



HAL
open science

Sûretés et surendettement des particuliers

Manuella Bourassin

► **To cite this version:**

| Manuella Bourassin. Sûretés et surendettement des particuliers. Petites affiches, 2012, pp.4-29. <hal-01458071>

HAL Id: hal-01458071

<https://hal.parisnanterre.fr/hal-01458071v1>

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.



HAL Authorization

Sûretés et surendettement des particuliers

Manuella Bourassin, Agrégée des facultés de droit

Afin d'éviter la marginalisation financière et sociale des particuliers surendettés, d'importants sacrifices sont imposés à leurs créanciers (interdiction des procédures d'exécution et des paiements, arrêt des intérêts, effacement partiel voire total des dettes non professionnelles). Est-ce que les sûretés remplissent alors leur fonction en augmentant les chances des créanciers de recevoir un paiement ponctuel et intégral ? Pour mesurer l'efficacité des sûretés dans les procédures de traitement du surendettement, il convient d'analyser les règles communes à l'ensemble des sûretés (I), les règles propres au cautionnement (II) et les règles propres aux sûretés réelles (III).

1 Les sûretés et le surendettement des particuliers entretiennent des liens étroits. D'abord, la réalisation des sûretés étant un facteur de surendettement, la politique de prévention de celui-ci se traduit, en législation comme en jurisprudence, par l'encadrement du cautionnement et des sûretés réelles les plus dangereuses **1**.

Ensuite, des sûretés sont présentes dans un grand nombre de procédures de traitement du surendettement, car les dettes bancaires y sont presque toujours présentes **2** et ces dettes sont très fréquemment garanties. Enfin, l'engagement d'une procédure de surendettement au bénéfice du particulier garanti constitue une cause majeure de mise en œuvre des sûretés, puisque le risque de défaillance du débiteur, contre lequel elles ont justement pour fonction de lutter, est alors réalisé. Compte tenu de ces liens très étroits, il importe de s'interroger sur le sort des sûretés en cas de traitement des situations de surendettement.

2 Le déroulement des procédures de surendettement, dernièrement réformées en 2010 **3**, mérite à cet égard d'être brièvement rappelé. C'est à la demande du particulier qui ne parvient plus à faire face à l'ensemble de ses dettes non professionnelles en raison, le plus souvent, d'une diminution de ressources consécutive à un accident de la vie (surendettement « passif » résultant d'un divorce, d'une séparation, d'un décès d'un membre de la cellule familiale, de la maladie ou encore du chômage), qu'est engagée la procédure. La commission de surendettement saisie étudie d'abord le dossier pour décider si le demandeur est en situation de surendettement et s'il est de bonne foi, conditions subordonnant le bénéfice de la procédure. Si le dossier est recevable, son traitement dépend de la gravité de la situation financière du demandeur.

Lorsqu'un redressement est envisageable, la commission recherche en priorité un accord amiable entre le débiteur et ses principaux créanciers, afin de mettre en place un plan conventionnel qui permette l'apurement du passif moyennant l'octroi au débiteur de délais et/ou de remises. En cas d'échec de sa mission de conciliation, la commission peut recommander des mesures qui emportent l'extinction partielle des dettes. Ces mesures extraordinaires doivent être validées par le juge d'instance. Depuis la loi du 1er juillet 2010, les mesures moins attentatoires aux droits des créanciers, qui retardent seulement les paiements ou qui affectent les seuls intérêts, peuvent être imposées par la commission, sans aucune intervention judiciaire, sauf contestation.

Lorsque le débiteur se trouve dans une situation irrémédiablement compromise caractérisée par l'impossibilité manifeste de mettre en œuvre les mesures précitées arrêtées devant la commission, celle-ci peut orienter le dossier vers la procédure de rétablissement personnel, créée par la loi Borloo du 1er août 2003.

Cette procédure connaît, depuis la réforme du 1er juillet 2010, deux modalités selon la consistance de l'actif du débiteur. En présence de biens qu'il est permis et opportun de vendre, la commission peut, avec l'accord du débiteur, saisir le juge aux fins d'ouverture d'une procédure de rétablissement personnel avec liquidation judiciaire. Dans le cas contraire, qui est le plus fréquent en pratique, la commission peut désormais recommander un rétablissement personnel sans liquidation. Le juge intervient alors uniquement pour donner force exécutoire à cette recommandation. Qu'il ait lieu avec ou sans liquidation judiciaire, le rétablissement personnel entraîne l'entier effacement de la plupart des dettes non professionnelles.

3 Selon l'orientation donnée au dossier de surendettement, les créanciers sont donc incités ou contraints de renoncer à un paiement ponctuel (si le débiteur bénéficie de délais) ou à un paiement intégral (en cas de réduction des dettes), voire à tout paiement (dans l'hypothèse de l'effacement total résultant de la procédure de rétablissement personnel).

Il apparaît ainsi que l'apurement du passif n'est nullement la priorité. Le droit du surendettement cherche avant tout à protéger les débiteurs victimes de la crise économique, dont la marginalisation financière et sociale doit être évitée et dont la dignité doit au contraire être préservée. L'objectif du droit du surendettement est en cela parfaitement opposé à celui des sûretés, dont la fonction est d'accroître les chances de paiement des créanciers bénéficiaires.

Cette opposition suscite de nombreuses questions. Est-ce que tous les créanciers du particulier surendetté, qu'ils soient ou non garantis, supportent des sacrifices ou les sûretés remplissent-elles leur fonction au moment où le besoin de sécurité est le plus impérieux pour les créanciers ? Certaines sûretés résistent-elles mieux que d'autres aux procédures de surendettement ? L'incidence de ces procédures sur les sûretés est-elle comparable à celle des procédures collectives professionnelles **4**?

4 En vue de répondre à ces diverses questions et d'apprécier, ce faisant, l'efficacité des sûretés **5** en cas de traitement d'une situation de surendettement, il convient de mesurer l'impact des procédures régies par le titre III du livre III du Code de la consommation sur l'existence même des sûretés, aussi bien antérieures que postérieures, et sur les chances des créanciers garantis de recevoir un paiement ponctuel et complet. Pour cela, seront analysées d'abord les règles communes à l'ensemble des sûretés (I), puis les règles propres au cautionnement (II) et enfin les règles propres aux sûretés réelles (III).

I. Règles communes à l'ensemble des sûretés

5 Le traitement du surendettement repose sur diverses mesures, fondées sur les impératifs de solidarité sociale, de justice distributive, de dignité humaine, qui ont pour but d'éviter l'exclusion du débiteur et de faciliter, au contraire, sa réinsertion. Par ailleurs, de nombreuses dispositions sont inspirées par la volonté de sanctionner les créanciers dispensateurs de crédit, comme s'ils étaient responsables des difficultés du débiteur, alors même que le surendettement « actif » est aujourd'hui résiduel.

Ainsi, le droit du surendettement entend-il, non pas aider le débiteur en difficulté à désintéresser ses créanciers, mais bien éviter que des paiements ne provoquent sa marginalisation. Partant, le traitement du surendettement s'accompagne d'entorses à la force

obligatoire des contrats et au droit de gage général des créanciers. Le droit du surendettement mérite à cet égard d'être rapproché du droit des entreprises en difficulté, même si, nous le verrons, l'égalité entre les créanciers y est moins prégnante et l'organisation collective moins développée.

Il importe de rappeler quelles sont les principales mesures de traitement du surendettement (A), avant de mettre en lumière leur incidence sur les sûretés, qu'elles soient personnelles ou réelles (B).

A. Principales mesures de traitement du surendettement

6 Les principales mesures de traitement du surendettement sont la suspension ou l'interdiction des procédures d'exécution contre les biens du débiteur (1.), l'interdiction du paiement des dettes antérieures (2.), les aménagements de dette (3.) et l'effacement total des dettes (4.).

1. Suspension ou interdiction des procédures d'exécution contre les biens du débiteur

7 Avant loi du 1er juillet 2010, seule l'ouverture d'une procédure de rétablissement personnel (avec liquidation judiciaire) emportait, de plein droit, la suspension ou l'interdiction des procédures d'exécution contre les biens du débiteur jusqu'au jugement de clôture (C. consom., art. L. 332-6).

Au contraire, l'engagement de la procédure devant la commission n'emportait pas, à lui seul, la suspension des procédures d'exécution en cours contre le débiteur **6**. En conséquence, sauf décision contraire du juge de l'exécution (C. consom., anc. art. L. 311-5), les créanciers pouvaient toujours engager ou continuer une procédure de recouvrement forcé, ce qui compromettait les chances de redressement du débiteur. Le droit du surendettement se différenciait, sur ce point, du droit des entreprises en difficulté **7**.

8 Depuis la loi du 1er juillet 2010, en vue d'inciter les débiteurs surendettés à effectuer le plus tôt possible une démarche pour se dégager de la spirale du surendettement et, une fois la procédure ouverte, afin de préserver la capacité de remboursement du débiteur et de favoriser par là même la conclusion du plan le plus profitable à tous, la suspension ou l'interdiction des procédures d'exécution **8** diligentées contre les biens du débiteur est automatique à la suite de la décision de la commission déclarant la demande recevable (C. consom., art. L. 331-3-1). Le terme de l'interdiction est différent selon l'orientation donnée au dossier. Il peut s'agir, soit de l'approbation du plan amiable, soit de la décision de la commission imposant des mesures de redressement, soit de l'homologation par le juge des mesures recommandées par la commission, soit encore du jugement d'ouverture d'une procédure de rétablissement personnel avec liquidation judiciaire. En tout état de cause, cette interdiction initiale des procédures d'exécution ne peut excéder un an.

9 Par ailleurs, dans le nouveau délai de trois mois entre le dépôt du dossier et la décision de la commission portant sur sa recevabilité **9** (C. consom., art. L. 331-3, I), l'interdiction des procédures d'exécution peut avoir lieu pour mettre le débiteur à l'abri de pressions éventuelles de la part de ses créanciers, mais elle n'est pas alors de droit **10**. En effet, selon l'article L. 331-5 du Code de la consommation, elle doit être prononcée par le juge, saisi par la commission à la demande du débiteur.

De plus, contrairement à la suspension générale des procédures de recouvrement forcé attachée à la décision de recevabilité, cette suspension facultative ne concerne que les procédures visées dans l'ordonnance (C. consom., art. R. 331-11-1). Dans cette limite, elle s'applique dans les mêmes conditions et selon les mêmes modalités que celles prévues aux trois premiers alinéas de l'article L. 331-3-1.

10 Par la suite, pendant la durée des mesures imposées ou recommandées par la commission, les créanciers auxquels ces mesures sont opposables ne peuvent pas non plus exercer des procédures d'exécution (C. consom., art. L. 331-9).

11 Enfin, selon l'article L. 331-7-3 du Code de la consommation, issu de la loi du 1er juillet 2010, l'interdiction des procédures d'exécution est obligatoire si la situation du débiteur devient irrémédiablement compromise en cours d'exécution d'un plan conventionnel ou des mesures imposées ou recommandées par la commission et que celle-ci recommande, à la demande du débiteur, un rétablissement personnel sans liquidation judiciaire ou saisit le juge d'instance aux fins d'ouverture d'une procédure de rétablissement personnel avec liquidation judiciaire. L'interdiction dure alors jusqu'à l'homologation par le juge de la recommandation ou jusqu'au jugement d'ouverture de la procédure de rétablissement personnel avec liquidation judiciaire ; mais elle ne saurait excéder un an.

12 L'article L. 333-2-1, alinéa 1er du Code de la consommation précise que tout acte effectué en violation des dispositions précédentes peut être annulé par le juge d'instance, à la demande de la commission, présentée pendant le délai d'un an à compter de l'acte litigieux.

2. Interdiction des paiements par le débiteur

13 Pour favoriser le redressement du débiteur, le droit du surendettement interdit le paiement des dettes autres qu'alimentaires nées avant l'interdiction initiale des procédures d'exécution **11** et ce, jusqu'au terme de cette interdiction (et non pendant toute la durée de la procédure, comme l'impose au contraire le droit des entreprises en difficulté) **12**. Le débiteur peut toutefois saisir le juge pour qu'il l'autorise à effectuer certains paiements (C. consom., art. L. 331-3-1 et L. 331-5). À défaut, les paiements effectués peuvent être annulés par le juge, à la demande de la commission, présentée pendant le délai d'un an à compter du paiement de la créance (C. consom., art. L. 333-2-1, al. 1er).

3. Aménagements des dettes

14 Un premier aménagement réside dans la réduction du taux d'intérêt des emprunts, si la commission de surendettement prend du retard dans l'instruction du dossier (C. consom., art. L. 331-3) **13**. Une fois que la commission a déclaré la demande recevable, l'aménagement des dettes du débiteur dépend de l'orientation donnée au dossier : plan conventionnel de redressement (a), mesures imposées (b) ou recommandées par la commission (c) ou encore, exceptionnellement, plan judiciaire de redressement (d).

a) Plan conventionnel de redressement

15 Élaboré par la commission et approuvé par le débiteur et ses principaux créanciers **14**, le plan conventionnel de redressement vise à apurer le passif dans un délai maximum de huit ans en principe. À cette fin, il peut comporter les mesures énoncées par l'article L. 331-6 du Code de la consommation : report ou rééchelonnement des paiements ; remise des dettes ; réduction ou suppression du taux d'intérêt. Ces diverses mesures peuvent être appliquées distinctement aux différentes dettes du débiteur, car le contenu du plan amiable est dicté par le redressement de celui-ci, et non par l'égalité de traitement entre ses créanciers. Il convient de souligner que si les créanciers signataires du plan peuvent ainsi accepter et supporter des retards de paiement et/ou des impayés, les créanciers non-signataires, en revanche, du fait de l'effet relatif du plan, conservent intacts leurs créances.

b) Mesures imposées par la commission

16 À défaut de conciliation entre le débiteur et ses principaux créanciers, sur demande du débiteur, mais dans le respect du principe du contradictoire, la commission peut imposer des mesures propres à apurer entièrement le passif **15** et ce, sans aucune intervention du juge.

C'est l'une des principales innovations de la loi du 1er juillet 2010. Auparavant, la commission ne pouvait formuler que des recommandations, qui devaient être homologuées par le juge de l'exécution. C'est essentiellement pour accélérer la procédure de surendettement **16** que la réforme a accru les pouvoirs des commissions et fait reculer d'autant le recours au juge.

17 Les mesures que la commission peut imposer, pour une durée maximale de huit ans en principe, sont énoncées limitativement par l'article L. 331-7 du Code de la consommation. Il s'agit du report ou du rééchelonnement du paiement des dettes autres que celles visées par l'article L. 333-1 ; de l'imputation prioritaire des paiements sur le capital ; de la réduction du taux d'intérêt pour les sommes correspondant aux échéances reportées ou rééchelonnées ; de la suspension de l'exigibilité des créances autres qu'alimentaires, pour une durée qui ne peut excéder deux ans.

18 Lorsque la commission détermine, pour chacune des dettes, quelles sont les mesures propres à assurer le redressement de la situation du débiteur, elle n'est pas tenue d'assurer une égalité de traitement entre les créanciers **17**. L'article L. 331-7 lui enjoint, en revanche, de tenir compte de « la connaissance que pouvait avoir chacun des créanciers, lors de la conclusion des différents contrats, de la situation d'endettement du débiteur ». Il ajoute qu'« elle peut également vérifier que le contrat a été consenti avec le sérieux qu'imposent les usages professionnels ».

19 En l'absence de contestation par le débiteur ou ses créanciers dans les conditions de l'article L. 332-2 du Code de la consommation, les mesures imposées par la commission ont force obligatoire à l'égard des parties, c'est-à-dire du débiteur et des créanciers connus de la commission. Elles sont en revanche inopposables aux « créanciers dont l'existence n'aurait pas été signalée par le débiteur et qui n'en auraient pas été avisés par la commission » (C. consom., art. L. 331-7). L'emploi de la conjonction de coordination « et » peut laisser penser que la déclaration par le débiteur et l'information par la commission sont des conditions cumulatives. Si tel devait être le cas, les mesures imposées par la commission seraient inopposables aux créanciers qui n'auraient pas été mentionnés par le débiteur, même s'ils s'étaient manifestés après l'éventuel appel lancé aux créanciers par la commission. Ce résultat serait contraire à l'esprit du droit du surendettement, qui tend au contraire à promouvoir l'opposabilité des mesures de redressement. Il est donc préférable de considérer que, pour que les mesures de la commission soient opposables, il suffit que les créanciers aient connaissance de la procédure et qu'ils soient connus de la commission, quelles que soient les formalités accomplies pour ce faire.

c) Mesures recommandées par la commission et soumises à homologation du juge

20 À défaut de conciliation entre le débiteur et ses principaux créanciers, la commission peut, par proposition spéciale et motivée, et sans qu'une demande préalable du débiteur ne soit ici nécessaire, recommander l'une des deux mesures énoncées par l'article L. 331-7-1 du Code de la consommation.

D'une part, en cas de vente forcée ou amiable du logement principal du débiteur « grevé d'une inscription bénéficiant à un établissement de crédit ayant fourni les sommes nécessaires à son acquisition », la commission peut recommander, une fois le prix de vente imputé sur le capital restant dû, que celui-ci soit réduit « dans des proportions telles que son paiement, assorti d'un rééchelonnement calculé conformément au 1° de l'article L. 331-7, soit compatible avec les ressources et les charges du débiteur ».

D'autre part, la commission peut recommander un effacement partiel **18** des dettes **19**, mais seulement s'il est combiné avec une ou plusieurs des mesures que peut imposer la

commission. Échappent à cet effacement, non seulement les dettes dont le prix a été payé aux lieux et place du débiteur par une caution ou un coobligé, personnes physiques, mais également les dettes visées par les articles L. 333-1 et L. 333-1-2 du Code de la consommation.

21 Ces deux types de recommandations sont dites « extraordinaires », car elles affectent le capital des dettes et portent ainsi particulièrement atteinte aux droits des créanciers. C'est pourquoi, elles doivent être homologuées par le juge d'instance pour être exécutoires (C. consom., art. L. 332-1) **20**. L'article L. 331-8 du Code de la consommation précise que, même après leur homologation, ces mesures ne sont pas opposables aux créanciers dont l'existence n'aurait pas été signalée par le débiteur et qui n'en auraient pas été avisés par la commission **21**.

22 Depuis la loi du 1er juillet 2010, la commission peut encore recommander un rétablissement personnel s'il n'y a aucun actif à liquider (C. consom., art. L. 330-1). Le juge doit donner force exécutoire à cette recommandation, après en avoir vérifié la régularité et le bien-fondé (C. consom., art. L. 332-5).

d) Plan judiciaire de redressement

23 Dans le cadre de la procédure de rétablissement personnel avec liquidation judiciaire, si le juge estime que la liquidation peut être finalement évitée, l'article L. 332-10 du Code de la consommation l'autorise, « à titre exceptionnel », à établir, le cas échéant sur proposition du mandataire, un plan comportant les mesures que peut imposer ou recommander la commission. « Le jugement qui arrête le plan le rend opposable à tous. La durée du plan est fixée par le juge. Elle ne peut excéder huit ans. En cas d'inexécution du plan, le juge en prononce la résolution » (C. consom., art. L. 332-10, al. 2).

4. Effacement total des dettes

24 L'effacement total des dettes est une mesure propre à la procédure de rétablissement personnel **22**, dans laquelle il survient, soit lorsque ce rétablissement a lieu sans liquidation judiciaire (C. consom., art. L. 332-5), soit à la suite de la clôture pour insuffisance d'actif de la procédure de rétablissement personnel avec liquidation judiciaire (C. consom., art. L. 332-9). L'effacement concerne alors, en principe, toutes les dettes non professionnelles du débiteur.

25 Il existe toutefois de nombreuses exceptions. D'abord, l'article L. 333-1 du Code de la consommation énumère les dettes qui, sauf accord du créancier, sont « exclues de toute remise, de tout rééchelonnement ou effacement ». Il s'agit des dettes alimentaires, des réparations pécuniaires allouées aux victimes dans le cadre d'une condamnation pénale ou encore des dettes ayant pour origine une fraude aux prestations sociales. L'article L. 333-1 interdit aussi l'effacement des amendes prononcées dans le cadre d'une condamnation pénale. Ensuite, depuis la loi du 1er juillet 2010, l'article L. 333-1-2 du Code de la consommation interdit l'effacement, partiel ou total, des dettes issues de prêts sur gage souscrits auprès de caisses de crédit municipal. Ce sont enfin les dettes dont le prix a été payé au lieu et place du débiteur par la caution ou le coobligé, personnes physiques, qui échappent à l'effacement total (C. consom., art. L. 332-5 et L. 332-9).

B. Incidence du traitement du surendettement sur l'ensemble des sûretés

26 Le traitement du surendettement par les différentes mesures qui viennent d'être exposées implique des entorses plus ou moins profondes à la force obligatoire des contrats et au droit de poursuite de tous les créanciers. La question se pose de savoir si ce traitement entame aussi l'efficacité des sûretés.

Si l'inefficacité ne connaît pas exactement, ni les mêmes expressions, ni la même intensité, à l'égard du cautionnement et à l'égard des sûretés réelles **23**, elle est cependant manifeste dans l'ensemble des sûretés. Impliquée par la primauté du droit du surendettement sur le droit des sûretés (1.), l'inefficacité des sûretés, quelles qu'elles soient, dans le cadre des procédures de surendettement, résulte des atteintes portées à leur existence même (2.).

1. Primauté du droit du surendettement sur le droit des sûretés

27 Selon l'article 2287 du Code civil, issu de l'ordonnance no 2006-346 du 23 mars 2006 ayant réformé le droit des sûretés, les dispositions du livre IV du Code civil, qui constituent le droit commun des sûretés, « ne font pas obstacle à l'application des règles prévues en cas d'ouverture d'une procédure de sauvegarde, de redressement judiciaire ou de liquidation judiciaire ou encore en cas d'ouverture d'une procédure de traitement des situations de surendettement des particuliers ». En matière de sûretés, le Code civil doit donc s'effacer au profit des règles du Code de commerce ou du Code de la consommation relatives à la défaillance économique, qui suivent des fins qui leur sont propres. Comme l'objectif prioritaire des procédures d'insolvabilité réside dans le sauvetage du débiteur en difficulté, et non dans l'apurement du passif **24**, le sacrifice des créanciers titulaires de sûretés paraît inévitable. Dit autrement, la primauté, pour ne pas dire l'impérialisme, du droit des entreprises en difficulté et du droit du surendettement implique une perte d'efficacité de l'ensemble des sûretés.

Les atteintes portées à l'existence même des sûretés, qu'elles soient personnelles ou réelles, permettent de s'en convaincre.

2. Atteintes à l'existence même des sûretés

28 Le droit du surendettement affecte l'existence même des sûretés en encadrant la conclusion de nouvelles sûretés (a) et en consacrant des causes d'extinction par voie accessoire des sûretés existantes (b).

a) Encadrement de la conclusion de nouvelles sûretés

29 Le droit du surendettement, tout comme le droit des entreprises en difficulté **25**, limitent la liberté de conclure de nouvelles sûretés. En effet, aux termes des articles L. 331-3-1, alinéa 2 et L. 331-5 du Code de la consommation, l'interdiction initiale des procédures d'exécution « emporte interdiction de prendre toute garantie ou sûreté ». Il convient de relever que cette prohibition est mal formulée, car il existe une ambiguïté sur l'identité de ses destinataires. S'il s'agit des créanciers du débiteur, aucune garantie ou sûreté conventionnelle nouvelle, qu'elle soit réelle ou personnelle, ne pourrait être constituée. Au soutien de cette première interprétation, la lettre de l'article L. 331-3-1, alinéa 2 pourrait être invoquée : l'expression « prendre une garantie ou sûreté » est habituellement associée au pouvoir d'initiative des créanciers. L'esprit du texte pourrait également conforter son application générale.

Effectivement, l'interdiction des nouvelles garanties ou sûretés vise à soumettre tous les créanciers à la même discipline collective. Elle est également justifiée par la nécessité de geler le patrimoine du débiteur, afin de faciliter l'adoption de solutions de redressement ou de liquidation. Cet objectif serait contredit par la constitution de nouvelles sûretés réelles, mais aussi par la conclusion de nouvelles sûretés personnelles, en raison des recours en remboursement dont disposent les garants.

Mais une autre interprétation est envisageable. Si l'interdiction était adressée au débiteur, elle pourrait être limitée aux garanties et sûretés réelles portant sur ses biens, de sorte que des garanties souscrites par des tiers (garanties personnelles ou garanties réelles pour autrui) pourraient au contraire être librement conclues. Cette seconde interprétation pourrait être fondée, elle aussi, sur la lettre du texte : les autres interdictions inscrites dans l'article L.

331-3-1, alinéa 2 s'adressent expressément au débiteur. En outre, comme l'interdiction des nouvelles sûretés ou garanties constitue une exception à la liberté contractuelle, elle devrait recevoir une interprétation stricte, qui conforterait, de surcroît, l'utilité et l'efficacité des sûretés souscrites par des tiers garants.

30 Si le périmètre de l'interdiction est donc incertain, sa sanction est en revanche tout à fait claire. L'article L. 333-2-1 du Code de la consommation prévoit que les actes pris en violation de l'article L. 331-3-1 peuvent être annulés « par le juge du tribunal d'instance, à la demande de la commission, présentée pendant le délai d'un an à compter de l'acte ».

31 La conclusion de nouvelles garanties ou sûretés au cours de la procédure de surendettement n'est pas impossible pour autant. Le principe d'interdiction reçoit, en réalité, trois exceptions.

D'abord, une nouvelle garantie ou sûreté peut être autorisée par le juge, à la demande du débiteur (C. consom., art. L. 331-3-1 et L. 331-5).

Ensuite, des sûretés ou garanties conventionnelles peuvent être négociées dans le plan conventionnel de redressement. En effet, selon l'article L. 331-6 du Code de la consommation, ce plan peut prévoir « une création ou une substitution de garantie ». Il peut aussi subordonner les mesures qu'il renferme à « l'accomplissement par le débiteur d'actes propres à garantir le paiement de la dette » ou « à l'abstention par le débiteur d'actes qui aggraveraient son insolvabilité » (sûretés dites négatives).

Enfin, de nouvelles sûretés ou garanties conventionnelles peuvent accompagner les mesures imposées ou recommandées par la commission (C. consom., art. L. 331-7-2).

Pour des raisons pratiques, on peut sérieusement douter de l'effectivité de ces diverses exceptions et donc de la possibilité de conclure de nouvelles sûretés après l'ouverture d'une procédure de surendettement. Concernant les sûretés personnelles, il est peu probable qu'un tiers accepte de garantir un débiteur faisant déjà l'objet d'une procédure de surendettement, sauf à ce qu'il s'agisse d'une caution professionnelle qui exigerait en contrepartie une rémunération certainement trop élevée pour le débiteur. Quant aux nouvelles sûretés réelles portant sur des biens du débiteur, elles paraissent encore moins probables compte tenu de la très faible consistance du patrimoine des débiteurs surendettés.

b) Extinction par voie accessoire des sûretés antérieures

32 La pérennité des sûretés antérieures à l'engagement de la procédure de surendettement est compromise dans deux hypothèses : d'une part, en cas de défaut de déclaration des créances ou des sûretés (α), d'autre part, en cas d'effacement total des dettes garanties (β). Il s'agit de causes d'extinction par voie accessoire propres au droit du surendettement, qui ruinent l'efficacité de toutes les sûretés.

α) En cas de défaut de déclaration des créances ou des sûretés

L'état du passif est établi dans des conditions tout à fait distinctes dans la procédure de traitement du surendettement (C. consom., art. L. 331-3) et dans la procédure de rétablissement personnel (C. consom., art. L. 332-7).

33 Dans la procédure de traitement du surendettement, les créanciers n'ont pas, en principe, à déclarer leurs créances, puisque l'état du passif est établi, sur la base des déclarations du débiteur **26**, par la commission, qui en informe ensuite les créanciers **27**. Ceux-ci peuvent alors contester les déclarations du débiteur dans un délai de trente jours. Ce système d'intervention a posteriori est original **28** et protecteur des intérêts des créanciers qui ne supportent pas d'obligation de déclaration et ne risquent dès lors pas d'être sanctionnés par la perte de leurs créances et l'extinction par voie accessoire de leurs sûretés.

34 Il en va autrement si la commission décide de publier un appel aux créanciers dans un journal d'annonces légales diffusé dans le département où elle siège **29**. En effet, les

créanciers doivent alors déclarer leurs créances dans le délai précisé par la commission. Le Code de la consommation ne précise pas la sanction du manquement à cette obligation. Bien que l'extinction des créances non déclarées soit la sanction la plus attentatoire aux droits des créanciers, elle pourrait s'imposer, non seulement par analogie avec la solution retenue dans la procédure de rétablissement personnel, mais également pour favoriser l'apurement du passif et le redressement du débiteur.

35 À défaut d'appel des créanciers et en cas de désaccord avec l'état du passif déclaré par le débiteur, les créanciers doivent fournir les justificatifs de leurs créances « en principal, intérêts et accessoires ». Ce dernier terme laisse penser que les créanciers doivent déclarer leurs sûretés, quelles qu'elles soient, puisqu'elles sont toutes des accessoires des créances garanties. Mais, comme l'article L. 331-3 du Code de la consommation ajoute que les créanciers doivent également indiquer si les créances en cause ont donné lieu à une caution et si celle-ci a été actionnée, on peut se demander si le terme « accessoires » ne renvoie pas, en réalité, aux seules sûretés réelles grevant des biens du débiteur. Il existe une autre incertitude quant à la sanction encourue par le créancier en cas de défaut de fourniture des justificatifs concernant les sûretés. L'article L. 331-3 dispose que « la créance est prise en compte par la commission au vu des seuls éléments fournis par le débiteur ». Il convient certainement d'en déduire que la sanction du défaut de justificatifs des sûretés réside dans leur inopposabilité. Cela reviendrait à traiter le créancier titulaire d'une sûreté réelle comme un créancier chirographaire.

36 Dans la procédure de rétablissement personnel avec liquidation judiciaire, la pérennité des sûretés antérieures est également menacée, mais pour des raisons différentes. Selon l'article L. 332-7 du Code de la consommation, après le jugement d'ouverture de cette procédure, le mandataire, ou à défaut le juge, procède aux mesures de publicité destinées à recenser les créanciers **30**. Les créanciers doivent alors produire leurs créances dans les conditions fixées par les articles R. 334-34 et R. 334-36, issus du décret no 20101304 du 29 octobre 2010 : la déclaration doit être opérée par lettre recommandée avec accusé de réception dans le délai de deux mois à compter de la publicité du jugement d'ouverture au BODACC. L'article L. 332-7 précise que « les créances qui n'ont pas été produites (...) sont éteintes, sauf à ce que soit prononcé par le juge un relevé de forclusion » **31**.

Par voie accessoire, les sûretés garantissant les créances non déclarées sont également éteintes. Cette solution, la plus nuisible qui soit à l'efficacité des sûretés, peut sembler encore plus critiquable depuis que le droit des entreprises en difficulté a abandonné l'extinction des créances non déclarées au profit d'une inopposabilité (C. com., art. L. 622-26, dans sa rédaction issue de la loi du 26 juill. 2005 et de l'ordonnance du 18 déc. 2008).

37 Concernant la déclaration des sûretés, elle est imposée par l'article R. 334-37 du Code de la consommation, qui précise que, parmi les mentions requises à peine d'irrecevabilité de la déclaration de créance figure « la nature du privilège ou de la sûreté dont elle [la créance] est éventuellement assortie ». Une comparaison avec le droit des entreprises en difficulté mérite ici d'être opérée. L'article L. 622-25, alinéa 1er du Code de commerce, qui détaille le contenu de la déclaration de créance, indique qu'« elle précise la nature du privilège ou de la sûreté dont la créance est éventuellement assortie ». Selon une jurisprudence constante, le créancier ne peut se prévaloir des sûretés non déclarées **32**. Il peut néanmoins participer à la procédure en tant que chirographaire s'il a déclaré en revanche ses créances. En matière de surendettement, la sanction est plus radicale encore, puisqu'elle réside dans l'irrecevabilité de la déclaration, donc dans l'extinction des créances concernées et dans l'extinction par voie accessoire des sûretés qui les garantissent.

β) En cas d'effacement total des dettes garanties

38 Dans la procédure de rétablissement personnel, l'effacement total des dettes non professionnelles, à l'exception de celles visées par les articles L. 333-1 et L. 333-1-2 du Code de la consommation, a pour effet d'éteindre les garanties et sûretés, aussi bien réelles que personnelles, qui en sont les accessoires. C'est la principale cause d'inefficacité, spécifique au droit du surendettement, affectant l'ensemble des sûretés.

39 Les règles du droit du surendettement applicables à l'ensemble des sûretés compromettent donc sérieusement leur efficacité. Il convient désormais de nuancer ce constat global d'inefficacité, en envisageant successivement les règles propres au cautionnement et les règles propres aux sûretés réelles.

II. Règles propres au cautionnement

40 Les règles du droit du surendettement propres au cautionnement ont deux objets distincts : certaines concernent le débiteur surendetté ayant la qualité de caution (A), d'autres la caution du débiteur surendetté (B).

A. Le traitement du surendettement de la caution

41 Bien que, depuis la fin des années 1980, le législateur et la jurisprudence tentent de prévenir le surendettement des cautions personnes physiques, il est fréquent que la procédure de surendettement soit engagée par une caution, poursuivie par le créancier qui ne parvient pas à être payé par le débiteur principal **33**. Dès lors que la dette cautionnée est bien exigible et que la caution n'exerce pas l'une des professions relevant des procédures collectives régies par le livre VI du Code de commerce **34**, elle peut profiter des procédures de traitement du surendettement. Si l'ensemble des dispositions relatives au surendettement prévues par le Code de la consommation lui sont applicables, la caution surendettée est en outre soumise à des règles protectrices qui lui sont spécifiques, et qui seront seules analysées ici. La première réside dans l'éligibilité des cautionnements excessifs (1.). Les autres concernent les cautions garantissant les dettes d'un entrepreneur individuel ou d'une société (2.).

1. Éligibilité des cautionnements excessifs

42 L'impossibilité de faire face à la dette de cautionnement peut avoir deux causes distinctes. Elle peut résulter d'un accident de la vie postérieur à la conclusion du contrat de cautionnement, qui rend insuffisantes les ressources de la caution par rapport au montant de son engagement, alors que celui-ci était, ab initio, tout à fait proportionné à ses facultés financières. À l'inverse, l'impossibilité d'honorer le cautionnement peut procéder de son caractère excessif dès la conclusion du contrat **35**. Dans cette seconde hypothèse, la dette de cautionnement est-elle éligible à la procédure de surendettement ?

L'article L. 330-1 du Code de la consommation subordonne le bénéfice des procédures de traitement du surendettement à la bonne foi du demandeur. La question se pose dès lors de savoir si la souscription d'un ou plusieurs cautionnements disproportionnés suffit à caractériser la mauvaise foi de la caution et à rendre irrecevable son dossier de surendettement.

43 La Cour de cassation a décidé le 31 mars 2011, par une incursion dans le pouvoir souverain des juges du fond **36**, que les montants manifestement excessifs des cautionnements souscrits constituent des « motifs impropres à caractériser la mauvaise foi » **37**. Cette solution est conforme à la conception de la mauvaise foi en matière de surendettement, qui suppose la conscience du débiteur de se placer en situation de

surendettement, ainsi que son éventuelle intention d'échapper au paiement de ses dettes en instrumentalisant les procédures de traitement du surendettement. L'appréciation de ces éléments intentionnels doit être opérée, au cas par cas, par les juges du fond, sur la base d'un faisceau d'indices, tels que le caractère nécessaire ou somptuaire des dettes ou le niveau socioprofessionnel et culturel du débiteur. En revanche, le caractère disproportionné des cautionnements ne saurait établir, à lui seul, la volonté de se placer dans une situation financière inextricable et d'utiliser à mauvais escient la procédure de surendettement. Sont donc éligibles les cautionnements disproportionnés, qui sont très fréquents en pratique, notamment lorsque la caution garantit les dettes d'un entrepreneur individuel ou d'une société.

2. Protections des cautions garantissant les dettes d'un entrepreneur individuel ou d'une société

44 Depuis la loi no 2008-776 du 4 août 2008 dite de modernisation de l'économie, les débiteurs surendettés ayant la qualité de cautions d'un entrepreneur individuel ou d'une société, sont spécialement protégés. Comme ces cautions sont souvent intégrées dans les affaires du débiteur (notamment en qualité de dirigeant ou d'associé de la société garantie), la bienveillance législative dont elles font l'objet vise à encourager, in fine, l'esprit d'entreprendre. Cette bienveillance se manifeste, d'abord, par le droit de ces cautions de bénéficier d'une procédure de traitement du surendettement (a). Elle repose, ensuite, sur l'effacement de leur dette dans la procédure de rétablissement personnel (b).

a) Accès à la procédure

45 L'article L. 330-1 du Code de la consommation définit la situation de surendettement par « l'impossibilité manifeste pour le débiteur de bonne foi de faire face à l'ensemble de ses dettes non professionnelles exigibles et à échoir ». Le cautionnement garantissant une dette professionnelle, comme celle d'une société ou d'un entrepreneur individuel, ne devrait donc pas être pris en compte pour caractériser cette situation. En réalité, une évolution importante s'est produite à ce sujet.

46 À l'origine, la Cour de cassation avait déclaré éligibles à la procédure de surendettement les cautionnements souscrits pour garantir le paiement de dettes professionnelles, mais seulement si la caution n'en retirait aucun intérêt patrimonial personnel **38**. Le critère de qualification de la dette de la caution résidait ainsi dans « les conditions personnelles dans lesquelles la caution s'était engagée » et non dans la nature de la dette principale. Autrement dit, la qualification de la dette de cautionnement était fondée sur la cause subjective de ce contrat et non sur son caractère accessoire **39**. En conséquence, avaient reçu la qualification de dettes professionnelles les cautionnements souscrits par un dirigeant de société anonyme **40** ou par un administrateur et actionnaire de la société garantie **41**. À l'inverse, avaient été qualifiés de dettes non professionnelles les cautionnements donnés par un père en garantie de l'acquisition d'un fonds de commerce par son fils **42** ou par des épouses, salariées de sociétés dans lesquelles leur conjoint était associé **43** ou dirigeant **44**.

47 La loi Borloo du 1er août 2003 a ensuite reconnu 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'un entrepreneur individuel ou d'une société, en excluant cependant les dirigeants, en droit ou en fait, de la société ou de l'entreprise individuelle cautionnée **45**.

48 Cette restriction a été abandonnée par la loi du 4 août 2008 pour faire bénéficier les dirigeants-cautions des procédures de surendettement et pour stimuler, par là même, la prise d'initiative. L'article L. 330-1 dispose désormais que « l'impossibilité manifeste pour une personne physique de bonne foi de faire face à l'engagement qu'elle a donné de cautionner

ou d'acquitter solidairement la dette d'un entrepreneur individuel ou d'une société caractérisée également une situation de surendettement ».

La procédure de surendettement n'est donc plus réservée aux particuliers ayant accumulé des dettes non professionnelles. Elle peut être ouverte sur le fondement de dettes à caractère professionnel et profiter à des dirigeants-cautions non commerçants **46**, qui ne relèvent pas, rappelons-le, des procédures collectives régies par le Code de commerce.

b) Effacement de la dette de cautionnement dans la procédure de rétablissement personnel

49 En cas de rétablissement personnel sans liquidation judiciaire recommandé par la commission et rendu exécutoire par le juge d'instance ou en cas de clôture pour insuffisance d'actif de la procédure de rétablissement personnel avec liquidation, les articles L. 332-5 et L. 332-9 du Code de la consommation prévoient « l'effacement de la dette résultant de l'engagement que le débiteur a donné de cautionner ou d'acquitter solidairement la dette d'un entrepreneur individuel ou d'une société ». Cet effacement porte sur la dette de cautionnement elle-même, et non sur le seul droit de poursuite du créancier. Il s'agit donc d'une cause d'extinction par voie principale du cautionnement, propre au droit du surendettement, que la loi de modernisation de l'économie du 4 août 2008 a consacrée pour protéger les cautions intégrées dans les affaires du débiteur, spécialement les dirigeants, et pour favoriser in fine la création d'entreprise. Si cet objectif est parfaitement légitime, il n'est pas certain que le moyen choisi pour l'atteindre soit opportun, car porter si frontalement atteinte à l'efficacité du cautionnement couvrant les dettes d'un entrepreneur individuel ou une société, c'est compromettre l'octroi de crédit qui en dépend très fréquemment et menacer, finalement, la naissance ou la survie de l'entreprise.

B. Le sort de la caution du débiteur surendetté

50 Le droit du surendettement, contrairement au droit des entreprises en difficulté, ne s'intéresse qu'au cautionnement, et non aux autres sûretés personnelles, en particulier celles reconnues par le Code civil depuis l'ordonnance du 23 mars 2006, à savoir la garantie autonome et la lettre d'intention **47**. Des considérations pratiques peuvent certainement l'expliquer : le cautionnement est la sûreté la plus souvent consentie par des tiers en garantie des dettes d'un particulier surendetté ; la garantie autonome et la lettre d'intention ont été créées et se sont développées dans la vie des affaires et elles continuent d'y trouver leur terrain d'élection. Une raison juridique permet aussi d'expliquer l'absence de réglementation de la garantie autonome par le droit du surendettement : depuis l'ordonnance du 23 mars 2006, la garantie autonome est prohibée en garantie de crédits à la consommation ou immobiliers consentis à des consommateurs **48**, ainsi qu'en garantie de dettes résultant d'un bail d'habitation **49**, autant de dettes qui se trouvent au cœur des situations de surendettement.

Dans le silence du Code de la consommation, la question du sort des sûretés personnelles autres que le cautionnement dans le contexte du surendettement du débiteur garanti, peut recevoir des solutions opposées. On peut songer à étendre systématiquement les règles applicables aux cautions aux autres garants, en mettant en œuvre, soit un raisonnement a pari fondé sur la qualification de sûreté personnelle **50** ou, le cas échéant, sur la qualité de personne physique du garant, soit un raisonnement a fortiori, en raison de la plus grande dangerosité pour le garant des engagements indépendants, soit encore en s'inspirant des extensions déjà réalisées par le droit des entreprises en difficulté. Une autre solution consisterait à n'accorder aux garants non cautions aucune des protections que le droit du

surendettement offre à celles-ci et ce, au nom de la fonction même des sûretés, qui est de protéger le créancier bénéficiaire contre le risque d'impayé.

Cette solution aurait le mérite de préserver l'efficacité des sûretés personnelles autres que le cautionnement, mais elle risquerait d'encourager des contournements, qui pourraient être privés d'effet sur le fondement d'une fraude au droit du surendettement. Une troisième voie conduirait à écarter les seules protections des cautions résultant du caractère accessoire renforcé du cautionnement, au motif que la garantie autonome et la lettre d'intention présentent, au contraire, un caractère indépendant. Cette dernière solution, respectueuse des caractéristiques propres aux différentes sûretés personnelles, nous paraît devoir être privilégiée.

51 Certaines dispositions du Code de la consommation visent ensemble les cautions et les coobligés, personnes physiques. Ce rapprochement est-il justifié ? Bien que les cautions soient des débiteurs subsidiaires et les coobligés des débiteurs principaux, il est légitime de les soumettre à des règles communes lorsque les coobligés sont engagés solidairement, ce qui est le plus souvent le cas en pratique. En effet, l'obligation à la totalité de la dette qu'impose la solidarité a alors pour effet de rendre le coobligé garant pour la somme excédant sa part contributive. En outre, chaque fois que le Code de la consommation assimile la dette du coobligé à celle de la caution, il vise les seules personnes physiques, dont il cherche à éviter le propre surendettement. La nature de l'engagement importe dès lors moins que la qualité du débiteur.

52 Le Code de la consommation s'intéresse donc aux cautions du débiteur surendetté, soit sans distinction, soit en protégeant les seules cautions personnes physiques, auxquelles il assimile alors les coobligés. Il est loin, toutefois, de régler toutes les difficultés que suscite la confrontation du cautionnement et du surendettement, et qui ont trait à l'existence même du cautionnement (1.), au paiement du créancier par la caution (2.) et aux recours de la caution contre le débiteur surendetté (3.).

1. Existence du cautionnement

53 En droit commun, les cautions bénéficient de multiples informations sur leur engagement et sur la situation patrimoniale du débiteur principal **51**. Au contraire, lorsque s'ouvre une procédure de surendettement au bénéfice du débiteur garanti, la révélation de l'existence du cautionnement et l'information de la caution sont imparfaitement organisées par le Code de la consommation (a), alors que la caution risque fortement d'être appelée en paiement et que la procédure de surendettement peut lui permettre, dans certaines circonstances, d'être entièrement libérée de son engagement (b).

a) Révélation de l'existence du cautionnement et information de la caution

54 Depuis la loi no 98-657 du 29 juillet 1998 de lutte contre les exclusions, l'article L. 331-3 du Code de la consommation prévoit que les créanciers, une fois informés par la commission de l'état du passif déclaré par le débiteur, doivent indiquer « également si leurs créances ont donné lieu à une caution et si celle-ci a été actionnée ». Cette exigence de révélation du cautionnement par le créancier soulève deux questions.

D'abord, quels sont les créanciers précisément concernés ? L'emploi de l'adverbe « également » pourrait limiter le champ de l'obligation aux créanciers qui contestent l'état du passif déclaré par le débiteur, puisque ce sont ces créanciers qui, plus haut dans le texte, se voient contraints de « fournir les justifications de leurs créances ». L'esprit de la loi mériterait cependant de l'emporter sur sa lettre. L'obligation de révéler l'existence du cautionnement vise à empêcher un double paiement injustifié, l'un par la caution, l'autre par le débiteur dans les conditions fixées par le plan conventionnel de redressement ou dans celles imposées ou

recommandées par la commission. Cette ratio legis incline à étendre l'obligation à tous les créanciers, qu'ils contestent ou non l'état du passif.

La seconde question concerne la sanction du défaut de révélation du cautionnement, qui n'est nullement précisée par l'article L. 331-3. La déchéance des droits du créancier contre la caution paraît être une sanction trop radicale pour jouer implicitement. Serait plus adaptée la responsabilité du créancier pour manquement au devoir de bonne foi contractuelle. La caution non informée de l'ouverture de la procédure devrait alors prouver la négligence du créancier, ainsi que le préjudice qui en est résulté pour elle. Ce préjudice pourrait consister dans la perte d'une chance d'invoquer des moyens de défense résultant de cette procédure, telles les causes d'extinction du cautionnement par voie accessoire **52**.

55 L'article L. 331-3 prévoit ensuite que, « lorsque la commission constate que le remboursement d'une ou plusieurs dettes du débiteur principal est garanti par un cautionnement, elle informe la caution de l'ouverture de la procédure ». Cette information est particulièrement utile à la caution. En effet, si elle n'a pas encore payé, elle a tout intérêt à être informée de l'ouverture de la procédure, non seulement pour pouvoir exercer un recours anticipé contre le débiteur, mais aussi parce que cette procédure peut lui offrir des moyens d'échapper à son engagement. Si la caution a déjà été actionnée, ce que le créancier doit indiquer, et qu'elle exécute son engagement, elle devient elle-même créancière du débiteur surendetté au titre de ses recours après paiement. Alors que l'information de la caution est donc essentielle en pratique, le Code de la consommation n'y attache guère d'importance, puisque aucune sanction n'est prévue.

56 Si la caution a bien été informée par la commission de l'ouverture de la procédure, l'article L. 331-3 précise qu'elle « peut faire connaître par écrit à la commission ses observations ». Comme il s'agit d'une simple faculté, le silence de la caution ne devrait pas être interprété comme un renoncement à contester son engagement et elle devrait rester libre de son argumentation devant les tribunaux **53**. L'article R. 332-2 du Code de la consommation est cependant plus contraignant, en dépit de l'emploi du verbe « inviter », puisqu'il y est question d'un délai de trente jours pour justifier des sommes éventuellement déjà acquittées en exécution de l'engagement de caution. Cela ressemble à une obligation de déclaration des créances, qui, si elle n'était pas respectée, pourrait priver la caution de ses recours en remboursement.

L'article R. 332-2 précise encore que la caution peut « fournir dans ce même délai toutes informations complémentaires utiles ». Il pourrait s'agir des sûretés prises par la caution sur les biens du débiteur pour couvrir son recours en remboursement. La caution pourrait également mettre en avant des moyens de défense relatifs à la dette principale que le débiteur n'aurait pas invoqués, pour inviter la commission à saisir le juge de contestations sur ce fondement.

57 L'implication de la caution dans la procédure de surendettement dépend donc beaucoup de ses propres initiatives, qui sont elles-mêmes subordonnées à la révélation du cautionnement par le créancier, puis à l'information de la caution par la commission de surendettement, dont le défaut n'est malheureusement pas sanctionné. Il est permis de regretter que la caution ne soit pas mieux associée à la procédure, alors que celle-ci produit des effets très importants sur le cautionnement, comme en attestent les causes d'extinction qu'elle recèle.

b) Causes d'extinction du cautionnement

58 Aucun texte du droit du surendettement ne prévoit de causes d'extinction propres au cautionnement.

La Cour de cassation, quant à elle, rejette l'extinction du cautionnement en cas de simple changement de la dette principale, non constitutif d'une novation, car celle-ci ne se présume pas, elle doit résulter clairement des actes (C. civ., art. 1271). Ainsi, les aménagements de la dette garantie prévus dans le plan conventionnel de redressement, telles les modifications des modalités de remboursement d'un prêt, ne suffisent-ils pas à caractériser une novation et ne sauraient donc emporter l'extinction, par voie accessoire, du cautionnement garantissant cette dette **54**.

59 Le cautionnement est pourtant susceptible de disparaître dans le cadre d'une procédure de surendettement, puisque lui sont applicables les causes d'extinction par voie accessoire communes à l'ensemble des sûretés, que sont, d'une part, le défaut de déclaration des créances ou des sûretés et, d'autre part, l'effacement total des dettes non professionnelles dans la procédure de rétablissement personnel **55**.

L'extinction de la dette principale survenant dans l'une de ces deux hypothèses constitue incontestablement une exception inhérente à la dette, opposable par la caution qui n'aurait pas encore payé **56** pour être elle-même entièrement déchargée, quelle que soit sa qualité. Dans certaines circonstances, les procédures de surendettement et, spécifiquement, les procédures de rétablissement personnel peuvent donc complètement ruiner l'efficacité des cautionnements.

Il est toutefois d'autres hypothèses dans lesquelles le paiement du créancier par la caution est tout à fait préservé.

2. Paiement du créancier

60 À la suite de la décision de la commission déclarant le dossier recevable ou, avant cela, si le juge le décide, le paiement par le débiteur de ses dettes antérieures autres qu'alimentaires est en principe interdit **57**.

Il est dès lors fondamental de savoir si le créancier peut réclamer paiement à la caution du débiteur surendetté. Sauf à ce que cette caution soit elle-même en situation de surendettement **58** ou qu'elle puisse se prévaloir de l'extinction de son engagement, le droit de poursuite du créancier est globalement protégé : le moment de ces poursuites (a), aussi bien que leur montant (b), sont peu affectés par les procédures de surendettement, ce qui conforte l'efficacité du cautionnement.

a) Moment des poursuites contre la caution

61 La caution ne peut être poursuivie que si la dette principale est exigible et si le débiteur n'y satisfait pas. Or pour favoriser le redressement du débiteur, aucune des procédures de surendettement n'est une cause de déchéance du terme **59**. La jurisprudence en déduit que la clause insérée dans les contrats de cautionnement prévoyant l'exigibilité de l'engagement de la caution en cas d'ouverture d'une procédure d'insolvabilité doit être réputée non écrite **60**. Le créancier doit donc attendre, le cas échéant, que la dette du débiteur surendetté soit exigible pour pouvoir demander paiement à la caution. Le Code de la consommation ne consacre alors aucune suspension des poursuites propre aux cautions (α). En revanche, il interdit, dans diverses hypothèses, les procédures d'exécution contre les biens du débiteur, sans toutefois préciser si les cautions peuvent s'en prévaloir (β). Il existe également une lacune législative quant à l'incidence sur les cautions des délais de paiement octroyés au débiteur. C'est la jurisprudence qui protège dans ce dernier cas les intérêts des créanciers en déclarant ces délais inopposables par les cautions (γ).

α) Absence de suspension des poursuites propre aux cautions

62 La suspension des procédures d'exécution contre les biens de la caution n'est imposée par aucun texte du Code de la consommation, alors que le droit des entreprises en difficulté

accorde cette protection aux garants personnes physiques pendant la période d'observation de la procédure de sauvegarde ou de redressement judiciaire (C. com., art. L. 622-28, al. 2 et L. 631-14). Cette différence peut s'expliquer par la raison d'être de la suspension dans la procédure collective professionnelle : il s'agit d'inciter le dirigeant caution à demander le plus tôt possible l'ouverture de la procédure. Cet objectif ne saurait valoir dans les procédures de surendettement. On peut cependant s'étonner du défaut de reconnaissance d'une suspension des poursuites au bénéfice des cautions (et des coobligés solidaires) personnes physiques du débiteur surendetté, afin d'éviter le propre surendettement de ces garants, dans la mesure où cet objectif a inspiré plusieurs dispositions de la loi du 1er juillet 2010.

63 Non prévue par la loi, la suspension des poursuites contre la caution ne saurait procéder de la commission de surendettement, puisqu'il est constant que les décisions et recommandations des commissions ne peuvent concerner que la situation du particulier surendetté.

Comme les cautions ne profitent donc pas, à titre personnel, d'une suspension des poursuites, la question se pose de savoir si elles bénéficient de celles concernant les biens du débiteur surendetté.

β) Opposabilité des suspensions des procédures d'exécution contre le débiteur ?

64 Les différents cas de suspension ou d'interdiction des procédures d'exécution **61** n'entravent pas directement les poursuites du créancier contre la caution, puisque seules les procédures « diligentées contre les biens du débiteur » sont visées. Mais les cautions peuvent-elles s'en prévaloir pour refuser momentanément de payer ? Aucune des nombreuses lois ayant réglementé le traitement du surendettement n'a apporté de réponse à cette question pourtant importante.

65 Une clause du cautionnement peut certainement prévoir la suspension des poursuites contre la caution en cas de procédure de surendettement du débiteur principal **62**. Par ailleurs, une fois la procédure de surendettement engagée, le créancier peut renoncer à poursuivre la caution pendant la période de suspension profitant au débiteur **63**.

Dans le silence de la loi et à défaut de telles manifestations de volonté du créancier, de multiples arguments confortent l'inopposabilité par les cautions des suspensions des poursuites contre les biens du débiteur surendetté.

66 Le débat mérite d'abord d'être porté sur le terrain du caractère accessoire du cautionnement, puisque ce caractère relève de son essence même. L'une de ses manifestations est inscrite dans l'article 2290 du Code civil : « Le cautionnement ne peut excéder ce qui est dû par le débiteur ».

Cette limitation concerne le montant du cautionnement, mais aussi sa durée, de telle sorte que la caution pourrait soutenir qu'elle ne saurait être poursuivie avant la fin de l'interdiction des procédures d'exécution profitant au débiteur. Cette interprétation du caractère accessoire peut cependant être contredite sur le fondement de l'une de ses autres manifestations, prévue par l'article 2313 du Code civil : « La caution peut opposer au créancier toutes les exceptions qui appartiennent au débiteur principal, et qui sont inhérentes à la dette. Mais elle ne peut opposer les exceptions qui sont purement personnelles au débiteur ».

Si l'on admet, sur le fondement de la conception dualiste de l'obligation, que les exceptions inhérentes à la dette intéressent le droit de créance lui-même et les exceptions personnelles seulement le droit de poursuite, l'interdiction des procédures d'exécution contre les biens du débiteur devrait recevoir cette seconde qualification. Le caractère accessoire du cautionnement ne devrait donc pas permettre aux cautions d'opposer cette exception **64**.

67 Un autre moyen de défense ne profitant qu'aux cautions simples, et non aux cautions solidaires, ne devrait pas non plus justifier l'opposabilité. Il s'agit du bénéfice de discussion. En effet, pour pouvoir contraindre le créancier à d'abord saisir et faire vendre les biens du débiteur principal, afin de constater s'il est solvable ou non, avant de la poursuivre elle-même, la caution simple doit indiquer au créancier les biens susceptibles d'être discutés (C. civ., art. 2300), c'est-à-dire ceux dont la vente pourrait permettre de couvrir une partie non négligeable de la dette.

Or cette condition est impossible à satisfaire, selon la jurisprudence, lorsque le débiteur est notoirement insolvable, ce qui a déjà été jugé en présence d'un débiteur en redressement ou liquidation judiciaire **65** et qui devrait l'être aussi en cas de surendettement.

68 En plus des deux arguments techniques précédents, c'est un argument finaliste qui pourrait justifier l'inopposabilité par la caution de l'interdiction des poursuites à l'encontre des biens du débiteur. Il s'agirait de faire primer la fonction de garantie du cautionnement, en empêchant tout retard dans son exécution, lorsque la défaillance du débiteur est avérée, et même solennisée par l'ouverture d'une procédure de traitement du surendettement ou, a fortiori, de rétablissement personnel.

69 La solution paraît devoir encore s'imposer au vu de la jurisprudence de la Cour de cassation qui, en matière de procédure collective professionnelle, décide que les suspensions des procédures d'exécution contre l'entreprise en redressement ou en liquidation judiciaire sont inopposables par les cautions **66**.

70 Si la haute juridiction n'a encore jamais expressément affirmé cette inopposabilité dans le cadre des procédures de surendettement, il convient de terminer l'étude des arguments étayant cette solution, en soulignant qu'elle est implicite dans les arrêts qui se prononcent sur l'incidence sur les cautions des mesures profitant au débiteur.

Effectivement, c'est bien parce que le créancier peut poursuivre la caution pendant les périodes d'interdiction des procédures d'exécution contre les biens du débiteur, que se pose la question de l'opposabilité ou non par la caution des réductions de dette et des délais de paiement octroyés au débiteur.

y) Inopposabilité des délais de paiement octroyés au débiteur

71 Le Code de la consommation est muet sur l'incidence, en matière de cautionnement, des délais de paiement octroyés au débiteur. La Cour de cassation a pris position en faveur de l'inopposabilité, tant des délais consentis dans le plan conventionnel de redressement **67**, que des délais imposés aux créanciers **68**, de sorte que les cautions doivent, en tout état de cause, payer à l'échéance initialement prévue.

72 Ces solutions ont reçu de très vives critiques. D'abord, elles contrediraient le caractère accessoire du cautionnement (C. civ., art. 2313), qui autorise les cautions à opposer les prorogations du terme consenties par le créancier au débiteur, ainsi que les remises de dette ayant un caractère volontaire (C. civ., art. 1287), ce qui est le cas de celles prévues dans un plan conventionnel de redressement.

Ensuite, permettre aux créanciers d'accorder des délais ou des remises au débiteur et de solliciter la caution au terme initialement convenu et pour la totalité de la dette serait contraire à l'obligation de loyauté contractuelle **69**.

Par ailleurs, l'inopposabilité des mesures octroyées au débiteur compromettrait le redressement de celui-ci, car la caution exerce alors contre lui un recours intégral. La solution pourrait, en outre, conduire au propre surendettement de la caution. Enfin, des critiques procèdent des solutions inverses prévalant dans les procédures collectives professionnelles de conciliation et de sauvegarde **70**.

73 L'inopposabilité par les cautions des protections accordées au débiteur soulève donc de nombreuses et sérieuses objections, mais elle repose toutefois sur des justifications au moins aussi solides. La plus importante réside dans la fonction de garantie du cautionnement : lorsque s'ouvre une procédure d'insolvabilité, la défaillance du débiteur est manifeste et le cautionnement doit donc jouer pleinement son rôle de protection des intérêts économiques du créancier. Cette logique prévaut dans le Code de commerce en présence d'un plan de redressement judiciaire, dont les mesures ne profitent à aucun garant (C. com., art. L. 631-20). Préserver de la sorte l'efficacité du cautionnement permettrait de protéger, in fine, les personnes les moins à même d'obtenir du crédit **71** et, dans le cadre d'une procédure de traitement de l'insolvabilité, cela favoriserait les accords entre les créanciers et le débiteur, partant le rebond de ce dernier. Concernant la caution, elle est certes tenue plus sévèrement que le débiteur, mais si cela devait la mettre dans une situation financière inextricable, elle pourrait saisir la commission pour bénéficier des mesures prévues en faveur des particuliers surendettés. Sans aller jusqu'à cette solution extrême, il serait possible, avec l'accord explicite du créancier, de protéger la caution en l'associant au plan conventionnel **72**.

L'inopposabilité par les cautions des mesures octroyées au débiteur surendetté, soit dans le plan conventionnel de redressement, soit par décision de la commission ou du juge, nous paraît donc opportune. Il est seulement regrettable qu'elle ne soit toujours pas inscrite dans le Code de la consommation. L'efficacité du cautionnement serait mieux préservée encore si le législateur consacrait enfin les solutions rendues par la Cour de cassation en 1996 et 1998.

74 Pour terminer l'étude du moment des poursuites contre la caution, il convient de préciser les règles de prescription applicables. Sont-elles les mêmes que celles relatives aux actions exercées contre le débiteur **73**? Dans un arrêt du 18 octobre 2000, la Cour de cassation a décidé que, « de même qu'une caution ne peut se prévaloir à l'encontre du créancier des mesures prises en faveur du débiteur principal par un plan judiciaire de redressement, de même le créancier forclos ne peut invoquer ce plan pour prétendre qu'un nouveau délai de forclusion lui serait ouvert à compter du premier incident de paiement affectant l'exécution dudit plan » **74**. Les solutions jurisprudentielles relatives au moment des poursuites contre la caution sont ainsi parfaitement cohérentes : les mesures et règles liées spécialement au surendettement du débiteur ne sauraient être invoquées, ni par la caution pour retarder son paiement, ni par le créancier pour poursuivre la caution après l'expiration du délai de prescription de droit commun.

b) Montant des poursuites contre la caution

75 Dans le silence des lois successives ayant réformé les procédures de surendettement, la Cour de cassation a nettement pris position en faveur de l'inopposabilité par les cautions des réductions de la dette garantie (α). Cette solution, qui conforte l'efficacité du cautionnement, devrait également jouer lorsque les mesures de redressement affectent les intérêts produits par la dette principale (β).

α) Inopposabilité des réductions de dette

76 La dette principale peut être réduite, soit lorsque le plan conventionnel prévoit une remise, soit lorsque la commission recommande un effacement partiel des dettes, soit encore lorsqu'une réduction est prévue dans le plan judiciaire de redressement. Le Code de la consommation ne précise nullement si ces diverses réductions peuvent être invoquées par les cautions pour être elles-mêmes partiellement déchargées. Les termes du débat sont alors les mêmes que ceux exposés précédemment au sujet des délais de paiement **75** et les solutions jurisprudentielles sont également identiques. En effet, la Cour de cassation a jugé,

dans l'arrêt précité du 13 novembre 1996, que « malgré leur caractère volontaire, les mesures consenties par les créanciers dans le plan conventionnel de règlement ne constituent pas, eu égard à la finalité d'un tel plan, une remise de dette au sens de l'article 1287 du Code civil » **76**. Au-delà de la finalité du plan, c'est la finalité de garantie du cautionnement qui justifie que son caractère accessoire soit écarté lorsque la défaillance du débiteur est attestée par l'engagement d'une procédure de surendettement. Pour préserver le paiement intégral de la caution, malgré la réduction de la dette principale, la haute juridiction a par ailleurs décidé à plusieurs reprises que « les mesures de redressement judiciaire civil imposées par le juge aux créanciers sont sans influence sur les obligations des cautions qui ne peuvent se prévaloir de la réduction de créance dont les mesures font bénéficier le seul débiteur principal » **77**.

77 Si aucune des nombreuses réformes des procédures de surendettement n'a consacré ces solutions, protectrices des intérêts des créanciers, aucune ne les a non plus condamnées. La loi du 1er juillet 2010, en particulier, n'a pas reconnu aux cautions et coobligés, personnes physiques, le droit de se prévaloir des mesures bénéficiant au débiteur surendetté, alors que, d'une part, elle leur a réservé un sort favorable au stade des recours contre le débiteur **78** et que, d'autre part, elle aurait pu s'inspirer des solutions protectrices des cautions prévalant au contraire dans les procédures de conciliation et de sauvegarde des entreprises en difficulté.

Le silence de la loi de 2010 nous paraît devoir être interprété comme une confirmation implicite des décisions de la Cour de cassation refusant aux cautions, quelles qu'elles soient, le bénéfice des mesures octroyées au débiteur **79**. Nous pensons même que l'inopposabilité des mesures imposées par le juge devrait être étendue, par analogie, aux réductions de dette recommandées par la commission et homologuées par le juge, ainsi qu'aux modifications affectant les intérêts de la dette garantie.

β) Opposabilité des modifications des intérêts ?

78 Ni le Code de la consommation, ni la jurisprudence, n'ont apporté de réponse à la question de savoir si les cautions peuvent se prévaloir de l'arrêt du cours des intérêts ou de la diminution du taux d'intérêt pouvant survenir dans la procédure de traitement du surendettement.

Une réponse positive pourrait naturellement être donnée sur le fondement du caractère accessoire du cautionnement, qui interdit à la caution de payer plus que le débiteur et qui lui permet d'opposer aux créanciers toutes les exceptions inhérentes à la dette garantie, ce qui est vraisemblablement le cas des réductions de son montant consécutives à l'arrêt ou à la diminution des intérêts **80**.

Une réponse plus nuancée, à l'image de celle que renferme le Code de commerce **81**, pourrait dépendre du cadre dans lequel prendrait place la modification des intérêts : opposabilité par les cautions des modifications liées au plan conventionnel de redressement **82**; inopposabilité dans les autres hypothèses **83**.

Cependant, dans les procédures de surendettement, cette distinction ne saurait être justifiée, comme elle l'est en droit des entreprises en difficulté, par la volonté de favoriser le sauvetage du débiteur le plus tôt possible, puisque la caution ne peut pas déposer à la place du débiteur le dossier de surendettement. En outre, admettre l'opposabilité des modifications affectant les intérêts dans le seul cadre du plan conventionnel de redressement risquerait de détourner les créanciers des solutions amiables, ce qui ne paraît guère opportun.

Reste, enfin, la réponse négative consistant à refuser en tout état de cause aux cautions le bénéfice des modifications des intérêts. Cette solution serait parfaitement justifiée au regard de la fonction de garantie du cautionnement. En outre, dans un souci de cohérence avec les

décisions jurisprudentielles relatives aux délais de paiement et aux réductions du principal de la dette, l'inopposabilité par les cautions des modifications des intérêts mériterait de s'imposer.

Dès lors que la caution n'est pas déchargée à la suite de l'ouverture d'une procédure de surendettement et qu'elle est tenue de payer, dans des conditions d'ailleurs souvent plus strictes que le débiteur, se pose la question de ses recours contre celui-ci.

3. Recours de la caution contre le débiteur surendetté

79 Quel que soit l'avantage que la caution retire de l'opération de garantie, elle est toujours tenue pour un autre, le débiteur principal. En qualité d'obligé de second rang, la caution dispose de recours contre le débiteur, avant (a) et après paiement (b). Ces recours se trouvent-ils affectés lorsque le débiteur est soumis à une procédure de surendettement ?

a) Recours avant paiement

80 Pour prémunir les cautions contre le risque de défaut de remboursement, l'article 2309 du Code civil leur reconnaît le droit d'exercer un recours contre le débiteur, avant même d'avoir payé le créancier, notamment lorsque le débiteur « a fait faillite, ou est en déconfiture ». La procédure de surendettement des particuliers peut être assimilée à ces événements, puisqu'elle manifeste « l'impossibilité de faire face à tous ses créanciers » qui les caractérise

84.

81 Cependant, le recours préventif ne saurait prospérer sous la forme, d'ailleurs controversée en droit commun, d'une demande d'indemnisation du risque de devoir payer, puisqu'il est interdit au débiteur de payer les dettes antérieures à la décision de la commission déclarant son dossier recevable **85.**

Un recours anticipé sous la forme de mesures conservatoires prises sur les biens du débiteur risque fort, quant à lui, d'être inefficace.

Certes, de telles mesures ne tombent pas sous le coup de l'interdiction des poursuites, puisque seules les procédures d'exécution sont visées.

Mais, en pratique, faute d'actifs de valeur dans le patrimoine du débiteur surendetté, les mesures conservatoires ne présentent pas d'intérêt, ce qui explique d'ailleurs qu'elles soient rarement mises en œuvre par les cautions.

82 Le recours avant paiement sous la forme d'une déclaration par la caution de sa créance peut en revanche être utile si le créancier n'a pas lui-même révélé à la commission l'existence du cautionnement.

Par ailleurs, le recours préventif peut permettre aux cautions qui seraient elles-mêmes débitrices du débiteur principal de voir leur dette éteinte par compensation.

Si l'utilité du recours anticipé est donc assez limitée, celle des recours après paiement est-elle, au contraire, réelle ?

b) Recours après paiement

83 La caution est un débiteur de second rang qui n'est pas intéressé à la dette et qui ne doit donc pas y contribuer définitivement. Selon le droit commun du cautionnement, elle dispose pour cela, après paiement du créancier, de deux recours, l'un personnel (C. civ., art. 2305), l'autre subrogatoire (C. civ., art. 2306), qui peuvent être exercés alternativement ou cumulativement.

Lorsque la caution a payé au lieu et place d'un débiteur faisant l'objet d'une procédure de surendettement, ces recours suscitent trois questions : sont-ils maintenus (α) et, dans l'affirmative, à quel moment (β) et pour quel montant (γ) peuvent-ils être exercés ?

Existence des recours

84 La loi du 1er juillet 2010 s'est intéressée aux recours en remboursement des cautions ou coobligés, comme avant elle la loi Borloo du 1er août 2003. Mais elle a subordonné leur existence à la qualité de personne physique de leur auteur et ce, dans trois hypothèses. D'abord, dans la procédure de traitement du surendettement, comme la commission ne peut recommander un effacement partiel des créances dont le prix a été payé au lieu et place du débiteur par la caution ou le coobligé, personnes physiques (C. consom., art. L. 331-7-1, 2°), ceux-ci peuvent exercer un recours après paiement.

Ensuite, en cas de rétablissement personnel sans liquidation judiciaire, les cautions personnes physiques peuvent également exercer un recours, puisque, d'après l'article L. 332-5 du Code de la consommation, les dettes dont le prix a été payé au lieu et place du débiteur par la caution ou le coobligé, personnes physiques, ne sauraient être effacées. Il en va de même, enfin, selon l'article L. 332-9, en cas de clôture pour insuffisance d'actif de la procédure de rétablissement personnel avec liquidation judiciaire.

85 Dans ces trois hypothèses, une lecture a contrario des nouvelles dispositions conduit à priver les cautions ou coobligés, personnes morales, d'une partie ou de la totalité de leur recours contre le débiteur. Par dérogation au caractère subsidiaire du cautionnement, ce sont alors ces cautions personnes morales qui supportent définitivement le poids des dettes du débiteur.

86 Pourquoi la réforme de 2010 a-t-elle imposé cette distinction entre les cautions personnes physiques et les cautions personnes morales, que ne connaît d'ailleurs pas le droit des entreprises en difficulté **86**? Sous l'empire de la loi du 1er août 2003, comme toutes les cautions étaient visées, le recours en remboursement pouvait être exercé par des sociétés de caution mutuelle, qui étaient souvent les propres filiales des établissements ayant consenti les prêts garantis.

Cela permettait aux établissements de crédit de ne pas souffrir, in fine, des mesures d'effacement de dettes. Sur proposition du comité de suivi de la loi du 1er août 2003 **87**, la réforme de 2010 a entendu mettre fin à cette pratique.

Mais elle est allée peut-être trop loin par rapport à ce que l'objectif poursuivi imposait. En effet, elle a privé de recours toutes les cautions personnes morales, en particulier celles couvrant des dettes locatives **88**, alors même que, depuis quelques années, leur intervention à la place de cautions personnes physiques a été encouragée, puis même imposée par le législateur **89**. Il est ainsi permis de déplorer un certain manque de cohérence de la législation récente à l'égard des cautions personnes morales. Deux autres explications de la réforme de 2010 peuvent être avancées. D'une part, l'exclusion des recours des cautions personnes morales peut favoriser le redressement du débiteur. D'autre part, la protection des cautions personnes physiques participe de la prévention de leur propre surendettement. Mais encore faut-il, pour que ce dernier objectif soit atteint, que le recours de la caution personne physique soit efficace. Cela dépend, en partie, des règles relatives au moment et au montant de ce recours.

β) Moment du recours

87 Du jour où la commission déclare la demande recevable, voire antérieurement sur décision judiciaire, jusqu'à la décision d'orientation du dossier, les procédures d'exécution contre les biens du débiteur sont interdites (C. consom., art. L. 331-3-1 et L. 331-5). En conséquence, la caution ayant désintéressé le créancier ne saurait, pendant cette première période, exercer des poursuites à l'encontre des biens du débiteur pour obtenir remboursement.

Au cours de cette même période, l'article L. 331-3-1 du Code de la consommation interdit au débiteur, sauf s'il y est autorisé par le juge d'instance, de « désintéresser les cautions qui

acquitteraient des créances nées antérieurement à la suspension ou à l'interdiction » des procédures d'exécution. Le législateur a pris la peine de formuler cette prohibition, alors que le même texte interdit plus généralement au débiteur de « payer, en tout ou partie, une créance autre qu'alimentaire ».

Il est permis d'en déduire que l'interdiction spéciale relative au remboursement d'une caution devrait être interprétée strictement. Ce faisant, si une caution était amenée à payer une créance née postérieurement à la décision de la commission déclarant la demande recevable, que le cautionnement soit lui-même postérieur ou antérieur à cette décision **90**, le remboursement par le débiteur pourrait être admis.

Une fois le dossier orienté, l'effectivité du droit au remboursement de la caution risque d'être compromise au cours de nouvelles périodes d'interdiction des poursuites : d'abord, pendant la durée des mesures imposées ou recommandées par la commission (C. consom., art. L. 331-9) ; ensuite, si la situation du débiteur devient irrémédiablement comprise en cours d'exécution des mesures de redressement, jusqu'à la décision du juge d'instance relative à la procédure de rétablissement personnel avec ou sans liquidation judiciaire (C. consom., art. L. 331-7-3) ; enfin, pendant toute la procédure de rétablissement personnel avec liquidation (C. consom., art. L. 332-6).

88 Finalement, les cautions solvens ne peuvent exercer leur recours en remboursement qu'à des moments très précis : avant la décision de la commission déclarant la demande recevable et seulement alors si le juge n'a pas interdit les poursuites ; ou bien pendant l'exécution du plan conventionnel de redressement si celui-ci ne prévoit pas le report ou le rééchelonnement des paiements dus à la caution ; ou enfin, et c'est certainement l'hypothèse la plus probable, à tout le moins pour les cautions personnes physiques, à l'issue de la procédure de rétablissement personnel.

L'efficacité des recours de la caution pâtit sérieusement de cette limitation drastique des périodes pendant lesquelles ils peuvent être exercés.

y) Montant du recours

89 Lorsque la caution est autorisée à agir en paiement contre le débiteur, peut-elle espérer un remboursement intégral de tous les débours liés à l'exécution de son engagement **91** ou sa créance risque-t-elle d'être amputée dans les mêmes proportions que la dette principale ? Dit autrement, est-ce que les mesures de traitement du surendettement sont opposables par le débiteur à la caution ? Dans le silence de la loi, la Cour de cassation a jugé à plusieurs reprises que la réduction du solde du prêt immobilier restant dû à l'établissement de crédit après la vente du logement principal du débiteur (C. consom., art. L. 331-7-1, 1^o) ne s'applique pas à la créance de la caution qui a payé la dette de celui-ci **92**. Cette solution devrait être étendue à toutes les réductions de dette dont profite le débiteur. Techniquement, elle se justifie par le caractère essentiellement subsidiaire du cautionnement.

Sous l'angle de la politique jurisprudentielle, elle révèle la volonté de la haute juridiction de tenir en quelque sorte les cautions à l'écart des procédures de surendettement : les mesures qui y sont adoptées ne profitent pas aux cautions pour entraver le paiement du créancier, mais elles ne lui nuisent pas non plus lors du recours en remboursement contre le débiteur. À cet ultime stade de la vie du cautionnement, la Cour de cassation fait nettement primer les intérêts de la caution sur ceux du débiteur, au prix d'ailleurs d'une entorse au principe de l'effet translatif du paiement avec subrogation **93**, et quitte, en outre, à compromettre sérieusement l'ensemble de la procédure de surendettement.

90 Ce risque ne doit toutefois pas être exagéré. Effectivement, le débiteur peut prévenir la commission des poursuites engagées contre lui par la caution et arguer de ce fait nouveau pour demander un nouvel examen de sa situation. Si le recours de la caution survient après

la clôture pour insuffisance d'actif de la procédure de rétablissement personnel, le débiteur peut demander l'ouverture d'une nouvelle procédure. La caution peut donc être partie à un nouveau plan ou à une nouvelle procédure et, dans ce cadre, elle risque, comme tout créancier, de ne pas être entièrement désintéressée. L'efficacité des recours de la caution contre le débiteur surendetté ne doit donc pas être surestimée.

91 Cela est d'autant plus vrai que l'efficacité, en droit, s'accompagne extrêmement rarement d'une efficacité, en fait, compte tenu de l'inexistence ou de la faiblesse des capacités de remboursement du débiteur **94**.

92 La caution d'un débiteur surendetté dispose donc de peu d'échappatoires face au créancier et ses recours contre le débiteur garanti sont largement illusoire. À l'inverse, le créancier bénéficiaire d'un cautionnement profite de l'efficacité pour l'essentiel préservée de cette sûreté.

Les sûretés réelles résistent-elles aussi bien aux procédures de traitement du surendettement ?

III. Règles propres aux sûretés réelles

93 Même si les dettes des débiteurs surendettés sont sans doute plus souvent couvertes par des cautionnements que par des sûretés grevant des éléments de leur patrimoine **95**, le sort de ces sûretés dans le cadre des procédures de surendettement mérite d'être analysé, car le titre III du livre III du Code de la consommation comporte plusieurs règles propres aux sûretés réelles. Plus précisément, sont visées les sûretés réelles classiques conférant un droit de préférence : hypothèque, privilège et gage. Aucune règle spécifique n'est en revanche consacrée aux garanties hors concours (droit de rétention, propriété-sûreté), qui peuvent néanmoins se voir appliquer les règles communes à l'ensemble des sûretés **96**. En outre, seules les sûretés réelles portant sur les biens du débiteur surendetté sont réglementées. Celles qu'un tiers pourrait consentir pour garantir les dettes de ce débiteur ne sont nullement envisagées **97**.

94 Ainsi circonscrit, le droit applicable aux sûretés réelles grevant les meubles ou immeubles d'un particulier surendetté est-il protecteur des intérêts de celui-ci ou plutôt de ceux des créanciers garantis ? Pour mesurer l'efficacité des sûretés réelles dans le cadre des procédures de surendettement, il convient de s'interroger sur l'existence même de ces sûretés dans un tel contexte (A), avant d'analyser les conditions du paiement des créanciers privilégiés (B).

A. Existence des sûretés réelles

95 L'ouverture d'une procédure d'insolvabilité au bénéfice d'un particulier surendetté affecte l'existence des sûretés réelles de deux manières : d'une part, elle conditionne l'apparition de nouvelles sûretés (1.) ; d'autre part, elle menace d'extinction celles nées antérieurement (2.).

1. Naissance de nouvelles sûretés réelles

96 Le droit du surendettement entrave la conclusion de nouvelles sûretés conventionnelles (a). Il consacre, en revanche, au profit des bailleurs, une priorité de paiement qui constitue une sûreté légale originale (b).

a) Interdiction des nouvelles sûretés réelles conventionnelles

97 Au cours de la procédure de surendettement, il est utile de geler le patrimoine du débiteur afin de faciliter l'adoption de solutions de redressement ou de liquidation. C'est la raison pour

laquelle, rappelons-le, les articles L. 331-3-1 et L. 331-5 du Code de la consommation interdisent, sauf autorisation du juge d'instance, « de prendre toute garantie ou sûreté » jusqu'à la décision d'orientation du dossier **98**.

98 À l'égard spécialement des sûretés réelles, l'encadrement est encore plus important puisqu'il couvre toute la procédure devant la commission de surendettement ainsi que les procédures de rétablissement personnel. En effet, l'article L. 333-2, 3° du Code de la consommation, qui est une disposition commune à l'ensemble des procédures, prévoit que le débiteur est déchu du bénéfice de celles-ci s'il procède à des actes de disposition de son patrimoine sans l'accord de ses créanciers, de la commission ou du juge. L'article L. 332-8 précise, quant à lui, que le jugement qui prononce la liquidation emporte de plein droit dessaisissement du débiteur de la disposition de ses biens. Or les sûretés réelles sont des actes de disposition. En effet, comme les sûretés réelles classiques confèrent au créancier un droit de préférence sur la valeur des biens affectés en garantie, elles entament, dès leur naissance, la valeur du droit de propriété du constituant, qui ne peut vendre les biens en question, ni facilement, ni à leur prix. La qualification d'acte de disposition se justifie ensuite en cas de non-paiement des dettes garanties, puisque la réalisation des sûretés réelles, qu'elle ait lieu par vente du bien grevé ou par son attribution au créancier, sur autorisation judiciaire ou sur le fondement d'un pacte commissaire, conduit à la perte de propriété du constituant. Les sûretés réelles engagent donc le patrimoine pour l'avenir également. Elles devraient donc être qualifiées d'actes de disposition et tomber sous le coup de l'interdiction de principe inscrite dans les articles L. 333-2, 3° et L. 332-8.

Si le débiteur faisant l'objet d'une procédure d'insolvabilité ne saurait ainsi conférer une cause de préférence à l'un de ses créanciers, sans y être autorisé, l'égalité entre les créanciers se trouve en revanche rompue par la loi elle-même, au profit des bailleurs.

b) Création d'une sûreté légale au profit des bailleurs

99 L'article L. 333-1-1 du Code de la consommation, issu de la loi no 2005-32 du 18 janvier 2005 de programmation pour la cohésion sociale, prévoit que, « dans les procédures ouvertes en application du présent titre **99**, les créances des bailleurs sont réglées prioritairement aux créances des établissements de crédit et aux crédits visés aux articles L. 311-1 et suivants », c'est-à-dire aux crédits à la consommation.

100 Les objectifs de cette protection sont clairs. Il s'agit principalement de rassurer les bailleurs, pour favoriser, dans un contexte de crise du marché immobilier, l'accès au logement des ménages les plus modestes et le maintien dans les lieux des locataires surendettés **100**. Accessoirement, il s'agit aussi de « responsabiliser les établissements de crédit en matière de surendettement, dont ils sont souvent, par négligence ou abus de faiblesse, coresponsables » **101**.

Son possible effet pervers est également facile à identifier. Il réside dans le « risque de marginaliser sur le marché du crédit les ménages justifiant de faibles ressources, et leur interdire, à ce titre, l'accès à certains biens de consommation de nos jours jugés indispensables » **102**.

101 Sa nature est en revanche complexe. Si le débiteur surendetté dispose de liquidités, il s'agit certainement d'un droit de prélèvement, c'est-à-dire d'un droit exclusif permettant au bailleur bénéficiaire d'être payé **103** sans même entrer en concours avec les créanciers visés par l'article L. 333-1-1. Dans le cas contraire, et si certains biens du débiteur sont vendus, notamment dans le cadre de la procédure de rétablissement personnel avec liquidation judiciaire, le bailleur doit pouvoir exercer sur le prix de vente un droit de préférence légal primant le droit de gage général, voire le droit de préférence conventionnel ou légal de

l'établissement de crédit avec lequel il se trouve en concours. Il s'agit alors d'un véritable privilège.

102 Le droit du surendettement fait donc naître au profit des bailleurs une sûreté originale, dont l'efficacité est indéniable. D'abord, son assiette est pleinement générale : le bailleur peut exercer son droit de préférence sur le prix de n'importe quel bien du débiteur, meuble comme immeuble **104**. Ensuite, la priorité de paiement concerne « les créances du bailleur », sans aucune distinction. Toutes les créances nées du contrat de bail, et pas seulement les loyers et charges, sont donc garanties et ce, qu'elles soient antérieures ou postérieures à l'ouverture de la procédure. Enfin, la priorité du bailleur se trouve certes subordonnée à la présence des créanciers visés par l'article L. 333-1-1, à savoir les établissements de crédit. Mais cette restriction est loin de compromettre la protection du bailleur, non seulement parce que les dettes bancaires sont présentes dans 95 % des dossiers **105**, mais aussi parce que, à l'égard des créanciers autres que les établissements de crédit, le paiement prioritaire du bailleur peut encore avoir lieu si le juge d'instance le décide souverainement **106**. La présence d'un bailleur peut donc empêcher, pratiquement, les autres créanciers d'être payés, qu'ils soient chirographaires ou même privilégiés.

Les droits des créanciers titulaires de sûretés réelles antérieures à l'engagement de la procédure de surendettement sont par ailleurs menacés par les causes d'extinction des sûretés que recèle le droit du surendettement.

2. Causes d'extinction des sûretés réelles

103 Aucun texte du Code de la consommation ne prévoit de causes d'extinction propres aux sûretés grevant les biens du débiteur surendetté. Ces sûretés réelles sont cependant susceptibles de disparaître dans le cadre d'une procédure de surendettement, puisque leur sont applicables les causes d'extinction par voie accessoire communes à l'ensemble des sûretés, que sont le défaut de déclaration des créances ou des sûretés et l'effacement total des dettes non professionnelles dans la procédure de rétablissement personnel **107**. Cette seconde cause d'extinction appelle ici deux précisions.

104 D'une part, depuis la loi du 1er juillet 2010, ne peuvent être effacés, ni entièrement, ni même partiellement, les prêts sur gage consentis par les caisses de crédit municipal en application de l'article L. 514-1 du Code monétaire et financier (C. consom., art. L. 333-1-2). Cette exception a eu pour finalité de diminuer le coût des prêts sur gage, que le risque antérieur d'effacement **108** faisait augmenter, et par là même de permettre aux personnes les moins solvables d'accéder au crédit. Il en résulte que les gages assortissant ces prêts conservent désormais toute leur efficacité en cas de surendettement de l'emprunteur constituant. Non seulement ils échappent à l'extinction par voie accessoire, mais en plus, selon l'article L. 333-1-2 du Code de la consommation, leur réalisation « ne peut être empêchée ou différée au-delà de la date déterminée dans le contrat de prêt », c'est-à-dire que l'interdiction des procédures d'exécution contre les biens du débiteur ne leur est pas applicable.

105 D'autre part, malgré l'effacement total des dettes non professionnelles en cas de rétablissement personnel, certaines sûretés réelles semblent pouvoir échapper à l'extinction. En effet, alors que les sûretés sont toutes des accessoires des dettes garanties et qu'elles devraient toutes, pour cette raison, être frappées de caducité à la suite de la disparition des dettes garanties, des juges du fond ont décidé que la clause de réserve de propriété, que le Code civil réglemente comme une sûreté depuis l'ordonnance du 23 mars 2006, conserve son efficacité malgré l'effacement de la créance garantie lors de la clôture de la procédure de rétablissement personnel pour insuffisance d'actif **109**. En conséquence, le vendeur, ou toute personne qui lui serait subrogée, peut obtenir la restitution du bien vendu avec réserve de

propriété et profiter ainsi d'un paiement indirect à hauteur de la valeur de ce bien, alors même que sa créance serait effacée. Cette dérogation à la règle *accessorium sequitur principale* s'explique par la nature et les caractères du droit de propriété : bien qu'utilisé à des fins de garantie, il reste un droit réel principal, exclusif et absolu. Par rapport aux sûretés traditionnelles constitutives de droits réels accessoires, la clause de réserve de propriété jouit donc d'un statut particulier et privilégié dans la procédure de rétablissement personnel **110**.

On peut penser, si tant est que l'hypothèse pratique se rencontre, ce qui est peu probable dans le contexte du surendettement d'un particulier, que la même efficacité devrait être reconnue aux autres formes de propriété retenue à titre de garantie (en particulier, au crédit-bail), ainsi qu'à la fiducie-sûreté **111**.

Toutes les sûretés réelles ne confèrent donc pas la même protection aux créanciers des débiteurs surendettés. Le même constat s'impose lorsque l'on s'intéresse aux conditions de leur paiement.

B. Paiement du créancier

106 L'efficacité des sûretés, quelles qu'elles soient, se mesure aux chances de paiement qu'elles procurent à leurs bénéficiaires. Pour apprécier plus particulièrement l'efficacité des sûretés réelles, il convient d'examiner la condition du paiement, qui réside dans leur opposabilité aux tiers (1.), puis ses modalités, autrement dit la réalisation de ces sûretés (2.) et enfin le montant du paiement (3.). Dans ces trois aspects, nous verrons que le paiement des créanciers garantis sur les biens d'un débiteur surendetté se heurte à différents obstacles et que l'efficacité des sûretés réelles, dans le contexte des procédures de surendettement, se trouve ainsi fortement malmenée.

1. Opposabilité des sûretés réelles

107 Les créanciers privilégiés ne peuvent prétendre être payés par préférence à d'autres créanciers de leur débiteur que si leur sûreté est opposable aux tiers, c'est-à-dire, pour nombre d'entre elles, si les formalités légales de publicité ont bien été respectées **112**. Aucun texte du Code de la consommation n'interdit l'inscription des sûretés réelles mobilières ou immobilières après l'engagement d'une procédure de traitement du surendettement. L'arrêt des inscriptions ne saurait être fondé sur les textes qui interdisent les procédures d'exécution, car l'inscription d'une sûreté n'est assurément pas une voie d'exécution. L'inscription ne devrait pas non plus tomber sous le coup des actes de disposition interdits au débiteur **113**, parce que c'est la conclusion même de la sûreté, et non son inscription, qui constitue un acte de disposition.

108 L'inscription, après l'engagement d'une procédure de surendettement, des sûretés réelles nées antérieurement paraît cependant impossible. En effet, l'article 2427, alinéa 3 du Code civil, issu de l'ordonnance du 23 mars 2006, dispose qu'« en cas de saisie immobilière ou de procédure de sauvegarde, de redressement judiciaire ou de liquidation judiciaire ou encore en cas de procédure de traitement des situations de surendettement des particuliers, l'inscription des privilèges et hypothèques produit les effets réglés par les dispositions du titre XIX du livre III du présent code et par celles des titres II, III ou IV du livre sixième du Code de commerce ».

Or le droit des entreprises en difficulté interdit de publier, pendant toute la durée de la procédure, « les hypothèques, gages, nantissements et privilèges » acquis avant le jugement d'ouverture (C. com., art. L. 622-30, al. 1er, et L. 631-14). Cette règle de l'arrêt des inscriptions des sûretés antérieures vise à geler le patrimoine du débiteur et à augmenter les chances de redressement de sa situation financière. Elle conforte également l'égalité entre

les créanciers, en interdisant à celui qui n'aurait pas inscrit une sûreté réelle d'obtenir un paiement préférentiel après l'ouverture de la procédure. Ce créancier s'en trouve évidemment lésé, puisqu'il ne pourra participer à la procédure qu'en qualité de créancier chirographaire ; les autres, au contraire, voient leurs chances de paiement augmenter.

109 Les exceptions reconnues en matière de procédure collective professionnelle devraient également jouer dans les procédures de surendettement et préserver, par conséquent, l'efficacité des sûretés concernées. S'agissant des sûretés antérieures, deux types d'inscription devraient pouvoir avoir lieu après l'ouverture de la procédure : d'une part, une inscription en renouvellement, dès lors que l'inscription initiale aurait été valablement effectuée précédemment ; d'autre part, l'inscription définitive d'une sûreté judiciaire conservatoire publiée à titre provisoire avant l'ouverture de la procédure **114**. Concernant les sûretés nouvelles, elles devraient pouvoir être inscrites chaque fois que la loi en autorise exceptionnellement la constitution, c'est-à-dire moyennant, soit une autorisation judiciaire **115**, soit le remplacement de sûretés antérieures **116**.

110 En dehors de ces exceptions, l'inscription des sûretés réelles (mobilières ou immobilières, conventionnelles, légales ou judiciaires) paraît donc impossible après l'engagement d'une procédure à l'égard d'un particulier surendetté et ce, en raison d'un renvoi au droit des entreprises en difficulté, qui peut sembler doublement critiquable. D'abord, la technique législative du renvoi, qui manque en tout état de cause de clarté, semble encore plus discutable lorsqu'elle prend place dans une matière, comme celle des sûretés, où le besoin de sécurité est particulièrement prégnant. Ensuite, l'application dans les procédures de traitement des situations de surendettement des dispositions du droit des entreprises en difficulté relatives à l'inscription des sûretés réelles est contestable, car ces dispositions sont largement inspirées par l'exigence d'égalité entre les créanciers. Or cette exigence est loin d'être essentielle dans le droit du surendettement, qui ne cherche pas à imposer une discipline collective aux créanciers avec la même force que le droit des entreprises en difficulté.

Si l'obstacle de l'arrêt du cours des inscriptions est évité et que la sûreté est bien opposable aux tiers, se pose la question des modalités de sa mise en œuvre par le créancier impayé.

2. Modalités de réalisation des sûretés réelles

111 En droit commun, depuis l'ordonnance du 23 mars 2006 et la loi de ratification no 2007-212 du 20 février 2007, les créanciers gagistes, nantis, hypothécaires ou encore titulaires d'un privilège immobilier spécial sont libres, en principe, de choisir entre trois modes de réalisation, à savoir la vente du bien grevé en vue d'exercer sur le prix un droit de préférence, l'attribution judiciaire de la propriété de ce bien et l'exécution d'un pacte comissoire. Si le débiteur bénéficie d'une procédure de traitement du surendettement, la liberté du créancier privilégié dans la réalisation de sa sûreté est, au contraire, fortement limitée (a). La réalisation procède de la vente des biens du débiteur, dans des conditions qui échappent, pour l'essentiel, aux créanciers (b).

a) Restrictions à la liberté de réalisation du créancier

112 Les créanciers garantis par une sûreté réelle ne peuvent pas mettre en œuvre celle-ci au moment où ils le pourraient normalement. Ils ne peuvent pas non plus librement choisir parmi les modes de réalisation reconnus par le Code civil. En effet, les procédures de traitement du surendettement recèlent plusieurs causes de report de l'exigibilité des dettes garanties (α) et elles empêchent, dans de multiples hypothèses, les procédures d'exécution contre les biens du débiteur (β).

α) Reports de l'exigibilité de la dette garantie

113 Ni la demande d'ouverture d'une procédure par le particulier surendetté, ni la décision de la commission déclarant cette demande recevable, ni les décisions du juge en matière de rétablissement personnel, ne constituent des causes de déchéance du terme. Le créancier doit donc attendre, le cas échéant, que la dette du débiteur surendetté soit exigible pour pouvoir mettre en œuvre les sûretés portant sur les biens de celui-ci.

114 Mais alors l'échéance de la dette garantie peut être retardée par diverses mesures de redressement : d'une part, le report ou le rééchelonnement des paiements, qui peuvent être, soit négociés par le débiteur et son créancier dans le plan conventionnel (C. consom., art. L. 331-6), soit imposés par la commission (C. consom., art. L. 331-7) ; d'autre part, la suspension de l'exigibilité des créances, qui peut également être imposée par la commission. En présence de telles mesures, la réalisation des sûretés se trouve d'autant retardée.

β) Suspension ou interdiction des procédures d'exécution contre les biens du débiteur

115 Lorsque la créance garantie est exigible, le créancier impayé ne peut pas pour autant réaliser librement sa sûreté réelle, puisque les procédures d'exécution contre les biens du débiteur sont interdites pendant presque toute la durée de la procédure. Effectivement, si l'on additionne toutes les périodes d'interdiction qui jalonnent la procédure de traitement du surendettement et celle de rétablissement personnel, telles qu'elles ont été étendues par la loi du 1er juillet 2010, il apparaît que des procédures d'exécution ne peuvent être exercées que dans deux hypothèses seulement. D'abord, avant la décision de la commission sur la recevabilité du dossier, mais seulement si l'interdiction n'est pas prononcée par le juge, saisi par la commission, à la demande du débiteur (C. consom., art. L. 331-5 a contrario). Ensuite, si un plan conventionnel est adopté, pendant son exécution, puisque l'article L. 331-6 du Code de la consommation ne prévoit alors aucune interdiction des procédures d'exécution. Mais celles-ci se trouvent obligatoirement paralysées si la situation du débiteur devient irrémédiablement compromise en cours d'exécution de ce plan (C. consom., art. L. 331-7-3, issu de la loi du 1er juillet 2010).

Dans toutes les autres hypothèses, c'est-à-dire de la décision de la commission sur la recevabilité du dossier jusqu'à l'orientation donnée à celui-ci (C. consom., art. L. 331-3-1, issu de la loi du 1er juillet 2010), puis pendant la durée des mesures imposées ou recommandées par la commission (C. consom., art. L. 331-9) ou encore du jugement d'ouverture de la procédure de rétablissement personnel avec liquidation jusqu'au jugement de clôture (C. consom., art. L. 332-6), il ne peut y avoir, en principe, de procédure d'exécution contre les biens du débiteur.

116 Les articles L. 331-3-1 et L. 331-5 du Code de la consommation énoncent toutefois une exception au sujet de la saisie immobilière : lorsque « la vente forcée a été ordonnée **117**, le report de la date d'adjudication ne peut résulter que d'une décision du juge chargé de la saisie immobilière, saisi à cette fin par la commission, pour causes graves et dûment justifiées ».

Cette dérogation a pour but d'éviter que la procédure de surendettement ne soit utilisée par certains débiteurs dans le seul but de faire échec à une mesure d'exécution forcée portant sur ses immeubles. Elle profite notamment aux créanciers titulaires d'une sûreté immobilière qui auraient entrepris sa réalisation avant l'ouverture de la procédure.

117 Depuis la loi du 1er juillet 2010, une autre exception conforte l'efficacité des gages garantissant les prêts consentis par des caisses de crédit municipal. En effet, d'après le nouvel article L. 333-1-2 du Code de la consommation, « la réalisation des gages par les caisses de crédit municipal ne peut être empêchée ou différée au-delà de la date déterminée dans le contrat de prêt ».

118 Sous réserve de ces deux exceptions, l'interdiction des procédures d'exécution contre les biens du débiteur a pour effet d'empêcher les créanciers titulaires d'une sûreté réelle de saisir le bien grevé **118**, puis de le faire vendre aux enchères, voire à l'amiable lorsque la loi le permet. Est-ce que cette interdiction entrave également les modes de réalisation des sûretés réelles indépendants des procédures d'exécution régies par la loi du 9 juillet 1991 ? La question intéresse, pour les sûretés réelles traditionnelles (gages, nantissements, hypothèques, privilèges immobiliers spéciaux), l'attribution judiciaire des biens grevés et la mise en œuvre d'un pacte comissoire, qui permet au créancier de devenir propriétaire du bien affecté en garantie sans avoir à recueillir une autorisation judiciaire. Pour les sûretés fondées sur le droit de propriété, la question concerne principalement l'acquisition définitive de la propriété de biens donnés en fiducie et la revendication des biens vendus avec réserve de propriété.

À ce jour, la Cour de cassation n'a pas été saisie de cette question et les juges du fond y ont apporté des réponses opposées : certains ont admis l'action en revendication d'un bien meuble corporel exercée par un vendeur réservataire **119**; d'autres ont décidé qu'en application de l'article L. 331-9 du Code de la consommation, un créancier n'est pas recevable à poursuivre la restitution d'un véhicule, gage de sa créance, dès lors qu'une telle restitution constitue de fait une procédure d'exécution sur un bien du débiteur **120**.

119 En faveur de l'interdiction des seules procédures d'exécution stricto sensu, plusieurs arguments peuvent être avancés. Le premier résulte d'une comparaison avec le droit des entreprises en difficulté. Le Code de commerce prévoit lui aussi que le jugement d'ouverture de la procédure de sauvegarde ou de redressement judiciaire arrête ou interdit toute procédure d'exécution, tant sur les meubles que sur les immeubles (C. com., art. L 622-21, L. 631-14), mais il admet que certaines sûretés soient réalisées autrement que par l'exercice d'une voie d'exécution **121**.

En deuxième lieu, l'interprétation stricte des dispositions qui interdisent les procédures d'exécution se justifie par leur caractère dérogatoire par rapport à la force obligatoire des contrats et au droit de poursuite de tous les créanciers impayés. Enfin, cette solution est la seule à même de préserver l'efficacité des sûretés réelles au cours des procédures de traitement du surendettement.

120 Il faut bien reconnaître, toutefois, que la limitation de l'interdiction des poursuites aux seules procédures d'exécution et la validation, au contraire, des modes alternatifs de réalisation des sûretés, compromettraient gravement le redressement du débiteur, alors qu'il s'agit du principal objectif poursuivi par le droit du surendettement.

Par conséquent, il est probable qu'après l'ouverture d'une procédure de surendettement et pendant toutes les périodes d'interdiction des procédures d'exécution, les créanciers privilégiés ne puissent, ni saisir et faire vendre librement les biens grevés, ni en requérir en justice l'attribution, ni encore en devenir propriétaire sur le fondement d'un pacte comissoire.

121 Un sort plus favorable pourrait en revanche être réservé aux créanciers titulaires d'une sûreté fondée sur le droit de propriété. En effet, les caractères exclusif et absolu de ce droit réel principal pourraient justifier que l'action en revendication ne soit pas assimilée à une procédure d'exécution prohibée **122**.

122 Dans les procédures de surendettement, tout comme d'ailleurs dans les procédures collectives professionnelles, une fracture se dessine donc entre les sûretés conférant un droit exclusif et celles offrant uniquement un droit de préférence. L'efficacité de ces dernières est profondément entamée par les restrictions à la liberté de réalisation que le droit du surendettement impose.

b) Réalisation par la vente des biens du débiteur

123 Le droit de préférence attaché à l'ensemble des sûretés réelles traditionnelles ne peut conduire à un paiement prioritaire du créancier bénéficiaire qu'à la condition que le bien grevé soit vendu.

Si la vente des biens du débiteur surendetté ne saurait être initiée par le seul créancier impayé, elle peut cependant avoir lieu au cours de la procédure de surendettement et ce, en diverses occasions.

124 D'abord, si un plan amiable est négocié, la vente d'un bien grevé d'une sûreté peut résulter d'un accord entre le débiteur et le créancier garanti, puisque ce plan peut subordonner les mesures de redressement qu'il renferme à l'accomplissement par le débiteur d'actes propres à faciliter le paiement de ses dettes (C. consom., art. L. 331-6, al. 3) **123**. C'est le seul cas dans lequel le créancier conserve une certaine maîtrise dans la mise en œuvre de sa sûreté.

125 La vente d'un bien grevé peut ensuite être recommandée par la commission de surendettement à titre de mesure d'accompagnement des mesures de redressement qu'elle impose ou qu'elle recommande (C. consom., art. L. 331-7-2).

126 Enfin, la vente des biens du débiteur peut évidemment avoir lieu si une procédure de rétablissement personnel avec liquidation judiciaire est ouverte. L'article L. 332-8 du Code de la consommation prévoit que « le liquidateur dispose d'un délai de douze mois pour vendre les biens du débiteur à l'amiable **124** ou, à défaut, organiser une vente forcée dans les conditions relatives aux procédures civiles d'exécution ».

Lorsqu'un bien grevé d'une sûreté est vendu dans l'une de ces circonstances, la question se pose de savoir si le créancier peut espérer recevoir un paiement intégral ou si, malgré son droit de préférence sur le prix de vente, il risque de ne pas être entièrement désintéressé.

3. Montant du paiement

127 Le montant du paiement auquel peut prétendre un créancier privilégié dépend, d'une part, des aménagements dont sa créance a pu faire l'objet au cours de la procédure de traitement du surendettement (a) et, d'autre part, des répartitions du produit de la vente des biens grevés (b).

a) Réductions de la créance garantie

128 Les créanciers privilégiés d'un débiteur surendetté ne sont nullement à l'abri des réductions de dettes qui peuvent être décidées au cours de la procédure devant la commission. En effet, tout comme les créanciers chirographaires, ils peuvent être amenés à accepter, dans le plan conventionnel de redressement, des remises ou une modification, voire une suppression, du taux d'intérêt. Ils peuvent aussi se voir imposer par la commission de telles mesures.

Dans toutes ces hypothèses, il convient de souligner que, si le montant de la créance garantie est réduit, la sûreté réelle qui en garantit le paiement n'est pas en revanche éteinte dans la même proportion, puisque les sûretés réelles sont en principe indivisibles.

129 Un type de réduction concerne spécifiquement les établissements de crédit garantis par une hypothèque ou par le privilège du prêteur de deniers.

En effet, selon l'article L. 331-7-1 du Code de la consommation, en cas de vente, forcée ou amiable **125**, du logement principal du débiteur « grevé d'une inscription bénéficiant à un établissement de crédit ayant fourni les sommes nécessaires à son acquisition » ou à des travaux d'amélioration **126**, la commission peut recommander, par proposition spéciale et motivée, que le montant des prêts immobiliers restant dû après imputation du prix de vente sur le capital encore non remboursé, soit réduit et que le paiement de ce nouveau montant soit rééchelonné, « dans des proportions telles que le paiement soit compatible avec les ressources et les charges du débiteur » **127**.

Selon la Cour de cassation, la réduction peut même être totale si elle est seule compatible avec les ressources et les charges du débiteur **128**. La haute juridiction décide par ailleurs que la réduction de la fraction des prêts immobiliers restant due peut avoir lieu sans distinguer entre les prêteurs immobiliers chirographaires et ceux titulaires d'un droit de préférence **129**.

Si ce droit ne met donc pas le créancier garanti à l'abri des diverses réductions de créances que reconnaît le droit du surendettement, est-ce qu'il remplit au moins son objet en autorisant le paiement prioritaire de son titulaire lors de la répartition du prix de vente du bien grevé ?

b) Répartitions du produit de la vente des biens grevés

130 Au cours de la procédure de traitement du surendettement, nous avons vu que les sûretés réelles peuvent être privées d'efficacité avant même leur mise en œuvre et que celle-ci ne peut avoir lieu, ni au moment, ni dans les formes souhaités par le créancier. Lorsque ces divers obstacles sont évités ou surmontés et que les biens grevés sont vendus, les sûretés réelles remplissent en revanche leur fonction de protection des intérêts des créanciers bénéficiaires. Effectivement, lors de la répartition du produit de la vente, le droit de préférence attaché aux sûretés réelles traditionnelles est en principe efficace.

131 Au sujet de ventes survenues dans le cadre de l'ancien redressement judiciaire civil, la Cour de cassation a affirmé à plusieurs reprises, sous forme de principe, qu'« aucune disposition du titre III du Code de la consommation, relatif au règlement des situations de surendettement des particuliers, n'octroie au juge, qui arrête des mesures de redressement, la faculté de déroger aux règles de répartition du prix de vente d'un immeuble hypothéqué » **130**. Ce prix doit donc être d'abord réparti entre les créanciers privilégiés, dans le respect des règles de classement de droit commun, avant d'être distribué, le cas échéant, aux créanciers chirographaires **131**. Compte tenu de sa formulation très générale, cette solution devrait aujourd'hui concerner toutes les ventes intervenant avant que la situation du débiteur ne soit irrémédiablement compromise, qu'elles soient convenues entre le débiteur et ses créanciers (C. consom., art. L. 331-6) ou qu'elles soient recommandées par la commission (C. consom., art. L. 331-7-2).

132 En cas de procédure de rétablissement personnel avec liquidation judiciaire, l'efficacité du droit de préférence conféré par les sûretés réelles classiques est pareillement préservée. L'article L. 332-8 du Code de la consommation précise en effet que « le liquidateur procède à la répartition du produit des actifs et désintéresse les créanciers suivant le rang des sûretés assortissant leurs créances » **132**.

133 Dans deux hypothèses toutefois les droits de préférence pourraient être tenus en échec. D'une part, comme en droit commun et comme dans le cadre des procédures collectives professionnelles, la présence de droits exclusifs — droit de rétention ou sûreté-propriété — pourrait perturber le jeu des droits de préférence. D'autre part, et c'est là une dérogation propre au droit du surendettement, les créances des bailleurs sont réglées prioritairement aux créances des établissements de crédit, fussent-ils titulaires de droits de préférence (C. consom., art. L. 333-1-1) **133**.

Conclusions

Au terme de cette étude, trois conclusions peuvent d'être formulées au sujet de l'efficacité des sûretés dans le contexte des procédures de surendettement.

134 La première procède d'une comparaison avec les procédures collectives professionnelles : l'incidence du droit de la défaillance économique sur les sûretés est difficile à systématiser, car, même si le droit des procédures de surendettement et celui des entreprises en difficulté sont de plus en plus proches **134**, des différences importantes subsistent quant au traitement des sûretés.

Outre qu'ils ne réglementent pas exactement les mêmes mécanismes **135**, ces deux droits affectent différemment les droits des créanciers garantis. Sur certains points, c'est le droit des entreprises en difficulté qui est le plus protecteur des intérêts de ces créanciers **136**. Il en va ainsi lorsqu'une obligation de déclaration leur est imposée : non seulement le Code de commerce subordonne l'obligation de déclaration des créances à une information personnelle sur l'ouverture de la procédure lorsque le créancier est titulaire d'une sûreté publiée, alors que le Code de la consommation impose uniquement une publicité générale au BODACC, mais encore le défaut de déclaration des créances ou des sûretés est plus sévèrement réprimé par le droit du surendettement que par le droit des entreprises en difficulté **137**.

Sur d'autres points, à l'inverse, le droit du surendettement porte moins atteinte à l'efficacité des sûretés que le droit des entreprises en difficulté. D'abord, l'exigence d'égalité entre les créanciers, et la discipline collective qui en résulte, y sont moins marquées **138**. Ensuite, de nombreuses protections accordées par le Code de commerce aux cautions ne sont pas consacrées par le Code de la consommation et sont même, pour certaines, clairement rejetées par la Cour de cassation **139**. Enfin, dans les procédures de surendettement, le classement de droit commun des droits de préférence est en principe respecté **140**, alors qu'il se trouve profondément perturbé par les privilèges pleinement généraux que font naître les procédures collectives professionnelles **141**.

Compte tenu de toutes ces différences, « il faudra, semble-t-il, encore longtemps conjuguer au pluriel le droit de la défaillance » **142** et chercher des solutions susceptibles de remédier aux incohérences et aux iniquités qui en résultent.

135 Une deuxième conclusion résulte de la comparaison des règles propres au cautionnement et des règles propres aux sûretés réelles : lorsque le débiteur bénéficie d'une procédure de traitement de sa situation de surendettement, le cautionnement est plus protecteur des intérêts des créanciers que ne le sont les sûretés réelles.

Seul le cautionnement permet, en effet, un paiement ponctuel et intégral **143**. Que l'efficacité du cautionnement soit ainsi davantage préservée que celle des sûretés réelles est parfaitement logique, dans la mesure où le constituant des sûretés réelles réglementées par le droit du surendettement est le particulier que la loi cherche avant tout à protéger, alors que la caution est un tiers, qui ne mérite pas autant de sollicitude, sauf au stade de ses recours contre le débiteur, si elle est elle-même une personne physique, dont le législateur entend éviter le surendettement.

136 Une troisième et dernière conclusion concerne l'ensemble des sûretés : la perte d'efficacité qu'elles subissent toutes dans le cadre des procédures de surendettement **144** semble inéluctable compte tenu des objectifs impérieux — solidarité sociale, justice distributive, dignité humaine — qui imposent aux créanciers des sacrifices en vue de la réinsertion financière et sociale du débiteur. Si l'ouverture d'une procédure de surendettement engendre donc nécessairement de l'insécurité pour les créanciers, même s'ils sont garantis, il est une forme d'insécurité qui pourrait être évitée. Il s'agit de l'insécurité juridique résultant des multiples lacunes et malfaçons que comporte aujourd'hui le titre III du livre III du Code de la consommation au sujet du sort des sûretés **145**, qu'elles soient personnelles ou réelles. Reste dès lors à espérer que la prochaine réforme de la matière

supprimera enfin ces imperfections formelles et qu'elle renforcera, ce faisant, l'efficacité des sûretés dans le contexte du surendettement **146**.

1 –

(1) En matière de cautionnement, la lutte contre le surendettement a conduit le législateur, depuis la fin des années 1980, à protéger les cautions personnes physiques, notamment par un formalisme informatif ad validitatem, par la limitation, à peine de nullité, du montant des cautionnements consentis à des créanciers professionnels ou encore par une décharge totale en cas de disproportion manifeste. L'encadrement, par l'ordonnance no 2006-346 du 23 mars 2006, des sûretés réelles qui pourraient favoriser le surendettement relève de la même logique. Que l'on songe à l'exclusion de la réalisation des hypothèques par attribution judiciaire ou mise en œuvre d'un pacte commissoire lorsque l'immeuble grevé est la résidence principale du débiteur, à l'encadrement du rechargement de l'hypothèque ou encore aux protections spéciales accordées aux personnes physiques qui constituent une fiducie-sûreté.

2 –

(2) Selon l'enquête typologique 2010 sur le surendettement, publiée par la Banque de France en mars 2011, des dettes bancaires sont présentes dans 95 des dossiers et elles représentent 83 de l'endettement.

3 –

(3) L. no 2010-737, 1er juill. 2010, portant réforme du crédit à la consommation – L. no 2010-1609, 22 déc. 2010 ayant prévu le transfert du contentieux du surendettement du juge de l'exécution au juge d'instance (COJ, art. L. 221-8-1).

4 –

(4) Sur l'incidence du droit des entreprises en difficulté sur les sûretés personnelles et réelles, v. M. Bourassin, V. Brémond et M.-N. Jobard-Bachelier, Droit des sûretés, Sirey, 2012, 3e éd., nos 941 à 1131 et nos 2369 à 2668.

5 –

(5) Sur la notion d'efficacité des sûretés, son appréciation en droit positif et les propositions de réforme qui peuvent en résulter, v. M. Bourassin, L'efficacité des garanties personnelles, LGDJ, 2006.

6 –

(6) Cass. 1re civ., 19 nov. 1991 : Bull. civ. I, no 321 – Cass. 2e civ., 22 mars 2001 : Bull. civ. II, no 60.

7 –

(7) La suspension y est automatique après que l'accord de conciliation entre l'entreprise en difficulté et certains de ses créanciers ait été constaté ou homologué (C. com., art. L. 611-10-1) et pendant toute la procédure de sauvegarde, de redressement ou de liquidation judiciaire (C. com., art. L. 622-21, L. 631-14 et L. 641-3).

8 –

(8) Il n'est pas interdit aux créanciers, en revanche, d'obtenir un titre exécutoire, tant au cours de la procédure devant la commission (Cass. 1re civ., 7 janv. 1997 : Bull. civ. I, no 10 – Cass. 2e civ., 18 nov. 2004 : Bull. civ. II, no 500 – Cass. 2e civ., 22 mars 2006 : Bull. civ. II, no 89), qu'après le jugement d'ouverture d'une procédure de rétablissement personnel (Cass. 2e civ., 5 févr. 2009 : Bull. civ. II, no 38).

9 –

(9) Dans les faits, le délai d'instruction est d'environ 8 semaines. C'est pourquoi la loi du 1er juillet 2010 en a réduit la durée de 6 à 3 mois.

10 –

(10) Des associations de consommateurs avaient souhaité que soit retenu le principe d'une suspension de plein droit dès le dépôt du dossier de surendettement. Pour éviter les dépôts abusifs et pour préserver les intérêts des créanciers, cette proposition n'a pas été retenue dans la loi du 1er juillet 2010.

11 –

(11) Interdiction automatique résultant de la décision de la commission déclarant le dossier recevable (C. consom., art. L. 331-3-1) ou, avant cette décision, interdiction facultative prononcée par le juge d'instance (C. consom., art. L. 331-5).

12 –

(12) Pour assurer une discipline collective, le droit des entreprises en difficulté prohibe, pendant la période d'observation (C. com., art. L. 622-7, I, relatif à la procédure de sauvegarde et L. 631-14 relatif à la procédure de redressement) et pendant la liquidation judiciaire (C. com., art. L. 641-3), le paiement des créances antérieures au jugement d'ouverture, ainsi que celui, depuis la loi du 26 juillet 2005, des créances postérieures non couvertes par le privilège de la procédure.

13 –

(13) La légitimité, si ce n'est la constitutionnalité, de cette mesure est pour le moins discutable, puisque ce sont les prêteurs qui se trouvent sanctionnés, alors que la carence est imputable à la commission.

14 –

(14) Depuis la loi du 1er juillet 2010, jusqu'à la mise en œuvre du plan de conventionnel de redressement, le cours des intérêts est arrêté (C. consom., art. L. 331-6, in fine). Le droit du surendettement s'est ainsi rapproché du droit des entreprises en difficulté, qui impose l'arrêt du cours des intérêts pendant toute la durée des procédures de sauvegarde, de redressement ou de liquidation judiciaire (C. com., art. L. 622-28, al. 1er, L. 631-14 et L. 641-3).

15 –

(15) Sur cet objectif, v. Cass. avis, 10 janv. 2005 : Bull. avis, no 1.

16 –

(16) C'est également pour tenir compte du fait que, jusque-là, 95 des recommandations étaient homologuées par le juge, soit directement (15 ü, soit après contestation (80 ü. Sur cette pratique, v. le rapport de P. Dominati, au nom de la commission spéciale, no 447 (2008-2009), p. 114.

17 –

(17) Cass. 2e civ., 22 mars 2006, no 04-04140, D : sur recommandation de la commission, le juge de l'exécution avait décidé qu'une créance du Trésor public serait réglée avant celles des autres créanciers. La Cour de cassation a refusé d'y voir une violation de l'article L. 331-7 du Code de la consommation aux motifs que «le juge n'est pas tenu d'assurer une égalité de traitement entre les créanciers». La même liberté doit certainement être reconnue aux commissions de surendettement.

18 –

(18) Le caractère partiel de l'effacement suscite une difficulté sérieuse d'interprétation : est-ce que chaque créance doit être réduite, fût-ce dans des proportions différentes, ou est-ce que certaines créances peuvent être entièrement effacées et d'autres entièrement maintenues ? La première interprétation devrait l'emporter pour faire respecter la volonté du législateur, qui, en 2003, a entendu confiner l'effacement total des dettes dans la procédure de rétablissement personnel. Au soutien de la seconde interprétation, il est toutefois permis d'avancer que les commissions ne sont pas tenues d'assurer une égalité de traitement entre les créanciers lorsqu'elles recommandent l'une des mesures prévues par l'article L. 331-7-1

(Cass. 1re civ., 5 avr. 1993 : Bull. civ. I, no 142 – Cass. 1re civ., 9 juill. 1996 : Bull. civ. I, no 302).

19 –

(19) Depuis la loi du 1er juillet 2010, les dettes fiscales sont concernées (contra Cass. 2e civ., 6 avr. 2006 : Bull. civ. II, no 106). Cette loi a par ailleurs supprimé l'interdiction d'un nouvel effacement partiel de dettes similaires, avant l'expiration d'un délai de huit ans.

20 –

(20) L'article L. 331-7-1 prévoit l'arrêt du cours des intérêts jusqu'à ce que les mesures recommandées par la commission soient opposables au créancier.

21 –

(21) Sur l'interprétation de ces conditions d'inopposabilité, v. supra no 19.

22 –

(22) Depuis la loi Borloo du 1er août 2003, il ne peut plus prendre place dans la procédure de traitement du surendettement se déroulant devant la commission. Par ailleurs, il ne connaît pas d'équivalent en droit des entreprises en difficulté.

23 –

(23) V. infra les deuxième et troisième parties.

24 –

(24) Les articles L. 620-1 et L. 631-1 du Code de commerce énoncent très clairement cet ordre de priorités : la procédure de sauvegarde et la procédure de redressement judiciaire sont «destinées à permettre la poursuite de l'activité de l'entreprise, le maintien de l'emploi et l'apurement du passif».

25 –

(25) Après le jugement d'ouverture d'une procédure collective professionnelle, la conclusion de sûretés réelles n'est plus libre. Dans certains cas, elle doit être autorisée par le juge-commissaire (C. com., art. L. 622-7, II, pendant la période d'observation de la procédure de sauvegarde) ou par le tribunal (C. com., art. L. 642-9, al. 2, en cas de cession globale de l'entreprise débitrice). Dans d'autres cas, pour éviter que le prix de vente des biens de l'entreprise n'échappe au sauvetage de celle-ci, le juge-commissaire, au cours de la période d'observation (C. com., art. L. 622-8, al. 3), ou le tribunal, dans le cadre du plan de sauvegarde ou de redressement (C. com., art. L. 626-22, al. 3), peuvent imposer une substitution de garantie aux créanciers inscrits sur les biens vendus.

26 –

(26) Dans le formulaire de déclaration du surendettement, le demandeur doit détailler son endettement bancaire ou financier, ainsi que son endettement auprès de créanciers non bancaires. Il ne lui est nullement demandé, en revanche, d'indiquer si des garanties ont été constituées pour couvrir ses dettes.

27 –

(27) Sur les modalités de l'information, v. C. consom., art. R. 332-2. La lettre recommandée avec accusé de réception peut être remplacée par une télécopie ou un courrier électronique (C. consom., art. R. 331-8-4).

28 –

(28) En droit des entreprises en difficulté, le principe est au contraire celui de la déclaration des créances par leurs titulaires (C. com., art. L. 622-26), sauf dans la nouvelle procédure de sauvegarde financière accélérée (C. com., art. L. 628-5, al. 2).

29 –

(29) C. consom., art. L. 331-3, al. 4 ; art. R. 332-1.

30 –

(30) Cette publicité prend la forme d'une publication du jugement d'ouverture au BODACC (C. consom., art. R. 334-34). Il est regrettable qu'aucune information personnelle des créanciers titulaires d'une sûreté publiée ne soit prévue, à l'instar de celle consacrée par l'article L. 622-24, alinéa 1er du Code de commerce.

31 –

(31) D'après l'article R. 334-38 du Code de la consommation, le relevé de forclusion est de droit «s'il apparaît que la créance avait été omise par le débiteur lors du dépôt de la demande mentionnée à l'article R. 331-8-1 ou que le créancier, pourtant connu, n'avait pas été convoqué à l'audience d'ouverture». Dans les autres cas, le relevé de forclusion est soumis à l'appréciation du juge.

32 –

(32) V. not. Cass. com., 4 févr. 1992 : Bull. civ. IV, no 56. Cette forme d'inopposabilité n'est retenue qu'à l'égard des sûretés réelles classiques conférant un droit de préférence, et non en présence d'un droit de rétention (Cass. com., 20 mai 1997 : Bull. civ. IV, no 141) ou d'une clause de réserve de propriété (Cass. com. 2 mai 1990, no 88-16359, D). On peut se demander si ces mécanismes conserveraient aussi leur efficacité dans la procédure de surendettement s'ils n'étaient pas déclarés.

33 –

(33) Dans le formulaire de déclaration du surendettement, il existe une rubrique intitulée : «Vous êtes caution». Le demandeur concerné doit y indiquer le nom du débiteur principal et celui du créancier, la date de mise en jeu du cautionnement et le montant réclamé.

34 –

(34) Les procédures de surendettement sont subsidiaires par rapport aux procédures collectives professionnelles (C. consom., art. L. 333-3). Elle ne sauraient donc profiter à des commerçants, des agents commerciaux, des auto-entrepreneurs, des artisans, des agriculteurs ou encore des débiteurs exerçant une activité professionnelle indépendante, telle une profession libérale. Ainsi, la caution dirigeante d'une société en nom collectif, parce qu'elle a la qualité de commerçant, ne devrait-elle pas profiter de la procédure de surendettement.

35 –

(35) Pour de multiples raisons les cautions n'hésitent pas à souscrire un engagement manifestement disproportionné à leurs biens et revenus : le souhait irrépressible que le débiteur principal obtienne le crédit dont le cautionnement est la condition ; le discours persuasif, voire mensonger, émanant du débiteur ou/et du créancier ; le caractère indolore du cautionnement lors de sa conclusion ; la conviction qu'il ne sera pas mis en œuvre.

36 –

(36) Le pouvoir souverain dévolu aux juges du fond ne les dispense pas de motiver leur appréciation des intentions du débiteur de manière rationnelle, complète et intelligible. C'est pourquoi, la Cour de cassation exerce en ce domaine un certain contrôle, qui peut la conduire à censurer des arrêts fondés sur des motifs inopérants, impropres à caractériser la mauvaise foi.

37 –

(37) Cass. 2e civ., 31 mars 2011, no 09-72819, D. En l'espèce, un dossier de surendettement avait été déclaré irrecevable par la commission saisie et le recours devant le juge de l'exécution avait été rejeté en raison de la mauvaise foi du débiteur, qui avait souscrit trois engagements de caution au profit de sociétés, pour des montants manifestement excessifs (deux cautionnements ne comportaient aucune limitation de montant et le troisième s'élevait à 2 000 000 F (304 898 €), pour des ressources mensuelles de 715 €).

38 –

(38) V. not. Cass. 1re civ., 31 mars 1992 : Bull. civ. I, no 107.

39 –

(39) Les mêmes solutions président à la qualification civile ou commerciale du cautionnement.

40 –

(40) Cass. 1re civ., 7 nov. 2000 : Bull. civ. I, no 285.

41 –

(41) Cass. 1re civ., 31 mars 1992, préc.

42 –

(42) TI Tarbes, 4 oct. 1990 : D. 1991, somm. p. 50, obs. B. Bouloc et Chatain.

43 –

(43) CA Paris, 24 nov. 1992 : D. 1993, inf. rap. p. 56.

44 –

(44) Cass. 2e civ., 2 déc. 2004, no 03-04058, D.

45 –

(45) En application de l'article L. 330-1 du Code de la consommation, dans sa rédaction issue de la loi du 1er août 2003, un cautionnement donné quatre mois après la fin de mandats d'administrateur et de président du conseil d'administration de la société débitrice fut qualifié de dette non professionnelle (Cass. 2e civ., 19 nov. 2009, no 08-18500, D). Au contraire, la qualification de dette professionnelle fut retenue concernant le cautionnement donné par le président-directeur général et principal actionnaire de la société débitrice (Cass. 2e civ., 13 mars 2008, no 06-20456, D ; 2 déc. 2010, no 09-10134, D).

46 –

(46) Par exemple, au sujet de gérants de SARL, Cass. 2e civ., 2 déc. 2010, no 09-67503, D – Cass. com., 12 avr. 2012, no 11-10228, PB.

47 –

(47) La loi de sauvegarde des entreprises en difficulté du 26 juillet 2005 a aligné le sort des garants autonomes sur celui des cautions. L'ordonnance du 18 décembre 2008 a parachevé l'uniformisation en visant plus généralement les coobligés et les personnes «ayant consenti une sûreté personnelle ou ayant affecté ou cédé un bien en garantie». Toutes les garanties de la dette d'autrui, aussi bien personnelles que réelles, sont donc désormais soumises au droit des entreprises en difficulté.

48 –

(48) C. consom., art. L. 310-10-1.

49 –

(49) L. no 89-462 du 6 juill. 1989, art. 22-1-1.

50 –

(50) Ce raisonnement a conduit la Cour de cassation à étendre l'application de l'article 1415 du Code civil à la garantie autonome, qui «comme le cautionnement, est une sûreté personnelle» (Cass. 1re civ., 20 juin 2006 : Bull. civ. I, no 313).

51 –

(51) Sur le formalisme informatif, la mise en garde sur les risques de l'opération, l'information légale annuelle sur l'encours de la dette garantie, l'information légale sur le premier incident de paiement du débiteur, v. M. Bourassin, V. Brémond et M.-N. Jobard-Bachellier, Droit des sûretés, Sirey, 2012, 3e éd.

52 –

(52) La caution ne saurait, en revanche, invoquer avec succès la perte d'une chance de profiter de la suspension des poursuites contre le débiteur ou des mesures de redressement

adoptées au bénéfice de celui-ci, puisque la jurisprudence refuse aux cautions le droit de s'en prévaloir (v. infra nos 64 à 78).

53 –

(53) En ce sens, D. Legeais, «La réforme du cautionnement par la loi du 29 juillet 1998» : JCP E 1998, no 44, p. 1724.

54 –

(54) Cass. 1re civ., 20 mai 2003 : Bull. civ. I, no 122.

55 –

(55) V. supra nos 32 à 38.

56 –

(56) Dans le cas contraire, le paiement déjà intervenu ne saurait être remis en cause, mais se pose alors la question des recours en remboursement contre le débiteur surendetté (v. infra nos 83 à 91).

57 –

(57) V. supra no 13.

58 –

(58) V. supra nos 41 à 49.

59 –

(59) Il en va de même de l'ouverture d'une procédure de sauvegarde ou de redressement judiciaire à l'égard d'une entreprise en difficulté (C. com., art. L. 622-29). Au contraire, pour accélérer les répartitions, «le jugement qui ouvre ou prononce la liquidation judiciaire rend exigibles les créances non échues» (C. com., art. L. 643-1).

60 –

(60) Cette solution, rendue en matière de procédure collective professionnelle (Cass. 1re civ., 24 janv. 1995 : Bull. civ. I, no 51) devrait pouvoir être étendue, par analogie, aux procédures de traitement du surendettement.

61 –

(61) V. supra nos 7 à 12.

62 –

(62) Cette clause, très protectrice des intérêts de la caution, est sans doute rarement stipulée lorsque celle-ci est en situation de faiblesse par rapport au créancier. Elle est en revanche tout à fait envisageable au bénéfice de cautions professionnelles.

63 –

(63) Cette renonciation peut être subordonnée, par exemple, à la condition que le débiteur exécute le plan conventionnel de redressement. Alors, si le créancier ne démontre pas la défaillance de cette condition, il ne peut poursuivre la caution en paiement (CA Versailles, 10 juin 2003 : Juris-Data no 2003-229980).

64 –

(64) En ce sens, Cass. com., 22 mai 2007 : Bull. civ. IV, no 136 : «La renonciation par le créancier au droit à agir en paiement contre le débiteur principal n'emporte pas extinction de l'obligation principale ni du recours de la caution contre ce débiteur, de sorte que la clause (de renonciation) ne fait pas obstacle aux poursuites du créancier contre la caution solidaire». Contra, cependant, au sujet de la suspension légale des poursuites contre un débiteur rapatrié d'Algérie, qui a été qualifiée d'exception inhérente à la dette, opposable par la caution, Cass. 1re civ., 13 mars 1996 : Bull. civ. I, no 133.

65 –

(65) Cass. com., 3 mai 1960 : Bull. civ. III, no 160 – Cass. 3e civ., 4 avr. 1973 : Bull. civ. III, no 258.

66 –

(66) Cass. 1re civ., 31 mars 1998 : Bull. civ. I, no 135 – Cass. com., 22 juin 1999 : Bull. civ. IV, no 134.

67 –

(67) Dans un arrêt de principe du 13 novembre 1996, la première chambre civile a jugé que «les mesures consenties par les créanciers dans le plan conventionnel de règlement» ne peuvent bénéficier aux cautions (Cass. 1re civ., 13 nov. 1996 : Bull. civ. I, no 401). Rendue au sujet de remises de dettes, la solution vaut également pour les délais négociés dans le plan amiable de règlement.

68 –

(68) Dans le cadre de l'ancien redressement judiciaire civil, c'est un arrêt de la première chambre civile de la Cour de cassation en date du 3 mars 1998 (Cass. 1re civ., 3 mars 1998 : Bull. civ. I, no 82) qui a décidé que cette procédure «ne prive pas le créancier des garanties qui lui ont été consenties ; la caution ne peut se prévaloir, pour se soustraire à son engagement, des mesures arrêtées par le juge en faveur du débiteur surendetté» (en l'espèce, il s'agissait d'une mesure de report du paiement). Les mesures que les commissions peuvent désormais imposer devraient suivre le même sort.

69 –

(69) L'«obligation de se comporter en partenaire loyal» a été expressément visée par la Cour de cassation, en matière de procédure collective professionnelle, pour décider que «les remises ou délais accordés par un créancier dans le cadre d'un règlement amiable bénéficiaient à la caution» (Cass. com., 5 mai 2004 : Bull. civ. IV, no 84).

70 –

(70) La Cour de cassation a d'abord fait bénéficier aux cautions des remises ou délais accordés par le créancier dans la procédure de règlement amiable (Cass. com., 5 mai 2004, préc.). C'est ensuite le législateur, en 2005, qui a consacré l'opposabilité par toutes les cautions des mesures prises dans l'accord homologué ou même seulement constaté (C. com., art. L. 611-10-2). Dans la procédure de sauvegarde, les cautions peuvent opposer les mesures profitant à l'entreprise en difficulté, mais seulement s'il s'agit de personnes physiques (C. com., art. L. 626-11). Cette opposabilité a essentiellement pour but d'inciter le dirigeant-caution à demander l'ouverture de ces procédures préventives plutôt que d'attendre la cessation des paiements. Comme cet objectif n'est absolument pas transposable en matière de surendettement, l'opposabilité qui en découle n'aurait pas sa place dans les procédures bénéficiant aux particuliers surendettés.

71 –

(71) Cet argument a été essentiel, lors du vote de la loi relative à la lutte contre les exclusions, pour écarter un amendement visant à étendre aux cautions le bénéfice des mesures arrêtées en faveur du débiteur principal (JOAN, 19 mai 1998, p. 3962).

72 –

(72) Selon des juges de l'exécution, cette pratique serait fréquente, et elle n'empêcherait pas la conclusion de très nombreux plans de redressement (P. Mury, note sous Cass. 1re civ., 13 nov. 1996 : JCP G 1997, II, no 22780 ; T. Moussa : D. 1997, jur., p. 141).

73 –

(73) Selon l'article L. 311-52 du Code de la consommation (anc. art. L. 311-37), «les actions en paiement engagées devant (le tribunal d'instance) à l'occasion de la défaillance de l'emprunteur doivent être formées dans les deux ans de l'événement qui leur a donné naissance à peine de forclusion». Ce texte ajoute que, «lorsque les modalités de règlement des échéances impayées ont fait l'objet d'un réaménagement ou d'un rééchelonnement, le point de départ du délai de forclusion est le premier incident non régularisé intervenu après le premier aménagement ou rééchelonnement conclu entre les intéressés ou après adoption

du plan conventionnel de redressement prévu à l'article L. 331-6 ou après décision de la commission imposant les mesures prévues à l'article L. 331-7 ou la décision du juge de l'exécution homologuant les mesures prévues à l'article L. 331-7-1».

74 –

(74) Cass. 1re civ., 18 oct. 2000 : Bull. civ. I, no 254.

75 –

(75) V. supra nos 71 à 73.

76 –

(76) Cass. 1re civ., 13 nov. 1996 : Bull. civ. I, no 401. Dans le même sens, CA Bourges, 28 févr. 2001 : Juris-Data no 2001-152720 – CA Nancy, 9 sept. 2004 : Juris-Data no 2004-268896.

77 –

(77) Cass. 1re civ., 14 oct. 1997, no 96-04053, D – Cass. 1re civ., 26 avr. 2000 : Bull. civ. I, no 122 – Cass. 1re civ., 18 janv. 2000, no 97-20391, D. Les solutions sont les mêmes à l'encontre de codébiteurs solidaires (Cass. 1re civ., 6 nov. 2001 : Bull. civ. I, no 269).

78 –

(78) V. infra no 89.

79 –

(79) À l'inverse, certains estiment que, malgré le silence de la loi de 2010, il est permis de douter de la permanence de cette solution (D. Legeais, «La loi sur le crédit à la consommation et le droit des sûretés» : RD bancaire et fin. 2010, no 6, p. 89).

80 –

(80) Sous l'empire de l'article 55 de la loi du 25 janvier 1985, la Cour de cassation accordait aux cautions le bénéfice de l'arrêt du cours des intérêts en le qualifiant d'exception inhérente à la dette (Cass. com., 13 nov. 1990 : Bull. civ. IV, no 277 – Cass. com., 14 déc. 1993 : Bull. civ. IV, no 467 – Cass. com., 22 mars 1994 : Bull. civ. IV, no 122).

81 –

(81) La loi de sauvegarde des entreprises en difficulté du 26 juillet 2005 a fait produire à l'arrêt du cours des intérêts des effets opposés selon le type de procédure ouverte. Dans la procédure de sauvegarde, l'article L. 622-28, alinéa 1er, du Code de commerce accorde aux garants personnes physiques le droit de se prévaloir de l'arrêt du cours des intérêts et d'obtenir ainsi une diminution de leur obligation de règlement. À l'inverse, dans la procédure de redressement judiciaire, l'article L. 631-14, alinéa 6 du Code de commerce interdit aux garants, quelle que soit leur qualité, d'invoquer l'arrêt du cours des intérêts dus par l'entreprise débitrice. La loi de 2005 a entendu, par ce biais, rendre plus attractive aux yeux des garants-dirigeants la procédure de sauvegarde et favoriser, par là même, le redressement anticipé de l'entreprise en difficulté.

82 –

(82) Cela concernerait l'arrêt du cours des intérêts jusqu'à la mise en œuvre du plan de redressement conventionnel et la suppression ou la modification du taux d'intérêt prévue par le plan conventionnel (C. consom., art. L. 331-6).

83 –

(83) Cela concernerait l'arrêt du cours des intérêts jusqu'à ce que les mesures imposées ou recommandées par la commission soient opposables aux créanciers (C. consom., art. L. 331-7 et L. 331-7-1), ainsi que la réduction du taux d'intérêt résultant, en principe, du retard de la commission dans l'instruction du dossier (art. L. 331-3) ou encore la réduction du taux d'intérêt imposée par la commission (art. L. 331-7).

84 –

(84) Cass. com., 12 juill. 1971 : Bull. civ. IV, no 202.

85 –

(85) La dette du débiteur envers la caution est bien une dette antérieure au sens des articles L. 331-3-1 et L. 331-5 du Code de la consommation qui en interdisent le règlement, puisque la Cour de cassation considère que «la créance de la caution qui agit avant paiement contre le débiteur principal, sur le fondement de l'article 2309 du Code civil, prend naissance à la date de l'engagement de la caution» (Cass. com., 3 févr. 2009 : Bull. civ. IV, no 11).

86 –

(86) En cas de clôture de la procédure de liquidation judiciaire pour insuffisance d'actif, l'article L. 643-11, II du Code de commerce reconnaît à toutes les cautions ayant payé au lieu et place du débiteur le droit de poursuivre celui-ci.

87 –

(87) Rapport du comité de suivi de l'application des dispositions relatives au surendettement de la loi no 2003-710 du 1er août 2003, présidé par Guy Canivet, 30 novembre 2005 : Doc. fr., p. 35.

88 –

(88) Contra, CA Bordeaux, 26 janv. 2009 : Juris-Data no 2009-375402 : la créance du comité interprofessionnel du logement, caution solidaire du débiteur-locataire pour le paiement du loyer, ne peut être effacée sur le fondement de l'article L. 332-9.

89 –

(89) L. 6 juill. 1989, art. 22-1, dans sa rédaction issue de la loi no 2009-323 du 25 mars 2009 de mobilisation pour le logement et la lutte contre l'exclusion.

90 –

(90) Sur la conclusion d'un cautionnement après la demande de traitement de la situation de surendettement, v. supra nos 29 à 31. À titre d'exemple de cautionnement antérieur couvrant des créances nées postérieurement à la décision de la commission, peut être cité le cautionnement d'un bail d'habitation, puisque la Cour de cassation considère que doivent être traitées comme des créances postérieures les loyers et autres créances résultant d'un contrat de bail poursuivi après le jugement d'ouverture d'une procédure d'insolvabilité (Cass. com., 28 mai 2002 : Bull. civ. IV, no 94 – Cass. com., 28 mai 2002, no 99-19766, D).

91 –

(91) Cela recouvre non seulement toutes les sommes versées au créancier, mais aussi les intérêts moratoires attachés à ces sommes, les frais que la caution a pu exposer pour le recouvrement de sa créance ou encore des dommages et intérêts compensatoires dans l'hypothèse où la caution aurait subi un préjudice à la suite de son paiement. Toutes ces sommes excédant le paiement du créancier ne peuvent être réclamées que dans le cadre du recours personnel et non du recours subrogatoire, puisque la subrogation ne joue que dans la mesure du paiement.

92 –

(92) Cass. 1re civ., 15 juill. 1999 : Bull. civ. I, no 248 – Cass. 1re civ., 28 mars 2000 : Bull. civ. I, no 107.

93 –

(93) Les arrêts ayant refusé que les mesures de traitement du surendettement n'entravent le recours de la caution ont été rendus au double visa des anciens articles 2028 et 2029 du Code civil (nouveaux articles 2305 et 2306). L'efficacité du recours personnel, aussi bien que celle du recours subrogatoire, se trouvent donc préservées. Dans le second cas, la solution heurte de front le principe selon lequel le subrogé ne saurait avoir plus de droits que n'en avait le subrogeant.

94 –

(94) V. l'enquête typologique de la Banque de France sur le surendettement, publiée en mars 2011.

95 –

(95) Deux raisons pratiques peuvent l'expliquer. D'une part, le patrimoine des débiteurs surendettés comporte rarement des biens de valeur pouvant servir de garantie. Les statistiques de la Banque de France révèlent, à cet égard, qu'en 2010 seulement «8,9 des personnes surendettées possèdent un bien immobilier» (enquête typologique 2010 sur le surendettement, p. 27). D'autre part, dans les dossiers de surendettement, les dettes les plus nombreuses, c'est-à-dire les crédits à la consommation (présents dans 91 des dossiers) et les dettes de logement (au sein des dettes de charges courantes, qui sont présentes dans 76 des dossiers, ce sont celles dont l'encours est le plus élevé), sont plus fréquemment garanties par un cautionnement que par une sûreté réelle.

96 –

(96) V. supra 1re partie.

97 –

(97) Au contraire, depuis l'ordonnance du 18 décembre 2008, le droit des entreprises en difficulté précise le sort des personnes «ayant affecté ou cédé un bien en garantie» de la dette de l'entreprise débitrice, en l'alignant sur celui des personnes ayant consenti une sûreté personnelle. Rappelons que ce rapprochement est au contraire proscrit en droit commun depuis que la Cour de cassation (Cass. ch. mixte, 2 déc. 2005 ; Bull. ch. mixte, no 7), puis l'ordonnance du 23 mars 2006 (C. civ., art. 2334 et 1422, al. 2), ont décidé qu'«une sûreté réelle consentie pour garantir la dette d'un tiers n'implique aucun engagement personnel à satisfaire à l'obligation d'autrui».

98 –

(98) V. supra nos 29 à 31.

99 –

(99) Procédure de traitement du surendettement devant la commission, aussi bien que procédures de rétablissement personnel, avec ou sans liquidation, devant le juge d'instance, puisque l'article L. 333-1-1 est l'une des «dispositions communes» à ces deux types de procédures.

100 –

(100) À cette fin, l'article L. 331-3-1, avant-dernier alinéa, issu de la loi du 1er juillet 2010, renferme une autre protection des intérêts des bailleurs : il ont la possibilité de percevoir l'aide personnalisée au logement.

101 –

(101) Rapport du projet de loi au Sénat, 20 oct. 2004, no 32. Cette justification est contestable à l'heure où le surendettement est très majoritairement «passif».

102 –

(102) P. Bouteiller, «Les dispositions complétant l'arsenal législatif relatif au traitement du surendettement apportées par la loi de programmation de cohésion sociale» : JCP E 2005, no 5, p. 166.

103 –

(103) Les dettes de loyer courant peuvent être payées malgré l'interdiction des paiements inscrite dans les articles L. 331-3-1 et L. 331-5 du Code de la consommation. En effet, la dette de loyer pour une période postérieure à la suspension des procédures d'exécution naît à raison de la jouissance du bien loué laissé au débiteur, et non du contrat de bail. Donc, le loyer courant n'est pas une dette antérieure dont le paiement est prohibé. En ce sens, en matière de procédure collective professionnelle, v. Cass. com., 28 mai 2002 : Bull. civ. IV, no 94.

104 –

(104) Sauf ceux qui sont exclus de la liquidation par C. consom., art. L. 332-8.

105 –

(105) Enquête typologique 2010 de la Banque de France, p. 4 et 5.

106 –

(106) Cass. 2e civ., 8 mars 2007 : Bull. civ. II, no 62 (en l'espèce, un moratoire avait été imposé à un trésorier municipal, titulaire d'une créance fiscale, jusqu'à l'apurement de la créance du bailleur).

107 –

(107) V. supra nos 32 à 38.

108 –

(108) Pour une illustration de ce risque, v. CA Paris, 13 mars 2007 : Juris-Data no 2007-332011, ayant décidé qu'une dette d'un crédit municipal ne peut être exclue des mesures de redressement prévues par le Code de la consommation.

109 –

(109) CA Bordeaux, 8 juin 2009 : Juris-Data no 2009-005675 (en l'espèce, un véhicule vendu avec réserve de propriété a été restitué à l'établissement de crédit subrogé dans les droits du vendeur réservataire).

110 –

(110) Il en va de même dans les procédures collectives professionnelles (C. com., art. L. 624-9, L. 624-17 et L. 624-16). V. M. Bourassin, V. Brémond et M.-N. Jobard-Bachelier Droit des sûretés, 3e éd., Sirey, 2012, nos 1237, 2573.

111 –

(111) Sur l'efficacité de ces sûretés hors concours en droit des entreprises en difficulté, v. M. Bourassin, V. Brémond, M.-N. Jobard-Bachelier *ibid.*, no 1250, 2538 et 2574 (sur le crédit-bail), nos 2537, 2575, 2599 à 2601 et 2611 (sur la fiducie-sûreté).

112 –

(112) L'exigence de publicité ne concerne pas le gage lorsqu'il a lieu avec mise en possession du créancier, puisque celle-ci assure l'information des tiers. Il existe, par ailleurs, des sûretés occultes, qui autorisent un paiement préférentiel en l'absence de toute publicité. Tel est le cas des privilèges pleinement généraux et des privilèges mobiliers, généraux comme spéciaux. Certaines sûretés conférant un droit exclusif sont également clandestines. Tel est le cas de la clause de réserve de propriété et de la fiducie-sûreté sans dépossession portant sur des meubles corporels ou incorporels autres que des créances.

113 –

(113) V. supra no 98.

114 –

(114) Cass. com., 17 nov. 1992 : Bull. civ. IV, no 358 – Cass. com., 11 avr. 1995, no 92-21563, D.

115 –

(115) Sur les sûretés nouvelles autorisées, en droit des entreprises en difficulté, v. C. com., art. L. 622-7, II, et celles autorisées, dans le cadre des procédures de traitement du surendettement, v. supra no 31.

116 –

(116) En droit des entreprises en difficulté, le juge-commissaire, au cours de la période d'observation (C. com., art. L. 622-8, al. 3), ou le tribunal, dans le cadre du plan de sauvegarde ou de redressement (C. com., art. L. 626-22, al. 3), peuvent imposer une substitution de garantie aux créanciers inscrits sur les biens vendus. Dans la procédure de traitement du surendettement, la substitution de garantie est seulement envisagée comme

une mesure pouvant être négociée dans le plan conventionnel de redressement (C. consom., art. L. 331-6), et non comme une mesure pouvant être imposée par la commission ou le juge.

117 –

(117) Il est regrettable que la loi du 1er juillet 2010 n'ait pas envisagé la question de la vente amiable sur autorisation judiciaire permise depuis l'ordonnance no 2006-461 du 21 avril 2006 ayant réformé la saisie immobilière.

118 –

(118) La Cour de cassation admet qu'il puisse s'agir d'un bien affecté en garantie par un coobligé du débiteur surendetté. Ainsi, a-t-elle interdit à un créancier titulaire d'une hypothèque portant sur un immeuble de l'ex-époux de la débitrice surendettée de saisir ce bien en exécution d'un prêt consenti aux ex-époux (Cass. 2e civ., 10 févr. 2005 : Bull. civ. II, no 30).

119 –

(119) CA Colmar, 2 juin 2008 : Juris-Data no 2008-367636.

120 –

(120) CA Paris, 28 avr. 2009 : Juris-Data no 2009-007169.

121 –

(121) Le droit des entreprises en difficulté reconnaît au créancier gagiste, en cas de liquidation judiciaire, le droit d'obtenir l'attribution judiciaire du gage avant la réalisation de ce dernier (C. com., art. L. 642-20-1, al. 1er). Il permet au fiduciaire d'acquérir définitivement la propriété des biens fiduciaires, sous plusieurs conditions dans les procédures de sauvegarde ou de redressement (C. com., art. L. 622-23-1, L. 631-14, al. 4), et librement dans la procédure de liquidation. Il admet encore la revendication de biens meubles vendus sous réserve de propriété (C. com., art. L. 624-16). Il prohibe, en revanche, aussi bien la conclusion que la mise en œuvre d'un pacte comissoire et ce, quelle que soit la procédure ouverte (C. com., art. L. 622-7, al. 3, L. 631-14, al. 1er, L. 641-3).

122 –

(122) En ce sens, v. CA Bordeaux, 8 juin 2009 : Juris-Data no 2009-005675 et supra nos 118 à 121.

123 –

(123) Au titre des mesures permettant de faciliter le paiement de la dette, une circulaire du 24 mars 1999 a cité «la mise en vente amiable, au prix du marché, des résidences secondaires, véhicules automobiles non indispensables à l'activité professionnelle ou aux besoins de la famille et valeurs mobilières, ou encore la réalisation de produits d'épargne».

124 –

(124) L'article R. 334-44 du Code de la consommation, issu du décret no 2010-1304 du 29 octobre 2010, apporte deux précisions sur la vente de gré à gré d'un bien immobilier grevé d'une hypothèque ou d'un privilège : c'est le juge du tribunal d'instance qui doit déterminer le montant minimum du prix de vente, et le paiement du prix, des frais de la vente et des droits de mutation purge l'immeuble de toute hypothèque ou privilège pris du chef du débiteur.

125 –

(125) L'article L. 331-7-1 du Code de la consommation exige que la vente amiable soit «destinée à éviter une saisie immobilière» et que ses «modalités aient été arrêtées d'un commun accord entre le débiteur et l'établissement de crédit».

126 –

(126) Cass. 1re civ., 2 mai 1994, avis no 14.

127 –

(127) Cette recommandation extraordinaire doit être rendue exécutoire par le juge (C. consom., art. L. 332-1).

128 –

(128) Cass. 1re civ., 4 avr. 1995 : Bull. civ. I, no 161 – Cass. 1re civ., 13 juin 1995 : Bull. civ. I, no 261.

129 –

(129) Cass. 1re civ., 9 juill. 1996 : Bull. civ. I, no 302.

130 –

(130) Cass. 1re civ., 9 mars 1994 ; Bull. civ. I, no 94 – Cass. 1re civ., 6 juin 2000, no 97-04021, D.

131 –

(131) Cass. 1re civ., 31 mars 1992 : Bull. civ. I, no 102.

132 –

(132) À cette fin, «en cas de vente d'un immeuble, le liquidateur requiert du chef du service chargé de la publicité foncière l'état des inscriptions conformément à l'article 2449 du Code civil» (C. consom., art. R. 334-62). Puis, en l'absence de contestation du projet de distribution élaboré par le liquidateur, celui-ci transmet ledit projet au juge d'instance pour homologation, en y joignant «un état hypothécaire postérieur à la publication de la vente» (C. consom., art. R. 334-64). À défaut d'accord sur le projet, «si la difficulté porte, en tout ou partie, sur la répartition du prix d'un immeuble, le liquidateur saisit le juge chargé des saisies immobilières par voie d'assignation des créanciers participant à la distribution. L'assignation expose les difficultés rencontrées ; elle est accompagnée de tous documents utiles» (C. consom., art. R. 334-66, al. 2). Alors, «le juge du tribunal d'instance ou, le cas échéant, le juge chargé des saisies immobilières établit l'état de répartition et statue sur les frais de distribution. Le cas échéant, il ordonne la radiation des inscriptions des hypothèques et privilèges sur l'immeuble» (C. consom., art. R. 334-67, al. 1er).

133 –

(133) V. supra nos 99 à 102.

134 –

(134) Il y a une dizaine d'années, à l'occasion d'une question de droit international privé, la Cour de cassation a relevé que les effets d'une procédure de surendettement sont «du même ordre que ceux d'une procédure collective en cas d'insolvabilité» (Cass. 1re civ., 10 juill. 2001 : Bull. civ. I, no 210). Plus récemment, ce rapprochement a été expressément opéré par l'ordonnance du 23 mars 2006, qui a consacré un droit spécial des sûretés «en cas d'ouverture d'une procédure de sauvegarde, de redressement judiciaire ou de liquidation judiciaire ou encore en cas d'ouverture d'une procédure de traitement des situations de surendettement des particuliers» (C. civ., art. 2287 et 2427, al. 3, v. supra nos 27 et 107 à 110). La loi du 1er juillet 2010 a elle aussi renforcé les similitudes entre les deux droits de la défaillance économique. Plusieurs règles nouvelles sont à cet égard tout à fait significatives : la distinction entre les mesures prescrites devant la commission et les procédures de rétablissement personnel devant le juge d'instance selon que la situation du débiteur est ou non irrémédiablement compromise (C. consom., art. L. 330-1) ; la suspension automatique des procédures d'exécution contre le débiteur dès la décision de la commission déclarant la demande recevable (C. consom., art. L. 331-3-1, v. supra nos 8 et 9) ; l'interdiction de conclure de nouvelles sûretés à la suite de cette suspension (C. consom., art. L. 331-3-1, al. 2, v. supra nos 29 à 31) ; l'arrêt du cours des intérêts jusqu'à l'orientation donnée au dossier (C. consom., art. L. 331-6, L. 331-7 et L. 331-7-1, v. supra nos 15, 17, 21) ; la limitation de certaines protections aux cautions personnes physiques (C. consom., art. L. 331-7-1, 2°, L. 332-5 et L. 332-9, v. supra nos 84 à 86).

135 –

(135) Le droit du surendettement ne s'intéresse, d'une part, qu'au cautionnement, alors que le droit des entreprises en difficulté, depuis l'ordonnance du 18 décembre 2008, embrasse toutes les garanties de la dette d'autrui, personnelles aussi bien que réelles. Il ne régleme, d'autre part, que les sûretés réelles traditionnelles, alors que le livre VI du Code de commerce comporte plusieurs règles propres aux garanties conférant un droit exclusif (droit de rétention, fiducie-sûreté, clause de réserve de propriété, crédit-bail). V. supra nos 50 et 93.

136 –

(136) Il convient de rappeler que le droit des entreprises en difficulté est par ailleurs plus protecteur des cautions solvens personnes morales en cas de clôture de la liquidation judiciaire pour insuffisance d'actif. V. supra nos 84 à 86.

137 –

(137) V. supra nos 33 à 37.

138 –

(138) V. supra nos 33 à 35 l'absence d'obligation de déclaration des créances, en principe, dans la procédure de traitement du surendettement devant la commission ; v. supra no 13 la période d'interdiction des paiements des dettes antérieures ; v. supra nos 18, 20 et 129 la liberté de la commission de ne pas assurer une égalité de traitement entre les créanciers.

139 –

(139) V. supra nos 62 et 63 l'absence de suspension des poursuites propre aux cautions ; v. supra nos 64 à 78 l'inopposabilité par les cautions des débiteurs surendettés des délais et des remises octroyés à ceux-ci.

140 –

(140) V. supra nos 131 à 133.

141 –

(141) Super-priviège des salaires, priviège de la conciliation, priviège de certains créanciers postérieurs.

142 –

(142) F. Macorig-Venier, «Le périmètre des garanties» : Rev. proc. coll. 2011, no 1, p. 76.

143 –

(143) V. supra nos 61 à 74 la poursuite de la caution dès l'échéance de la dette principale et, au contraire, v. supra nos 112 à 122 les obstacles à la réalisation des sûretés réelles ; v. supra nos 75 à 78 le paiement intégral que le créancier peut réclamer à la caution et, au contraire, v. supra nos 128 et 129 les réductions de la dette garantie par une sûreté réelle.

144 –

(144) V. supra nos 32 à 38, 59, 103 à 105 les causes d'extinction affectant l'ensemble des sûretés et leur application au cautionnement et aux sûretés réelles.

145 –

(145) V. supra nos 29, 34, 35, 50, 54 à 57, 64 à 78, 89, 93, 105, 107 à 110, 118 à 121.

146 –

(146) Sur la sécurité juridique comme facteur d'efficacité des sûretés, v. M. Bourassin, L'efficacité des garanties personnelles, LGDJ, 2006, nos 177 à 236.