^{Note 39}, 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^{Note 40} 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.

33. - 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 engagement^{Note 41}, elles pourraient rechercher la responsabilité du créancier ne les ayant pas informées, sur le fondement de la bonne foi contractuelle.

34. - 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 intérêts légitimes des garants, nécessitent une réforme en profondeur du champ des règles en vigueur.

Note 1 Intervention au colloque organisé les 11 et 12 juin 2015 par le CEDAG de l'université Paris-Descartes Sorbonne Paris-cité, sous la direction scientifique de Ch. Juillet, D. Legeais, N. Martial-Braz et Ph. Roussel-Galle sur le thème « *Quelle réforme pour le droit des sûretés ?* ».

Note 2 <http://www.justice.gouv.fr/publications-10047/rapports-thematiques-10049/reforme-du-droit-des-suretes-11940.html>

Note 3 Projet de loi n° 2249 pour la confiance et la modernisation de l'économie.

Note 4 L. n° 2005-842, 26 juill. 2005 pour la confiance et la modernisation de l'économie, art. 24.

Note 5 V. spéc. l'avis n° 2333 déposé à l'Assemblée nationale le 12 mai 2005 au nom de la commission des lois.

Note 6 Sur ces mesures, il n'existe pas encore de consensus. Entre les reconstructions d'ensemble déjà proposées en doctrine, au niveau national (V. le rapport Grimaldi préc., 31 mars 2005 et ses commentaires, not. F. Buy, *Recodifier le droit du cautionnement (à propos du Rapport sur la réforme du droit des sûretés)* : RLDC juill./août 2005, n° 18, p. 27 s. – M. Grimaldi, *Orientations générales de la réforme : Dr. et patrimoine 2005*, n° 140, p. 50 s. – D. Legeais, *Une symphonie inachevée : RD bancaire et fin. 2005*, dossier 1, p. 67 s. – Ph. Simler, *Les sûretés personnelles : Dr. et patrimoine 2005*, n° 140, p. 55 s. – V. aussi M. Bourassin, *L'efficacité des garanties personnelles : LGDJ 2006*. – J.-D. Pellier, *Essai d'une théorie des sûretés personnelles à la lumière de la notion d'obligation : LGDJ 2012*) et européen (V. U. Drobnig, *Traits fondamentaux d'un régime européen des sûretés personnelles*, in *Mélanges Ph. Simler : Dalloz-Litec 2006*, p. 315 s.), 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) et les arbitrages à réaliser entre les intérêts des différents acteurs de l'opération de garantie, qui conduisent à circonscrire 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.

Note 7 Sur ce contenu, nous renvoyons à notre thèse : *L'efficacité des garanties personnelles*, préc., n° 709 à 1003.

Note 8 Sur son extension, *a pari*, à la garantie autonome, V. Cass. 1re civ., 20 juin 2006 : Bull. civ. 2006, I, n° 313.

Note 9 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.

Note 10 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, qui, depuis les ordonnances du 18 décembre 2008 et du 12 mars 2014, visent les coobligés et les personnes « ayant consenti une sûreté personnelle ou ayant affecté ou cédé un bien en garantie ».

Note 11 C. civ., art. 509 relatif aux actes interdits aux tuteurs des mineurs ou majeurs sous tutelle.

Note 12 L. n° 89-462, 6 juill. 1989, art. 22-1, modif. par la loi ALUR n° 2014-366, 24 mars 2014.

Note 13 Sur ce principe, V. J.-L. Bergel, *Différence de nature = différence de régime : RTD civ. 1984*, p. 255 s.

Note 14 V. Ch. Mouly, *Les causes d'extinction du cautionnement : Litec 1979*.

Note 15 *Projet d'ordonnance*, 25 févr. 2015, art. 1103 : « Les contrats doivent être formés et exécutés de bonne foi ».

Note 16 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.

Note 17 *Rappr. l'article 1324 du projet d'ordonnance du 25 février 2015* : « La subrogation a lieu par le seul effet de la loi au profit de celui qui paie dès lors que son paiement libère envers le créancier celui sur qui doit peser la charge définitive de tout ou partie de la dette ».

Note 18 En ce sens, V. Cass. com., 14 janv. 2014, n° 12-21389.

Note 19 En ce sens, 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 : Cass. com., 17 juin 1997, n°95-14.105, *Macron* : *JurisData* n° 1997-002871 ; *Bull. civ.* 1997, IV, n° 188.

Note 20 V. M. Bourassin, *La spécialisation du droit des sûretés personnelles, entre droit commercial et protection des consommateurs* : RIDC 2-2014, p. 433 s.

Note 21 Règles protectrices des mineurs et majeurs sous tutelle, à l'image de l'article 509, 1° du Code civil.

Note 22 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.

Note 23 *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 (jurisprudence constante en matière de cautionnement depuis l'arrêt *Ernault* du 29 juin 1982 : *Bull. civ. IV, n° 258*) ou également l'obligation de couvrir les dettes postérieures.

Note 24 D'autres règles protectrices de la famille du garant concernent déjà l'ensemble des sûretés personnelles (V. C. monét. fin., art. L. 313-21. – C. civ., art. 786 et 1387-1).

Note 25 C. civ., art. 2301, al. 2. Sur l'application de ce texte aux cautionnements, simples ou solidaires, donnés par des personnes physiques, y compris les gérants de la société débitrice, V. Cass. com., 31 janv. 2012 : *Bull. civ. 2012, IV, n° 13*.

Note 26 Sur l'absence des sûretés personnelles autres que le cautionnement du droit du surendettement, sur les protections accordées aux cautions surendettées, même lorsque l'endettement procède de la garantie d'un entrepreneur individuel ou d'une société, et sur les règles applicables aux cautions d'un débiteur surendetté, V. M. Bourassin, *Sûretés et surendettement des particuliers* : LPA 10 oct. 2012, p. 4 s.

Note 27 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 (Cass. com., 13 nov. 2007 : *Bull. civ. 2007, IV, no 236*).

Note 28 Sur cette proposition, V. *supra* n° 18.

Note 29 Sur les tentatives avortées de création d'un fichier positif d'endettement et les avantages que présenterait la publicité des sûretés personnelles souscrites par des personnes physiques, tant pour les garants, que pour les créanciers, V. M. Bourassin, V. Brémond, M.-N. Jobard-Bachellier, *Droit des sûretés* : Sirey 2016, 5e éd., n° 42, p. 244. Contra, V. M. Cabrillac et Ch. Mouly, S. Cabrillac, Ph. Pétel, *Droit des sûretés* : LexisNexis 2015, 10e éd., n° 135.

Note 30 V. *Projet d'ordonnance*, 25 févr. 2015, art. 1127 et 1161 à 1170.

Note 31 V. la définition du consommateur figurant, depuis la loi *Hamon* n° 2014-344 du 14 mars 2014, 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 ».

Note 32 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 prévoie expressément ».

Note 33 Issu de la loi n° 2004-575 du 21 juin 2004 pour la confiance dans l'économie numérique.

Note 34 Cette prohibition remplacerait celles qui, à l'égard de la garantie autonome, existent aujourd'hui en matière de crédit à la consommation ou immobilier et de bail d'habitation (C. consom., art. L. 313-10-1. – L. 6 juill. 1989, art. 22-1-1).

Note 35 C. monét. fin., art. L. 313-22. – L. 11 févr. 1994, art. 47-II, al. 2. – C. civ., art. 2293. – C. consom., art. L. 341-6.

Note 36 C. consom., art. L. 313-9. – L. 11 févr. 1994, art. 47-II, al. 3. – C. consom., art. L. 341-1.

Note 37 Cf. *supra* n° 27. (L. n° 2014-344 du 17 mars 2014 : JO 18 mars 2014, p. 5400).

Note 38 V. not., C. Noblot, *La qualité du contractant comme critère légal de protection : essai de méthodologie législative* : LGDJ 2002, n° 415.

Note 39 Les règles spéciales principalement fondées sur la nature de la dette principale devraient rester, en revanche, 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.

Note 40 Ce qu'il n'est plus depuis la loi Dutreil n° 2003-721 du 1er août 2003. En ce sens, V. not., D. Legeais, *Le Code de la consommation siège d'un nouveau droit du cautionnement. Commentaire des dispositions relatives au cautionnement introduites par les lois du 1er août 2003 relatives à l'initiative économique et sur la ville* : JCP E 2003, p. 1610 s.

Note 41 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. M. Bourassin, V. Brémond, M.-N. Jobard-Bachelier, *op. cit.*, n° 163, 221, 570.