



HAL
open science

La spécialisation du droit des sûretés personnelles, ”entre droit commercial et protection des consommateurs”

Manuella Bourassin

► **To cite this version:**

Manuella Bourassin. La spécialisation du droit des sûretés personnelles, ”entre droit commercial et protection des consommateurs”. *Revue internationale de droit comparé*, 2014, 66 (2), pp.433-468. 10.3406/ridc.2014.20394 . hal-01458065

HAL Id: hal-01458065

<https://hal.parisnanterre.fr/hal-01458065v1>

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.



Distributed under a Creative Commons Attribution - NonCommercial - ShareAlike 4.0 International License

LA SPÉCIALISATION DU DROIT DES SÛRETÉS PERSONNELLES, « ENTRE DROIT COMMERCIAL ET PROTECTION DES CONSOMMATEURS »

Manuella BOURASSIN*

I. « Le cautionnement est très fréquent. Son utilité le met en grande pratique dans les affaires civiles et commerciales (...). Du reste, nul n'ignore les périls dont est environné le rôle de fidéjusseur »¹. Cette présentation du cautionnement par l'un des premiers commentateurs du Code civil est toujours d'actualité. En effet, le cautionnement et, plus généralement, les sûretés personnelles sont indéniablement utiles aux entreprises et aux particuliers, dans la mesure où un grand nombre des crédits qui leur sont octroyés en dépend². Les sûretés personnelles sont en outre incontestablement dangereuses, puisqu'il s'agit d'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), sans aucune contrepartie en principe de la part du cocontractant (le créancier), mais risquant d'obérer gravement le patrimoine du garant (obligé personnellement, le garant « est tenu de remplir son engagement sur tous ses biens mobiliers et immobiliers, présents et à venir »³, même si les recours en remboursement contre le débiteur principal sont voués à l'échec).

En revanche, le droit aujourd'hui applicable aux sûretés personnelles est fort éloigné de celui de 1804. Le Code civil ne reflète guère cette

* 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).

¹ R-T TROPLONG, *Du cautionnement et des transactions : commentaire des titres XIV et XV du Livre III du Code civil*, Paris, Hingray, 1846, n° 25.

² Ne sauraient être précisés toutefois, ni le nombre global des sûretés personnelles, ni l'importance respective de chacune d'entre elles (cautionnement, garantie autonome, lettre d'intention), car il n'existe aucun recensement général et officiel de ces sûretés.

³ C. civ., art. 2284 définissant le droit de gage général dont les créanciers bénéficiaires de sûretés personnelles sont titulaires.

évolution, non seulement parce que les règles qu'il renferme sont quasiment inchangées depuis son adoption⁴, l'ordonnance du 23 mars 2006 n'ayant nullement réformé en profondeur la matière⁵, mais surtout parce que la principale mutation du droit des sûretés personnelles réside, depuis les années 1980, dans sa spécialisation.

2. À la fin du XX^e siècle, le droit commun du cautionnement inscrit dans le Code civil est apparu insuffisant pour des raisons conjoncturelles et structurelles. D'une part, le recours au cautionnement s'est considérablement développé⁶ et les cautions se sont diversifiées (proches du débiteur principal, personnes intégrées dans l'entreprise débitrice, garants institutionnels⁷). D'autre part, il a pu sembler que les règles générales du Code civil ne mettent pas suffisamment les cautions à l'abri des dangers du cautionnement, à la fois parce qu'elles protègent le consentement *a posteriori*, et non dès la conclusion du contrat, et parce qu'elles ignorent la solvabilité de la caution. De plus, le Code civil appréhende les cautions et les créanciers de manière abstraite, dans leur qualité générale de parties, sans tenir compte non plus 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.

⁴ Depuis 1804, trois règles nouvelles favorables aux cautions ont été inscrites dans le Code civil : 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). Par ailleurs, le cautionnement a cessé d'être la seule sûreté personnelle reconnue par le Code civil. Depuis l'ordonnance n° 2006-346 du 23 mars 2006, y sont définies, sans être précisément réglementées, la garantie autonome et la lettre d'intention (C. civ., art. 2287-1, 2321 et 2322).

⁵ Cette ordonnance a modifié la numérotation des articles du Code civil relatifs au cautionnement, sans en modifier le contenu, et elle s'est contentée de définir la garantie autonome et la lettre d'intention, alors qu'une réforme globale avait été initialement envisagée par le Gouvernement. Les parlementaires n'ont pas autorisé cette refonte, 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 (v. les travaux préparatoires de la loi n° 2005-842 du 26 juillet 2005 pour la confiance et la modernisation de l'économie).

⁶ En raison de l'essor du crédit aux particuliers et aux entreprises, mais aussi des atouts que les créanciers lui reconnaissent, notamment par comparaison aux sûretés réelles classiques : simplicité, souplesse, faible coût au stade de sa constitution, efficacité en cas de mise en œuvre, même dans le cadre d'une procédure d'insolvabilité ouverte au bénéfice du débiteur principal.

⁷ En l'absence d'un fichier central des cautionnements, il est impossible de quantifier ceux fournis par chacune de ces trois catégories de cautions. La loi relative à la consommation votée le 13 février 2014 avait prévu la création d'un registre national des crédits aux particuliers, afin de permettre aux établissements de crédit d'apprécier la solvabilité des consommateurs, ainsi que « des personnes physiques n'agissant pas pour des besoins professionnels qui se portent caution », sans avoir toutefois organisé l'enregistrement des cautionnements en question dans ce fichier positif d'endettement. Mais toutes les dispositions de cette loi relatives au RNCP ont été déclarées inconstitutionnelles (Décision n° 2014-690 DC du 13 mars 2014).

À partir des années 1980, pour remédier à ces insuffisances du droit commun, de nouvelles protections des cautions ont vu le jour. L'histoire du droit du cautionnement est alors entrée dans un nouveau cycle⁸, caractérisé par le développement de règles impératives spéciales, 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 – dans leur majorité en dehors du Code civil – 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). Depuis une trentaine d'années, le droit commun du cautionnement cohabite ainsi avec de multiples règles spéciales.

3. Ce mouvement de spécialisation concerne plus largement les sûretés personnelles. En effet, si les nouveaux articles 2321 et 2322 du Code civil définissent en termes généraux la garantie autonome et la lettre d'intention, d'autres dispositions issues de l'ordonnance du 23 mars 2006 sont à ranger parmi les règles spéciales en ce qu'elles interdisent la couverture de certaines dettes par une garantie autonome. Il existe par ailleurs, 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 accordent des protections spécifiques à certains garants.

4. Quelles sont précisément les règles spéciales que renferme aujourd'hui le droit des sûretés personnelles ? Quelles fins poursuivent-elles ? Donnent-elles satisfaction aux différents protagonistes de l'opération de garantie ?

Ces questions nous ont été inspirées par la rédaction du rapport sur le thème « *Personal guarantees between commercial law and consumer protection* », dans la perspective du XIX^e Congrès international de droit comparé⁹.

⁸ L'histoire des sûretés est cyclique : alternativement, le droit positif conforte leur fonction - renforcer la sécurité des créanciers - et protège les intérêts des constituants. Sur les cycles que le cautionnement a connus jusqu'aux années 1970, v. C. MOULY, *Les causes d'extinction du cautionnement*, Paris, Litec, 1979, n° 7 et s.

⁹ Le questionnaire extrêmement détaillé établi par le Professeur Schwartze de l'Université d'Innsbruck, Rapporteur général sur le thème étudié, portait à la fois sur les règles générales applicables aux sûretés personnelles et sur les règles propres aux garanties données, soit par des

Pour y répondre, les règles spéciales du droit des sûretés personnelles seront d'abord exposées sous l'angle de leurs objets (finalités recherchées et techniques déployées)¹⁰, afin de mettre en lumière les liens qu'elles entretiennent, tant avec la vie des affaires, qu'avec la protection des consommateurs. Les principales imperfections des règles spéciales seront ensuite soulignées.

I. OBJETS DES RÈGLES SPÉCIALES

5. En matière de sûretés personnelles, les règles légales et jurisprudentielles qui se sont développées depuis le début des années 1980 en marge du droit commun reflètent deux préoccupations majeures : sécuriser et dynamiser la vie des affaires en général et celle des entreprises en particulier, afin de soutenir la croissance économique ; protéger les consommateurs contre des engagements irréfléchis et ruineux, risquant de les conduire au surendettement et à l'exclusion sociale. Ces deux objets coexistent, soit dans des règles distinctes, ce qui est tout à fait classique, puisque les entreprises et les consommateurs sont habituellement traités séparément et différemment, soit au sein de mêmes règles protégeant les personnes physiques, ce qui est beaucoup plus original.

A. – *Sécuriser et dynamiser la vie des affaires*

6. 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. Certaines expriment une sollicitude à l'égard des sociétés garantes ou des garants d'entreprises. D'autres, au contraire, font preuve de rigueur à l'encontre des garants intégrés dans les entreprises débitrices. 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 aussi être rassurés pour que les entreprises reçoivent les crédits nécessaires à leur création, leur développement et leur maintien.

consommateurs ou d'autres particuliers, soit par des personnes exerçant une activité commerciale ou professionnelle.

¹⁰ Dans le cadre limité de cet article, la jurisprudence extrêmement abondante et la doctrine non moins nourrie relatives aux règles spéciales du droit des sûretés personnelles ne sauraient être systématiquement citées. Pour davantage de références jurisprudentielles et doctrinales, v. M. BOURASSIN, V. BREMOND, M.-N. JOBARD-BACHELLIER, *Droit des sûretés*, Paris, Sirey, 2014.

1. Les protections propres aux sociétés garanties

7. 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 à titre de garant. D'abord, en vertu du principe de spécialité, la garantie doit être conforme à l'objet social. Ensuite, elle doit certainement respecter l'intérêt social. Enfin, dans les sociétés par actions, depuis 1966, les « cautionnements, avals et garanties » doivent être autorisés par le conseil d'administration ou de surveillance¹¹, à peine d'inopposabilité à la société.

8. 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 »¹².

2. Les protections accordées aux garants d'entreprises

9. 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, la plus large possible ; 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

¹¹ C. com., art. L. 225-35, al. 4, et L. 225-68, al. 2.

¹² C. com., art. L. 225-43, L. 225-91, L. 227-12, L. 226-10 et L. 223-21. L'interdiction vaut également pour les proches des dirigeants (conjoins, 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.

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* ou en difficulté, 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*

10. 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.

11. En premier lieu, détourner les parties des sûretés les plus dangereuses. La loi du 11 février 1994 relative à l'initiative et à l'entreprise individuelle comporte deux dispositions en ce sens.

Elle cherche à épargner les proches des entrepreneurs individuels, sans interdire pour autant leur engagement en tant que garants. Elle impose en effet aux établissements de crédit d'informer par écrit les entrepreneurs individuels de la possibilité de proposer une garantie sur les biens nécessaires à l'exploitation de l'entreprise ou par un garant institutionnel¹³, plutôt qu'une « sûreté personnelle consentie par une personne physique »¹⁴. Il s'agit d'une subsidiarité et non d'une prohibition. 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. Le dispositif est donc dissuasif du recours aux sûretés personnelles par les proches de l'entrepreneur, mais respectueux de l'efficacité de ces sûretés, afin de ne pas compromettre les chances d'accès au crédit des entrepreneurs individuels.

La loi de 1994 se montre beaucoup plus clémente à l'égard des personnes physiques cautionnant les dettes professionnelles d'un entrepreneur individuel en empêchant qu'elles soient tenues 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 montant¹⁵. Cette limitation, diminuant les

¹³ Établissement de crédit, société de financement, entreprise d'assurance habilitée à pratiquer les opérations de garantie.

¹⁴ C. mon. fin., art. L. 313-21.

¹⁵ L. n° 94-126 du 11 fév. 1994, art. 47, II, al. 1^{er}.

risques financiers de l'engagement, est donc encouragée, sans être toutefois imposée à peine de nullité du contrat dans son ensemble.

12. En deuxième lieu, délivrer aux cautions d'entreprises des informations au cours de la période de garantie.

Il s'agit, d'une part, d'une information annuelle sur le montant de la dette principale au 31 décembre de l'année précédente, ainsi que sur 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 crédit¹⁶, même au profit des cautions personnes morales¹⁷ et des dirigeants-cautions¹⁸, cette information a ensuite été accordée aux personnes physiques cautionnant les dettes professionnelles d'un entrepreneur individuel, pour une durée indéterminée¹⁹. Dans cette seconde hypothèse, le rappel de la faculté de résiliation unilatérale est surtout utile aux cautions qui garantissent des dettes futures, car cette résiliation éteint alors l'obligation de couverture et limite par là même le montant de l'obligation de règlement. Celle-ci diminue également si l'information n'est pas délivrée, puisque 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, d'autre part, 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 ». La loi du 11 février 1994 en a fait bénéficier les cautions personnes physiques garantissant les dettes professionnelles d'un entrepreneur individuel et la loi du 29 juillet 1998 de lutte contre les exclusions l'a étendue aux cautions personnes physiques couvrant les dettes d'une société²⁰.

13. En troisième lieu, transférer la sûreté au conjoint divorcé entrepreneur. Pour éviter que l'époux, qui s'est généreusement porté garant de l'activité professionnelle de son conjoint entrepreneur individuel ou membre de la société dont les dettes sont garanties, ne se retrouve, après le divorce, écrasé par le poids de la sûreté, la loi relative aux petites et moyennes entreprises du 2 août 2005 a prévu le transfert, sur décision du tribunal de grande instance, des « dettes ou sûretés consenties par les époux,

¹⁶ 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.

¹⁷ Cependant, dès 1985, l'Association française des banques a recommandé à ses membres de ne pas se conformer entre eux à l'obligation d'information annuelle.

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

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

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

solidairement ou séparément, dans le cadre de la gestion d'une entreprise », au conjoint divorcé entrepreneur²¹. Ce transfert ne devrait pas affecter les droits du créancier si les juges décidaient d'en limiter la portée, fort incertaine dans le texte lui-même, aux opérations de liquidation du régime matrimonial.

14. 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. Une loi du 1^{er} août 2003 a ensuite ouvert l'accès aux procédures de surendettement aux cautions et codébiteurs solidaires, dont la situation de surendettement provenait de la réalisation d'un engagement consenti au soutien d'entrepreneurs individuels ou de sociétés, mais en excluant leurs dirigeants, en droit ou en fait. Cette restriction a été abandonnée par la loi de modernisation de l'économie du 4 août 2008. Toutes les cautions surendettées, même celles garantissant des entreprises et dont l'engagement présente une nature professionnelle²⁴, peuvent donc désormais 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. Cette bienveillance est évidemment sous-tendue par l'impératif social de lutte contre l'exclusion des particuliers, mais également par un objectif économique : protéger les cautions des entreprises contre les risques financiers les plus graves, pour les encourager à s'engager et augmenter ce faisant les chances des entreprises d'accéder au crédit.

b) Entreprises en difficulté

15. Lorsque l'entreprise garantie fait l'objet d'une procédure d'insolvabilité, des protections de quatre types sont accordées aux garants,

²¹ C. civ., art. 1387-1, issu de la loi n° 2005-882 du 2 août 2005.

²² C. consom., art. L. 330-1, issu de la loi n° 89-1010 du 31 décembre 1989 relative à la prévention et au règlement des difficultés liées au surendettement des particuliers et des familles, modifié par la loi n° 2003-710 du 1^{er} août 2003 d'orientation et de programmation pour la ville, puis par la loi n° 2008-776 du 4 août 2008.

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

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

²⁵ C'est la loi du 4 août 2008 qui a étendu cette extinction à « la dette résultant de l'engagement (...) de cautionner ou d'acquitter solidairement la dette d'un entrepreneur individuel ou d'une société » (C. consom., art. L. 332-5 et 332-9).

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.

Il s'agit enfin, dans la nouvelle 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.

16. 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

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

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

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

²⁹ C. com., art. L. 611-10-2, al. 1^{er}, et L. 626-11. Il importe de relever que, pendant la recherche de l'accord de conciliation, l'ordonnance n° 2014-326 du 12 mars 2014 portant réforme de la prévention des difficultés des entreprises et des procédures collectives a prévu que « le débiteur mis en demeure ou poursuivi par un créancier peut demander au juge qui a ouvert (la procédure) de faire application des articles 1244-1 à 1244-3 du Code civil » (C. com., art. L. 611-7, al. 5). Tous les garants pourront se prévaloir de ces délais de grâce, l'article L. 611-10-2, alinéa 1^{er}, ayant été modifié en ce sens. Ces nouvelles protections seront applicables aux procédures ouvertes à compter du 1^{er} juillet 2014.

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 du 12 mars 2014.

leur est réservé dans les procédures de conciliation et de sauvegarde que dans les procédures de redressement ou de liquidation judiciaire³³.

Mais, en réalité, la protection des garants n'est pas une fin en soi ; c'est bien plutôt un moyen pour soutenir les entreprises, conforter les emplois, et favoriser *in fine* la croissance économique.

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

17. 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 : dirigeants, associés, sociétés-mères pour l'essentiel. Plusieurs caractéristiques sont habituellement associées à cette qualité de garant intégré : la connaissance et la compréhension de la vie des affaires, des impératifs du crédit, de la nature et de la portée des garanties ; la connaissance des activités et de la situation financière de l'entreprise débitrice ; le pouvoir juridique sur celle-ci ; les avantages patrimoniaux que le garant peut retirer de son engagement dès lors que le crédit qu'il favorise permet à l'entreprise dans laquelle il est pécuniairement intéressé de se développer. Pour le créancier, la sûreté consentie par une personne intégrée dans l'entreprise débitrice présente plusieurs avantages : la sûreté peut d'autant mieux protéger le créancier que la liberté des garants intégrés de refuser de s'engager, de négocier le contenu de la garantie³⁴ ou encore de retirer celle-ci est limitée ; la sûreté responsabilise les dirigeants-garants dans la gestion de l'entreprise débitrice et augmente ainsi les chances des créanciers d'être payés par cette dernière ; surtout, en cas de défaillance de l'entreprise garantie, le créancier peut exercer son droit de gage général sur le patrimoine du garant et contourner par ce biais l'écran de la personnalité morale. Pour toutes ces raisons, les sûretés personnelles consenties par des garants intégrés conditionnent largement, si ce n'est systématiquement, l'octroi de crédit aux entreprises.

Parce que le dynamisme économique dépend de l'efficacité de ces sûretés, mais aussi eu égard aux caractéristiques attachées à la qualité de garant intégré, diverses protections sont refusées à ces garants, que l'entreprise garantie soit *in bonis* ou qu'elle fasse l'objet d'une procédure d'insolvabilité.

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

³⁴ Par rapport, notamment, aux liens qu'elle entretient avec la dette principale, à son montant, à sa durée, ou encore aux renonciations du garant à certains moyens de défense.

a) *Entreprises in bonis*

18. Lorsque le droit des procédures collectives n'est pas en cause, c'est sur le fondement du droit commun des contrats que reposent les solutions défavorables aux garants s'engageant pour les besoins de leur profession. Elles sont toutes justifiées, expressément ou implicitement, par la cause professionnelle de l'engagement ou par les connaissances du garant.

19. Tout d'abord, si le garant a un « intérêt personnel et patrimonial » dans le crédit garanti, la Cour de cassation décide depuis 1969 que la sûreté présente un caractère commercial. Par conséquent, même si le garant n'est pas lui-même commerçant, la commercialité de son engagement le prive de certaines protections, en particulier les bénéfices de discussion et de division, puisque la solidarité est alors présumée. L'idée de risque-profit explique aisément cette jurisprudence : c'est parce que le garant intégré dans l'entreprise débitrice peut retirer un avantage pécuniaire de l'opération garantie (avantage constituant la cause subjective du contrat), qu'il doit assumer pleinement, en contrepartie, les risques patrimoniaux de son engagement.

Sur le terrain de la cause objective, la Haute juridiction rejette un autre moyen de défense souvent invoqué par les garants intégrés pour être libérés, à savoir la cessation de leurs fonctions au sein de l'entreprise garantie³⁵, car la cause de l'obligation de garantir réside dans « la considération du crédit accordé par le créancier au débiteur principal »³⁶, et non dans les relations que le garant entretient avec ce dernier, et qu'elle s'apprécie exclusivement lors de la conclusion du contrat.

20. D'autres protections sont refusées aux garants intégrés en raison de leur compréhension de l'engagement de garantie.

Il en va ainsi de certaines formalités protectrices du consentement 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 civil, la Chambre commerciale de la Cour de cassation considère ainsi, depuis le début des années 1990, 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 suffisant. Dans le même sens, l'article 1108-2 du Code civil³⁷ admet le remplacement des mentions manuscrites exigées à

³⁵ Com. 17 juill. 1978, *Bull. civ. IV*, n° 200 ; Com. 6 déc. 1988, *Bull. civ. IV*, n° 334. Dans le même sens, au motif que la cessation des fonctions du dirigeant-caution ne constitue pas un terme extinctif implicite de l'obligation de couverture, Com. 2 déc. 1974, *Bull. civ. IV*, n° 308 ; Com. 15 oct. 1991, *Bull. civ. IV*, n° 285.

³⁶ Com. 8 nov. 1972, *Bull. civ. IV*, n° 278 (en matière de cautionnement) ; Com. 19 avr. 2005, *Bull. civ. IV*, n° 91 (en matière de garantie autonome).

³⁷ Issu de la loi n° 2004-575 du 21 juin 2004 pour la confiance dans l'économie numérique.

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 ». Les connaissances des garants intégrés, normalement rompus à la vie des affaires, sur la nature, le montant, la durée des garanties souscrites expliquent ces solutions.

Par ailleurs, 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 contractuelle. Alors qu'il avait été initialement consacré au bénéfice d'un dirigeant-caution³⁸, ce moyen de défense a par la suite été paralysé en présence de garants intégrés, puisque la Chambre commerciale de la Cour de cassation a subordonné leur indemnisation, non seulement à une disproportion mathématique entre leur engagement et leur patrimoine, mais également à la preuve que le créancier disposait d'informations sur leur situation financière, qu'ils ignoraient eux-mêmes³⁹. Preuve à ce point improbable lorsque le garant s'engage pour les besoins de sa profession, que l'exigence de proportionnalité fondée sur l'article 1134, alinéa 3, du Code civil s'est trouvée exclue dans cette hypothèse. Les garants intégrés dans l'entreprise débitrice profitent rarement, d'autre part, 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 »⁴⁰. 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 conditionne.

21. 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 sur la situation financière de l'entreprise⁴¹, puisque le garant intégré ne saurait reprocher à son cocontractant de ne pas lui fournir des informations dont il dispose normalement déjà. Tel est également le cas de

³⁸ Com. 17 juin 1997, *Macron*, *Bull. civ. IV*, n° 188.

³⁹ Com. 8 oct. 2002, *Nahoum*, *Bull. civ. IV*, n° 136.

⁴⁰ Ch. mixte, 29 juin 2007, *Bull. ch. mixte*, n° 7.

⁴¹ Com. 17 déc. 1996, n° 94-20808 ; Com. 19 avr. 2005, n° 03-12879 ; Com. 28 janv. 2014, n° 12-27703.

la responsabilité des banques pour octroi abusif de crédit⁴², les connaissances et les pouvoirs du garant intégré supprimant le lien de causalité entre la faute du créancier et les préjudices subis à la suite de la défaillance de l'entreprise débitrice.

b) Entreprises en difficulté

22. Plusieurs 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'entreprise⁴³. Dans les procédures de redressement et de liquidation judiciaire, les garants ne peuvent pas opposer le défaut de déclaration des créances pour paralyser les poursuites du créancier⁴⁴. Dans la procédure de redressement encore, aucun garant ne peut bénéficier des remises et délais prévus dans le plan⁴⁵, ni de l'arrêt du cours des intérêts⁴⁶. Relevons enfin que la clôture de la procédure de liquidation judiciaire pour insuffisance d'actif n'empêche nullement les créanciers de poursuivre en paiement les garants⁴⁷.

23. Cette rigueur à l'encontre de tous les garants d'entreprises peut recevoir plusieurs explications. D'abord, même si les règles concernées n'opèrent aucune distinction entre ces 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 débitrice, une sanction pour avoir laissé la situation de celle-ci se détériorer 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 garants-dirigeants 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

⁴² Com. 15 févr. 1994, *Bull. civ. IV*, n° 60 ; Civ. 3^e, 22 juin 2005, n° 03-19694 ; Com. 28 janv. 2014, n° 12-27703.

⁴³ Civ. 1^{re}, 31 mars 1998, *Bull. civ. IV*, n° 135 ; Com. 22 juin 1999, *Bull. civ. IV*, n° 134.

⁴⁴ C. com., art. L. 631-14, al. 6.

⁴⁵ C. com., art. L. 631-20.

⁴⁶ C. com., art. L. 631-14, al. 6.

⁴⁷ C. com., art. L. 643-11, II, qui autorise, après cette clôture, « la caution ou le coobligé (en oubliant malencontreusement les autres garants) qui a payé au lieu et place du débiteur » à « poursuivre celui-ci ».

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 entreprises⁴⁸.

24. Les règles relatives aux sûretés consenties par ou pour des entreprises sont donc bien ambivalentes à l'égard des parties au contrat de sûreté : certaines se montrent clémentes vis-à-vis des sociétés garantes ou des garants d'entreprises, et donc peu respectueuses des intérêts des créanciers ; d'autres, au contraire, refusent des protections aux garants intégrés dans les entreprises débitrices et confortent ce faisant la sécurité des créanciers. Il semble toutefois que toutes ces règles spéciales sont inspirées par une même finalité, à savoir dynamiser et sécuriser la vie des entreprises en particulier et celle des affaires en général.

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 spéciales, dont l'objet réside dans la protection des consommateurs.

B. – Protéger les consommateurs

25. En matière de sûretés personnelles, aucune règle n'est expressément fondée sur la qualité de garant-consommateur, ni même, plus spécialement, sur celle de caution-consommateur. Depuis les années 1980, il existe cependant de nombreuses règles légales et jurisprudentielles qui concernent exclusivement les garants personnes physiques s'engageant à des fins non professionnelles⁴⁹.

26. Ces garants sont les proches (parents, conjoints, concubins, amis...) du débiteur principal lui-même ou d'un membre de l'entreprise débitrice, qui souscrivent une sûreté en raison de liens personnels et pour rendre un service. L'intérêt retiré de la garantie est essentiellement moral. Bien que les connaissances de ces garants sur le crédit, sur les sûretés, ainsi que sur la

⁴⁸ La consécration d'un 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.

⁴⁹ Nous reprenons les éléments de définition du consommateur consacrés par la loi n° 2014-344 du 17 mars 2014 relative à la consommation, qui vient d'ajouter, avant le livre I^{er} du Code de la consommation, un article préliminaire ainsi rédigé : « 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 ».

situation financière du débiteur, soient souvent plus limitées que celles d'un garant intégré dans l'entreprise débitrice, et que leur solvabilité soit plus fragile que celle des garants institutionnels, les sûretés consenties dans un cadre non professionnel ont toujours existé et demeurent très fréquentes, car elles augmentent les chances des créanciers d'être payés. En effet, pour éviter qu'un proche ne soit actionné en paiement à sa place, le débiteur est enclin à redoubler d'efforts pour honorer ses obligations. De son côté, le garant affectivement proche du débiteur dispose à l'égard de celui-ci d'un pouvoir psychologique, susceptible de favoriser la bonne exécution des obligations principales. L'engagement de garantie consenti pour des raisons et à des fins non professionnelles présente donc des caractéristiques originales par rapport à ceux émanant de garants intégrés dans l'entreprise débitrice ou de garants institutionnels.

Depuis une trentaine d'années, ces spécificités ont été prises en compte par les juges et le législateur pour créer des protections spéciales. Comme la qualité de consommateur du garant n'a pas été consacrée expressément, il convient d'identifier les fondements des protections, avant d'en exposer les principales modalités.

1. Fondements des protections

27. Les protections accordées spécifiquement aux garants personnes physiques s'engageant dans un cadre non professionnel reposent sur des fondements distincts en législation et en jurisprudence. Les règles légales s'attachent à la nature de la dette principale, tandis que les règles jurisprudentielles privilégient les caractéristiques de l'engagement de garantie.

a) En législation : la nature de la dette principale

28. 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.

Il s'agit, d'une part, des crédits mobiliers ou immobiliers de consommation. Le cautionnement conclu par une personne physique en garantie de ces crédits a fait l'objet de dispositions spécifiques, en 1989, au

sein de deux lois consoméristes⁵⁰. La garantie autonome couvrant de tels crédits a quant à elle été appréhendée par l'ordonnance du 23 mars 2006.

Il s'agit, d'autre part, des dettes naissant d'un bail d'habitation. Les cautionnements couvrant ces dettes locatives sont régis par l'article 22-1 de la loi du 6 juillet 1989, tel qu'adopté en 1994 et modifié en 2009. La garantie autonome en ce domaine est également encadrée depuis la réforme des sûretés de 2006.

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

29. 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, 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 applicables⁵¹.

C'est par ailleurs au profit des cautions « profanes », « 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 cautions⁵² et le devoir de les mettre en garde sur les risques patrimoniaux de l'opération.

30. 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. Ces différents critères font l'objet d'une appréciation *in concreto* et

⁵⁰ L. n° 89-421 du 23 juin 1989 relative à l'information et à la protection des consommateurs. L. n° 89-1010 du 31 décembre 1989 relative à la prévention et au règlement des difficultés liées au surendettement des particuliers et des familles.

⁵¹ 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.

⁵² À l'égard des cautions « profanes », « non averties », la responsabilité du créancier professionnel peut être engagée au regard de cette seule disproportion, sans prise en compte des connaissances respectives des parties sur la situation patrimoniale de la caution. Autrement dit, la jurisprudence *Macron* leur est applicable, et non la jurisprudence *Nahoum*, bien plus stricte, qui joue uniquement à l'encontre des cautions intégrées dans l'entreprise débitrice (v. *supra* n° 20).

souveraine de la part des juges du fond. Le plus souvent, 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

31. Les règles spéciales qui ont été consacrées depuis la fin du XX^e 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, non seulement parce qu'elles ont pour finalité de protéger la partie réputée faible, mais aussi parce qu'elles déploient les techniques consuméristes classiques de protection du consentement et du patrimoine : des interdictions, des informations et des limitations.

a) Les interdictions

32. Certaines sûretés personnelles sont purement et simplement prohibées, soit en raison de leur rigueur intrinsèque, soit parce que d'autres techniques de garantie leur sont préférées.

L'ordonnance du 23 mars 2006 a interdit la couverture par une garantie autonome des crédits mobiliers et immobiliers de consommation⁵³, ainsi que des dettes résultant d'un bail d'habitation⁵⁴, autrement dit des dettes non professionnelles qui sont fréquemment garanties par des proches de l'emprunteur ou du locataire. Bien que la prohibition soit formulée en termes généraux, elle vise à protéger spécialement les personnes physiques s'engageant dans un cadre non professionnel et ce, de la dangerosité de la garantie autonome : dangers inhérents à son indépendance et à l'absence de réglementation détaillée.

En matière de bail d'habitation, d'autres interdictions concernent le cautionnement depuis 2009⁵⁵. En effet, d'une part, le bailleur, quelle que soit sa qualité, ne saurait le cumuler avec une assurance couvrant les

⁵³ C. consom., art. L. 313-10-1.

⁵⁴ L. n° 89-462 du 6 juillet 1989, art. 22-1-1, qui admet uniquement la garantie autonome « en lieu et place du dépôt de garantie prévu à l'article 22 et que dans la limite du montant résultant des dispositions du premier alinéa de cet article ».

⁵⁵ 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.

obligations locatives⁵⁶, « sauf en cas de logement loué à un étudiant ou un apprenti ». La violation de cette règle de non-cumul pourrait être sanctionnée par la nullité du cautionnement, l'assurance demeurant au contraire valable⁵⁷. D'autre part, si le bailleur est une personne morale⁵⁸, le cautionnement ne peut être conclu qu'avec des « organismes dont la liste est fixée par décret en Conseil d'État »⁵⁹, 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 caution personne physique solvable, ni rémunérer une caution professionnelle, risquaient de ne pouvoir se loger.

33. 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 consommation⁶⁰. 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) Les informations

34. 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.

35. 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,

⁵⁶ Assurance privée classique ou Garantie universelle des Risques Locatifs, que remplacera la Garantie universelle des loyers à compter de 2016 (loi n° 2014-366 du 24 mars 2014 pour l'accès au logement et un urbanisme rénové).

⁵⁷ En ce sens, sauf pour les cautionnements en cours, Rép. min. n° 12226 (*JO Sénat Q*, 6 mai 2010, p. 1160).

⁵⁸ Publique comme privée, à la seule exception d'une « société civile constituée exclusivement entre parents et alliés jusqu'au quatrième degré inclus ».

⁵⁹ Décret n° 2009-1659 du 28 déc. 2009.

⁶⁰ C. consom., art. L. 313-10, issu de la loi du 31 déc. 1989.

comme l'emprunteur-consommateur lui-même, un exemplaire de l'offre de crédit⁶¹.

Une autre mesure préventive est prévue dans le seul 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 crédit⁶².

36. 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 location⁶³ ; 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'engagement⁶⁴. Ces mentions n'ont pas à être respectées si le cautionnement est notarié ou contresigné par un avocat⁶⁵, 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 profession⁶⁶.

37. 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-consommateur⁶⁷. Cette information a vocation à limiter le risque que la caution supporte définitivement le poids de la dette garantie. Elle peut en effet permettre à la caution affectivement proche du débiteur d'user de son pouvoir psychologique pour l'inciter à honorer ses obligations. Elle peut aussi conduire la caution à exercer un recours avant paiement⁶⁸, notamment en prenant des mesures conservatoires sur les biens du débiteur.

⁶¹ C. consom., art. L. 311-11, al. 1^{er}, et L. 312-7. C'est la loi du 23 juin 1989 qui a étendu aux cautions cette formalité. Malheureusement, les textes n'imposent pas la remise du projet de cautionnement lui-même.

⁶² C. consom., art. L. 312-10. En revanche, le délai de rétractation, dans les quatorze jours de la conclusion d'un crédit à la consommation (art. L. 311-12), n'a pas été étendu aux cautions.

⁶³ Loi du 6 juillet 1989, art. 22-1.

⁶⁴ 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 (v. *infra* n° 39).

⁶⁵ C. civ., art. 1317-1, Loi du 31 déc. 1971, art. 66-3-3, issus de la loi n° 2011-331 du 28 mars 2011 de modernisation des professions judiciaires et juridiques.

⁶⁶ C. civ., art. 1108-1 et 1108-2.

⁶⁷ 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 ».

⁶⁸ C. civ., art. 2309.

Si celui-ci fait l'objet d'une procédure de surendettement, la caution doit en être informée par la commission de surendettement⁶⁹. Cela peut lui permettre d'invoquer les protections spécifiques que renferme le droit du surendettement au profit de l'ensemble des cautions⁷⁰ ou des seules cautions personnes physiques⁷¹.

c) Les limitations

38. 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.

39. 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 suivante : « 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 »⁷².

40. D'autres limitations de l'obligation de garantir jouent *a posteriori*. Elles procèdent des sanctions prononcées à l'encontre du créancier sur le fondement de textes spéciaux ou du droit commun de la responsabilité civile.

En cas de non-respect de l'obligation d'information sur la défaillance de l'emprunteur-consommateur, la caution se trouve déchargée des « pénalités ou intérêts de retard échus entre la date de ce premier incident et celle à laquelle elle en a été informée »⁷³.

Si 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'opération⁷⁴, cette caution « non avertie » peut obtenir des dommages et

⁶⁹ C. consom., art. L. 331-3 (issu de la loi du 29 juillet 1998 de lutte contre les exclusions), qui ne prévoit malheureusement aucune sanction en cas de défaut d'information.

⁷⁰ 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).

⁷¹ V. *infra* n° 57.

⁷² C. consom., art. L. 313-7.

⁷³ C. consom., art. L. 313-9.

⁷⁴ La jurisprudence fait peser ce devoir de mise en garde sur les établissements de crédit et elle décide 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).

intérêts, qui ont vocation à se compenser avec sa propre dette et à diminuer celle-ci à due concurrence. Sans être totalement remise en cause⁷⁵, l'obligation de garantir se trouve alors ramenée à un montant raisonnable.

41. 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 cautionnement⁷⁶, les actions du prêteur doivent être exercées dans les deux ans du premier incident de paiement non régularisé⁷⁷, tant à l'encontre de l'emprunteur, que de sa caution, à peine de forclusion.

42. 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 efficacement 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 tous les garants personnes physiques.

C. – Protéger les personnes physiques

43. 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

⁷⁵ Sauf à ce que l'article L. 313-10 du Code de la consommation soit applicable ou que les juges alignent le montant des dommages et intérêts dus par le créancier sur celui de la dette de la caution. Il ne devrait pas en aller ainsi en cas de manquement au devoir de mise en garde, puisque le préjudice de la caution non avertie réside dans la « perte d'une chance de ne pas contracter » (Com. 20 oct. 2009, *Bull. civ. IV*, n° 127 ; Com. 26 janv. 2010, *Bull. civ. IV*, n° 21), qui n'est pas un préjudice intégralement réparable. La Cour de cassation admet toutefois qu'il ne reste à la charge de la caution qu'un euro symbolique (Com. 8 nov. 2011, n° 10-23662).

⁷⁶ C. consom., art. L. 311-2, dans sa rédaction issue de la loi du 23 juin 1989.

⁷⁷ C. consom., art. L. 311-52.

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 quinzaine 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, ou bien la seule qualité de garant personne physique. 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.

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

44. Sur le fondement de la double prise en 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 économique⁷⁸. Ces règles présentent une réelle singularité : tout en étant profondément liées au droit de la consommation, elles opèrent une alliance avec le monde des affaires.

a) Parenté avec le droit de la consommation

45. 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. Au-delà de leur inscription dans le Code du même nom⁷⁹, la parenté repose sur trois éléments.

46. 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

⁷⁸ C. consom., art. L. 341-1, issu de la loi n° 98-657, art. L. 341-2 à L. 341-6, issus de la loi n° 2003-721.

⁷⁹ Titre IV, « Cautionnement », du Livre III, « Endettement ».

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.

47. La parenté avec le droit de la consommation se reconnaît ensuite aux critères de protection retenus, qui évoquent la double prise en compte de la qualité des 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.

48. 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.

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, 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 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. Par exemple, un garagiste ou un vendeur de matériaux de construction, qui accorderaient des délais de paiement à leurs clients moyennant la conclusion d'un cautionnement par une personne physique.

49. Compte tenu de ces différents 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 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

50. 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.

51. 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. L'extension de la protection s'est ici opérée des cautions garantissant les dettes d'une entreprise vers celles s'engageant à couvrir des dettes non professionnelles.

52. Le décloisonnement est, d'autre part, 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. Depuis 2012, les articles L. 341-2 et L. 341-3 du Code de la consommation relatifs au formalisme

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

⁸⁷ C. consom., art. L. 341-6, qui fait suite à l'article 48 de la loi du 1er mars 1984 (C. mon. fin., art. L. 313-22) et à l'article 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.

informatif sont également déclarés applicables à « toute personne physique, qu'elle soit ou non avertie »⁸⁹.

Parce que les dispositions en question ne spécifient nullement la nature de la dette principale et parce que la jurisprudence refuse de prendre en considération les caractéristiques de l'engagement de garantie⁹⁰ là où la loi ne distingue pas les différentes cautions personnes physiques⁹¹, les cautions intégrées dans l'entreprise débitrice font donc désormais l'objet du même traitement de faveur que les cautions affectivement proches du débiteur.

53. Concernant les objectifs poursuivis par les auteurs des lois du 29 juillet 1998 et du 1^{er} août 2003, ils ont été à la fois d'ordre lois et économique, comme en attestent l'intitulé même 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 physiques⁹² 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'entreprendre⁹³ et la souscription de garanties, nécessaires au financement des entreprises à tous les stades de leur existence.

Il importe de souligner que s'il est pour le moins inhabituel de voir protégées au sein du Code de la consommation des personnes agissant dans le cadre de leur activité professionnelle, la finalité économique qui inspire les protections n'est en revanche nullement étrangère au droit de la consommation. En effet, « la protection de la partie faible n'intervient plus comme celle d'un individu, mais au nom d'un intérêt collectif : celui du fonctionnement du marché »⁹⁴. L'objectif de croissance économique constitue dès lors un point de rapprochement entre le droit de la consommation et le droit des affaires.

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

⁹⁰ Tout particulièrement, les raisons et les buts de cet engagement, professionnels ou non, la compréhension que la caution peut avoir de sa nature, de son étendue et des risques financiers qu'il lui fait courir.

⁹¹ *Ubi lex non distinguit nec non distinguere debemus.*

⁹² 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).

⁹³ À cette fin, la loi du 1^{er} août 2003 a par ailleurs permis la constitution d'une société à responsabilité limitée sans capital social, ainsi que la protection de la résidence principale des entrepreneurs individuels par une déclaration d'insaisissabilité.

⁹⁴ J. ROCHFELD, « Du statut du droit contractuel "de protection de la partie faible" : les interférences du droit des contrats, du droit du marché et des droits de l'homme », in *Études offertes à Geneviève Viney*, Paris, LGDJ, 2008, p. 835, n° 8. Dans le même sens, v. not. Ph. STOFFELMUNCK, « L'autonomie du droit contractuel de la consommation : d'une logique civiliste à une logique de régulation », *RTD com.* 2012, p. 705 et s.

54. Les règles spéciales du droit du cautionnement réalisent ce rapprochement téléologique et présentent l'originalité d'avoir été plus loin dans le décloisonnement, en ne distinguant plus les cautions personnes physiques selon qu'elles s'engagent à des fins professionnelles ou non. Cette alliance entre le monde des affaires et celui des consommateurs ne doit cependant pas occulter la parenté que les articles L. 341-1 à L. 341-6 entretiennent avec le droit de la consommation, qu'exprime clairement la double prise en compte de la qualité des parties. L'exigence que la caution soit une personne physique et que le créancier soit un professionnel évoque en effet le déséquilibre contractuel que le droit de la consommation s'emploie traditionnellement à corriger⁹⁵.

D'autres règles récentes du droit des sûretés personnelles s'éloignent de cette logique consumériste en ne spécifiant nullement la qualité du créancier et en s'attachant essentiellement à celle du garant, personne physique.

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

55. 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 le patrimoine de leur famille, soit pour lutter contre le surendettement. 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 intérêts⁹⁶.

a) Protection du patrimoine de la famille du garant

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

⁹⁵ Au moyen de techniques relevant de la justice corrective : obligations imposées à la partie forte, notamment d'information, limitations *a priori* et *a posteriori* des obligations de la partie faible.

⁹⁶ V. *supra* n° 15 et 16 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.

En effet, si une sûreté personnelle est souscrite par un époux commun en biens⁹⁷, 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 »⁹⁸.

En cas de décès du garant, ses engagements sont transmis à ses héritiers⁹⁹, 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 successorale¹⁰⁰. 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 »¹⁰¹. Dans la mesure où cette décharge judiciaire est subordonnée à la preuve que « l'acquittement 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'acquitter 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

57. Pour éviter l'exclusion financière et sociale des garants personnes physiques, leur surendettement est combattu par des mesures préventives et curatives.

Dans une logique préventive, 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, au cadre

⁹⁷ Régime légal de communauté réduite aux acquêts ou régime conventionnel de communauté universelle (Civ. 1^{re}, 3 mai 2000, *Bull. civ. I*, n° 125).

⁹⁸ 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).

⁹⁹ 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).

¹⁰⁰ 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.

¹⁰¹ C. civ., art. 786, al. 2, issu de la loi n° 2006-728 du 23 juin 2006.

de la garantie, professionnel 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 »¹⁰². 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 résiliation¹⁰³ 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 »¹⁰⁴, correspondant au montant du revenu de solidarité activité. 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 professionnelles¹⁰⁵, car il procède de l'impératif de lutte contre l'exclusion des particuliers.

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'actif¹⁰⁶. 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 profités¹⁰⁷.

¹⁰² C. civ., art. 2293.

¹⁰³ 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.

¹⁰⁴ 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.

¹⁰⁵ Com. 31 janv. 2012, *Bull. civ.* IV, n° 13.

¹⁰⁶ C. consom., art. L. 331-7-1, 2°, L. 332-5 et L. 332-9. Les cautions et coobligés ont été visés de manière générale par la loi n° 2003-710 du 1^{er} août 2003. La loi n° 2010-737 du 1^{er} juillet 2010 portant réforme du crédit à la consommation a en revanche réservé les protections énoncées dans ces articles aux cautions et coobligés personnes physiques.

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

Si la Cour de cassation fait donc preuve de bienveillance à l'égard des cautions au stade de la contribution à la dette, elle fait au contraire primer les intérêts des créanciers au stade de l'obligation à la dette, en refusant aux cautions le bénéfice des délais et remises consentis au débiteur dans le

58. En cas d'échec des diverses mesures visant à prévenir le surendettement¹⁰⁸, les garants¹⁰⁹ personnes physiques se trouvant dans cette situation¹¹⁰ ont accès aux procédures de traitement régies par le Code de la consommation¹¹¹. Il en va notamment ainsi en présence de garanties disproportionnées dès leur conclusion, car la Cour de cassation considère que les montants manifestement excessifs des engagements souscrits constituent des « motifs impropres à caractériser la mauvaise foi »¹¹² et, par conséquent, à faire perdre le bénéfice des procédures de surendettement. Le garant ayant demandé l'ouverture d'une telle procédure peut, comme n'importe quel particulier surendetté, bénéficier des mesures de traitement¹¹³, 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.

59. 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.

plan conventionnel de redressement (Civ. 1^{re}, 13 nov. 1996, *Bull. civ.* I, n° 401), aussi bien que des mesures de redressement imposées par la commission ou le juge (Civ. 1^{re}, 3 mars 1998, *Bull. civ.* I, n° 82 ; Civ. 1^{re}, 26 avr. 2000, *Bull. civ.* I, n° 122).

¹⁰⁸ 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° 44 à 54).

¹⁰⁹ 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° 32 - et de la rareté des lettres d'intention émises par des personnes physiques).

¹¹⁰ Situation définie par l'article L. 330-1 du Code de la consommation (v. *supra* n° 14).

¹¹¹ À condition qu'elles n'exercent aucune des professions relevant des procédures du Livre VI du Code de commerce (C. consom., art. L. 333-3).

¹¹² Civ. 2^e, 31 mars 2011, n° 09-72819.

¹¹³ 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.

II. IMPERFECTIONS DES RÈGLES SPÉCIALES

60. La spécialisation du droit des sûretés personnelles repose 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 énoncées depuis une trentaine d'années en sont l'illustration. Les règles spéciales en cette matière présentent effectivement de graves imperfections, autant d'ordre formel, que substantiel.

A. – Imperfections formelles

61. D'un point de vue formel, le droit des sûretés personnelles est source d'insécurité juridique en raison de l'inaccessibilité et de l'inintelligibilité de ses règles spéciales.

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 cependant malaisé d'y accéder matériellement. Elles sont en effet dispersées dans plusieurs codes et textes non codifiés, ainsi qu'une jurisprudence pléthorique. En outre, leur emplacement ne reflète pas toujours leur champ d'application¹¹⁴.

S'agissant de l'inintelligibilité des règles spéciales, les causes en sont variées : une multitude de critères de différenciation¹¹⁵ et l'obscurité de plusieurs d'entre eux¹¹⁶ ; l'absence de coordination entre les réformes

¹¹⁴ 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 garantie.

¹¹⁵ Nous avons montré qu'ils concernent 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, 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, notarié, contresigné par avocat), l'étendue de la garantie (définie ou indéfinie ; déterminée ou non en montant et en durée) ou encore ses modalités (simple ou solidaire).

¹¹⁶ Particulièrement, les qualités de cautions « averties » ou « non averties ». La Cour de cassation ne les ayant jamais définies et n'ayant pas admis de présomptions à leur égard, la qualification est incertaine, alors qu'en dépendent plusieurs moyens de défense fondés sur la bonne foi contractuelle (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-ci, ou au moins de son domaine d'activité, grâce à des expériences

successives instaurant des obligations identiques ou voisines¹¹⁷ ; le manque d'articulation entre les règles spéciales et le droit commun¹¹⁸ ; les incohérences entre certaines dispositions¹¹⁹.

Tous ces défauts formels entravent la connaissance, la compréhension et la prévisibilité du droit en vigueur et compromettent la réalisation des attentes des parties¹²⁰, singulièrement la sécurité recherchée par les créanciers garantis.

B. – Imperfections substantielles

62. Sur le fond, les règles spéciales présentent d'autres d'imperfections qui entravent également l'efficacité des sûretés concernées. D'une part, elles méconnaissent la fonction des sûretés et altèrent leurs principaux caractères en privilégiant les intérêts des garants ou des débiteurs principaux sur ceux des créanciers. D'autre part, leurs modalités n'étant pas en parfaite adéquation avec les objectifs poursuivis, les protections des garants sont parfois insuffisantes et, plus souvent, excessives. 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.

professionnelles passées ou concomitantes. La qualification de « caution avertie » peut être écartée, *a contrario*, si le dirigeant était, lors de la conclusion du cautionnement, novice, inexpérimenté et/ou de paille. 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 engagements, soit de l'intérêt financier qu'en retire la caution, fût-ce seulement par le biais du régime matrimonial de communauté.

¹¹⁷ 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 annuelle, non plus que dans les trois articles imposant l'information sur la défaillance du débiteur.

¹¹⁸ Par exemple, entre les sanctions spéciales (notamment la déchéance des accessoires en cas de défaut d'information) et la responsabilité civile de droit commun ; entre l'exigence légale de proportionnalité du cautionnement aux biens et revenus de la caution et le devoir de mise en garde sur les risques de l'opération et la disproportion de l'engagement, créé par la jurisprudence sur le fondement des articles 1134, alinéa 3, et 1135 du Code civil.

¹¹⁹ 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 impose de limiter le montant comme la durée du cautionnement souscrit par les mêmes parties, c'est-à-dire une caution personne physique et un créancier professionnel.

¹²⁰ La mauvaise qualité des textes génère des litiges (de plus en plus nombreux en matière de cautionnement), qui sont autant d'atteintes possibles aux prévisions contractuelles.

1. Altération de la fonction et des caractères des sûretés

63. 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 – augmenter les chances de paiement du créancier –, il n'est pas étonnant que leur efficacité soit menacée¹²¹.

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 indemnitaire 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).

Concernant le cautionnement, c'est d'abord son caractère consensuel¹²² qui se trouve profondément entamé par les textes imposant, à peine de nullité, des mentions manuscrites. 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 mentions¹²³.

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 mises à leur charge à tous les stades de la vie du contrat¹²⁴.

¹²¹ 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° 19 à 21).

¹²² 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.

¹²³ 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).

¹²⁴ 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 débiteur.

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 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 contrat¹²⁵, mais aussi parce que des clauses qui pourraient favoriser leur paiement sont interdites¹²⁶.

2. Inadéquation entre les objectifs et les modalités des règles spéciales

64. Bien qu'elles contredisent la fonction même des sûretés et ceux de leurs caractères qui sécurisent les créanciers, les protections des garants ne sont pas *ipso facto* illégitimes. Des intérêts supérieurs à ceux des créanciers méritent d'être défendus. À 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 défini 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. Concernant le champ d'application des règles spéciales, plusieurs incohérences méritent d'être dénoncées.

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 par rapport à celui de garant personne physique : d'une part, la nature de la sûreté, d'autre part, la qualité du créancier¹²⁷. Les protections inspirées par l'impératif de justice distributive ou celui, à valeur constitutionnelle, de protection de la dignité humaine ne

¹²⁵ 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.

¹²⁶ Par exemple, les stipulations de solidarité ou de renonciation au bénéfice de discussion, si le montant de l'engagement n'est pas limité ; 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 décès (Com. 13 janv. 1987, *Bull. civ.* IV, n° 9).

¹²⁷ En ce sens, v. C. NOBLOT, *La qualité du contractant comme critère légal de protection : essai de méthodologie législative*, Paris, LGDJ, 2002.

devraient pas être réservées aux cautions et encore moins à celles qui s'engagent envers un créancier professionnel. Les principales règles dont le champ paraît trop étroit, pour ces raisons, sont les suivantes : l'article 1415 du Code civil¹²⁸, le « reste à vivre » de l'article 2301 du Code civil, les mesures de traitement du surendettement inscrites dans le Code de la consommation, qui visent toutes le seul cautionnement, et non l'ensemble des sûretés personnelles ; l'exigence de proportionnalité de l'engagement aux biens et revenus du garant, qu'aussi bien l'article L. 341-4 du Code de la consommation, que la Cour de cassation sur le fondement du droit commun des contrats, ne font jouer qu'entre une caution personne physique et un créancier professionnel.

Au regard des objectifs poursuivis, d'autres règles spéciales semblent avoir, au contraire, un champ d'application trop vaste.

Lorsque la pérennité des entreprises et des emplois qu'elles génèrent justifie que des protections soient accordées à leurs garants, deux conditions d'application devraient être réunies. La première, ayant trait aux chances sérieuses de sauvetage de l'entreprise, est déjà consacrée, pour l'essentiel, par le droit des entreprises en difficulté. Elle consiste à limiter les protections aux deux voies de traitement anticipé des difficultés des entreprises, que sont les procédures de conciliation et de sauvegarde. Le second critère devrait reposer sur la qualité de personne physique du garant. Il subordonne aujourd'hui les protections liées à la procédure de sauvegarde, et non celles relatives à la procédure de conciliation, qui bénéficient à l'ensemble des garants¹²⁹. S'il peut sembler cohérent d'accorder des protections aux garants personnes physiques, qui, en pratique, sont les chefs des entreprises débitrices et leurs proches, afin d'inciter les premiers à demander l'ouverture d'une procédure préventive, il est sans doute excessif, en revanche, de protéger également les garants personnes morales, beaucoup moins à même de favoriser le maintien des entreprises.

Le périmètre des règles légales ayant pour objet de protéger la volonté des garants, que ce soit au stade de la formation du contrat¹³⁰ ou au cours de la vie de la sûreté¹³¹, paraît lui aussi démesuré. Le double critère retenu – caution personne physique, créancier professionnel – conduit à traiter toutes les cautions personnes physiques comme des parties faibles et tous les

¹²⁸ D'autres règles protectrices de la famille du garant ont un champ plus large, adapté à leur finalité : la règle de subsidiarité de l'article L. 313-21 du Code monétaire et financier, la décharge de l'ex-conjoint d'un entrepreneur (C. civ., art. 1387-1) ou encore la décharge des héritiers (C. civ., art. 786), qui couvrent l'ensemble des sûretés personnelles.

¹²⁹ Ce que vient malheureusement de confirmer l'ordonnance du 12 mars 2014 portant réforme de la prévention des difficultés des entreprises et des procédures collectives (v. *supra* n° 15).

¹³⁰ Remise de documents, délai d'acceptation, mentions manuscrites.

¹³¹ Information annuelle sur l'encours de la dette principale et sur la durée de la garantie, information sur la défaillance du débiteur.

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 de son engagement. Si la protection de la volonté est justifiée à l'égard des garants agissant pour des raisons et à des fins personnelles, elle paraît au contraire excessive en présence de garants s'engageant pour les besoins de leur profession.

66. D'autres excès ressortent de la comparaison entre les objectifs poursuivis et les sanctions prévues par les règles spéciales. Nous en donnerons deux exemples.

Le premier concerne la nullité du cautionnement, en cas de non-respect du formalisme informatif, dans presque toutes ses modalités¹³². 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 équivoque¹³³. Il est en revanche critiquable d'admettre la nullité de l'acte « sans qu'il soit nécessaire d'établir l'existence d'un grief »¹³⁴ ou, *a fortiori*, lorsque la preuve est rapportée de la parfaite connaissance par la caution de l'étendue de son engagement¹³⁵. 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 »¹³⁶, l'engagement disproportionné est rendu totalement inefficace, alors que, pour satisfaire l'objectif de prévention du surendettement de la caution, une réduction eût été suffisante¹³⁷.

¹³² Exception faite, par la Cour de cassation, de la mention manuscrite relative au caractère solidaire du cautionnement (C. consom., art. L. 313-8 et L. 341-3), dont le non-respect empêche uniquement le créancier de se prévaloir de la solidarité (Com. 8 mars 2011, *Bull. civ. IV*, n° 31 ; Civ. 1^{re}, 5 avr. 2012, *Bull. civ. I*, n° 84).

¹³³ Com. 5 févr. 2013, n° 12-11720, 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 ».

¹³⁴ Civ. 3^e, 14 sept. 2010, n° 09-14001.

¹³⁵ Civ. 1^{re}, 16 mai 2012, n° 11-17411.

¹³⁶ Com. 22 juin 2010, *Bull. civ. IV*, n° 112, relatif à l'article L. 341-4 du Code de la consommation.

¹³⁷ Sur le fondement du droit commun des contrats, la sanction de la disproportion est ainsi plus mesurée (v. *supra* n° 40).

67. 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 supplémentaires¹³⁸ et/ou moins encadrées¹³⁹, 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.

68. 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. Les propositions doctrinales en ce sens, au niveau national¹⁴⁰ ou européen¹⁴¹, convergent vers deux remèdes complémentaires : d'abord, l'édiction de règles générales, communes à l'ensemble des sûretés personnelles ; ensuite, la rationalisation des règles spéciales. Il importe en particulier de redimensionner les protections accordées à l'ensemble des garants personnes physiques, et de créer un régime spécial pour les garants-consommateurs (les personnes physiques qui s'engagent pour des raisons et à des fins non professionnelles), excluant les garants intégrés dans l'entreprise débitrice. Ainsi réformé, le droit des sûretés personnelles serait de manière plus efficace qu'aujourd'hui « entre le droit commercial et la protection des consommateurs ».

¹³⁸ Pluralité de cautionnements garantissant la même dette, cumul de sûretés personnelles et réelles.

¹³⁹ Garantie autonome, lettre d'intention, solidarité sans intéressement à la dette, délégation imparfaite...

¹⁴⁰ V. Rapport du 31 mars 2005 sur la réforme du droit des sûretés (www.ladocumentationfrancaise.fr) ; M. BOURASSIN, *L'efficacité des garanties personnelles*, Paris, LGDJ, 2006.

¹⁴¹ Dans le Projet de cadre commun de référence (Munich, Sellier, 2009), une quatrième partie est consacrée aux sûretés personnelles. V. U. DROBNIG, « Traits fondamentaux d'un régime européen des sûretés personnelles », in *Études offertes au Doyen Philippe Simler*, Paris, Dalloz/Litec, 2006, p. 315 et s.