



HAL
open science

Les imperfections de la protection du dirigeant caution

Manuella Bourassin

► **To cite this version:**

Manuella Bourassin. Les imperfections de la protection du dirigeant caution. Les Petites Affiches, 2013, pp.9-13. hal-01458068

HAL Id: hal-01458068

<https://hal.parisnanterre.fr/hal-01458068v1>

Submitted on 26 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.

Les imperfections de la protection du dirigeant caution

Manuella Bourassin, agrégée des facultés de droit, professeur à l'université Paris Ouest-Nanterre La Défense, directrice du CEDCACE

Le cautionnement consenti par le dirigeant de l'entreprise débitrice présente des spécificités que ne prend pas suffisamment en compte le droit positif. Compte tenu des connaissances du dirigeant sur la vie des affaires en général et sur la situation financière particulière de l'entreprise garantie, les protections que le Code de la consommation et la Cour de cassation accordent respectivement aux cautions personnes physiques et aux cautions non averties sont critiquables. Dans la perspective d'une réforme, pour conforter le crédit des entreprises, un régime propre aux cautions intégrées dans les affaires du débiteur mériterait d'être édicté dans le Code civil.

NOTE

1 Le dirigeant qui se porte garant des dettes de son entreprise n'est pas une caution personne physique comme les autres car son engagement présente, en pratique, des spécificités indéniables. Effectivement, le dirigeant caution connaît normalement, non seulement la vie des affaires en général, notamment les impératifs du crédit et la dangerosité des engagements personnels de garantie, mais également la situation particulière de l'entreprise débitrice. Du fait de ses fonctions, il peut maîtriser l'endettement de celle-ci et retirer un intérêt patrimonial des crédits garantis. Le cautionnement du dirigeant est quasi systématiquement demandé par les créanciers de l'entreprise car il diminue le risque d'absence de remboursement des crédits (le cautionnement responsabilise en effet le dirigeant dans sa gestion) et, si ce risque se réalise néanmoins, il permet au créancier d'exercer son droit de gage général sur le patrimoine du dirigeant et de contourner par conséquent l'écran de la personnalité morale dirigée. La souscription d'un cautionnement par le dirigeant de l'entreprise débitrice conditionne ainsi, dans une large mesure, l'octroi de crédit aux entreprises, particulièrement aux PME et encore plus aux TPE qui, bien souvent, n'ont pas d'actifs suffisants à affecter en garantie. Elle détermine aussi l'étendue des crédits en incitant les créanciers à accepter un niveau de risque plus élevé. Ce type de cautionnement peut donc jouer un rôle considérable dans la création, la prospérité ou le rétablissement des entreprises.

2 Ces spécificités du cautionnement souscrit par un chef d'entreprise trouvent-elles des traductions en droit positif ? Aucun texte ne vise aujourd'hui spécialement les dirigeants cautions. Cependant, depuis quelques années, la Cour de cassation leur applique les dispositions du Code de la consommation protégeant le patrimoine et/ou le consentement de la « caution personne physique » **14**. En dehors de ces dispositions, la haute juridiction se montre plus sélective en réservant un régime de faveur aux « cautions non averties ». De nombreux arrêts rendus au cours de l'année 2012 illustrent ces deux fondements de la protection du dirigeant caution. Nous souhaitons en souligner les principales imperfections, avant de formuler des propositions en vue d'un droit civil du cautionnement, libéré du joug consumériste actuel et davantage au service du crédit des entreprises.

I. La proportionnalité entre le cautionnement et les capacités financières de la caution personne physique : une protection légitime mais peu efficace

3 L'article L. 341-4 du Code de la consommation, applicable aux cautionnements signés après le 5 août 2003, interdit au créancier professionnel de se prévaloir du cautionnement manifestement disproportionné, lors de sa conclusion, aux biens et revenus de la caution personne physique. Depuis 2010, la Cour de cassation accorde le bénéfice de cette disposition aux gérants, cautions de la société débitrice. Le 10 juillet 2012, la chambre commerciale a ainsi clairement rappelé que « le caractère averti de la caution est indifférent pour l'application de ce texte » **15**. À l'égard de la caution, cette application dépend de la seule qualité de personne physique, ce qu'a souligné la première chambre civile le 12 juillet 2012 pour casser un arrêt ayant écarté l'article L. 341-4 au seul motif que la caution était gérante et associée de la société garantie **16**.

4 Ces solutions méritent l'approbation dans la mesure où la décharge des cautions ayant souscrit un engagement manifestement disproportionné participe de la lutte contre le surendettement des particuliers et qu'il est légitime, au nom de la justice distributive et de la protection de la dignité humaine, d'empêcher l'exclusion financière et sociale de toutes les cautions personnes physiques. Il est en outre cohérent de faire profiter les dirigeants cautions des mesures de prévention du surendettement dès lors que, depuis la loi du 4 août 2008 de modernisation de l'économie, ils sont éligibles aux procédures de traitement du surendettement **17**.

5 Si les dirigeants cautions relèvent donc, à juste titre, de l'article L. 341-4 du Code de la consommation, ce moyen de défense présente, à leur égard, une efficacité relative. La Cour de cassation impose en effet aux juges du fond de prendre en compte des éléments d'appréciation **18** qui peuvent sérieusement entraver la reconnaissance de la disproportion. Tel est le cas de l'actif de la société cautionnée **19**, de la créance en compte courant du dirigeant caution contre celle-ci **20** ou encore des « perspectives de développement de l'entreprise » **21**.

II. Le formalisme informatif dû aux cautions personnes physiques : une protection excessive

6 L'article L. 341-2 du Code de la consommation subordonne la validité du cautionnement à la rédaction par les cautions personnes physiques d'une mention manuscrite précisant l'étendue en montant et en durée de leur engagement, ainsi que ses effets. En cas de cautionnement solidaire, l'article L. 341-3 impose une mention supplémentaire, dont le non-respect emporte, selon une jurisprudence récente, une requalification en cautionnement simple **22**. Pour la première fois, le 10 janvier 2012, la chambre commerciale de la Cour de

cassation a décidé, sous forme de principe, que ces textes sont applicables à « toute personne physique, qu'elle soit ou non avertie » **23**. La première chambre civile, le 8 mars suivant, a fait primer à son tour la qualité de personne physique, pour casser un arrêt ayant refusé l'application de l'article L. 341-2 au seul motif que les cautions étaient les associés et gérants des sociétés garanties **24**.

7 Ces solutions respectent la lettre des textes précités **25**, qui n'opèrent aucune distinction au sein des cautions personnes physiques (ubi lex...), ainsi que l'esprit de la loi du 1er août 2003 qui les a créés, tournée vers l'initiative économique et la défense des entrepreneurs. Elles ne donnent pas satisfaction pour autant car la protection du consentement, par le biais de mentions manuscrites sacramentelles, censées informer la caution sur la nature et la portée de son engagement, n'est utile que si la caution a des connaissances limitées, voire inexistantes, en matière de crédit et de garanties, ce qui n'est normalement pas le cas des dirigeants cautions. Concernant la limitation de l'étendue du cautionnement, partant l'interdiction des cautionnements omnibus, qui résultent des mentions manuscrites du Code de la consommation, elles paraissent également excessives à l'égard des cautions qui disposent d'un pouvoir juridique de direction ou de contrôle sur l'entreprise garantie, donc sur son endettement, et qui sont dès lors en mesure d'avoir une certaine maîtrise de l'étendue de leur propre obligation de couverture.

8 L'application aux dirigeants cautions des articles L. 341-2 et L. 341-3 ne paraît donc pas nécessaire et elle risque, en outre, de produire des effets pervers. En effet, cette surprotection constitue une aubaine pour des cautions appelées en paiement qui chercheraient par tous les moyens à se délier d'un engagement dont elles auraient pourtant parfaitement perçu ab initio la nature et la portée **26**. Elle constitue à l'inverse un écueil pour les créanciers, de nature à les détourner du cautionnement fourni par un dirigeant. La perte d'efficacité de ce cautionnement risque, soit de compromettre l'accès au crédit des entreprises, soit, à tout le moins, d'inciter les créanciers à demander de nouvelles sûretés qui ne sont pas aujourd'hui concernées par le formalisme informatif propre au contrat de cautionnement (sûretés personnelles indépendantes, sûretés réelles pour autrui ou encore solidarité passive sans intéressement à la dette).

9 La protection des dirigeants, en tant que cautions personnes physiques, sur le fondement des articles L. 341-2 et L. 341-3, semble d'autant plus excessive que les autres conditions d'application de ces textes font également l'objet d'une interprétation large, voire extensive. D'abord, la nature du cautionnement est indifférente : il peut être civil ou commercial **27**; il peut résulter de la conversion par réduction de l'aval d'un effet de commerce irrégulier **28**. Ensuite, la Cour de cassation a récemment admis que les dettes garanties peuvent naître d'un contrat de bail **29**, alors que l'article L. 341-2 vise lui-même le créancier « prêteur » **30**. Enfin, la notion de « créancier professionnel » est entendue dans le sens le plus protecteur des cautions, dans la mesure où il suffit que « la créance litigieuse soit née dans l'exercice de la profession de la société créancière ou se trouve en rapport direct avec l'une de ses activités principales » **31**.

III. La mise en garde des cautions non averties : une protection inadéquate

10 Sur le fondement du droit commun des obligations, la Cour de cassation se montre plus sélective dans la protection des cautions. Depuis 2007, elle impose aux juges du fond d'opérer une distinction entre les cautions averties et les cautions non averties **32** lorsqu'il

s'agit de statuer sur la responsabilité contractuelle du créancier qui n'aurait pas mis en garde la caution sur les risques de l'opération garantie et sur ceux de son propre engagement **33**.

11 Cette distinction jurisprudentielle nous paraît inadéquate, d'abord, parce que sa mise en œuvre est incertaine. L'insécurité procède du refus de la Cour de cassation de présumer la qualité de caution avertie à partir de la fonction exercée au sein de l'entreprise débitrice. Cette qualité doit être appréciée au cas par cas sur la base de divers critères relatifs, pour l'essentiel, aux compétences de la caution, à ses expériences professionnelles et aux relations qu'elle entretient avec la société garantie. Bien que la haute juridiction contrôle ces éléments d'appréciation, la distinction entre caution avertie et non avertie reste incertaine, car la jurisprudence de la Cour de cassation sur ces éléments est fluctuante. En attestent des arrêts récents qui ont tour à tour refusé puis admis la prise en compte de la qualité de dirigeant d'une société tierce **34**. Si la distinction entre caution avertie et non avertie est imprévisible, c'est en outre parce que l'appréciation in concreto des différents critères relève du pouvoir souverain des juges du fond. Cela conduit à des qualifications opposées, notamment à l'égard des dirigeants ou associés de la société cautionnée. Dans une matière comme celle des sûretés où la prévisibilité et la stabilité des règles applicables sont particulièrement impérieuses, l'insécurité juridique qu'engendre la mise en œuvre de la distinction entre caution avertie et non avertie ne peut qu'être dénoncée.

12 Cette distinction nous semble par ailleurs critiquable car les notions de cautions averties et de cautions non averties sont trop larges pour refléter précisément les forces et les faiblesses des cautions qui devraient commander l'exclusion ou l'octroi de protections. La catégorie des cautions averties recouvre ainsi trois types de cautions fort distincts. En premier lieu, sont considérés comme des cautions averties les dirigeants ou associés, dès lors qu'ils sont impliqués dans la gestion de la société cautionnée **35** et/ou qu'ils connaissent la situation financière de celle-ci **36**. Le caractère averti est reconnu, en deuxième lieu, sur le seul fondement des connaissances dont dispose la caution sur le domaine d'activité de la société garantie ou, plus généralement encore, sur la vie des affaires, en raison d'expériences professionnelles antérieures ou concomitantes à son engagement **37**. En troisième lieu, a été qualifiée d'avertie la caution ayant « des intérêts financiers dans la société », non pas en raison des fonctions exercées en son sein, mais parce qu'elle était mariée sous le régime de la communauté de biens avec son dirigeant **38**. La notion de caution non avertie est tout aussi disparate. On y trouve aussi bien des cautions affectivement proches du débiteur principal, que des gérants ou associés de l'entreprise garantie, qui, malgré ce statut, n'en avaient pas effectivement la direction ou le contrôle au moment de leur engagement, notamment en raison de leur inexpérience **39**.

IV. Pour un régime propre aux cautions intégrées dans les affaires du débiteur

13 L'application des règles ayant pour objet d'informer la caution sur la situation financière du débiteur principal ou sur la portée et les risques du cautionnement ne devrait pas dépendre du caractère non averti de la caution, et encore moins de la seule qualité de personne physique. Ce type de protection devrait profiter aux cautions n'agissant pas dans un but professionnel ou commercial, parce qu'elles disposent, en principe, de connaissances limitées en matière de crédit et de garanties et parce que les liens affectifs qu'elles entretiennent le plus souvent avec le débiteur principal ne leur permettent pas d'influer sur son endettement, voire d'en avoir seulement connaissance. Les mentions manuscrites ad

validitatem ou ad probationem renseignant la caution sur l'étendue de son engagement, l'information précontractuelle sur la situation financière du débiteur principal (sanctionnée sur le fondement de la réticence dolosive), les mises en garde sur les risques de l'opération garantie et sur ceux du cautionnement, l'information annuelle sur l'encours de la dette principale ou encore l'information sur le défaut de paiement de celle-ci ne devraient pas bénéficier, au contraire, aux cautions intégrées dans les affaires du débiteur.

14 La notion de caution intégrée nous paraît plus adéquate que celle de caution avertie, car elle renvoie uniquement aux cautions qui s'engagent pour les besoins de leur profession **40** (cause efficiente de leur obligation de couverture), en vue de retirer du crédit octroyé à l'entreprise garantie un avantage patrimonial (cause finale de leur obligation de couverture), et qui disposent d'un pouvoir juridique de contrôle ou de direction à l'égard de cette entreprise. Au sein des cautions averties, les cautions intégrées sont en réalité les seules qui disposent normalement de connaissances suffisantes sur les techniques de financement et de garantie et qui, en plus, maîtrisent la situation financière de l'entreprise cautionnée (donc l'étendue et la mise en œuvre de leur propre obligation de règlement), pour ne pas avoir besoin d'être informées par le biais des différentes règles précitées.

15 Ainsi, à l'occasion de la refonte du droit des sûretés personnelles **41**, est-il souhaitable que le législateur regroupe, au sein du Code de la consommation, toutes les règles ayant pour principal objet d'améliorer l'information des garants s'engageant dans un but non professionnel ou commercial et qu'une disposition en prime expressément, dans le Code civil **42**, les cautions intégrées dans les affaires de l'entreprise garantie **43**. Afin de limiter le contentieux que pourrait faire naître cette nouvelle notion, la loi elle-même devrait préciser que les dirigeants et les associés (à tout le moins majoritaires) sont présumés intégrés, mais qu'ils peuvent prouver le contraire **44** pour pouvoir profiter des protections normalement réservées aux cautions les plus faibles.

Ces modifications, respectueuses des spécificités du cautionnement donné par le dirigeant de l'entreprise débitrice, ainsi que de l'impératif de sécurité juridique, nous paraissent de nature à restaurer la confiance des créanciers envers ce type de sûreté et à favoriser, par conséquent, l'octroi de crédit aux entreprises. Elles illustreraient parfaitement l'utilité du droit civil dans la vie des affaires.

(À suivre)

14 –

(13) C. consom., art. L. 313-7 à L. 313-10 et L. 341-1 à L. 341-6.

15 –

(14) Cass. com., 10 juill. 2012, no 11-16355, D.

16 –

(15) Cass. 1re civ., 12 juill. 2012, no 11-20192, D.

17 –

(16) C. consom., art. L. 330-1. V. notre article «Sûretés et surendettement des particuliers» : LPA 10 oct. 2012, p. 4 et s.

18 –

(17) La Cour de cassation contrôle les éléments d'appréciation de la disproportion (v., par exemple, Cass. com., 31 janv. 2012, no 10-27651, D – Cass. 1re civ., 12 juill. 2012, préc.). En revanche, l'appréciation, purement mathématique, des facultés contributives de la caution relève du pouvoir souverain des juges du fond (Cass. 1re civ., 4 mai 2012, no 11-11461 : Bull. civ. I, no 97).

19 –

(18) Cass. com., 31 janv. 2012, préc. Les juges du fond doivent aussi tenir compte du passif de la société, dont le prêt garanti fait partie (Cass. 1re civ., 12 juill. 2012, préc.).

20 –

(19) Cass. com., 31 janv. 2012, préc.

21 –

(20) Cass. 1re civ., 4 mai 2012, préc. Contra, cependant, Cass. com., 19 oct. 2010, no 09-69203, D.

22 –

(21) Cass. com., 8 mars 2011, no 10-10699 : Bull. civ. IV, no 31 – Cass. com., 10 mai 2012, no 11-17671, à paraître au Bulletin – Cass. com., 16 oct. 2012, no 11-23623, à paraître au Bulletin.

23 –

(22) Cass. com., 10 janv. 2012, no 10-26630 : Bull. civ. IV, no 2. Dans le même sens, v. Cass. com., 13 mars 2012, no 10-27814, D (le cautionnement doit être annulé, même si la signature de la caution n'est pas contestée, dès lors que les mentions n'ont pas été rédigées par le gérant caution lui-même mais par sa secrétaire).

24 –

(23) Cass. 1re civ., 8 mars 2012, no 09-12246 : Bull. civ. I, no 53.

25 –

(24) Leur emplacement — dans le Code de la consommation — pouvait au contraire faire douter de leur application aux dirigeants cautions, qui ne sauraient être assimilés à des consommateurs, au sens du nouvel article L. 311-1, 2°.

26 –

(25) En ce sens, Cass. 1re civ., 16 mai 2012, no 11-17411, D. En l'espèce, les juges du fond avaient rejeté l'exception de nullité soulevée par le gérant caution en relevant que, si les mentions n'étaient pas strictement conformes aux prescriptions légales (la caution les avait divisées en plus de phrases que n'en impose le Code de la consommation), le garant avait «une parfaite connaissance de l'étendue et de la durée de son engagement», grâce à sa qualité même, aux mentions portées et aux différents documents remis par la banque relatifs au crédit garanti. Cet argument n'a nullement convaincu la Cour de cassation qui ignore les connaissances réelles de la caution au profit de celles que le strict respect du formalisme aurait dû procurer.

27 –

(26) Cass. com., 10 janv. 2012, préc. (le caractère commercial résultait ici de l'intérêt personnel et patrimonial du gérant caution dans le crédit octroyé à l'entreprise. Comme celle-ci était une EURL, cet intérêt était particulièrement évident).

28 –

(27) Cass. com., 5 juin 2012, no 11-19627, à paraître au Bulletin.

29 –

(28) Cass. com., 13 mars 2012, préc. Le formalisme ad validitatem de l'article 22-1 de la loi du 6 juillet 1989 n'était pas applicable en l'espèce, car le cautionnement ne garantissait pas un bail d'habitation.

30 –

(29) Il est toutefois logique de ne pas attacher d'importance à l'emploi du terme «prêteur» car il résulte d'une regrettable maladresse : le législateur a transposé purement et simplement la mention de l'article L. 313-7, qui concerne spécialement le cautionnement d'un crédit à la consommation ou immobilier dans un corps de règles générales (art. L. 341-1 à L. 341-6) ne s'attachant nullement, au contraire, à la nature du contrat principal.

31 –

(30) Cass. com., 10 janv. 2012, préc. (est un créancier professionnel, au sens des articles L. 341-2 et L. 341-3, un vendeur de matériaux de construction qui accorde des délais de paiement à ses clients et obtient des garanties en contrepartie).

32 –

(31) Auparavant, la Cour de cassation privait déjà les dirigeants cautions de moyens de défense issus du droit commun des obligations - la réticence dolosive, la mention manuscrite de l'article 1326 du Code civil et la responsabilité pour octroi abusif de crédit — en raison de leurs connaissances sur l'entreprise garantie et sur la nature et la portée de leur engagement. V. M. Bourassin, V. Brémond et M.-N. JobardBachelier, *Droit des sûretés*, Sirey, 2012, 3e éd., nos 258, 278 et 1006.

33 –

(32) V. par exemple, Cass. com., 3 juill. 2012, no 11-17450, D (cassation pour manque de base légale, au regard de l'article 1147 du Code civil, de l'arrêt ayant condamné le créancier sans avoir établi le caractère non averti des cautions ; en l'espèce, celles-ci étaient les parents de l'un des gérants de la société débitrice).

34 –

(33) Cass. com., 31 janv. 2012, no 10-24694 – Cass. com., 13 mars 2012, no 10-30923, D.

35 –

(34) Cass. com., 7 févr. 2012, no 11-16355, D – Cass. com., 13 mars 2012, no 11-10593, préc.

36 –

(35) Cass. com., 27 mars 2012, no 10-20077 : Bull. civ. IV, no 68.

37 –

(36) Cass. com. 7 févr. 2012, préc. – Cass. com., 21 févr. 2012, no 11-11270, D – Cass. com., 13 mars 2012, no 10-30923, préc. – Cass. com., 13 mars 2012, no 11-10593, préc.

38 –

(37) Cass. com., 31 janv. 2012, no 10-27651, D. Contra, v. Cass. com., 2 oct. 2012, no 11-28331, à paraître au Bulletin (la caution, concubine de l'entrepreneur garanti, «fût-elle intéressée par les fruits de l'entreprise, ne pouvait être considérée comme avertie, dès lors qu'elle n'était pas impliquée dans la vie de l'entreprise»).

39 –

(38) Cass. com., 11 avr. 2012, no 10-25904 : Bull. civ. IV, no 76 – Cass. com., 13 nov. 2012, no 11-24178 – Cass. com., 27 nov. 2012, no 11-25967.

40 –

(39) Rappr. C. civ., art. 1108-2, 2°.

41 –

(40) Pour une proposition de réforme d'ensemble du droit des garanties personnelles, v. notre thèse : *L'efficacité des garanties personnelles*, LGDJ, 2006, spéc. nos 876 à 939.

42 –

(41) Le Code civil nous paraît plus approprié que le Code de commerce pour diverses raisons. D'abord, de lege ferenda, il n'est pas du tout certain que la jurisprudence qui qualifie d'acte de commerce le cautionnement donné par le dirigeant de l'entreprise débitrice soit consacrée, tant le critère de l'intérêt personnel et patrimonial de la caution est aujourd'hui décrié. Ensuite, l'utilité de la distinction entre cautionnement civil et cautionnement commercial est de plus en plus contestée. Enfin, l'impératif à valeur constitutionnel d'accessibilité des règles de droit milite en faveur du regroupement des textes et du renouveau du Code civil en tant que siège du droit commun.

43 –

(42) Au contraire, les cautions intégrées personnes physiques devraient pouvoir continuer à invoquer le caractère manifestement disproportionné de leur engagement. En cas de réforme, l'exigence de proportionnalité mériterait même d'être étendue à tous les garants et ce, quelle que soit la qualité du créancier. Elle constituerait ainsi l'une des règles du régime primaire des garanties personnelles, qu'il serait opportun de consacrer dans le Code civil (v. notre thèse, préc., nos 852 à 857).

44 –

(43) Par exemple, si le dirigeant caution était novice lors de son engagement ou si ses fonctions étaient purement théoriques.

PA201304704 urn:PA201304704

```
window.onload = function () { window.print(); };
```