



HAL
open science

Garanties personnelles, entre droit commercial et protection des consommateurs

Manuella Bourassin

► **To cite this version:**

Manuella Bourassin. Garanties personnelles, entre droit commercial et protection des consommateurs : XIXe Congrès international de droit comparé, Vienne, juillet 2014. XIXth International Congress of Comparative Law , Jul 2014, vienne, Autriche. hal-01486995

HAL Id: hal-01486995

<https://hal.parisnanterre.fr/hal-01486995>

Submitted on 13 Mar 2017

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.

XIXe Congrès international de droit comparé, Vienne, juillet 2014
Garanties personnelles, entre droit commercial et protection des consommateurs
Rapport français

Manuella Bourassin, *Agrégée des Facultés de droit, Professeur à l'Université Paris Ouest Nanterre La Défense, Directrice du Centre de droit civil des affaires et du contentieux économique (EA 3457), Codirectrice du Master 2 Droit notarial*

1. Economic aspects

1.1 Are figures available in your country concerning the number of personal guarantees issued within a certain period of time? How are these figures determined?

En France, les garanties personnelles ne sont pas officiellement et systématiquement recensées. En effet, il n'existe aucun fichier les concernant spécialement, et elles ne seront pas non plus enregistrées dans le nouveau fichier positif d'endettement, le Registre national des crédits aux particuliers (RNCP), qui sera centré sur les crédits à la consommation¹.

Des statistiques sont en revanche établies par des organismes représentant ou supervisant les banques françaises, comme l'Autorité de contrôle prudentiel et de résolution (ACPR), selon laquelle, par exemple, 60% des prêts immobiliers sont garantis par des cautionnements délivrés par des établissements financiers spécialisés.

L'absence de recensement général et officiel des garanties personnelles est regrettable à divers égards. D'abord, pour les principaux types de crédits, elle empêche de connaître la nature des garanties constituées², ainsi que la qualité des garants³. Ensuite, pour apprécier la solvabilité des demandeurs de crédit, un fichier des garanties personnelles serait très utile, puisque ces garanties constituent un endettement latent et qu'elles conduisent fréquemment au surendettement. Enfin, en cas de décès du garant, un fichier central des garanties personnelles permettrait aux héritiers d'exercer leur option successorale dans de meilleures conditions⁴.

2. Legislation

2.3 How has the law on personal guarantees developed in your country?

Le Code civil français de 1804 n'a réglementé qu'une seule sûreté personnelle : le cautionnement. Ses dispositions relatives à la nature, à l'étendue, aux effets et à l'extinction du cautionnement ne comportent aucune distinction quant à la qualité de la caution, du créancier ou du débiteur principal, ni quant aux caractéristiques des dettes garanties.

A partir des années 1980, pour protéger les cautions réputées les plus faibles et/ou les plus exposées aux dangers du cautionnement, la législation s'est spécialisée. A côté du droit commun figurant dans le Code civil, ont été inscrites dans d'autres codes ou lois non codifiées des règles propres aux cautionnements garantissant les dettes d'une entreprise⁵ ; aux cautionnements de dettes nées d'un bail d'habitation⁶ ; aux cautionnements souscrits par une personne physique en garantie d'un crédit à la

¹ Projet de loi sur la consommation, voté par l'Assemblée nationale le 3 juillet 2013 et par le Sénat le 13 septembre 2013. Cf. <http://www.economie.gouv.fr/loi-consommation>

² **Question 1.2** : l'importance globale des garanties personnelles par rapport aux garanties réelles ne peut donc être déterminée. On ne saurait non plus chiffrer, au sein des garanties personnelles, le poids respectif des sûretés personnelles reconnues par le Code civil (le cautionnement, la garantie autonome et la lettre d'intention) et des garanties innomées reposant sur le droit commun des obligations (comme la solidarité passive, la délégation imparfaite de créance, la promesse de porte fort) ou sur le droit des assurances (assurances-crédits).

³ **Questions 1.2 et 1.3** : il est donc impossible de quantifier les garanties personnelles consenties, soit par des particuliers n'exerçant aucune activité commerciale ou professionnelle en lien avec le crédit garanti, soit par des personnes physiques ou morales intégrées dans les affaires de l'entreprise garantie, soit encore par des garants institutionnels.

⁴ Cf. *infra* **question 3.2.7**.

⁵ L'article 48 de la loi n° 84-148 du 1^{er} mars 1984 (devenu l'article L. 313-22 du Code monétaire et financier) a réglementé le cautionnement d'un "conкурс financier à une entreprise" accordé par un établissement de crédit (cf. *infra* **question 3.2.3**).

L'article 47 de la loi n° 94-126 du 11 février 1994 s'est intéressé au cautionnement d'une "dette professionnelle d'un entrepreneur individuel ou d'une entreprise constituée sous forme de société" (cf. *infra* **questions 3.1.7 et 3.2.3**).

Les articles L. 330-1, L. 332-5 et L. 332-9 du Code de la consommation, dans leur rédaction issue de la loi n° 2010-737 du 1^{er} juillet 2010, concernent la caution surendettée ayant garanti les dettes d'un entrepreneur individuel ou d'une société.

Il convient d'ajouter tous les textes du Livre VI du Code de commerce fixant le sort des garants dans les procédures collectives professionnelles.

⁶ Article 22-1 de la loi n° 89-462 du 6 juillet 1989, issu de la loi n° 94-624 du 21 juillet 1994, modifié par les lois n° 2009-323 du 25 mars 2009 et n° 2009-1437 du 24 novembre 2009 (cf. *infra* **questions 3.1.6 et 3.2.2**).

consommation ou immobilier octroyé à un consommateur⁷ ; aux cautionnements conclus entre une "caution personne physique" et un "créancier professionnel", quel que soit l'objet de la dette cautionnée⁸. Des règles spéciales précisant le sort des cautions dans le cadre des procédures d'insolvabilité ont en outre été insérées dans le Code de commerce (procédures collectives professionnelles) et dans le Code de la consommation (procédures de traitement du surendettement des particuliers). L'articulation entre, d'une part, le droit commun et les droits spéciaux du cautionnement, d'autre part, les multiples règles spéciales, n'a malheureusement pas été suffisamment envisagée par les réformes sectorielles successives.

Le contentieux s'est dès lors considérablement développé en matière de cautionnement. La Cour de cassation n'est pas toujours parvenue à y remettre de l'ordre. Au contraire, certaines de ses jurisprudences, davantage dictées par l'objectif de protection des cautions réputées faibles que par l'impératif de sécurité juridique et la fonction de garantie du cautionnement, ont fragilisé un peu plus encore l'efficacité de cette sûreté⁹.

Depuis une trentaine d'années, le droit français du cautionnement est ainsi devenu complexe, inaccessible, inintelligible, incohérent, imprévisible. Il s'est par ailleurs de plus en plus orienté vers la protection des cautions, soit pour leur éviter de souscrire ou d'exécuter des engagements irréflectifs et ruineux, soit pour favoriser la création et la pérennité des entreprises dont elles garantissent les dettes¹⁰.

Cette crise du cautionnement¹¹ a conduit les créanciers à recourir à de nouvelles garanties personnelles, en particulier à la garantie autonome, à la lettre d'intention ou encore aux mécanismes du droit des obligations pouvant procurer un débiteur supplémentaire (notamment, la solidarité passive avec ou sans intéressement à la dette, la délégation imparfaite de créance, la promesse de porte fort). Mais l'efficacité recherchée ne fut pas pleinement au rendez-vous, car l'absence de réglementation de ces garanties de substitution a rendu incertains leur qualification et leur régime. Nombreuses garanties innomées ont ainsi été requalifiées en cautionnements ; d'autres se sont vues appliquer les règles impératives de cette sûreté-modèle.

Il est donc apparu, au début du XXI^e siècle, que toutes les garanties personnelles, et non le seul cautionnement, mériteraient de faire l'objet d'une réforme en profondeur. Alors que des propositions détaillées en ce sens ont été avancées par la doctrine¹², l'ordonnance n° 2006-346 du 23 mars 2006 ayant réformé les sûretés n'a porté, pour l'essentiel, que sur les sûretés réelles¹³. Le cautionnement n'a nullement été modifié sur le fond ; seule la numérotation des articles du Code civil le concernant a été modifiée¹⁴. La garantie autonome et la lettre d'intention ont certes été reconnues, mais seulement dans deux articles du Code civil, qui en donnent la définition, mais sans en détailler le régime¹⁵.

En France, la réforme du droit des garanties personnelles reste donc à accomplir. Lorsqu'elle aura enfin lieu, il serait souhaitable que soient édictées dans le Code civil, d'une part, des règles communes à l'ensemble des garanties personnelles¹⁶ et, d'autre part, des groupes de règles spéciales, certaines

⁷ Cf. *infra* questions 2.1 et 2.2.

⁸ Cf. *infra*.

⁹ Par exemple, la jurisprudence ayant transformé, dans les années 1980, l'exigence probatoire de mention manuscrite de l'article 1326 du Code civil en une règle de validité ; les arrêts créant des obligations à la charge des créanciers sur le fondement de la bonne foi contractuelle, comme, depuis 2007, le devoir de mise en garde des cautions "non averties".

¹⁰ Cela rappelle les deux logiques qui gouvernent aujourd'hui le droit de la consommation : protéger le faible contre le fort, d'une part ; réglementer le marché, d'autre part.

¹¹ Cf. aussi *infra* question 3.2.6.

¹² Une réforme complète du droit des sûretés personnelles fut proposée par une commission présidée par le Professeur Michel Grimaldi, dans un rapport remis au Garde des Sceaux le 31 mars 2005 (cf. www.ladocumentationfrancaise.fr).

¹³ Dans la loi d'habilitation n° 2005-842 du 26 juillet 2005, le Gouvernement n'a pas été autorisé par le Parlement à opérer une réforme globale des sûretés personnelles, surtout parce qu'il a paru inopportun, d'un point de vue démocratique, de recourir à la technique de l'ordonnance à l'égard de contrats jouant un rôle important dans la vie quotidienne des particuliers et susceptibles de provoquer leur surendettement.

¹⁴ C. civ., nouv. art. 2288 à 2320.

¹⁵ Sur la garantie autonome, C. civ., art. 2321 ; C. consom., art. L. 313-10-1 ; L. du 6 juill. 1989, art. 22-1-1.

Sur la lettre d'intention, C. civ., art. 2322.

¹⁶ Notamment, des règles relatives au caractère accessoire général, commun à l'ensemble des garanties, des règles relatives au caractère subsidiaire des garanties personnelles ou encore des règles fondées sur l'impératif d'éthique contractuelle, comme l'exigence de proportionnalité entre la garantie et les facultés financières du garant ou l'information du garant sur le premier incident de paiement du débiteur.

fondées sur leur caractère accessoire renforcé, indépendant ou indemnitaire, d'autres fondées sur la qualité du garant (garant consommateur ou agissant à des fins professionnelles)¹⁷.

2.1 Are there different statutory provisions governing personal guarantees given by private parties, given by commercial actors / professionals or given by consumers in your country? Are small and medium enterprises treated separately ?

2.2 Concerning codification of the statutory provisions: Are commercial and consumer guarantees covered by one act or are they dealt with in separate acts ?

Est un consommateur "*toute personne physique qui agit à des fins qui n'entrent pas dans le cadre de son activité commerciale, industrielle, artisanale ou libérale*"¹⁸.

Les cautionnements consentis par des consommateurs ne sont pas régis spécialement par le droit français, mais leur sont applicables, non seulement toutes les règles visant les cautions en général¹⁹, mais également celles visant plus particulièrement les "*cautions personnes physiques*".

Il existe, en effet, dans le Code de la consommation, des dispositions protégeant, soit les cautions personnes physiques garantissant des crédits à la consommation ou immobiliers souscrits par un emprunteur-consommateur²⁰, soit les cautions personnes physiques contractant avec un "*créancier professionnel*", quelles que soient cette fois la nature de la dette garantie et la qualité du débiteur principal²¹. Le champ d'application de ce second corps de règles, qui recouvre celui du premier²², a suscité de sérieuses difficultés d'interprétation.

D'abord, les "*créanciers professionnels*" sont-ils uniquement ceux dont la profession est de fournir du crédit ? La Cour de cassation écarte cette conception restrictive depuis 2009. Elle considère qu'"*au sens des articles L. 341-2 et L. 341-3 du Code de la consommation le créancier professionnel s'entend de celui dont la créance est née dans l'exercice de sa profession ou se trouve en rapport direct avec l'une de ses activités professionnelles*"²³. Cette interprétation large est favorable aux cautions, puisqu'elles doivent bénéficier des règles du Code de la consommation, même si leur cocontractant n'est pas un créancier institutionnel (par exemple, un garagiste ou un vendeur de matériaux de construction qui accordent des délais de paiement à leurs clients et obtiennent des cautionnements en contrepartie).

Ensuite, que faut-il entendre par "*caution personne physique*" ? Pour limiter l'application des textes qui reposent sur cette qualification aux seuls cautions-consommateurs, c'est-à-dire à celles n'agissant pas à des fins professionnelles, un argument formel a pu être avancé : ces textes étant inscrits dans le Code de la consommation, et non dans le Code civil, ils ne devraient pas bénéficier aux cautions agissant à des fins professionnelles, en particulier aux dirigeants ou associés se portant cautions des dettes de leur entreprise. Pour exclure les cautions intégrées dans l'entreprise débitrice, on a pu également soutenir

¹⁷ Pour des propositions de réforme détaillées en ce sens, cf. notre thèse : M. Bourassin, *L'efficacité des garanties personnelles*, LGDJ, 2006, n° 709 à 996.

¹⁸ Cette définition, inscrite dans le projet de loi sur la consommation, voté par l'Assemblée nationale le 3 juillet 2013 et par le Sénat le 13 septembre 2013, devrait prochainement figurer dans le Code de la consommation. Elle est conforme à la définition qui figure dans la directive européenne 2011/83 du 25 octobre 2011 relative aux droits des consommateurs.

¹⁹ Tout le droit commun figurant dans le Code civil, ainsi que les règles applicables à toutes les cautions garantissant des dettes déterminées, comme les dettes nées d'un bail d'habitation ou celles d'une entreprise (cf. *supra notes*).

²⁰ Articles L. 311-11, L. 312-7, L. 312-10, issus de la loi n° 78-22 du 10 janvier 1978 : remise de l'offre de crédit à la caution et respect d'un délai de réflexion, à peine de nullité du cautionnement.

Articles L. 313-7, L. 313-8, L. 313-9 et L. 313-10 du Code de la consommation, issus de la loi n° 89-1010 du 31 décembre 1989 : mentions manuscrites sur le montant, la durée et le caractère solidaire du cautionnement, à peine de nullité ; information de la caution sur la défaillance du débiteur principal, à peine de déchéance des pénalités et intérêts de retard ; interdiction pour le créancier de se prévaloir d'un cautionnement dont le montant était disproportionné aux biens et revenus de la caution lors de son engagement.

²¹ Article L. 341-1 du Code de la consommation, issu de la loi n° 98-657 du 29 juillet 1998 : information de la caution sur la défaillance du débiteur principal, à peine de déchéance des pénalités et intérêts de retard.

Articles L. 341-2 à L. 341-6, issus de la loi n° 2003-721 du 1er août 2003 : mentions manuscrites requises à peine de nullité ; exigence de proportionnalité entre le montant du cautionnement et les biens et revenus de la caution ; interdiction du cautionnement à la fois illimité en montant et solidaire ; information annuelle de la caution sur l'encours de la dette principale, à peine de déchéance des pénalités et intérêts de retard.

²² L'impératif de sécurité juridique aurait dû conduire à l'abrogation des articles L. 313-7 à L. 313-10 du Code de la consommation lors de l'adoption des articles L. 341-1 et suivants.

²³ Civ. 1^{re}, 25 juin 2009, *Bull. civ. I*, n° 138 ; Civ. 1^{re}, 9 juill. 2009, *Bull. civ. I*, n° 173 ; Com. 10 janv. 2012, *Bull. civ. IV*, n° 2.

que ces cautions n'ont pas à être protégées par les règles de forme visant à densifier le consentement (C. consom., art. L. 341-2 et L. 341-3), ni par les informations que le créancier doit fournir sur le débiteur principal au cours de la vie du cautionnement (C. consom., art. L. 341-1 et L. 341-6), car ces cautions, de par leur qualité même, sont déjà averties. Cependant, au soutien d'une application indifférenciée à l'ensemble des cautions personnes physiques, d'autres arguments ont été proposés. En particulier, la maxime d'interprétation *Ubi lex non distinguit nec non distinguere debemus*, puisque le Code de la consommation vise toutes les cautions personnes physiques. Mais également l'esprit de la loi du 1er août 2003, dont sont issues les dispositions litigieuses du Code de la consommation : cette loi "*pour l'initiative économique*" ayant cherché à améliorer la protection des entrepreneurs²⁴, il a pu sembler logique de l'appliquer aux cautions impliquées dans la vie de leur entreprise. La Cour de cassation a tranché cette délicate question d'interprétation²⁵ dans le sens le plus favorable aux cautions. Elle décide depuis 2012 que les textes du Code de la consommation visant les cautions personnes physiques sont applicables "*qu'elles soient ou non averties*"²⁶. Ils profitent donc aussi aux dirigeants et associés des sociétés garanties.

D'autres règles protègent les seules cautions personnes physiques lorsque le débiteur principal fait l'objet, soit d'une procédure collective professionnelle²⁷, soit d'une procédure de surendettement²⁸. Mais, là encore, il est certain qu'elles profitent à toutes ces cautions, et non aux seuls consommateurs. D'ailleurs, les textes du Code de commerce réservant un sort favorable aux cautions personnes physiques d'une entreprise en difficulté ont été principalement inspirés par la volonté de protéger les dirigeants-cautions, afin de les inciter à demander l'ouverture de la procédure le plus tôt possible et d'augmenter ainsi les chances de sauvetage de l'entreprise.

Si les cautionnements consentis par des personnes exerçant une activité professionnelle ou commerciale ne font l'objet en France d'aucune réglementation propre²⁹, toutes les règles du Code de la consommation ou du Code de commerce visant spécialement les cautions personnes physiques leur sont donc applicables.

En dehors de ces textes spéciaux, les liens, personnels ou professionnels, entretenus par la caution et le débiteur ont en revanche une incidence. D'abord, en législation, un texte du Code civil s'attache à la cause de l'engagement de la caution (professionnelle ou non). Il s'agit de l'article 1108-2, issu de la loi n° 2004-575 du 21 juin 2004 pour la confiance dans l'économie numérique, qui autorise le remplacement de toute mention manuscrite exigée à peine de nullité par une forme électronique, seulement si la sûreté est souscrite "*par une personne pour les besoins de sa profession*". D'autre part, en jurisprudence, il est admis depuis 1969³⁰ que le cautionnement est commercial si la caution en retire "*un intérêt personnel et patrimonial*", ce qui est le cas pour les dirigeants de la société débitrice, même s'ils n'ont pas la qualité de commerçant (comme les dirigeants de sociétés anonymes ou de sociétés à responsabilité limitée). Mais il faut bien reconnaître que cette qualification³¹ a peu d'incidences, puisqu'il n'existe pas de textes propres au cautionnement commercial et peu de règles du droit commun des actes commerciaux qui intéressent les cautionnements³². La Cour de cassation prend en revanche

²⁴ Elle a notamment permis la constitution d'une société à responsabilité limitée sans capital social, ainsi que la protection de la résidence principale des entrepreneurs individuels par une déclaration d'insaisissabilité.

²⁵ Dont les implications pratiques sont essentielles, puisque les règles du Code de la consommation concernées conditionnent, soit l'existence même du cautionnement (art. L. 341-2, L. 341-3, L. 341-4), soit son caractère solidaire (art. L. 341-5), soit encore la couverture des accessoires de la dette principale (art. L. 341-1 et L. 341-6).

²⁶ Com. 10 janv. 2012, *Bull. civ. IV*, n° 2 ; Civ. 1^{re}, 8 mars 2012, *Bull. civ. I*, n° 53.

²⁷ C. com., art. L. 622-26, al. 2 (opposabilité du défaut de déclaration des créances), L. 626-11 (opposabilité des dispositions du plan de sauvegarde), L. 622-28, al. 1er (opposabilité de l'arrêt du cours des intérêts dans la procédure de sauvegarde), L. 622-28, al. 2 et L. 631-14 (suspension des poursuites pendant la période d'observation de la procédure de sauvegarde ou de redressement). Ces textes ne bénéficient d'ailleurs pas aux seules cautions, mais à toutes les "*personnes physiques ayant consenti une sûreté personnelle ou ayant affecté ou cédé un bien en garantie*".

²⁸ C. consom., art. L. 331-7-1, 2°, L. 332-5, L. 332-9 (les créances dont le prix a été payé au lieu et place du débiteur par la caution ou le coobligé, personnes physiques, ne peuvent faire l'objet d'aucun effacement, ni partiel, ni total).

²⁹ Sous réserve des textes spéciaux concernant les personnes morales qui se portent garantes à titre professionnel (les établissements de crédit, les sociétés de caution mutuelle, les compagnies d'assurance).

³⁰ Com. 7 juill. 1969, *Bull. n° 269*.

³¹ Le cautionnement peut être également commercial, soit par sa forme (il s'agit de l'aval des effets de commerce), soit par nature lorsqu'il est souscrit par une caution professionnelle (banque, société de caution mutuelle).

³² Relevons néanmoins la compétence des tribunaux de commerce ; la présomption de solidarité ; la liberté de la preuve, mais seulement lorsque le cautionnement est commercial et que la caution est un commerçant (C. com., art. L. 110-3). Traditionnellement, la principale différence entre les cautionnements civils et commerciaux tenait à leur délai de prescription

en considération la qualité de la caution, profane ou "avertie"³³, pour appliquer ou non les protections que renferme le droit commun des contrats. Plusieurs moyens de défense sont ainsi refusés aux dirigeants-cautions : le non-respect des exigences de preuve du cautionnement³⁴ ; le dol commis par le créancier sur la situation financière de l'entreprise débitrice³⁵ ; la responsabilité du créancier pour octroi abusif de crédit au débiteur³⁶ ou pour défaut de mise en garde de la caution³⁷.

Si le droit du cautionnement est donc aujourd'hui particulièrement complexe et peu cohérent quant à la qualité de la caution, celui applicable aux autres sûretés personnelles est lacunaire. Les nouveaux articles 2321 et 2322 du Code civil n'évoquent nullement la qualité du garant autonome ou de l'émetteur d'une lettre d'intention. On pourrait donc croire que le régime de ces sûretés ne saurait varier selon que le garant agit à des fins professionnelles ou non. Tel n'est pas le cas en réalité.

L'ordonnance du 23 mars 2006 a inscrit dans l'article L. 313-10-1 du Code de la consommation l'interdiction de souscrire une garantie autonome à l'occasion d'un crédit à la consommation ou immobilier souscrit par un emprunteur-consommateur. Elle a en outre prévu qu'en matière de bail d'habitation la garantie autonome ne peut être conclue que pour remplacer le dépôt de garantie devant être versé par le locataire³⁸. Les dettes qui, en pratique, sont le plus souvent garanties par des personnes physiques n'agissant pas à des fins professionnelles, mais pour des raisons affectives, ne sauraient donc être couvertes par une garantie autonome.

En matière de lettre d'intention, aucun texte spécial ne restreint la qualité du souscripteur, mais celle-ci pourrait avoir une incidence en cas de mise en jeu de la responsabilité contractuelle. En effet, si l'émetteur a souscrit des obligations de faire ou de ne pas faire de moyens, le créancier va devoir rapporter la preuve que tous les moyens n'ont pas été mis en œuvre pour éviter la défaillance du débiteur garanti. Il est probable que cette preuve sera d'autant plus facilement rapportée que les liens professionnels entre l'entreprise couverte et l'émetteur seront étroits. La responsabilité d'une société-mère pourrait ainsi être plus facilement engagée que celle du dirigeant de l'entreprise garantie ou d'une société-sœur³⁹.

Il convient de terminer cette présentation du droit français sous le prisme de la qualité du garant en précisant que le droit des sociétés (droit commun et règles propres à certains types de sociétés⁴⁰) comporte des dispositions sur les garanties personnelles. Il encadre les pouvoirs dont doivent disposer les représentants sociaux pour engager une société à titre de garant⁴¹. En outre, dans les sociétés par

(30 ans pour les premiers, 10 ans pour les seconds). La loi n° 2008-561 du 17 juin 2008 ayant réformé la prescription l'a supprimée. Le délai de droit commun est désormais de 5 ans, aussi bien en matière civile (C. civ., art. 2224) que commerciale (C. com., art. L. 110-4).

³³ Sur la distinction jurisprudentielle entre "caution avertie" et "caution non avertie", cf. *infra* **question 3.2.1**.

³⁴ En application de l'article 1326 du Code civil (exigence d'une mention émanant de celui qui s'engage unilatéralement à payer une somme d'argent d'en indiquer le montant en chiffres et en lettres pour que la preuve de cet engagement soit parfaite), la Chambre commerciale de la Cour de cassation considère, depuis le début des années 1990, qu'en présence d'une mention équivoque ou incomplète ou en l'absence de toute mention, la seule qualité de dirigeant constitue un complément de preuve suffisant (par ex., Com. 19 juin 1990, *Bull. civ. IV*, n° 180).

³⁵ Par ex., Com. 17 déc. 1996, n° 94-20808 ; Com. 19 avr. 2005, n° 03-12879.

³⁶ Depuis 1994, une jurisprudence constante de la Cour de cassation rejette la responsabilité des banques pour octroi abusif de crédit, en raison de la parfaite connaissance de la situation de l'entreprise débitrice par le dirigeant-caution (par ex., Com. 15 févr. 1994, *Bull. civ. IV*, n° 60 ; Civ. 3^e, 22 juin 2005, n° 03-19694).

³⁷ Le défaut de mise en garde, lors de la conclusion du contrat, sur les risques de l'opération projetée et/ou sur la disproportion de l'engagement à souscrire, ne peut être invoqué que par les débiteurs et cautions "non avertis" (Cass., ch. mixte, 29 juin 2007, *Bull. ch. mixte*, n° 7). Ainsi, les dirigeants ou associés, dès lors qu'ils sont impliqués dans la gestion de la société cautionnée et qu'ils connaissent la situation financière de celle-ci, ne peuvent s'en prévaloir (par ex., Com. 27 mars 2012, *Bull. civ. IV*, n° 68). Peuvent en revanche être indemnisés sur ce fondement les dirigeants inexpérimentés et/ou fictifs (par ex., Com. 11 avril 2012, *Bull. civ. IV*, n° 76 ; Com. 5 févr. 2013, n° 11-26262).

³⁸ Article 22-1-1 de la loi n° 89-462 du 6 juillet 1989, issu de l'ordonnance du 23 mars 2006.

³⁹ En pratique, les établissements de crédit ne font souscrire des lettres d'intention qu'à ces garants agissant à des fins professionnelles et non à des personnes physiques profanes, étrangères aux activités de l'entreprise débitrice.

⁴⁰ C'est la nature de la société (société civile, société de personnes, société à responsabilité limitée, société par actions) qui importe, et non sa taille. Ainsi, les petites et moyennes entreprises se portant garantes ne font l'objet d'aucune règle spécifique.

⁴¹ Exigence de conformité de l'engagement à l'objet social (principe de spécialité) et à l'intérêt social.

Dans les sociétés anonymes, exigence d'autorisation des "cautionnements, avals et garanties" par le conseil d'administration ou de surveillance (C. com., art. L. 225-35, al. 4 et L. 225-68, al. 2), sous peine, selon la jurisprudence, d'inaopposabilité de la garantie à la société (depuis Com. 29 janv. 1980, *Bull. civ. IV*, n° 47).

actions et la société à risque limité, les dirigeants⁴² ont l'interdiction de faire cautionner ou avaliser par celles-ci leurs propres engagements envers des tiers⁴³.

3. Aspects of substantive law

3.1 General

3.1.1 Describe the distinction between dependent guarantees, e.g. a suretyship with a strong accessory relation to the secured debt, and independent guarantees, e.g. an indemnity or unconditional guarantee without such a relationship, in your country.

3.1.2 With regard to the accessoriness of guarantees: Are guarantees, or certain types of guarantees, only valid if they cover valid obligations? Are they valid only to the extent of the secured obligation?

Depuis l'ordonnance du 23 mars 2006, le Code civil français reconnaît trois sûretés personnelles (art. 2287-1) : le cautionnement, la garantie autonome et la lettre d'intention.

Dans chacune, l'obligation de garantir souscrite par la caution, le garant autonome ou l'émetteur de la lettre n'a pas d'existence autonome ; elle vient nécessairement s'adjoindre à une obligation principale. En outre, l'obligation de garantir est au service de cette obligation principale, puisque son exécution a pour fonction de l'éteindre. Pour ces deux raisons, on peut considérer que toutes les sûretés personnelles sont des accessoires de l'obligation principale. Autrement dit, elles présentent toutes un caractère accessoire général.

Dans l'une d'entre elles, le cautionnement, ce caractère accessoire est encore plus présent, car il joue tout au long de la vie de la sûreté pour faire dépendre son régime (son existence, sa validité, son étendue, ses effets) de celui de la dette garantie. Trois règles du Code civil datant de 1804 expriment le caractère accessoire renforcé du cautionnement.

D'abord, "*le cautionnement ne peut exister que sur une obligation valable*" (art. 2289). Par conséquent, la nullité ou l'inexistence de l'obligation principale entraînent normalement la disparition du cautionnement⁴⁴.

Ensuite, "*le cautionnement ne peut excéder ce qui est dû par le débiteur, ni être contracté sous des conditions plus onéreuses*" (art. 2290, al. 1er)⁴⁵. Sinon, il "*n'est point nul : il est seulement réductible à la mesure de l'obligation principale*" (art. 2290, al. 3).

Enfin, la caution peut opposer au créancier toutes les exceptions, c'est-à-dire tous les moyens de défense, "*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*" (art. 2313). Sont notamment des exceptions "*inhérentes à la dette*" le paiement par le débiteur⁴⁶, la compensation entre les dettes réciproques du créancier et du débiteur (art. 1294, al. 1er), la nullité ou la résolution du contrat principal, les remises de dettes conventionnelles (art. 1287, al. 1er), la novation de l'obligation garantie (art. 1281, al. 2) ou encore la confusion entre les personnes du créancier et du débiteur (art. 1301, al. 1er). Quant aux exceptions "*purement personnelles au débiteur*", l'article 2289, alinéa 2, en fournit un exemple : la minorité du débiteur. La jurisprudence y ajoute les autres causes d'incapacité, mais également, par exemple, la renonciation du créancier à poursuivre le débiteur⁴⁷ ou les vices affectant le consentement du débiteur si celui-ci n'a pas lui-même demandé en justice l'annulation du contrat principal⁴⁸.

C'est essentiellement pour éviter ces trois expressions du caractère accessoire renforcé du cautionnement, fort protectrices des cautions, que les créanciers ont eu recours, à partir des années 1970, à d'autres garanties personnelles.

La garantie autonome se distingue du cautionnement par son indépendance. Avant son introduction dans le Code civil par l'ordonnance du 23 mars 2006, la Cour de cassation avait précisé cette

⁴² Ainsi que leurs proches (conjoint, ascendants ou descendants) et plus généralement "*toute personne interposée*". Dans les sociétés par actions (et non la SARL), l'interdiction vise en outre les associés.

⁴³ C. com., art. L. 225-43 (SA avec conseil d'administration), L. 225-91 (SA avec directoire), L. 227-12 (SAS), L. 226-10 (SCA) et L. 223-21 (SARL).

⁴⁴ Dans le silence des textes sur la nature de cette disparition, la doctrine évoque, soit la nullité, soit la caducité du cautionnement.

⁴⁵ Sur l'étendue possible du cautionnement, cf. *infra*.

⁴⁶ Cf. *infra*.

⁴⁷ Com. 22 mai 2007, *Bull. civ. IV*, n° 136.

⁴⁸ Cass., ch. mixte, 8 juin 2007, *Bull. ch. mixte*, n° 5 ; Com. 22 mai 2013, n° 11-20398.

distinction en retenant comme critère l'objet de l'obligation de garantir : "*l'engagement ayant pour objet la propre dette du débiteur principal n'est pas autonome*"⁴⁹. Pour ne pas être requalifiée en cautionnement, la garantie autonome devait donc avoir un montant et une durée déterminés précisément, sans qu'il fût nécessaire de consulter le contrat principal, et son exécution ne devait pas être subordonnée à la défaillance du donneur d'ordre. Cette indépendance est désormais inscrite dans l'article 2321 du Code civil : "*la garantie autonome est l'engagement par lequel le garant s'oblige, en considération d'une obligation souscrite par un tiers, à verser une somme soit à première demande, soit suivant des modalités convenues. (...) Le garant ne peut opposer aucune exception tenant à l'obligation garantie*"⁵⁰. Sauf convention contraire, cette sûreté ne suit pas l'obligation garantie". Depuis l'ordonnance du 23 mars 2006, la lettre d'intention est quant à elle définie par l'article 2322 du Code civil comme "*l'engagement de faire ou de ne pas faire ayant pour objet le soutien apporté à un débiteur dans l'exécution de son obligation envers son créancier*". L'obligation de l'émetteur de la lettre a donc un objet totalement distinct de celui de l'obligation principale. Si l'obligation de faire ou de ne pas faire convenue n'est pas respectée, l'émetteur doit réparer le préjudice subi par le créancier, dans les conditions de la responsabilité contractuelle de droit commun. Pour cette raison, la lettre d'intention est fréquemment qualifiée de garantie indemnitaire. Son caractère accessoire ou indépendant est en revanche discuté en doctrine. La détermination des exceptions opposables par l'émetteur est délicate, car elle dépend de la double nature de la lettre : sûreté présentant un caractère accessoire général, elle permet à l'émetteur d'opposer certaines exceptions nées du contrat garanti⁵¹ ; mécanisme indemnitaire, elle offre à l'émetteur des moyens de défense fondés sur le droit de la responsabilité contractuelle, qui peuvent s'apparenter à des exceptions inhérentes à la dette principale⁵².

3.1.3 As there is generally no direct monetary consideration for the guarantor, are personal guarantees seen as binding unilateral legal acts in your country? What are the consequences for interpretation in contrast to a contract imposing mutual obligations?

Les sûretés personnelles sont, par nature, des contrats unilatéraux⁵³, puisque le garant souscrit un engagement⁵⁴ à l'égard du créancier, alors que celui-ci ne contracte généralement aucune obligation. Même lorsque les parties conviennent d'obligations à la charge du créancier⁵⁵ ou que la loi ou les juges lui en imposent, le caractère unilatéral demeure, car ces obligations ne constituent pas la cause (au sens de contrepartie) de celle de garantir⁵⁶.

La principale conséquence du caractère unilatéral est d'ordre probatoire.

⁴⁹ Jurisprudence constante depuis Com. 13 déc. 1994, *Bull. civ. IV*, n° 375.

⁵⁰ En application du principe d'autonomie, la jurisprudence refuse que le garant n'oppose au bénéficiaire la nullité du contrat principal, sa résolution, son inexécution par le bénéficiaire, son exécution par le débiteur, sa modification, son extinction notamment par compensation ou par transaction.

Le principe d'autonomie connaît cependant quelques exceptions : l'illicéité ou de l'immoralité du contrat de base ; l'appel manifestement abusif ou frauduleux de la garantie par le bénéficiaire (C. civ., art. 2321, al. 2) ; les moyens de défense que le droit des entreprises en difficulté confère à tous les garants ou, le cas échéant, aux garants personnes physiques (*cf. supra*).

⁵¹ L'inexistence, la nullité ou la résolution du contrat principal, prononcées à la demande du débiteur, ou encore le paiement intégral effectué par celui-ci.

⁵² Si la dette garantie est éteinte par paiement, compensation, remise de dette, confusion, novation, prescription..., l'émetteur devrait bénéficier de cette extinction par l'effet des conditions de la responsabilité civile. En effet, cette extinction peut, soit faire disparaître le préjudice du créancier (si l'extinction procède d'un paiement), soit empêcher d'imputer ce préjudice à l'inexécution des obligations de l'émetteur de la lettre (défaut de lien de causalité entre le fait générateur de responsabilité et le préjudice). Cf. *infra* **question 3.1.9**.

⁵³ Selon l'article 1103 du Code civil, le contrat "*est unilatéral lorsqu'une ou plusieurs personnes sont obligées envers une ou plusieurs autres, sans que de la part de ces dernières il y ait d'engagement*".

⁵⁴ Engagement de payer dans le cautionnement et la garantie autonome, de faire ou de ne pas faire dans la lettre d'intention.

⁵⁵ Par exemple, des obligations d'information ou l'obligation d'obtenir l'accord du garant pour accorder au débiteur une prorogation du terme.

Lorsque le garant est un établissement de crédit, une société de caution mutuelle ou encore une compagnie d'assurance, la garantie est consentie moyennant une rémunération. Celle-ci est le plus souvent supportée par le débiteur principal. Dans les cas exceptionnels où elle est mise à la charge du créancier, le contrat de garantie devient certainement synallagmatique, puisque la cause de l'obligation du garant professionnel réside alors dans l'obligation du cocontractant, le créancier, de verser cette rémunération.

⁵⁶ Depuis plus de quarante ans, la Cour de cassation décide que "la cause de l'obligation de la caution est la considération du crédit accordé par le créancier au débiteur principal" (Com. 8 nov. 1972, *Bull. civ. IV*, n° 278).

La preuve parfaite des contrats synallagmatiques est subordonnée à leur établissement en autant d'originaux qu'il existe de parties (C. civ., art. 1325). Les sûretés personnelles n'étant pas soumises à cette formalité dite du "double original", elles sont le plus souvent établies en un seul exemplaire original, que conserve le créancier.

La preuve parfaite des contrats dans lesquels "*une seule partie s'engage envers une autre à lui payer une somme d'argent*" dépend quant à elle du respect de l'article 1326 du Code civil : le titre doit comporter "*la signature de celui qui souscrit cet engagement ainsi que la mention, écrite par lui-même, de la somme ou de la quantité en toutes lettres et en chiffres*". Cette formalité probatoire, qui ne concerne que les contrats civils⁵⁷ établis sous seing privé⁵⁸, est applicable au cautionnement⁵⁹ et à la garantie autonome⁶⁰. Elle ne joue pas, en revanche, en matière de lettre d'intention, car celle-ci ne donne jamais naissance à un engagement unilatéral de payer une somme d'argent au créancier⁶¹.

3.1.6 Do form requirements (writing, notarial deed) apply for the issuing of a personal guarantee in your country?

Les sûretés personnelles sont, en principe, des contrats consensuels, c'est-à-dire qu'elles sont valablement formées par le seul échange des consentements du garant et du créancier.

Si elles peuvent être conclues devant notaire⁶² ou contresignées par un avocat⁶³, aucun texte ne l'impose⁶⁴.

S'agissant de l'écrit, il n'était traditionnellement requis qu'à titre de preuve (C. civ., art. 1326⁶⁵ ; art. 1341⁶⁶) et, en matière de cautionnement, pour satisfaire en outre aisément l'exigence du caractère exprès du consentement de la caution (C. civ., art. 2292⁶⁷).

Mais, depuis la fin des années 1980, pour s'assurer que la caution s'engage en parfaite conscience de la nature, de l'étendue et de la portée de son engagement, plusieurs lois ont imposé des mentions manuscrites portant principalement sur le montant, la durée, voire le caractère solidaire de l'obligation de la caution et ce, à peine de nullité de la sûreté en son entier. Trois types de cautionnements ont ainsi cessé d'être des contrats consensuels pour devenir solennels : le cautionnement consenti sous seing privé par une personne physique en garantie d'un crédit à la consommation ou immobilier souscrit par un emprunteur-consommateur⁶⁸ ; le cautionnement garantissant les obligations nées d'un bail

⁵⁷ La preuve des actes de commerce souscrits par des commerçants est libre (C. com., art. L. 110-3).

⁵⁸ Depuis la loi n° 2011-331 du 28 mars 2011, les actes notariés et les actes sous seing privé contresignés par avocat sont dispensés de respecter les mentions imposées par la loi, tant pour la preuve, que pour la validité des actes juridiques.

⁵⁹ Son champ d'application y est cependant très restreint depuis que la loi du 1^{er} août 2003 a imposé des mentions manuscrites à peine de nullité dans les cautionnements sous seing privé conclus entre une caution personne physique et un créancier professionnel (C. consom., art. L. 341-2 et L. 341-3).

⁶⁰ Com. 10 janv. 1995, *Bull. civ.* IV, n° 13 ; Com. 13 mars 2001, n° 98-17133.

⁶¹ Com. 25 oct. 2011, n° 10-25607. Dans le même sens, en matière de promesse de porte-fort d'exécution, cf. Com. 18 juin 2013, n° 12-18890.

⁶² Le créancier en retire de nombreux avantages : les mentions imposées par la loi dans les actes sous seing privé n'ayant pas à être respectées dans les actes notariés (ni dans les actes contresignés par avocat), les risques d'inefficacité de la sûreté pour défaut de preuve ou de validité sont considérablement réduits ; le montant et la durée du cautionnement n'ont pas à être limités ; l'acte notarié constitue un titre exécutoire très efficace si le garant n'honore pas son engagement.

Pour le garant, le recours à un notaire (ou à un avocat) présente l'avantage essentiel de recevoir des informations et conseils personnalisés sur les caractéristiques de la sûreté.

⁶³ L'acte sous seing privé contresigné par avocat fut créé par la loi n° 2011-331 du 28 mars 2011.

⁶⁴ Les seules sûretés conventionnelles notariées, à peine de nullité, sont l'hypothèque (C. civ., art. 2416) et le gage immobilier (C. civ., art. 2388).

⁶⁵ Cf. *supra* **question 3.1.3**.

⁶⁶ Les contrats civils portant sur une somme excédant 1500 euros doivent en principe être prouvés par écrit.

⁶⁷ Cette disposition interdit de présumer la volonté de la caution de s'engager et elle implique d'interpréter strictement cette volonté. Elle n'impose pas, en revanche, de forme particulière ou l'emploi de termes spécifiques pour l'expression du consentement de la caution

⁶⁸ C. consom., art. L. 313-7 : "*La personne physique qui s'engage par acte sous seing privé en qualité de caution pour l'une des opérations relevant des chapitres I^{er} ou II du présent titre doit, à peine de nullité de son engagement, faire précéder sa signature de la mention manuscrite suivante, et uniquement de celle-ci :*

« En me portant caution de X..., dans la limite de la somme de... couvrant le paiement du principal, des intérêts et, le cas échéant, des pénalités ou intérêts de retard et pour la durée de..., je m'engage à rembourser au prêteur les sommes dues sur mes revenus et mes biens si X... n'y satisfait pas lui-même »."

C. consom., art. L. 313-8 : "*Lorsque le créancier demande un cautionnement solidaire pour l'une des opérations relevant des chapitres I^{er} ou II du présent titre, la personne physique qui se porte caution doit, à peine de nullité de son engagement, faire précéder sa signature de la mention manuscrite suivante :*

d'habitation⁶⁹ ; le cautionnement conclu sous seing privé entre une caution personne physique et un créancier professionnel⁷⁰.

En matière de garantie autonome et de lettre d'intention, le consensualisme ne connaît pas de telles exceptions.

3.1.4 Are personal guarantees seen as contracts for the performance of a continuing obligation? What are the necessary conditions for the guarantee to be terminated?

3.1.7 Describe the possible extent of the guarantee obligation:

Could it be unlimited, even as a universal guarantee, or does it have to be limited to a maximum amount?

Is it possible to limit the guarantee obligation to a part of the secured debt or to certain included assets, and how is the partial guarantee affected by partial payment of the debt?

Is it possible to limit the guarantee period?

Does the guarantee cover accessories and/or costs of legal remedies? Are guarantees valid for future debts and/or conditional obligations?

Quant à leur étendue, les trois sûretés personnelles reconnues par le droit français doivent être envisagées séparément, car leurs caractères distincts - accessoire renforcé, indépendant, indemnitaire - et les règles impératives propres au cautionnement sont ici déterminants.

Concernant en premier lieu le cautionnement, une limite est inscrite depuis 1804 dans le Code civil : en raison de son caractère accessoire renforcé, le montant, la durée et les modalités du cautionnement ne sauraient excéder le montant, la durée et les modalités de l'obligation principale, sous peine d'être réduits à la mesure de celle-ci (C. civ., art. 2290). Par exemple, si la caution garantit une obligation conditionnelle, son obligation doit être soumise à la même condition et ne pas être pure et simple⁷¹. Les parties ne peuvent donc pas aménager contractuellement le caractère accessoire renforcé du cautionnement pour que la caution soit plus sévèrement obligée que le débiteur principal. Il importe de souligner que le législateur et les juges, au contraire, écartent ponctuellement ce caractère, pour servir des intérêts jugés à ceux des cautions. Ainsi, lorsque le débiteur fait l'objet d'une procédure d'insolvabilité, la caution peut être tenue de payer davantage et plus tôt que lui⁷², car ce type de procédure manifeste le risque contre lequel la sûreté a pour fonction de lutter et rend dès lors plus impérieuse la protection du créancier.

« En renonçant au bénéfice de discussion défini à l'article 2298 du Code civil et en m'obligeant solidairement avec X..., je m'engage à rembourser le créancier sans pouvoir exiger qu'il poursuive préalablement X... ».

⁶⁹ L. 6 juill. 1989, art. 22-1, der. al., issu de la loi du 21 juillet 1994 : "La personne qui se porte caution fait précéder sa signature de la reproduction manuscrite du montant du loyer et des conditions de sa révision tels qu'ils figurent au contrat de location, de la mention manuscrite exprimant de façon explicite et non équivoque la connaissance qu'elle a de la nature et de l'étendue de l'obligation qu'elle contracte et de la reproduction manuscrite de l'alinéa précédent. Le bailleur remet à la caution un exemplaire du contrat de location. Ces formalités sont prescrites à peine de nullité du cautionnement".

⁷⁰ C. consom., art. L. 341-2 "Toute personne physique qui s'engage par acte sous seing privé en qualité de caution envers un créancier professionnel doit, à peine de nullité de son engagement, faire précéder sa signature de la mention manuscrite suivante, et uniquement de celle-ci : « En me portant caution de X..., dans la limite de la somme de... couvrant le paiement du principal, des intérêts et, le cas échéant, des pénalités ou intérêts de retard et pour la durée de..., je m'engage à rembourser au prêteur les sommes dues sur mes revenus et mes biens si X... n'y satisfait pas lui-même. »".

C. consom., art. L. 341-3 : "Lorsque le créancier professionnel demande un cautionnement solidaire, la personne physique qui se porte caution doit, à peine de nullité de son engagement, faire précéder sa signature de la mention manuscrite suivante : « En renonçant au bénéfice de discussion défini à l'article 2298 du Code civil et en m'obligeant solidairement avec X..., je m'engage à rembourser le créancier sans pouvoir exiger qu'il poursuive préalablement X... »".

Sur l'interprétation du champ de ces textes, par rapport à la qualité des parties, cf. *supra* **questions 2.1 et 2.2**.

Sur la sanction du non-respect de ce formalisme informatif, cf. *infra* **question 3.2.2**.

⁷¹ La jurisprudence veille à ce que les modalités de l'obligation principale ne puissent être remises en cause, au détriment de la caution, par la volonté des parties au contrat principal (pour d'autres exemples, cf. *infra* **question 3.1.9**). Sont ainsi inopposables à la caution, tant la renonciation du créancier à la condition affectant la dette principale (Civ. 1^{re}, 12 juin 1990, *Bull. civ. I*, n° 158), que l'accord entre le créancier et le débiteur principal, par lequel ils renoncent à la réalisation d'une condition (Civ. 1^{re}, 29 avr. 1997, *Bull. civ. I*, n° 133).

⁷² Par exemple, aucun garant ne peut se prévaloir des dispositions d'un plan de redressement (C. com., art. L. 631-20), qu'il s'agisse de remises de dettes ou de délais de paiement. De même, en cas de surendettement, les mesures consenties par les créanciers dans le plan conventionnel de règlement ne peuvent bénéficier aux cautions (Civ. 1^{re}, 13 nov. 1996, *Bull. civ. I*, n° 401) et elles ne profitent pas non plus des mesures de redressement décidées par la commission de surendettement ou par le juge (Civ. 1^{re}, 3 mars 1998, *Bull. civ. I*, n° 82 ; Civ. 1^{re}, 26 avr. 2000, *Bull. civ. I*, n° 122).

A condition de respecter le caractère accessoire renforcé du cautionnement, les parties étaient traditionnellement libres de conclure un cautionnement, soit indéfini, c'est-à-dire n'ayant pas d'autres limites que celles de la dette principale, soit défini, c'est-à-dire comportant des limites propres, aussi bien par rapport au montant, que par rapport à la durée de l'engagement de la caution.

Le cautionnement indéfini en montant peut revêtir deux figures selon que les dettes garanties sont présentes lors de sa conclusion ou futures. Si le cautionnement couvre une ou plusieurs dettes déjà nées et déterminées, comme un ou des prêts d'un certain montant, il est limité à ce montant. S'il garantit une ou plusieurs dettes futures indéterminées, qui naîtront entre le débiteur et le créancier après sa conclusion, son montant est inconnu *ab initio* ; ce cautionnement dit *omnibus* s'adapte automatiquement, sans qu'il soit nécessaire de le compléter ou le réitérer, à l'évolution de l'endettement du débiteur principal. Qu'il présente l'une ou l'autre de ces deux formes, le cautionnement indéfini "*s'étend à tous les accessoires de la dette*"⁷³ (C. civ., art. 2293), sans qu'une mention n'ait à le prévoir⁷⁴. Les parties peuvent toutefois stipuler une clause contraire.

Le cautionnement indéfini en durée ne comporte pas de terme extinctif propre ; il emprunte la durée de la dette principale. Si l'obligation garantie est à durée déterminée (par exemple, un bail ou une ouverture de crédit conclus pour trois ans), la survenance de son terme met fin à l'obligation de couverture de la caution⁷⁵. Si l'obligation principale est à durée indéterminée, le cautionnement est pareillement dépourvu de terme extinctif. En vertu du principe de prohibition des engagements perpétuels, il peut alors être résilié unilatéralement et à tout moment par la caution⁷⁶.

La règle de l'accessoire n'impose nullement que l'engagement de la caution épouse rigoureusement l'étendue de la dette principale. C'est ce qu'exprime l'article 2290, alinéa 2, du Code civil : "*il peut être contracté pour une partie de la dette seulement, et sous des conditions moins onéreuses*".

Dès lors, le cautionnement peut être défini quant à son montant, par exemple en portant uniquement sur une fraction de la dette principale ou sur le seul capital ou encore en comportant un plafond. Lorsque le montant du cautionnement est ainsi limité, les accessoires de la dette principale ne sont couverts que si la caution s'y engage expressément (C. civ., art. 2292). Selon la Cour de cassation, "*lorsque le cautionnement ne garantit qu'une partie de la dette, il n'est éteint que lorsque cette dette est intégralement payée, les paiements partiels faits par le débiteur principal s'imputant d'abord, sauf convention contraire, sur la portion non cautionnée de la dette*"⁷⁷.

Le cautionnement peut également être défini en durée. Quelle que soit la durée de l'obligation principale, le cautionnement peut être affecté d'un terme extinctif distinct, qui peut être exprès⁷⁸, voire seulement implicite⁷⁹. Dans les cautionnements de dettes présentes, la stipulation ou la découverte *a posteriori* d'un terme extinctif est sans effet, puisque les dettes déjà nées lors de la conclusion du

⁷³ Les accessoires couverts par la caution sont : les intérêts contractuels ou légaux de la dette garantie ; les indemnités visées par le contrat principal, comme les frais de résiliation anticipée, la clause pénale ou encore les dommages et intérêts contractuels dus par le débiteur en raison de l'inexécution du contrat.

⁷⁴ La Cour de cassation a décidé que la mention manuscrite imposée par l'article 1326 du Code civil n'a pas à faire état des accessoires pour qu'ils soient couverts par un cautionnement indéfini (Com. 16 mars 1999, *Bull. civ. IV*, n° 59 ; Civ. 1^{re}, 29 oct. 2002, *Bull. civ. I*, n° 247 et 248).

⁷⁵ Si la caution garantit une dette présente, entièrement née *ab initio* et dont seule l'exigibilité est retardée, l'extinction de l'obligation de couverture n'a aucune incidence sur l'obligation de payer la totalité de cette dette. En revanche, si la caution garantit une dette future, l'extinction de l'obligation de couverture met fin à l'obligation de payer les dettes naissant postérieurement entre le débiteur et le créancier ; elle laisse subsister l'obligation de règlement pour les seules dettes déjà nées. Cette distinction entre l'obligation de couverture et l'obligation de règlement au sein des cautionnements de dettes futures fut mise en lumière par le Professeur Christian Mouly (*Les causes d'extinction du cautionnement*, Litec, 1979) et consacrée par la Cour de cassation dès 1982.

⁷⁶ Cette résiliation produit les mêmes effets sur l'obligation de couverture et l'obligation de règlement que la survenance du terme.

⁷⁷ Com. 28 janv. 1997, *Bull. civ. IV*, n° 28 ; Com. 12 janv. 2010, n° 09-11710 ; Com. 27 mars 2012, n° 11-13960.

⁷⁸ Le terme stipulé dans le contrat de cautionnement peut être certain (une durée ou une date précise) ou incertain (par exemple, la durée des fonctions exercées par la caution au sein de la société débitrice).

⁷⁹ A défaut de terme expressément stipulé dans le contrat de cautionnement, la question se pose de savoir si les changements de situation juridique des protagonistes de l'opération de cautionnement (créancier, débiteur, caution) peuvent constituer des termes extinctifs implicites. La Cour de cassation refuse cette qualification et, par là même, l'extinction de l'obligation de couverture de la caution en cas de changement concernant la société débitrice ou la société créancière, mais n'affectant pas leur existence même, et lorsque les relations entre le débiteur et la caution changent, particulièrement en cas de cessation des fonctions du dirigeant-caution ou de divorce entre l'époux garanti et l'époux caution. Au contraire, constituent des termes extinctifs implicites le décès de la caution (Com. 29 juin 1982, *Bull. civ. IV*, n° 258) et la disparition sans liquidation (notamment par fusion ou scission) de la société caution ou débitrice ou créancière.

cautionnement sont nécessairement couvertes par la caution, quelle que soit la durée de son engagement. Au contraire, dans les cautionnements de dettes futures, le terme propre à l'obligation de la caution joue un rôle décisif sa survenance met fin à la période de couverture, de sorte que la caution ne garantit que les dettes nées antérieurement.

Si, traditionnellement, la formation d'un cautionnement défini plutôt qu'indéfini relevait de la volonté exclusive des parties, le champ de cette liberté fut considérablement réduit au cours des vingt-cinq dernières années par plusieurs textes spéciaux.

Dans certains cas, le cautionnement limité en montant est encouragé. En effet, le cautionnement consenti, soit par une personne physique en garantie des dettes d'un entrepreneur individuel (art. 47-II, al. 1^{er}, de la loi n° 94-126 du 11 février 1994), soit par une personne physique au bénéfice d'un créancier professionnel, quelle que soit la nature de la dette principale, mais par acte notarié⁸⁰ (C. consom., art. L. 341-5, issu de la loi n° 2003-721 du 1^{er} août 2003), ne peut pas être à la fois illimité dans son montant et solidaire⁸¹. Comme le cautionnement solidaire est très protecteur des intérêts des créanciers⁸², ceux-ci sont donc incités à limiter le cautionnement à "*un montant global, expressément et contractuellement déterminé*".

Dans d'autres hypothèses, bien plus attentatoires à la liberté contractuelle, le cautionnement défini en montant et en durée est imposé à titre de validité. Il en va ainsi chaque fois que le cautionnement doit comporter, à peine de nullité, la mention manuscrite suivante : "*En me portant caution de X..., dans la limite de la somme de... couvrant le paiement du principal, des intérêts et, le cas échéant, des pénalités ou intérêts de retard et pour la durée de..., je m'engage à rembourser au prêteur les sommes dues sur mes revenus et mes biens si X... n'y satisfait pas lui-même*". Depuis la loi du 1^{er} août 2003⁸³, ce sont tous les cautionnements conclus sous seing privé par une caution personne physique au profit d'un créancier professionnel qui doivent respecter cette mention (C. consom., art. L. 341-2⁸⁴).

Cela signifie, *a contrario*, que le choix entre cautionnement défini et cautionnement indéfini n'existe désormais que dans trois hypothèses : si le cautionnement est conclu par acte notarié ou par acte sous seing privé contresigné par avocat⁸⁵ ; ou bien si le cautionnement est souscrit sous seing privé par une personne morale ; ou bien encore si le cautionnement est conclu sous seing privé entre une caution personne physique et un créancier non professionnel.

En matière de garantie autonome, la liberté des parties quant à l'étendue de l'engagement du garant est bien plus importante, puisqu'elle n'est restreinte, ni par le caractère accessoire renforcé propre au cautionnement, ni par les dispositions impératives exposées plus haut, qui visent le seul cautionnement. Cette liberté contractuelle connaît toutefois une limite : pour ne pas être requalifiée en cautionnement, la garantie autonome doit avoir un objet distinct de celui de la dette principale⁸⁶. Il ne doit donc pas être nécessaire de se référer au contrat de base pour déterminer son étendue⁸⁷.

Le montant est ainsi fixé dès la conclusion de la garantie et il n'est pas plafonné par celui de la dette principale. En revanche, les accessoires de celle-ci ne sont pas couverts, en raison de l'indépendance de la garantie, sauf à avoir été inclus dans le montant global stipulé.

⁸⁰ L'article L. 341-5 du Code de la consommation ne vise pas expressément le cautionnement notarié, mais c'est uniquement en restreignant de la sorte le champ d'application de cette disposition qu'il est possible d'éviter la contradiction avec l'article L. 341-2 du même code, qui prohibe le cautionnement indéfini sous seing privé. La Cour de cassation a consacré cette interprétation (Com. 6 juill. 2010, *Bull. civ. IV*, n° 118).

⁸¹ Dans le cas contraire, la stipulation de solidarité ou de renonciation au bénéfice de discussion doit être réputée non écrite.

⁸² Il prive la caution du bénéfice de discussion et du bénéfice de division (C. civ., art. 2298 à 2304). Cf. *infra* **question 3.1.10**.

⁸³ Auparavant, cette mention était réservée aux cautionnements conclus sous seing privé par une caution personne physique garantissant un crédit à la consommation ou immobilier souscrit par un emprunteur-consommateur (C. consom., art. L. 313-7, issu de la loi du 31 décembre 1989).

⁸⁴ Ce texte est applicable aux cautionnements conclus depuis le 1^{er} février 2004.

⁸⁵ Ces deux types d'actes sont "*dispensés de toute mention manuscrite exigée par la loi*" (C. civ., art. 1317-1 et L. 31 déc. 1971, art. 66-3-3, issus de la loi n° 2011-331 du 28 mars 2011).

⁸⁶ Cf. *supra* **question 3.1.1**.

⁸⁷ Com. 18 mai 1999, *Bull. civ. IV*, n° 102.

La Cour de cassation reconnaît cependant l'efficacité des garanties dites "glissantes" ou "réductibles", dont le montant évolue dans le temps, au fur et à mesure de l'exécution de la dette principale, comme l'avancement des travaux dont le prix est garanti (Com. 2 oct. 2012, n° 11-23401).

L'obligation du garant autonome est le plus souvent assortie d'un terme extinctif⁸⁸, certain ou incertain, proche de celui de l'obligation principale, afin que la garantie soit efficace pendant toute l'exécution du contrat de base. L'échéance de ce terme est particulièrement grave pour le créancier, puisqu'elle éteint totalement l'engagement du garant, même si le contrat principal est encore en cours d'exécution et que de nouvelles dettes peuvent naître⁸⁹. Afin d'éviter cette extinction, le créancier peut demander une prorogation. Si le garant la refuse, il s'expose à ce que le créancier exige le paiement immédiat de la garantie.

Concernant enfin l'étendue de la lettre d'intention, il ne saurait être question de s'intéresser à son montant, puisque l'émetteur ne s'engage pas à payer une somme d'argent⁹⁰, mais à fournir une ou plusieurs prestations pour que le débiteur soit en mesure d'honorer ses engagements envers le créancier. Les parties doivent donc déterminer quelles sont les obligations de faire ou de ne pas faire souscrites par l'émetteur, leur intensité (obligations de moyens ou de résultat) et leur durée. Si l'émetteur ne respecte pas ses obligations et qu'il en résulte un préjudice pour le bénéficiaire, celui-ci peut mettre en jeu la responsabilité contractuelle. Le montant du préjudice réparable ne coïncide pas nécessairement avec le montant de la dette garantie⁹¹. Il peut être inférieur, notamment si la lettre contient une clause plafonnant le montant du préjudice réparable⁹² ; il peut également être supérieur⁹³, car l'article 2290 du Code civil, qui interdit que la caution soit tenue plus sévèrement que le débiteur principal, n'est pas applicable à lettre d'intention⁹⁴.

3.1.8 Which recourse can the guarantor take against the debtor after the guarantor has fulfilled his obligation and paid the creditor?

Quel que soit l'avantage que la caution peut retirer de l'opération de garantie⁹⁵, elle reste toujours tenue pour le débiteur principal. Parce que la caution n'est qu'un débiteur subsidiaire, le Code civil lui reconnaît des recours contre le débiteur principal : un recours exceptionnel avant paiement, visant à prémunir la caution contre le risque de non-remboursement, dans les hypothèses limitativement envisagées par les articles 2309 et 2316 du Code civil⁹⁶ ; deux types de recours après paiement, que la caution a tout intérêt à invoquer cumulativement, puisque chacun présente des avantages spécifiques.

La caution dispose, d'une part, d'un recours personnel, parce qu'elle agit pour le compte et dans l'intérêt du débiteur en vertu, soit d'un mandat exprès, soit du quasi-contrat de gestion d'affaires. Ce recours, régi par l'article 2305 du Code civil, présente deux avantages. Le premier tient à son assiette : il permet à la caution de réclamer au débiteur une indemnisation complète de tous les frais provoqués directement ou indirectement par l'exécution du cautionnement. La caution peut ainsi exiger le remboursement de dépenses distinctes du paiement opéré entre les mains du créancier. Par

⁸⁸ Rien n'interdit que la garantie autonome soit à durée indéterminée, mais cette modalité est rare puisqu'elle fait courir au créancier le risque de perdre sa garantie à tout moment et en totalité, par la résiliation unilatérale et discrétionnaire du garant. Ce risque peut toutefois être tempéré par la stipulation d'une clause de préavis.

⁸⁹ Sur cette extinction, cf. par ex. Com. 26 janv. 1993, *Bull. civ. IV*, n° 28 ; Com. 12 juill. 2005, *Bull. civ. IV*, n° 161 ; Com. 5 juin 2012, n° 10-24875.

⁹⁰ Si la lettre contient l'engagement du signataire de se substituer au débiteur, elle risque fort d'être requalifiée en cautionnement (Com. 21 déc. 1987, *Bull. civ. IV*, n° 281).

⁹¹ Il est toutefois fréquent, lorsque l'émetteur a souscrit une obligation de résultat, que la jurisprudence aligne le montant du préjudice réparable sur celui de la dette impayée.

⁹² Cf. Com. 17 mai 2011, *Bull. civ. IV*, n° 78.

⁹³ Par exemple, si l'inexécution des obligations de l'émetteur et la défaillance consécutive du débiteur principal compromettent la situation financière du créancier.

⁹⁴ Com. 6 mai 2003, n° 00-22045.

⁹⁵ Une rémunération pour les cautions professionnelles ; pour les cautions intégrées dans les affaires de l'entreprise débitrice, un avantage financier découlant des bénéfices que cette dernière est susceptible d'engendrer grâce à l'octroi ou au maintien du crédit garanti ; un intérêt patrimonial et/ou moral pour les cautions affectivement proches du débiteur.

⁹⁶ Il s'agit d'hypothèses d'aggravation du risque de non-remboursement : ou bien l'insolvabilité du débiteur est avérée et la caution est poursuivie ou est sur le point de l'être, de sorte qu'il y a urgence à mettre en cause le débiteur ; ou bien la caution voit son obligation prolongée au-delà de ce qui était contractuellement prévu ou au-delà d'un délai raisonnable. Alors, le recours anticipé de la caution peut revêtir trois formes : soit un appel en garantie du débiteur ; soit, lorsque le débiteur fait déjà l'objet d'une procédure d'insolvabilité, la déclaration de la créance que la caution a contre lui (car cette créance "*prend naissance à la date de l'engagement de la caution*" et non à celle du paiement : Com. 3 févr. 2009, *Bull. civ. IV*, n° 11) ; soit une demande d'indemnisation du risque de devoir payer (Com. 29 oct. 1991, *Bull. civ. IV*, n° 316 ; Civ. 1^{re}, 25 mai 2005, *Bull. civ. I*, n° 225).

exemple, les intérêts moratoires sur la somme globale versée au créancier⁹⁷, les frais qu'elle a exposés pour le recouvrement de sa créance ou encore des dommages et intérêts compensatoires si son paiement lui cause un préjudice particulier. Le second avantage du recours personnel réside dans l'indépendance de son régime par rapport à celui de l'action du créancier, notamment quant à la prescription extinctive.

La caution dispose, d'autre part, d'un recours subrogatoire, déclenché par le paiement qu'elle effectue pour le débiteur principal (C. civ., art. 1251, 3 et 2306⁹⁸). Il est moins étendu que le recours personnel, car il autorise le remboursement des seules sommes payées au créancier et des intérêts au taux légal de celles-ci⁹⁹. Il est en revanche plus sûr, puisque la caution se voit transmettre la créance du créancier avec tous ses accessoires, en particulier les diverses actions contre le débiteur ou des tiers et les autres garanties couvrant la même dette. Si le créancier perd, par sa faute, ces actions ou garanties, la caution peut invoquer le moyen de défense prévu par l'article 2314 du Code civil¹⁰⁰, qui est l'un des plus efficaces du droit commun du cautionnement.

Les garants autonomes et les souscripteurs de lettres d'intention peuvent-ils eux aussi exercer des recours après paiement¹⁰¹ contre du débiteur garanti ? Bien que le lien entre leur engagement et la dette de celui-ci soit beaucoup moins fort qu'en présence d'un cautionnement, l'exécution de leur engagement éteint la dette de ce débiteur à due concurrence¹⁰². Il est dès lors logique qu'ils puissent se retourner contre lui. Leur recours peut avoir trois fondements distincts. D'abord, le contrat les unissant fréquemment au débiteur. Ensuite, la gestion d'affaires, si le garant s'est engagé à l'insu ou sans avoir reçu d'instruction du débiteur. Enfin, la subrogation personnelle légale, même si le garant autonome ou l'émetteur d'une lettre d'intention ne sont pas tenus pour le débiteur à la dette même de ce dernier, puisque la jurisprudence admet que l'article 1251, 3° du Code civil puisse profiter à "*celui qui s'acquitte d'une dette qui lui est personnelle, s'il a, par son paiement, libéré envers leur créancier commun celui sur qui doit peser la charge définitive de la dette*"¹⁰³. Si l'on accepte le jeu du recours subrogatoire, il paraît logique de reconnaître aux garants autonomes et souscripteurs de lettres d'intention le droit d'invoquer l'article 2314 du Code civil, qui sanctionne la perte par la faute du créancier des droits qui auraient dû être transférés par subrogation. Plusieurs cours d'appel ont statué en sens contraire au motif que ce texte n'envisage que la décharge des cautions¹⁰⁴. On voit ici à quel point il est regrettable que le régime de la garantie autonome et de la lettre d'intention ne soit pas davantage développé.

3.1.9 What is the effect if the debtor deals or colludes with the creditor to the detriment of the guarantor?

Si le créancier et/ou le débiteur principal agissent en fraude des droits du garant, celui-ci peut invoquer les textes spéciaux sanctionnant une fraude ou, à défaut, le principe général "*fraus omnia corrumpit*" pour être partiellement, voire totalement libérés. En voici trois exemples. D'abord, la jurisprudence reconnaît à la caution solidaire, qui n'a pas participé à l'instance entre le créancier et le débiteur, le droit de former une tierce opposition, en invoquant leur fraude¹⁰⁵. Ensuite, en matière de garantie autonome, l'article 2321, alinéa 2, du Code civil dispose que "*le garant n'est pas tenu en cas d'abus ou de fraude manifestes du bénéficiaire ou de collusion de celui-ci avec le donneur d'ordre*". Enfin, lorsque le débiteur principal fait l'objet d'une procédure collective professionnelle, l'article L. 650-1 du

⁹⁷ Civ. 1^{re}, 22 mai 2002, *Bull. civ. I*, n° 138.

⁹⁸ La subrogation personnelle au profit de celui qui paye "*pour d'autres*" est prévue par l'article 1251, 3° du Code civil. En droit du cautionnement, cette règle générale est reprise par l'article 2306 du Code civil : "*la caution qui a payé la dette est subrogée à tous les droits qu'avait le créancier contre le débiteur*".

⁹⁹ Par ex., Civ. 1^{re}, 29 oct. 2002, *Bull. civ. I*, n° 257.

¹⁰⁰ "*La caution est déchargée, lorsque la subrogation aux droits, hypothèques et privilèges du créancier, ne peut plus, par le fait de ce créancier, s'opérer en faveur de la caution. Toute clause contraire est réputée non écrite*".

¹⁰¹ Avant d'avoir payé ou indemnisé le créancier, les garants autonomes et les souscripteurs de lettres d'intention ne peuvent sans doute pas exercer un recours contre le débiteur garanti, car les recours anticipés sont des faveurs légales accordées aux seules cautions.

¹⁰² Cette extinction résulte de leur caractère accessoire général (cf. *supra* **question 3.1.1**).

¹⁰³ Cf. notamment Civ. 1^{re}, 23 févr. 1988, *Bull. civ. I*, n° 50 ; Com. 9 mai 1990, *Bull. civ. IV*, n° 146.

¹⁰⁴ En matière de garantie autonome, cf. par ex. Cour d'appel de Rennes, 6 nov. 1991, *JurisData* n° 048834 ; Cour d'appel de Paris, 28 avr. 1994, *JurisData* n° 021848.

¹⁰⁵ Civ. 1^{re}, 10 déc. 1991, *Bull. civ. I*, n° 348.

Code de commerce¹⁰⁶ prévoit que "*les créanciers ne peuvent être tenus pour responsables des préjudices subis du fait des concours consentis*", sauf dans trois cas, dont la fraude. N'importe quel garant peut s'en prévaloir pour demander, non seulement des dommages et intérêts, mais également la nullité ou la réduction de son engagement¹⁰⁷.

Si le créancier et le débiteur principal concluent un accord portant préjudice au garant, sans être toutefois frauduleux, la question se pose de savoir si cet accord est ou non opposable au garant ou par le garant. La solution dépend normalement du caractère accessoire, indépendant ou indemnitaire de la garantie et du sens donné au caractère accessoire renforcé du cautionnement. Mais certaines dispositions légales et décisions jurisprudentielles prennent des libertés avec ces solutions de principe. Si la garantie est autonome de l'obligation principale, les accords non frauduleux passés entre le créancier et le débiteur sont inopposables au garant¹⁰⁸ ou par le garant¹⁰⁹.

Si la garantie présente un caractère indemnitaire, la solution est moins tranchée, car il est nécessaire de combiner l'indépendance de l'objet de l'obligation du garant et les règles de la responsabilité contractuelle. Ainsi, l'émetteur d'une lettre d'intention ne peut certainement pas invoquer une remise de dettes ou des poursuites consentie par le créancier au débiteur garanti pour refuser d'exécuter ses obligations de faire ou de ne pas faire. Mais la demande d'indemnisation du créancier pourrait être rejetée en présence de telles remises, car elles pourraient supprimer le lien de causalité entre le préjudice invoqué par le créancier et les manquements de l'émetteur à ses obligations.

En matière de cautionnement, la portée de certains accords conclus entre le créancier et le débiteur est prévue par la loi. L'article 1287, alinéa 1er, du Code civil admet ainsi que "*la remise ou décharge conventionnelle accordée au débiteur principal libère les cautions*". A l'inverse, selon l'article 2316 du Code civil, "*la simple prorogation de terme, accordée par le créancier au débiteur principal, ne décharge point la caution, qui peut, en ce cas, poursuivre le débiteur pour le forcer au paiement*". En l'absence de disposition légale, l'opposabilité des accords passés entre le créancier et le débiteur dépend de leur qualification en exceptions "*inhérentes à la dette*" ou en exceptions "*purement personnelles au débiteur*". L'article 2313 du Code civil dispose en effet que les premières sont opposables, au contraire des secondes, mais sans les définir. L'analyse dualiste de l'obligation, inspirée des travaux de la doctrine allemande, pourrait permettre d'éclairer cette distinction : les exceptions inhérentes à la dette seraient celles qui affectent l'obligation elle-même (*Schuld* ou *debitum*), alors que les exceptions purement personnelles au débiteur se rapporteraient au seul droit de poursuite du créancier (*Haftung* ou *obligatio*). Certains arrêts semblent consacrer cette analyse. La Cour de cassation a par exemple jugé le 22 mai 2007 que "*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 à intenter quelque action en justice que ce soit) ne fait pas obstacle aux poursuites du créancier contre la caution solidaire*"¹¹⁰. Mais dans bien d'autres décisions, la solution semble moins fondée sur le caractère accessoire renforcé ainsi interprété que sur un raisonnement téléologique, fonction des intérêts que les juges souhaitent privilégier (ceux de la caution plutôt que ceux du créancier, ou l'inverse). La jurisprudence relative aux modifications conventionnelles du terme de l'obligation principale révèle de telles solutions opportunistes et incohérentes. Effectivement, le principe de l'accessoire est écarté en cas de déchéance du terme¹¹¹, alors qu'il joue en cas de prorogation du terme¹¹², dans les deux cas sauf

¹⁰⁶ Créé par la loi n° 2005-845 du 26 juillet 2005 et modifié par l'ordonnance n° 2008-1345 du 18 décembre 2008.

¹⁰⁷ Une telle demande a toutefois peu de chances de prospérer, puisque la Cour de cassation, depuis 2012, définit la fraude de manière très stricte, par assimilation à la fraude pénale, en exigeant la conscience de nuire du créancier (Com. 2 oct. 2012, n° 11-23213 ; Com. 16 oct. 2012, *Bull. civ. IV*, n° 186). Par exemple, l'octroi d'un crédit à une entreprise en situation irrémédiablement compromise, fût-ce pour obtenir une sûreté personnelle, ne saurait suffire à caractériser une fraude (Com. 27 mars 2012, n° 11-13536).

¹⁰⁸ Par exemple, la prorogation du terme du contrat de base ne peut être opposée à un garant autonome pour que son engagement soit maintenu au-delà de son propre terme. Ce résultat ne peut être atteint que si le garant consent à ce que ses obligations soient elles-mêmes prorogées (cf. *supra* **question 3.1.7**).

¹⁰⁹ Par exemple, une remise de dettes ou une remise des poursuites au bénéfice du débiteur sont sans incidence sur un garant autonome.

¹¹⁰ Com. 22 mai 2007, *Bull. civ. IV*, n° 136.

¹¹¹ La jurisprudence fait prévaloir l'exigence du caractère exprès du cautionnement (C. civ., art. 2292) et le principe de l'effet relatif des conventions (C. civ., art. 1165), en décidant que la déchéance du terme de la dette garantie, fondée sur une clause de déchéance automatique pour inexécution, est inopposable à la caution (par ex., Civ. 1^{re}, 20 déc. 1976, *Bull. civ. I*, n° 415 ; Civ. 1^{re}, 18 févr. 2003, n° 00-12771).

volonté contraire de la caution. Il est par conséquent très difficile de synthétiser la position du droit français à l'égard des accords passés entre les créanciers et les débiteurs au détriment des cautions. Cette difficulté est d'autant plus importante que toutes les solutions jusqu'ici exposées, fondées sur le caractère accessoire ou indépendant de la garantie, peuvent être écartées par le législateur ou par les juges pour faire primer d'autres intérêts que ceux du garant ou du créancier¹¹³. Il en va ainsi surtout lorsque le débiteur principal fait l'objet d'une procédure d'insolvabilité. Les accords conclus entre le débiteur et ses créanciers reçoivent un traitement différent dans les procédures amiables ouvertes au bénéfice d'une entreprise en difficulté et dans celles relatives à un particulier surendetté. Dans la procédure de conciliation, tous les garants¹¹⁴ "peuvent se prévaloir des dispositions de l'accord constaté ou homologué"¹¹⁵, afin de favoriser le sauvetage de l'entreprise débitrice¹¹⁶. Dans la procédure conventionnelle de traitement du surendettement, les créanciers bénéficiant d'un cautionnement ont de plus grandes chances d'être payés intégralement et ponctuellement, car les remises et délais qu'ils consentent au débiteur sont inopposables par les cautions¹¹⁷. La fonction de garantie du cautionnement l'emporte alors sur son caractère accessoire renforcé, au risque d'ailleurs de compromettre le redressement de la situation du surendetté¹¹⁸.

3.1.10 Describe the relationship between the different parties in the case of a plurality of, even personal and real, security rights.

Les créanciers sont libres de cumuler plusieurs sûretés, personnelles et/ou réelles, en garantie d'une même créance et de choisir parmi elles le moyen d'obtenir paiement¹¹⁹, dans la limite toutefois de la fraude ou de l'abus¹²⁰ et au risque, par ailleurs, que la perte de l'une d'elles par leur faute ne soit invoquée par une caution pour être déchargée sur le fondement de l'article 2314 du Code civil¹²¹.

Lorsqu'un créancier est garanti par plusieurs cautions et que l'une d'elles se trouve libérée sans l'avoir payé, la question se pose de l'incidence de cette libération sur l'obligation de règlement des cofidésusseurs. Les parties peuvent subordonner l'existence même de cette obligation au maintien des autres cautionnements. Alors, la libération de l'une des cautions emporte celle des autres¹²². A défaut d'une telle condition, la solution dépend du type de libération en cause. Si l'extinction de l'obligation de règlement de l'une des cautions ne procède pas d'un paiement de sa part, mais s'accompagne néanmoins du désintéressement du créancier, celui-ci perd en principe son droit au paiement contre les cofidésusseurs. Telle est la solution que la Cour de cassation a retenue en 2010 dans l'hypothèse d'une compensation entre les créances réciproques du créancier et de l'une des cautions¹²³. Si, au contraire,

¹¹² Une jurisprudence du fond ancienne (Cour d'appel de Lyon, 6 janv. 1903, *DP* 1910. Somm. 1) a ouvert une option à la caution : elle peut demander à bénéficier de la prorogation ou s'acquitter au terme initialement convenu.

¹¹³ Cf. *supra* **question 3.1.7**.

¹¹⁴ Aussi bien ceux "ayant consenti une sûreté personnelle" que ceux "ayant affecté ou cédé un bien en garantie" (sûreté réelle pour autrui) ; aussi bien les garants personnes physiques que les garants personnes morales.

¹¹⁵ C. com., art. L. 611-10-2, al. 1er, issu de la loi n° 2005-845 du 26 juillet 2005. La même solution était antérieurement retenue par la Cour de cassation dans le cadre de l'ancienne procédure de règlement amiable (Com. 5 mai 2004, *Bull. civ. IV*, n° 84).

¹¹⁶ L'opposabilité des mesures du plan de conciliation par tous les garants ne procède nullement du caractère accessoire renforcé du cautionnement, puisqu'elle bénéficie également aux garants indépendants. Elle fut inspirée par la volonté d'inciter le dirigeant social, qui est très souvent garant des dettes de son entreprise, à anticiper le traitement des difficultés de son entreprise en demandant l'ouverture d'une procédure avant même la cessation des paiements.

¹¹⁷ La solution n'est pas inscrite dans le Code de la consommation, qui ne précise malheureusement pas l'incidence des différentes mesures de traitement du surendettement sur les garants. Elle est d'origine jurisprudentielle (Civ. 1^{re}, 13 nov. 1996, *Bull. civ. I*, n° 401).

¹¹⁸ La Cour de cassation décide, en effet, que le débiteur ne peut opposer à la caution *solvens* exerçant un recours en remboursement les remises et délais qui lui ont été précédemment accordés (Civ. 1^{re}, 15 juill. 1999, *Bull. civ. I*, n° 248 ; Civ. 1^{re}, 28 mars 2000, *Bull. civ. I*, n° 107).

¹¹⁹ Com. 2 juin 2004, *Bull. civ. IV*, n° 106 (liberté d'appeler en paiement une caution plutôt qu'un garant autonome).

¹²⁰ Cf. C. pr. exéc., art. L. 111-7 et L. 121-2, au sujet des mesures d'exécution inutiles ou abusives.

Cf. C. com., art. L. 650-1, qui, dans le cadre d'une procédure collective professionnelle, écarte l'irresponsabilité de principe des créanciers pour les crédits consentis lorsque "les garanties prises en contrepartie de ces concours sont disproportionnées à ceux-ci". Cette disproportion peut être révélée par un cumul excessif de garanties (Com. 27 mars 2012, *Bull. civ. IV*, n° 68).

¹²¹ Cf. *supra* **question 3.1.8**.

¹²² Civ. 1^{re}, 18 mai 1978, *Bull. civ. I*, n° 195.

¹²³ Com. 3 nov. 2010, n° 09-16173. La solution de cet arrêt, fondée sur l'extinction de la dette principale consécutive à la compensation entre la créance de l'une des cautions et celle du créancier, pourrait toutefois être abandonnée, car la Cour de cassation a décidé en 2012 que cette compensation n'éteint pas la dette garantie (Com. 13 mars 2012, *Bull. civ. IV*, n° 51).

l'obligation de règlement de l'une des cautions s'éteint sans aucun désintéressement du créancier, les cofidéjusseurs ne sont pas libérés¹²⁴, mais le montant de leur part contributive diminue d'autant. Ainsi, la remise de dette accordée à l'une des cautions décharge les autres de la part personnelle de la caution bénéficiaire¹²⁵. Il devrait en aller de même en cas de confusion ou de novation.

Lorsqu'un créancier est garanti par plusieurs cautions et qu'aucune ne peut se prévaloir des causes de libération précédentes, une autre question se pose, celle du montant pouvant être réclamé à chacune. L'article 2302 du Code civil prévoit que, "*lorsque plusieurs personnes se sont rendues cautions d'un même débiteur pour une même dette, elles sont obligées chacune à toute la dette*". Mais cette obligation au tout se trouve écartée si la caution peut se prévaloir du bénéfice de division, c'est-à-dire du droit de demander au créancier qu'il divise son action et la réduise à la part de chacun des cofidéjusseurs (art. 2303). Ce bénéfice ne profite qu'aux cautions non solidaires, dites "simples"¹²⁶. Les cofidéjusseurs solidaires étant de loin les plus nombreux en pratique¹²⁷, ils peuvent donc être appelés en paiement pour la totalité de la dette.

Des recours en remboursement¹²⁸ peuvent alors être exercés par la caution *solvens* contre les cautions solidaires de la même dette, ce qui est très utile en cas d'insolvabilité du débiteur principal. Que le recours soit personnel (fondé sur l'article 2310 du Code civil¹²⁹) ou subrogatoire (fondé sur l'article 1251, 3° du Code civil¹³⁰), il permet à la caution solidaire *solvens* de demander aux cofidéjusseurs uniquement ce qu'elle a payé en plus de sa part et ce, en divisant son recours, pour n'exiger de chaque caution que sa part dans la dette. Le calcul de cette part contributive peut s'avérer complexe, car tous les cautionnements n'ont pas nécessairement la même étendue¹³¹. Pour éviter ces difficultés, les cautions peuvent organiser par avance leurs recours dans une convention spéciale.

En présence d'une dette principale garantie à la fois par un cautionnement et par une sûreté réelle consentie par un tiers, la Cour de cassation a longtemps assimilé cette dernière à un cautionnement personnel pour permettre à la caution *solvens* d'exercer un recours contre le constituant de cette sûreté réelle¹³². Depuis que la Haute juridiction décide que la sûreté réelle constituée par un tiers n'implique aucun engagement personnel et qu'il s'agit exclusivement d'une sûreté réelle¹³³, il n'est pas certain que ce recours puisse encore être exercé. La caution *solvens* peut toujours, en revanche, être subrogée dans les droits réels accessoires du créancier portant sur les biens du tiers constituant.

En matière de cautionnement, une dernière hypothèse de recours mérite d'être présentée. Lorsque le recours en remboursement de la caution est couvert par une sous-caution¹³⁴, la caution peut exercer contre celle-ci un recours après avoir payé le créancier¹³⁵. Il s'agit d'un recours personnel¹³⁶ soumis au régime de celui de la caution contre le débiteur principal. La sous-caution, qui garantit la créance de la

¹²⁴ En cas de remise de dette accordée à l'une des cautions, cette absence de libération des cofidéjusseurs est expressément prévue par l'article 1287, alinéa 3, du Code civil. En cas de novation à l'égard de l'une des cautions, elle est retenue par la Cour de cassation (Com. 7 déc. 1999, *Bull. civ. IV*, n° 219).

¹²⁵ Civ. 1^{re}, 18 mai 1978, *Bull. civ. I*, n° 195 ; Civ. 1^{re}, 4 janv. 2005, n° 02-11307.

¹²⁶ Si une caution simple désintéresse le créancier après lui avoir opposé le bénéfice de division, elle ne dispose d'aucun recours contre les autres cautions, puisque ce moyen de défense lui permet de ne payer que sa part dans la dette.

¹²⁷ La clause de solidarité entre les cautions est une clause de style dans les cautionnements civils. Si les cautionnements sont de nature commerciale, la solidarité est présumée.

¹²⁸ La jurisprudence écarte le recours anticipé des articles 2309 et 2316 du Code civil, qui ne peut être exercé qu'à l'encontre du débiteur principal (par ex., Com. 11 déc. 2001, *Bull. civ. IV*, n° 196). Cela n'empêche pas la caution *solvens* d'appeler les cofidéjusseurs en garantie, chacun pour sa part et portion (Civ. 1^{re}, 15 juin 2004, *Bull. civ. I*, n° 169).

¹²⁹ "*Lorsque plusieurs personnes ont cautionné un même débiteur pour une même dette, la caution qui a acquitté la dette, a recours contre les autres cautions, chacune pour sa part et portion*".

¹³⁰ "La subrogation a lieu de plein droit : 3° au profit de celui qui, étant tenu avec d'autres ou pour d'autres au paiement de la dette, avait intérêt de l'acquitter".

¹³¹ Lorsque les cautions ont souscrit des engagements inégaux, "*la fraction de la dette devant être supportée par chacune des cautions doit être déterminée en proportion de leur engagement initial*" (Civ. 1^{re}, 2 févr. 1982, *Bull. civ. I*, n° 55).

¹³² Pour le calcul de ce recours, la jurisprudence admettait que l'engagement de la "caution réelle" était égal à la valeur du bien affecté en garantie (Civ. 1^{re}, 25 oct. 1977, *Bull. civ. I*, n° 388).

¹³³ Cass., ch. mixte, 2 déc. 2005, *Bull. civ.*, n° 7.

¹³⁴ Également appelée "contre-garant".

¹³⁵ Le recours avant-paiement des articles 2309 et 2316 du Code civil est en revanche exclu (Com. 24 mars 1980, *Bull. civ. IV*, n° 141), car c'est une faveur faite aux seules cautions et que, dans la relation entre une caution et une sous-caution, la première n'agit pas en qualité de caution, mais en tant que créancier garanti.

¹³⁶ Comme il n'existe aucune relation entre le créancier et la sous-caution, la caution *solvens* ne saurait se prévaloir d'une subrogation dans les droits du créancier pour exercer son recours contre la sous-caution (Com. 30 mars 2005, *Bull. civ. IV*, n° 71).

caution à l'encontre du débiteur principal, et non celle du créancier initial, ne peut se prévaloir des exceptions inhérentes à la dette du débiteur principal à l'égard de ce créancier pour tenir en échec le recours de la caution. En revanche, elle peut rechercher la responsabilité de la caution pour avoir fautivement omis d'invoquer ces exceptions¹³⁷, dans la limite toutefois d'une clause limitative ou exonératoire de responsabilité que les cautions professionnelles de premier rang ne manquent pas de stipuler.

En matière de garantie autonome, il est encore plus fréquent que le garant soit contre-garanti¹³⁸. Il existe alors une double autonomie de la contre-garantie - d'une part, vis-à-vis du contrat de base, d'autre part, de la garantie initiale¹³⁹ - qui interdit au contre-garant de soulever les exceptions nées de ces deux contrats¹⁴⁰. Cependant, en 2010, la Cour de cassation a tempéré ce principe d'autonomie en décidant que "*l'indépendance de la contre-garantie à l'égard de la garantie de premier rang n'interdit pas au donneur d'ordre, tenu au titre de la garantie autonome à première demande, d'agir en responsabilité contre l'un quelconque des garants qui, par sa faute, l'a contraint de payer*"¹⁴¹.

3.2 Consumer protection

3.2.1 Describe the concept and provide the definition of a consumer as related to personal guarantees in your country. Does it include directors or members of companies?

Le droit français des garanties personnelles ne comporte à ce jour aucune règle propre aux garants-consommateurs, c'est-à-dire aux personnes physiques qui s'engagent à des fins n'entrant pas dans le cadre de leur activité commerciale, industrielle, artisanale ou libérale¹⁴².

Rappelons d'ailleurs que seul le cautionnement est en réalité concerné, puisque l'ordonnance du 23 mars 2006 a interdit la couverture par une garantie autonome des dettes le plus souvent garanties par des consommateurs (les crédits à la consommation ou immobilier : C. consom., art. L. 313-10-1 ; les dettes nées d'un bail d'habitation : L. 6 juill. 1989, art. 22-1-1) et parce que les créanciers eux-mêmes ne prennent pas le risque de faire signer des lettres d'intention par des personnes physiques n'ayant aucun pouvoir de contrôle ou de direction sur l'entreprise débitrice.

Les dernières lois ayant réformé partiellement le cautionnement se sont intéressées aux "*cautions personnes physiques*", surtout lorsqu'elles contractent avec un "*créancier professionnel*". La Cour de cassation refuse de limiter l'application de ces textes spéciaux aux seules cautions n'agissant pas à des fins professionnelles. Les cautions intégrées dans l'entreprise garantie, particulièrement ses dirigeants ou associés, bénéficient donc des textes protecteurs inscrits dans le Code de la consommation et dans le Code de commerce¹⁴³.

Lorsqu'elle statue sur le fondement du droit commun des contrats, notamment au regard de l'exigence de bonne foi contractuelle, la Cour de cassation opère en revanche une distinction entre les "*cautions averties*" et les "*cautions non averties*"¹⁴⁴. Cette jurisprudence n'est guère satisfaisante. En effet, la Haute juridiction n'a jamais défini ces deux catégories de cautions, ni même admis des présomptions à leur égard. Elle se contente de contrôler les critères que retiennent les juges du fond et laisse ceux-ci apprécier souverainement ces critères (principalement, les compétences de la caution, ses expériences professionnelles, les relations qu'elle entretient avec le débiteur garanti) dans chaque cas d'espèce. Cette appréciation *in concreto* conduit à des qualifications imprévisibles. Ainsi, les dirigeants ou associés de la société débitrice ne sont pas nécessairement considérés comme des "*cautions averties*". Ils ne le sont que si le créancier prouve leur implication effective dans la gestion de la société cautionnée et leur connaissance de la situation financière de celle-ci¹⁴⁵ ou au moins de son domaine

¹³⁷ Com. 27 mai 2008, *Bull. civ. IV*, n° 106.

¹³⁸ Ainsi, à l'occasion de la conclusion d'un contrat d'entreprise international, la banque du maître d'ouvrage bénéficiaire de la garantie se porte bien souvent garante autonome et elle est elle-même contre-garantie par la banque de l'entrepreneur, débiteur principal.

¹³⁹ Com. 13 sept. 2011, *Bull. civ. IV*, n° 128.

¹⁴⁰ Cf. par ex. Com. 19 févr. 1991, *Bull. civ. IV*, n° 76 ; Com. 12 mars 2013, n° 11-22048.

¹⁴¹ Com. 30 mars 2010, *Bull. civ. IV*, n° 65.

¹⁴² Cf. *supra* questions 2.1 et 2.2.

¹⁴³ Cf. *supra* questions 2.1, 2.2 et 2.3.

¹⁴⁴ Cf. *supra* questions 2.1 et 2.2.

¹⁴⁵ Par ex., Com. 27 mars 2012, *Bull. civ. IV*, n° 68.

d'activité grâce à des expériences professionnelles passées ou concomitantes¹⁴⁶. La qualification de "caution avertie" peut au contraire être rejetée si le dirigeant était, lors de la conclusion du cautionnement, novice, inexpérimenté et/ou de paille¹⁴⁷. Il peut alors bénéficier des protections réservées aux "cautions non averties", notamment l'annulation du cautionnement pour réticence dolosive du créancier sur la situation financière de l'entreprise garantie ou la mise en jeu de la responsabilité contractuelle du créancier pour défaut de mise en garde sur les dangers de l'engagement. S'agissant des conjoints et autres proches du débiteur principal, ils ne profitent de ces moyens de défense que si leur qualité de "cautions non averties" est établie. Aucune présomption n'existe en ce sens. Il arrive par conséquent qu'un époux, un parent ou un ami du débiteur principal soit qualifié de "caution avertie", par exemple si sa profession lui permettait de comprendre la portée des engagements pris¹⁴⁸ ou, concernant le conjoint du dirigeant de l'entreprise débitrice, en raison du seul régime de communauté, qui permet de retirer des "intérêts financiers dans la société"¹⁴⁹. La qualité du garant est donc aujourd'hui très imparfaitement prise en compte par le droit français des sûretés personnelles.

La qualité de "consommateur" n'étant pas consacrée par le droit positif, il sera répondu aux questions suivantes portant sur les garants-consommateurs au regard des notions qui s'en rapprochent le plus, c'est-à-dire, en législation, celle de "caution personne physique" et, en jurisprudence, celle de "caution non avertie".

3.2.2 Is there any pre-contractual duty to inform a consumer-guarantor in your country? What are the legal consequences in case of violation ?

L'information précontractuelle des cautions sur les caractéristiques et les dangers de leur engagement revêt différentes formes et se trouve diversement sanctionnée selon qu'elle est imposée *a priori* par des textes spéciaux ou découverte *a posteriori* par les juges sur le fondement du droit commun des contrats.

Sous l'influence du droit de la consommation, plusieurs mesures préventives, visant à éclairer le consentement des cautions réputées les plus faibles, ont été imposées depuis les années 1980.

Dans certaines hypothèses, le formalisme informatif précède l'engagement de la caution, pour que sa décision soit la plus éclairée possible. Il connaît deux expressions.

D'une part, la remise de documents au candidat au cautionnement. Celui qui envisage de cautionner un crédit à la consommation ou un crédit immobilier doit se voir remettre par l'établissement financier un exemplaire de l'offre préalable remise à l'emprunteur-consommateur¹⁵⁰.

D'autre part, l'octroi d'un délai de réflexion au candidat au cautionnement. Cette mesure préventive est prévue pour le seul cautionnement d'un crédit immobilier¹⁵¹. Si la caution personne physique s'engage avant l'expiration d'un délai de dix jours suivant la réception de l'offre de crédit, la Cour de cassation décide que le cautionnement est nul¹⁵². Cette solution est critiquable, car, dans le silence de la loi sur la sanction du non-respect du délai, la déchéance du droit aux intérêts, qui est la sanction habituelle des règles relatives aux offres de crédit, pourrait être préférée.

Le formalisme informatif revêt d'autres modalités et embrasse un champ plus vaste au moment de l'engagement de la caution.

Lors de la conclusion d'un cautionnement garantissant les dettes nées d'un bail d'habitation, le bailleur doit remettre à la caution un exemplaire du contrat de location et ce, à peine de nullité du cautionnement¹⁵³, "sans qu'il soit nécessaire d'établir l'existence d'un grief"¹⁵⁴.

¹⁴⁶ Com. 12 mars 2013, n° 12-12372.

¹⁴⁷ Com. 11 avr. 2012, *Bull. civ.* IV, n° 76 ; Com. 13 nov. 2012, n° 11-24178 ; Com. 27 nov. 2012, n° 11-25967 ; Com. 5 févr. 2013, n° 11-26262.

¹⁴⁸ Com. 22 nov. 2011, n° 10-25920. La solution de cet arrêt, logique dans son principe, est néanmoins surprenante au vu des faits de l'espèce, puisque la caution exerçait le métier d'infirmière.

¹⁴⁹ Com. 31 janv. 2012, n° 10-27651.

¹⁵⁰ En matière de crédit à la consommation, C. consom., art. L. 311-11, al. 1er. En matière de crédit immobilier, C. consom., art. L. 312-7, qui vise expressément les seules cautions personnes physiques.

¹⁵¹ C. consom., art. L. 312-10. Cf. aussi *infra* question 3.2.5.

¹⁵² Civ. 1^{re}, 25 nov. 2010, n° 09-14336 et 09-68321.

¹⁵³ Article 22-1 *in fine* de la loi n° 89-462 du 6 juillet 1989.

¹⁵⁴ Civ. 3^e, 8 mars 2006, *Bull. civ.* III, n° 59.

Dans ce cautionnement de dettes locatives, mais également dans le cautionnement consenti sous seing privé par une personne physique en garantie d'un crédit à la consommation ou immobilier souscrit par un emprunteur-consommateur¹⁵⁵ et, plus largement, dans le cautionnement conclu sous seing privé entre une "caution personne physique" et un "créancier professionnel"¹⁵⁶, l'information précontractuelle des cautions prend la forme d'une mention manuscrite *ad validitatem* sur les principales caractéristiques de l'engagement¹⁵⁷. Si les termes mêmes de la mention ne sont pas imposés par la loi du 6 juillet 1989, ils le sont au contraire par le Code de la consommation, qui admet "uniquement" les mentions qu'il édicte. Une telle exigence ne peut qu'encourager l'esprit de chicane. Heureusement toutefois, la plupart des différences minimales entre la lettre de la loi et le contenu des mentions, invoquées de mauvaise foi par les cautions, n'ont pas prospéré devant la Cour de cassation¹⁵⁸. La Haute juridiction a su également faire preuve de mesure à l'égard de la sanction du non-respect du formalisme. En effet, si la nullité du cautionnement n'est pas subordonnée à la preuve d'un préjudice de la caution¹⁵⁹, il s'agit d'une nullité seulement relative, à laquelle la caution peut donc renoncer après coup, car le formalisme a "pour finalité la protection des intérêts de la caution"¹⁶⁰. En outre, lorsque l'irrégularité porte uniquement sur la mention du caractère solidaire du cautionnement¹⁶¹, la nullité est écartée au profit d'une impossibilité pour le créancier de se prévaloir de la solidarité¹⁶².

Le rôle de la jurisprudence dans l'information précontractuelle des cautions ne se limite pas à l'interprétation des textes spéciaux instaurant des mesures préventives. Il se manifeste aussi chaque fois que, sur le fondement du droit commun des contrats, les juges découvrent, *a posteriori*, une obligation d'information ou de mise en garde.

La sanction du silence gardé par le créancier sur les difficultés financières du débiteur principal au moment de la conclusion du cautionnement, sur le fondement du dol¹⁶³, est ainsi classiquement justifiée par l'existence d'une obligation précontractuelle d'information, elle-même fondée sur l'exigence de bonne foi¹⁶⁴.

C'est également l'exigence de loyauté contractuelle qui sous-tend le devoir de mise en garde des "cautions non averties" sur les risques de l'opération projetée et/ou sur la disproportion de l'engagement à souscrire, que la Cour de cassation impose aux établissements de crédit depuis 2007¹⁶⁵. Ce devoir est, avec les mentions manuscrites précédemment exposées, l'un des moyens de défense le plus souvent invoqués par les cautions pour échapper à leur engagement¹⁶⁶. Cela montre à quel point l'information précontractuelle des cautions sur la nature et la portée de leur engagement est devenue essentielle.

¹⁵⁵ C. consom., art. L. 313-7 et L. 313-8.

¹⁵⁶ C. consom., art. L. 341-2 et L. 341-3.

¹⁵⁷ Sur le champ et le contenu de ces mentions, cf. *supra* **questions 2.1, 2.2, 3.1.6 et 3.1.7**.

¹⁵⁸ En 2004, la Haute juridiction a admis pour la première fois que la mention manuscrite comporte des différences qui "n'affectent, ni le sens, ni la portée de la mention manuscrite" (Civ. 1^{re}, 9 nov. 2004, *Bull. civ. I*, n° 254, au sujet de l'omission d'une conjonction de coordination). La nullité est ainsi écartée en cas d'erreur purement matérielle (Com. 5 avr. 2011, *Bull. civ. IV*, n° 54), de différence de ponctuation (Com. 5 avr. 2011, *Bull. civ. IV*, n° 55), d'ajout ou d'omission de termes sans incidence sur la compréhension de la caution (Civ. 1^{re}, 5 avr. 2012, *Bull. civ. I*, n° 84 ; Civ. 1^{re}, 10 avr. 2013, n° 12-18544 ; Com. 1er oct. 2013, n° 12-20278).

¹⁵⁹ Civ. 3^e, 14 sept. 2010, n° 09-14001 ; Civ. 1^{re}, 16 mai 2012, n° 11-17411.

¹⁶⁰ Com. 5 févr. 2013, n° 12-11720.

¹⁶¹ Mention imposée par les articles L. 313-8 et L. 341-3 du Code de la consommation.

¹⁶² Com. 8 mars 2011, *Bull. civ. IV*, n° 31 ; Civ. 1^{re}, 5 avr. 2012, *Bull. civ. I*, n° 84 ; Com. 10 mai 2012, *Bull. civ. IV*, n° 92 ; Com. 16 oct. 2012, *Bull. civ. IV*, n° 184.

¹⁶³ C. civ., art. 1116..

¹⁶⁴ Par ex., Civ. 1^{re}, 10 mai 1989, *Bull. civ. I*, n° 187.

Sur la jurisprudence écartant la nullité du cautionnement pour dol et/ou les dommages et intérêts réclamés par la caution, lorsque celle-ci est intégrée dans l'entreprise débitrice, cf. *supra* **questions 2.1 et 2.2**.

¹⁶⁵ Com. 13 févr. 2007, *Bull. civ. IV*, n° 31.

¹⁶⁶ En principe, le non-respect du devoir de mise en garde ne devrait pas conduire à l'extinction totale du cautionnement par compensation entre la dette de la caution et les dommages et intérêts mis à la charge du créancier. En effet, la Cour de cassation décide que le préjudice dont la "caution non avertie" peut demander réparation consiste dans la "perte d'une chance de ne pas contracter" (Com. 20 oct. 2009, *Bull. civ. IV*, n° 127 ; Com. 26 janv. 2010, *Bull. civ. IV*, n° 21), qui n'est pas un préjudice intégralement réparable. Ce principe n'est cependant pas parfaitement respecté, puisque la Haute juridiction admet qu'il ne reste à la caution qu'un euro symbolique à payer (Com. 8 nov. 2011, n° 10-23662).

3.2.3 Does your legal system impose continuous duties to inform the consumer-guarantor during the guarantee period? What are the legal consequences in case of violation of such a duty?

Au cours des trente dernières années, le législateur est intervenu à plusieurs reprises pour imposer aux créanciers deux types d'informations pendant la période de garantie : d'une part, une information annuelle ; d'autre part, une information lors de la défaillance du débiteur.

L'information annuelle est prescrite, de manière impérative¹⁶⁷, par quatre textes ayant chacun un domaine d'application spécifique : l'article L. 313-22 du Code monétaire et financier¹⁶⁸ concerne le cautionnement par une personne physique ou morale, au profit d'un établissement de crédit, des concours financiers accordés à une entreprise ; l'article 47-II, alinéa 2, de la loi n° 94-126 du 11 février 1994 vise le cautionnement à durée indéterminée consenti par une personne physique pour garantir les dettes professionnelles d'un entrepreneur individuel ; l'article 2293, alinéa 2, du Code civil¹⁶⁹ a trait au cautionnement indéfini¹⁷⁰ donné par une personne physique, quel que soit le statut juridique du débiteur principal ; enfin, l'article L. 341-6 du Code de la consommation, issu de la loi n° 2003-721 du 1^{er} août 2003, intéresse le cautionnement conclu entre une "*personne physique*" et un "*créancier professionnel*", quels que soient la nature et le montant de la dette principale¹⁷¹. Cette multitude de textes et de critères d'application n'est guère compatible avec l'exigence de sécurité juridique et la quête d'efficacité du cautionnement. Ces reproches sont d'autant plus mérités que le régime de l'obligation d'information annuelle varie d'un texte à un autre et qu'il comporte de sérieuses lacunes, sources de contentieux.

D'abord, l'objet de l'information n'est pas exactement le même dans les quatre textes. Trois d'entre eux¹⁷² prescrivent aux créanciers d'informer leurs cautions, entre le 1^{er} janvier et le 31 mars de chaque année, non seulement sur le montant de la dette principale¹⁷³ au 31 décembre de l'année précédente, mais également sur le terme du cautionnement s'il est à durée déterminée ou sur la faculté de résiliation unilatérale s'il est à durée indéterminée. L'article 2293, alinéa 2, du Code civil n'impose pas ces informations relatives à la durée du cautionnement et, au sujet de la dette principale, il se montre à la fois plus souple et plus flou en prévoyant que la caution "*est informée par le créancier de l'évolution du montant de la créance garantie et de ces accessoires au moins annuellement à la date convenue entre les parties ou, à défaut, à la date anniversaire du contrat*".

Ensuite, les différences sont encore plus marquées relativement à l'étendue de la déchéance partielle sanctionnant le défaut d'information : l'article L. 313-22 du Code monétaire et financier et l'article 47-II, alinéa 2, de la loi du 11 février 1994, visent les "*intérêts échus depuis la précédente information jusqu'à la date de communication de la nouvelle information*" ; l'article L. 341-6 du Code de la consommation prévoit une déchéance, pour la même période, des "*pénalités ou intérêts de retard*" ; l'article 2293, alinéa 2, du Code civil se montre plus rigoureux, en retenant la perte de "*tous les accessoires de la dette, frais et pénalités*", sans limiter dans le temps la déchéance.

Enfin, d'importantes conditions d'application du devoir d'information n'étant nullement précisées par les textes, de nombreux litiges portent sur les cautions bénéficiaires¹⁷⁴, sur les modalités de l'information¹⁷⁵, sur la durée d'exécution du devoir d'information¹⁷⁶ ou encore sur la sanction de sa violation¹⁷⁷.

¹⁶⁷ Les parties ne peuvent dispenser le créancier de toute obligation d'information vis-à-vis de la caution, car les dispositions relatives à l'information annuelle des cautions sont d'ordre public (Com. 14 déc. 1993, *Bull. civ. IV*, n° 467).

¹⁶⁸ Issu de l'article 48 de la loi n° 84-148 du 1^{er} mars 1984.

¹⁶⁹ Issu de la loi n° 98-657 du 29 juillet 1998.

¹⁷⁰ Sur ce type de cautionnement, cf. *supra* **question 3.1.7**.

¹⁷¹ Cette dernière précision fut apportée par Civ. 1^{re}, 28 nov. 2012, *Bull. civ. I*, n° 251.

¹⁷² C. mon. fin., art. L. 313-22 ; L. 11 févr. 1994, art. 47, II, al. 2 ; C. consom., art. L. 341-6.

¹⁷³ "*Montant du principal et des intérêts, commissions, frais et accessoires*".

¹⁷⁴ Les juges décident avec constance, sous le couvert de la règle "*ubi lex...*", et probablement aussi pour éviter un contentieux sur les connaissances réelles des cautions intégrées dans l'entreprise garantie, que les obligations d'information annuelle profitent aussi aux dirigeants-cautions (par ex., Com. 25 mai 1993, *Bull. civ. IV*, n° 203).

¹⁷⁵ Aucun des textes ne précise comment les créanciers doivent renseigner les cautions. La jurisprudence admet que l'information soit donnée par simple lettre, mais à la condition que le créancier puisse prouver, non seulement l'expédition de la lettre, mais aussi son contenu (Civ. 1^{re}, 17 nov. 1998, *Bull. civ. I*, n° 321). Le créancier n'a pas en revanche à établir la réception de l'information (Com. 2 juill. 2013, n° 12-18413).

¹⁷⁶ Selon la Cour de cassation, l'obligation d'information doit être respectée jusqu'à l'extinction de la dette principale, ce qui autorise la caution à s'en prévaloir même après que le jugement la condamnant soit passé en force de chose jugée (Cass., ch.

L'autre information imposée au cours de la vie du cautionnement, c'est-à-dire lors de la défaillance du débiteur principal, n'est pas non plus réglementée de manière satisfaisante. L'information sur "*le premier incident de paiement*" du débiteur est prescrite par trois dispositions : l'article L. 313-9 du Code de la consommation¹⁷⁸ relatif au cautionnement consenti par une personne physique en garantie d'un crédit à la consommation ou immobilier souscrit par un emprunteur-consommateur ; l'article 47-II, alinéa 3, de la loi n° 94-126 du 11 février 1994 concernant la caution personne physique garantissant une dette professionnelle d'un entrepreneur individuel ou d'une société ; l'article L. 341-1 du Code de la consommation¹⁷⁹ embrassant plus généralement tous les cautionnements souscrits par une "*personne physique*" au profit d'un "*créancier professionnel*".

Dans ces textes, le "*premier incident de paiement*" reçoit deux définitions différentes. Les articles 47-II, alinéa 3, de la loi de 1994 et L. 341-1 du Code de la consommation le qualifient d'incident "*non régularisé dans le mois d'exigibilité du paiement*", alors que, selon l'article L. 313-9 du même code, il s'agit de l'incident "*caractérisé susceptible d'inscription au fichier*"¹⁸⁰.

Les trois textes édictent en revanche une sanction identique : la déchéance partielle des "*pénalités ou intérêts de retard échus entre la date de ce premier incident et celle à laquelle elle (la caution) en a été informée*". La Cour de cassation a récemment précisé que la déchéance peut également porter sur les sommes dues en vertu d'une clause pénale¹⁸¹.

Compte tenu des multiples imperfections que présentent les textes français relatifs aux informations dues aux cautions pendant la vie du contrat, il est souhaitable que la réforme des sûretés personnelles, lorsqu'elle verra enfin le jour, simplifie et clarifie le droit positif et qu'elle réserve ces informations aux garants qui n'en disposent pas déjà, c'est-à-dire principalement aux garants-consommateurs.

3.2.4 Do any limitations in terms of amount or duration apply to guarantees provided by consumers?

Tous les cautionnements conclus sous seing privé depuis le 1er février 2004 par une "*caution personne physique*" au profit d'un "*créancier professionnel*" doivent contenir, à peine de nullité, une mention manuscrite indiquant précisément le montant et la durée de l'engagement de la caution (C. consom., art. L. 341-2, issu de la loi n° 2003-721 du 1^{er} août 2003)¹⁸². Cet encadrement impératif de l'étendue du cautionnement a pour but de prévenir les engagements excessifs.

Le droit français sanctionne par ailleurs, sur différents fondements, les cautionnements manifestement disproportionnés *ab initio* au patrimoine de la caution.

L'article L. 341-4 du Code de la consommation¹⁸³, applicable à tous les cautionnements souscrits depuis le 5 août 2003¹⁸⁴ par une "*personne physique*"¹⁸⁵ au bénéfice d'un "*créancier professionnel*"¹⁸⁶,

mixte 17 nov. 2006, *Bull. ch. mixte*, n° 9). Cette solution est critiquable, puisque l'information reste due à un moment où la caution connaît nécessairement l'encours de la dette principale.

¹⁷⁷ La responsabilité contractuelle du créancier peut-elle être engagée alors que les quatre textes étudiés prévoient une sanction spéciale ? Depuis le début des années 2000, la Cour de cassation décide que, sauf dol ou faute lourde du créancier, l'absence d'information annuelle est sanctionnée par la seule déchéance des accessoires de la dette principale (Com. 25 avr. 2001, *Bull. civ. IV*, n° 75 ; Civ. 1^{re}, 4 févr. 2003, *Bull. civ. I*, n° 35).

¹⁷⁸ Issu de la loi n° 89-1010 du 31 décembre 1989.

¹⁷⁹ Issu de la loi n° 98-657 du 29 juillet 1998.

¹⁸⁰ Il s'agit du fichier national recensant les informations sur les incidents de paiement caractérisés liés aux crédits accordés aux personnes physiques pour des besoins non professionnels (C. consom., art. L. 333-4).

¹⁸¹ Civ. 1^{re}, 19 juin 2013, n° 12-18478.

¹⁸² Cf. *supra* **question 3.1.7** l'ensemble des règles encourageant ou imposant les cautionnements définis en montant et en durée.

¹⁸³ Issu de la loi n° 2003-721 du 1er août 2003.

¹⁸⁴ La Cour de cassation refuse de faire jouer ce texte rétroactivement (Cass., ch. mixte, 22 sept. 2006, *Bull. ch. mixte*, n° 7).

A l'égard des cautionnements conclus avant le 5 août 2003, la disproportion peut être sanctionnée sur d'autres fondements.

Ceux souscrits par une caution personne physique en garantie d'un crédit à la consommation ou immobilier alloué à un emprunteur-consommateur tombent sous le coup de l'article L. 313-10 du Code de la consommation, issu de la loi n° 89-1010 du 31 décembre 1989, et dont la rédaction est identique à celle de l'article L. 341-4.

Les autres relèvent de l'exigence prétorienne de proportionnalité. La Cour de cassation a en effet admis en 1997 la responsabilité d'un établissement de crédit ayant fait souscrire à un dirigeant-caution un engagement manifestement disproportionné et ce, sur le fondement de la bonne foi contractuelle (Com. 17 juin 1997, *Macron*, *Bull. civ. IV*, n° 188). En 2002, la Haute juridiction a durci sa jurisprudence à l'encontre des cautions intégrées dans l'entreprise débitrice en subordonnant leur indemnisation à la preuve, non seulement d'une disproportion mathématique entre leur engagement et leur patrimoine, mais également à celle d'un dol commis par le créancier sur la situation financière de la caution (Com. 8 oct. 2002, *Nahoum*, *Bull. civ. IV*, n° 136).

permet à la caution d'être entièrement déchargée¹⁸⁷ si elle parvient à prouver que son "*engagement était, lors de sa conclusion, manifestement disproportionné à ses biens et revenus*"¹⁸⁸.

En présence d'un cautionnement prétendument excessif, il est très fréquent que la caution invoque, non seulement ce texte spécial, mais également un manquement du créancier à son devoir général de mise en garde¹⁸⁹. Celle-ci doit effectivement être personnalisée par rapport aux "*capacités financières et aux risques d'endettement*" de la "*caution non avertie*"¹⁹⁰ et, en son absence, la responsabilité contractuelle de l'établissement de crédit ne peut être engagée que si une disproportion est prouvée¹⁹¹.

Si, malgré toutes ces règles préventives ou curatives, la caution personne physique se trouve dans une situation financière inextricable à cause de son obligation de garantir, elle peut demander à bénéficier d'une procédure de traitement du surendettement¹⁹², même si son engagement était excessif dès sa conclusion¹⁹³. A défaut de redressement possible, la procédure de rétablissement personnel permet l'effacement total de la dette de cautionnement¹⁹⁴.

3.2.5 Under what conditions is the consumer-guarantor entitled to withdraw or to revoke the contract ("cooling off period")?

Un délai de réflexion de dix jours est accordé aux seules cautions personnes physiques qui envisagent de garantir un crédit immobilier octroyé à un consommateur¹⁹⁵.

Aucun délai de rétractation, postérieur à la conclusion du cautionnement, n'est en revanche prévu.

Dans la mesure où les cautionnements souscrits sous seing privé par une "*caution personne physique*" au profit d'un "*créancier professionnel*" sont, à peine de nullité, à durée déterminée¹⁹⁶, la résiliation unilatérale par la caution a un champ d'application tout à fait limité. Elle ne peut concerner que deux types de cautionnements dont la durée peut encore être indéterminée, à savoir ceux conclus par acte notarié ou par acte sous seing privé contresigné par avocat, ou ceux conclus sous seing privé entre une caution personne physique et un créancier non professionnel.

Rappelons que la plupart des textes relatifs à l'information annuelle des cautions imposent aux créanciers de rappeler, soit le terme du cautionnement s'il est à durée déterminée, soit la faculté de résiliation unilatérale s'il est à durée indéterminée, à peine de déchéance des intérêts (ou pénalités)

¹⁸⁵ Depuis 2010, la Cour de cassation accorde le bénéfice de l'article L. 341-4 du Code de la consommation aux dirigeants-cautions, en décidant que "*le caractère averti de la caution est indifférent pour l'application de ce texte*" (par ex., Com. 19 oct. 2010, n° 09-69203 ; Civ. 1^{re}, 12 juill. 2012, n° 11-20192). Cette solution mérite l'approbation, car la décharge des cautions ayant souscrit un engagement manifestement disproportionné participe de la lutte contre le surendettement des particuliers ; au nom des impératifs de justice et de dignité humaine, il est légitime de préserver toutes les personnes physiques de ce risque, sans tenir compte de leurs fonctions ou compétences. Il est en outre cohérent de faire profiter les dirigeants-cautions des mesures de prévention du surendettement dès lors que, depuis la loi n° 2008-776 du 4 août 2008, ils sont éligibles aux procédures de traitement du surendettement (C. consom., art. L. 330-1).

¹⁸⁶ Lorsque l'article L. 341-4 du Code de la consommation n'est pas applicable (c'est-à-dire en présence d'un cautionnement conclu avant le 5 août 2003 et/ou par une caution personne morale), la Cour de cassation décide également que les créanciers non professionnels ne commettent pas de faute en faisant souscrire un cautionnement excessif (Com. 13 nov. 2007, *Bull. civ. IV*, n° 236).

¹⁸⁷ L'engagement excessif de la caution n'est pas seulement réductible, car la Cour de cassation considère que la sanction édictée par l'article L. 341-4 du Code de la consommation ("*un créancier professionnel ne peut se prévaloir...*") "*ne s'apprécie pas à la mesure de la disproportion*" (Com. 22 juin 2010, *Bull. civ. IV*, n° 112).

¹⁸⁸ La disproportion doit être prouvée par la caution qui l'invoque (Com. 22 janv. 2013, n° 11-25377). Elle est appréciée souverainement par les juges du fond (Civ. 1^{re}, 4 mai 2012, *Bull. civ. I*, n° 97), sur la base de critères que contrôle en revanche la Cour de cassation. Elle impose par exemple aux juges du fond d'apprécier les "*biens et revenus déclarés par la caution*", et non son patrimoine effectif (Com. 14 déc. 2010, *Bull. civ. IV*, n° 198). Elle vérifie que la disproportion ait bien été évaluée en fonction de tous les éléments du patrimoine de la caution, actifs (biens et revenus) comme passifs (notamment, d'autres engagements de caution : Com. 22 mai 2013, n° 11-24812). Dans l'hypothèse d'une pluralité de cautions solidaires, elle contrôle encore que la proportionnalité ait bien été appréciée individuellement, pour chacune d'elles (Com. 22 mai 2013, n° 11-24812).

¹⁸⁹ Sur ce devoir précontractuel, cf. *supra* question 3.2.2.

¹⁹⁰ Par ex., Com. 5 oct. 2010, n° 09-69660.

¹⁹¹ Par ex., Civ. 1^{re}, 18 févr. 2009, *Bull. civ. I*, n° 36.

¹⁹² C. consom., art. L. 330-1 et s.

¹⁹³ Civ. 2e, 31 mars 2011, n° 09-72819.

¹⁹⁴ C. consom., art. L. 332-5 et L. 332-9.

¹⁹⁵ Cf. *supra* question 3.2.2.

¹⁹⁶ Cf. *supra* question 3.1.7.

échus depuis la précédente information jusqu'à la date de communication de la nouvelle information¹⁹⁷.

3.2.6 Describe the restrictions placed on standard contract terms concerning guarantees by consumers.

L'efficacité d'une garantie dépend en grande partie de la liberté laissée aux créanciers d'organiser la protection de leurs intérêts¹⁹⁸. Ainsi, le cautionnement a longtemps été considéré comme une sûreté efficace, car la liberté contractuelle y tenait une place prépondérante. Traditionnellement, dans le Code civil, la liberté des parties n'était limitée que par le caractère accessoire renforcé du cautionnement¹⁹⁹. Les créanciers pouvaient donc librement choisir leurs cautions, la forme du contrat, l'étendue et les modalités de la garantie²⁰⁰ et priver les cautions de moyens de défense, notamment par des clauses de renonciation aux bénéfices de discussion, de division, de subrogation ou encore à des informations relatives à la situation financière du débiteur principal. Nombre de ces stipulations étaient devenues des clauses de style dans les contrats-types établis par les établissements de crédit.

Depuis le début des années 1980, les règles d'ordre public se sont multipliées en matière de cautionnement et ce, en faveur des cautions. Pour l'essentiel, et particulièrement lorsque la caution est une "*personne physique*" contractant avec un "*créancier professionnel*", le régime du cautionnement n'est plus supplétif de volonté, mais impératif. Le contenu du contrat ne dépend plus de l'imagination des parties et du pouvoir du créancier d'imposer des clauses favorisant son paiement, mais des restrictions qu'ont imposées les multiples réformes ponctuelles du cautionnement et les non moins nombreuses décisions de la Cour de cassation rendues à l'encontre des créanciers. Diverses clauses, dont les termes mêmes sont parfois prescrits par la loi, conditionnent désormais la validité du cautionnement²⁰¹. D'autres clauses ne sauraient à l'inverse être stipulées, sous peine d'être réputées non écrites²⁰².

Ce dirigisme légal et jurisprudentiel, largement influencé par le droit de la consommation et, en amont, par les doctrines du solidarisme contractuel, compromet certainement l'efficacité du cautionnement et conduit les créanciers à rechercher des garanties préservant davantage leur liberté et leur sécurité.

La garantie autonome et la lettre d'intention étant très peu réglementées²⁰³, elles répondent à certaines attentes des créanciers. Mais les dispensateurs de crédit ne sauraient y trouver des substituts efficaces au cautionnement si le garant n'agit pas à des fins professionnelles²⁰⁴.

3.2.7 Are guarantees issued by family members of the debtor or persons with a close relationship to the debtor governed by special regulations?

¹⁹⁷ Cf. *supra* **question 3.2.3**.

¹⁹⁸ Sur les différents facteurs favorisant l'"*efficacité objective*", c'est-à-dire la réalisation de l'attente commune à l'ensemble des créanciers (le paiement grâce à la réalisation, voire à la seule constitution, de la garantie), ainsi que l'"*efficacité subjective*", c'est-à-dire la réalisation des attentes que chacun nourrit en fonction des particularités du contrat principal et de la garantie conclue, cf. notre thèse : M. Bourassin, *L'efficacité des garanties personnelles*, LGDJ, 2006.

¹⁹⁹ Cf. *supra* **questions 3.1.1, 3.1.2 et 3.1.9**.

²⁰⁰ Sur le cautionnement défini ou indéfini, simple ou solidaire, cf. *supra* **questions 3.1.7 et 3.1.10**.

²⁰¹ Cf. *supra* **questions 3.1.6 et 3.1.7** les mentions relatives au montant, à la durée et au caractère solidaire de l'obligation de la caution.

²⁰² Par exemple, depuis la loi n° 84-148 du 1er mars 1984, l'article 2314 du Code civil (ancien article 2037) prohibe les clauses empêchant la caution, quelle qu'elle soit, d'être déchargée en cas de perte, par la faute du créancier, d'un droit qui aurait dû lui être transmis par subrogation.

Dans certains cautionnements, les stipulations de solidarité et de renonciation au bénéfice de discussion sont réputées non écrites si le montant de l'engagement de la caution n'est pas limité (cf. *supra* **question 3.1.7**).

La Cour de cassation, quant à elle, paralyse les clauses indiquant que la caution a une parfaite connaissance de la situation du débiteur ou qu'elle dispense le créancier de lui fournir certains renseignements sur celui-ci, si le créancier les a stipulées en ayant connaissance des difficultés économiques du débiteur (Civ. 1^{re}, 13 mai 2003, *Bull. civ. I*, n° 114 ; Com. 25 févr. 2004, n° 01-14114).

Elle prive également d'effet les clauses, inscrites dans les cautionnements de dettes futures, mettant à la charge des héritiers de la caution les dettes nées après son décès (Com. 13 janv. 1987, *Bull. civ. IV*, n° 9). Sur les autres protections de ces héritiers, cf. *infra* **question 3.2.7**.

²⁰³ Cf. *supra* **questions 2.3, 3.1.1 et 3.1.2**.

²⁰⁴ Cf. *supra* **questions 2.1 et 2.2**.

Ni le droit commun du cautionnement, ni les textes spéciaux, le concernant ne comportent de règles propres aux engagements souscrits par un membre de la famille ou un proche du débiteur principal²⁰⁵. Il existe en revanche des dispositions relatives aux sûretés dans le droit patrimonial de la famille²⁰⁶.

En droit des régimes matrimoniaux, deux textes protègent les époux-garants.

D'une part, l'article 1415 du Code civil, issu de la loi n° 85-1372 du 23 décembre 1985, prévoit que le cautionnement souscrit par un époux commun en biens²⁰⁷, seul, permet au créancier de saisir les biens propres et les revenus de cet époux, à l'exclusion des biens communs²⁰⁸. Pour ne pas brider la liberté des époux, surtout lorsqu'ils dirigent une entreprise, l'article 1415 ne subordonne donc nullement la validité du cautionnement au double consentement des époux. Mais, pour protéger le patrimoine familial des dangers de la sûreté²⁰⁹, il n'autorise la saisie des biens communs qu'à la condition que le cautionnement ait été "*contracté avec le consentement exprès de l'autre conjoint, qui, dans ce cas, n'engage pas ses biens propres*".

D'autre part, l'article 1387-1 du Code civil, issu de la loi n° 2005-882 du 2 août 2005, instaure une cause d'extinction particulière des "*dettes ou sûretés consenties par les époux, solidairement ou séparément, dans le cadre de la gestion d'une entreprise*". En effet, au moment du divorce de ces époux, le tribunal de grande instance peut "*décider d'en faire supporter la charge exclusive au conjoint*" entrepreneur. La raison d'être de cette règle est claire : il s'agit d'éviter que l'époux, qui s'est généreusement porté caution de l'activité professionnelle de son conjoint, ne se retrouve, après le divorce, écrasé par la dette de cautionnement. La portée de la décharge de l'époux-caution est en revanche incertaine, car le texte ne précise pas si elle est opposable au créancier ou si elle affecte uniquement les rapports *intra* conjugaux. Quelques juridictions du fond ont heureusement privilégié cette seconde interprétation, qui préserve le droit de poursuite du créancier et confine la décharge dans les opérations de liquidation du régime matrimonial²¹⁰.

Le droit des successions protège quant à lui les héritiers de la caution. En cas de décès de celle-ci, l'article 2294 du Code civil dispose que "*les engagements des cautions passent à leurs héritiers*". Depuis 1982, la Cour de cassation a tempéré ce principe de transmission lorsque le cautionnement garantit des dettes futures : le décès de la caution constitue un terme extinctif implicite de son obligation de couverture²¹¹, de sorte que seules les dettes nées avant le décès sont transmises aux héritiers²¹². Même ainsi limitée, la transmission de la sûreté peut constituer une charge très lourde pour les héritiers, car, s'ils acceptent la succession purement et simplement, le recouvrement de la dette de cautionnement s'opèrera, en cas d'insuffisance de l'actif successoral, sur leur patrimoine personnel²¹³. Le cautionnement présente en plus un danger spécifique : il est souvent ignoré des héritiers au moment de l'acceptation de la succession, non seulement parce que le contrat est généralement établi en un seul original²¹⁴, conservé par le créancier, mais également parce qu'il n'existe pas de fichier central des garanties personnelles²¹⁵. La réforme du droit des successions par la loi n° 2006-728 du 23 juin 2006 a apporté une solution curative à cette ignorance. L'article 786, alinéa 2, du Code civil prévoit depuis que l'héritier acceptant purement et simplement la succession "*peut demander à être déchargé en tout ou partie de son obligation à une dette successorale qu'il avait des motifs légitimes d'ignorer au moment de l'acceptation, lorsque l'acquiescement de cette dette aurait pour effet d'obérer gravement*

²⁰⁵ La jurisprudence protège toutefois les cautions affectivement proches du débiteur principal en les qualifiant le plus souvent de "*cautions non averties*". Cf. *supra* **questions 2.1, 2.2 et 3.2.1**.

²⁰⁶ Sur les textes du droit des sociétés qui s'appliquent aux dirigeants ou associés se portant cautions, ainsi qu'à leurs proches, cf. *supra* **questions 2.1 et 2.2**.

²⁰⁷ L'article 1415 figure dans le chapitre du Code civil régissant la communauté légale réduite aux acquêts. La Cour de cassation l'applique également aux cautions mariées sous le régime conventionnel de communauté universelle (Civ. 1^{re}, 3 mai 2000, *Bull. civ. I*, n° 125).

²⁰⁸ Le créancier rencontre bien souvent des difficultés de preuve, car, s'il souhaite saisir le compte où figurent les revenus de l'époux-caution, il doit renverser la présomption de communauté posée par l'article 1402 du Code civil.

²⁰⁹ Cet objectif explique que la Cour de cassation ait décidé que l'article 1415 "*est applicable à la garantie à première demande qui, comme le cautionnement, est une sûreté personnelle, (...) et est donc de nature à appauvrir le patrimoine de la communauté*" (Civ. 1^{re}, 20 juin 2006, *Bull. civ. I*, n° 313).

²¹⁰ TGI Évreux, 17 nov. 2006 ; Cour d'appel de Bourges, 24 nov. 2008.

²¹¹ Cf. *supra* **question 3.1.7**.

²¹² Com. 29 juin 1982, *Bull. civ. IV*, n° 258.

²¹³ C. civ., art. 785, al. 1er.

²¹⁴ Cf. *supra* **question 3.1.3**.

²¹⁵ Cf. *supra* **question 1.1**.

son patrimoine personnel". La portée de cette décharge judiciaire interroge : l'héritier est-il déchargé de la dette elle-même ou uniquement de l'obligation de l'acquitter sur son propre patrimoine en cas d'insuffisance de l'actif successoral ? La doctrine se prononce majoritairement en faveur de cette seconde interprétation, qui modifie l'assiette du droit de poursuite, et non le *quantum* de la créance.

Tous ces textes récemment adoptés en droit patrimonial de la famille révèlent à quel point les sûretés personnelles suscitent de sérieux conflits d'intérêts. Elles mettent aux prises, classiquement, les intérêts du garant, ceux du créancier et ceux du débiteur principal, mais elles affectent également des tiers à l'opération initiale de garantie. Le droit des sûretés et les nombreux droits avec lesquels il entretient des frontières doivent apporter des réponses à ces conflits.

Il est manifeste que, depuis une trentaine d'années, le droit français a eu tendance à occulter la fonction des garanties, tournée vers le paiement des créanciers, et à privilégier la protection des garants et de leurs proches, même lorsque la garantie est consentie à des fins professionnelles, puisque la notion de garant-consommateur est inconnue du droit français et que le principal critère légal de protection réside dans la qualité de garant "*personne physique*".

Autrement dit, et pour reprendre l'intitulé du rapport qui nous a été confié, le droit français des garanties personnelles ne réalise pas un équilibre entre les impératifs de la vie des affaires et celui de protection des consommateurs. Il penche désormais nettement vers le second, au point de compromettre l'efficacité de toutes les garanties personnelles. Puisse une réforme prochaine remettre la sécurité et la liberté au cœur du droit des garanties personnelles...