

L'EFFICIENCE ECONOMIQUE DU DROIT DES SÛRETÉS PERSONNELLES¹

Par Philippe DUPICHOT, Professeur à l'Université Paris XII (Val de Marne)

1. Crise financière ; intérêt accru pour les sûretés - La crise financière internationale a suscité un regain d'intérêt pour le droit du crédit et pour le droit des sûretés en particulier. Le spectre de faillites en chaîne à raison du fameux « effet domino », celui d'une résurgence du chômage et d'une crise dite « systémique » sont aujourd'hui plus vifs que jamais...

Cette crise pose avec une acuité particulière la question de l'efficacité des sûretés et, notamment, de leur capacité à résister à la procédure collective de débiteurs défaillants toujours plus nombreux.

En effet, le but de toute sûreté est de « *garantir l'exécution d'une obligation* »² afin de prémunir le créancier contre tout risque de défaillance de son débiteur³, en assurant son paiement à l'échéance quelle que soit la situation financière du débiteur ou la réticence de celui-ci à s'exécuter... Quant à la sûreté personnelle qui retiendra aujourd'hui notre attention, elle est plus précisément un « *engagement pris envers le créancier par un tiers non tenu à la dette* »⁴ ou garant, soit un engagement qui s'ajoute à celui du débiteur principal.

¹ Cet article est issu de conférences dispensées dans le cadre des Chaires de droit continental créées par la Fondation pour le droit continental au sein de l'Ecole de droit de Keio (Tokyo) et de l'Université Diego Portales (Santiago du Chili) et dont la forme orale a été conservée.

² Art. 2287 de l'Avant-projet présenté le 31 mars 2005 par la Commission présidée par le Professeur Grimaldi (ci-après l'Avant-projet).

³ Plus précisément, toute sûreté doit protéger le créancier contre le double risque que le débiteur ne puisse pas payer à l'échéance (ne pas *pouvoir* payer) et qu'il ne veuille pas payer (ne pas *vouloir* payer).

⁴ Art. 2288 al. 1 de l'Avant-projet.

2. Faiblesse de l'analyse économique du droit français des sûretés -

Curieusement, peu de travaux ont en France été spécifiquement consacrés à l'examen de l'efficacité économique des sûretés personnelles ou même réelles⁵ et il revient notamment au Professeur Grimaldi d'avoir ouvert la voie à une réflexion sur ce point⁶.

La France apparaît donc ici volontiers « à la traîne » dans le domaine d'une analyse économique du droit qui a pourtant le vent en poupe⁷. A moins qu'elle n'ait paradoxalement été « en avance »⁸ et bien inspirée...

Droit continental, le droit français a en effet toujours été réticent à appréhender la règle de droit sous le seul rapport de son efficacité économique.

Oscar Wilde, dans un épigramme célèbre et visionnaire, reprochait aux économistes de connaître le *prix* des choses mais non leur *valeur* propre⁹. Or, dans la conception continentale, le droit a une valeur propre et ne saurait être inféodé totalement à l'économie : nécessairement sensible aux considérations économiques, la règle de droit se refuse à peine de perdre son âme¹⁰ à n'être que le simple décalque de doctrines économiques parfois contestées elles-mêmes ; la norme est

⁵ Voir toutefois, M. Bourassin, *L'efficacité des garanties personnelles*, préface M.N. Jobard-Bachelier et V. Brémont, LGDJ, Bibl. dr. priv., t. 456, 2006, militant pour une « efficacité équilibrée », c'est-à-dire tournée vers la satisfaction des attentes des créanciers, tout en étant respectueuse des droits des garants ; N. Catillon, « Le droit des sûretés à l'épreuve des crises financières systémiques », Petites affiches, 8 août 2008, n° 159.

⁶ M. Grimaldi, « Ordonnance du 23 mars 2006 relative aux sûretés : bilan d'une année d'application, Rapport de synthèse », Petites affiches, n° spécial, 27 mars 2008, p 74 et s., spéc. Il intitulé précisément « l'efficacité économique » : « *l'efficacité économique suppose des sûretés qui répondent aux attentes des créanciers pour qui elles sont faites : des sûretés qui soient simples à constituer, rapides à exécuter, et par là même peu coûteuses* ».

⁷ Voir toutefois le programme AED, Attractivité Economique du Droit lancée dans le cadre de la mission de recherche Droit et Justice : <http://www.gip-recherche-justice.fr/aed.htm>.

⁸ Comp. sur ce point l'intéressante tribune de A. Bernard, « *Law and Economics, une science idiote ?* », D. 2008, chron., p 2806 et s.

⁹ O. Wilde, "*Cynic knows the price of everything and the value of nothing ; a sentimentalist knows the value of everything and the price of nothing*".

¹⁰ *Les droits de tradition civiliste en question, A propos des Rapports Doing business de la Banque Mondiale*, Ouvrage collectif élaboré par l'Association Henri Capitant, éd. SLC, 2006, 143 p.

nécessairement empreinte de considérations sociales et politiques et pas seulement économiques.

Du reste, ceux-là même qui ne juraient hier que par « l'autorégulation » en appellent aujourd'hui à plus d'Etat et donc à plus de Droit pour vaincre la crise. Après avoir privatisé, il importerait de nationaliser et d'adopter des plans ambitieux de relance publique de l'économie : le retour du Droit dans la sphère financière est ainsi l'un des objectifs avoués du Sommet du nouveau « G 20 » qui s'est tenu pour la première fois à Washington le 15 novembre 2008.

C'est pourquoi l'exigence d'équilibre entre considérations sociales et considérations d'efficacité économique, chère à la tradition civiliste, est plus que jamais d'actualité.

3. Notion d'efficacité économique - Le concept d'efficacité économique, recèle une part de mystère¹¹ tenant à l'identification précise de ce qui est efficace économiquement... Or, si l'unanimité se fait sans doute sur un objectif général de croissance et de maximisation des richesses, les moyens de parvenir à cet *eldorado* utilitariste divisent économistes libéraux ou marxistes, théoriciens de la main invisible, de l'offre ou de la demande...

En pays de *common law*, l'efficacité économique masque une politique de dérégulation et de renforcement des droits du créancier et de l'investisseur, assez indifférente aux considérations sociales de protection du débiteur. Or, la crise des *subprimes* est précisément née dans des systèmes généralement réputés économiquement efficaces tels que les États-Unis ou le Royaume-Uni de sorte que les résultats ne semblent pas sur ce point à la hauteur des attentes. A l'inverse, la France, si sévèrement notée dans les Rapports *Doing business* de la Banque Mondiale et dont la tradition continentale est rebelle au règne du « tout

¹¹ Voir cependant, Mincke, « Effets, effectivité, efficacité et efficacité du droit : le pôle réaliste de la validité », *RIEJ* 1998, n°40, p. 115 et s. définissant l'efficacité comme suit : « l'origine du concept d'efficacité est économique et fait référence à une balance coût-bénéfice. Le critère considéré est celui de la rentabilité de l'action qui est menée. Cette conception est purement utilitariste et pose la question du gain résultant éventuellement d'un investissement ».

économique »¹², connaît une récession plus limitée que les autres pays de la zone euro...

Il faut donc se garder des visions simplistes et préciser immédiatement quelle sera ici notre compréhension de l'efficacité économique.

Dans le cadre du présent cours, on tiendra une règle pour économiquement efficace lorsque celle-ci garantira au créancier l'obtention effective de son dû, à moindre coût et délai, sans occasionner un gaspillage inutile des richesses du donneur de sûreté, et ce à peine de méconnaître l'objectif d'une « meilleure allocation des ressources » si cher à l'analyse économique du droit.

Partant, on mesurera l'efficacité économique d'une règle de droit des sûretés au regard des trois séries de critères suivants¹³ :

- simplicité, sécurité, coût et *liberté* de constitution de la sûreté ;
- *efficacité* et rapidité d'exécution ou de réalisation, notamment en cas de procédure collective ;
- *préservation* du crédit du donneur de sûreté et, plus largement, absence de gaspillage inutile de richesses.

C'est dire que si l'efficacité doit s'apprécier au premier chef au regard des « attentes légitimes » du créancier, elle ne saurait s'accommoder d'un gaspillage inutile de richesses du donneur de sûreté.

4. Réformes récentes et parallèles des procédures collectives et des sûretés personnelles - Notre analyse de l'efficacité du droit des sûretés personnelles sera

¹² V. sur la question, l'ouvrage collectif de l'Association Henri Capitant *Les droits de tradition civiliste en question, A propos des Rapports Doing business de la Banque Mondiale*, éd. SLC, 2006, 143 p.

¹³ Comp. les traits de la sûreté idéale dégagés par L. Aynès et P. Crocq, *Les sûretés, la publicité foncière*, éd. Defrénois, 4^{ème} éd., 2009, n° 7 et 8.

conduite à la lumière de deux corps de réformes récentes et d'ampleur du droit français.

Il s'agit :

- d'une part, de la réforme réalisée par l'ordonnance n° 2006-346 du 23 mars 2006 relative aux sûretés¹⁴, ratifiée et amendée par l'article 10 de la loi n° 2007-212 du 20 février 2007 : afin d'assurer un meilleur rayonnement au droit français et de lui offrir une plus grande intelligibilité, celle-ci a créé dans le Code civil un nouveau Livre IV « Des sûretés », spécifiquement dévolu à la matière des sûretés ;
- d'autre part, de deux réformes successives du droit des procédures collectives ; issue de la loi n° 2005-845 du 26 juillet 2005 de sauvegarde des entreprises (JO 27 juill. 2005, p. 12187)¹⁵, la première a pour l'essentiel modifié en profondeur l'architecture des procédures collectives en créant une nouvelle « procédure de sauvegarde », inspirée dit-on du *Chapter 11* du *Federal Bankruptcy Code* américain et qui tend à favoriser l'anticipation des dirigeants de l'entreprise en difficulté : cette réforme de la sauvegarde consacre de surcroît d'importantes développements au sort des sûretés personnelles en cas de procédure collective ; procédant de l'ordonnance n° 2008-1345 du 18 décembre 2008 portant réforme du droit des entreprises en difficulté, la seconde prétend tout à la fois rendre la sauvegarde plus attractive pour l'entreprise en difficulté, améliorer les phases de conciliation et de liquidation et surtout amplifier l'alignement du sort des différentes sûretés

¹⁴ Y. Picod et P. Crocq (sous la dir. de), « Le droit des sûretés à l'épreuve des réformes », Dr. et procédures, 2006 ; S. Piedelièvre, « Premier aperçu sur la réforme du droit des sûretés par l'ordonnance du 23 mars 2006 », Defrénois, 2006, p. 791 ; Ph. Simler, « La réforme du droit des sûretés. Un livre IV nouveau du Code civil », JCP, 2006, I, 124 ; L. Aynès et Ph. Dupichot, « Janvier 2006 - octobre 2007 : les grandes lignes d'un nouveau paysage », Dr. et patrimoine, janv. 2008, p 82 et s.

¹⁵ V. not. P.-M. Le Corre, « Premiers regards sur la loi de sauvegarde des entreprises », D. 2005, cahier spécial, 22 sept. 2005 ; Ph. Pétel, « Le nouveau droit des entreprises en difficultés », JCP éd. E 2005, n° 1509 ; D. Legeais, RD bancaire et financier sept./oct. 2005, n° 162 ; S. Piedelièvre, « La loi de sauvegarde des entreprises », JCP éd. N 2005, n° 1397 ; F.-X. Lucas, « Aperçu de la réforme du droit des entreprises en difficulté par la loi de sauvegarde des entreprises », Bull. Joly, 2005, p. 1181 et s.

(personnelles ou même réelles !) pour autrui initié par la loi du 26 juillet 2005¹⁶.

5. Plan - Par souci de clarté, on mesurera l'efficacité économique du droit français des sûretés personnelles pour chacun des *deux temps fondamentaux* que sont la conclusion et l'exécution de la sûreté.

On conduira donc cet examen de l'efficacité :

- en premier lieu, au stade de la conclusion des sûretés personnelles (I) ;
- en second lieu, au stade de l'exécution des sûretés personnelles (II).

¹⁶ V. notamment Ph. Roussel-Galle, « Premier aperçu sur l'ordonnance du 18 décembre 2008 réformant le droit des entreprises en difficulté », LPA 2008, n° 257, p. 3 et s. ; Ph. Pétel, « Le nouveau droit des entreprises en difficulté : acte II », JCP E 2009, 1049 ; A. Lienhard, « Réforme du droit des entreprises en difficulté : présentation de l'ordonnance du 18 décembre 2008 », D. 2009, p. 110 et s. ; v. P. Crocq, « L'ordonnance du 18 décembre 2008 et le droit des sûretés », Revue des proc. coll., janv.-fév. 2009, p. 75 et s. ; M. Farge et O. Gout, « L'impact du nouveau droit des entreprises en difficulté sur le droit des sûretés », RLDC, mars 2009, p. 25 et s. ; D. Legais, obs. RD bancaire et fin., janv.-fév. 2009, n° 17 et s. ; Ph. Dupichot, « Une ordonnance peut en cacher une autre », Dr. et patrimoine, avril 2009, p. 129 et s.

I. CONCLUSION DES SÛRETÉS PERSONNELLES

6. Ancien et neuf - Les sûretés personnelles font désormais l'objet d'un Titre Premier dans ce nouveau Livre IV, intitulé "Des sûretés personnelles" : il convient d'en mesurer l'efficacité économique au stade de leur conclusion. A cet effet, on distinguera au sein du droit réformé entre, d'une part l'ancien, la conclusion du cautionnement (**A**) et, d'autre part le neuf, la conclusion des autres sûretés personnelles (**B**).

A – La conclusion du cautionnement

7. Politique du cautionnement - Le droit du cautionnement n'a pas été modifié par l'ordonnance du 23 mars 2006. Aux termes d'un « couper-coller » législatif, le cautionnement a seulement été déplacé des articles 2011 et suivants du Code civil vers les articles 2288 à 2320 du Chapitre 1^{er}, « *Du cautionnement* », du nouveau Titre, « *Des sûretés personnelles* »¹⁷. Le législateur a refusé de donner un blanc seing sur ce point au pouvoir réglementaire de légiférer par ordonnance¹⁸ : car la question du cautionnement est trop politique pour que le Parlement n'en traite pas personnellement.

Efficacité économique et considérations sociales de protection de la caution s'y affrontent directement : le droit du cautionnement est traversé de considérations sociales de prévention de l'endettement pour autrui qui peuvent attenter à son efficacité (1) ; mais ledit affrontement ne saurait être exagéré : certaines règles apparemment liberticides masquent en réalité un objectif pleinement efficace de solvabilité des cautions (2).

¹⁷ Afin de surmonter plus facilement des habitudes bicentennaires, il suffit d'ajouter «277» au numéro des articles anciens pour retrouver le nouvel article, la définition du cautionnement restant inchangée à l'article 2288.

¹⁸ Les propositions de réforme de la Commission de réforme présidée par le Professeur Grimaldi n'ont par conséquent pu être reçues sur ce volet fondamental qui puise encore certaines de ses racines dans le Code civil de 1804.

1°) Prévention de l'endettement pour autrui

8. Utilité et anormalité du cautionnement - La liberté de conclusion du cautionnement a été progressivement placée sous la double surveillance du législateur et du juge : de plus en plus soustrait à la liberté contractuelle, le cautionnement s'est profondément institutionnalisé¹⁹.

Car s'il est d'une utilité économique irremplaçable pour conforter le crédit du débiteur, il est également « *profondément anormal* »²⁰ : il expose en effet la caution à satisfaire à la dette d'autrui, généralement sans contrepartie, et avec la seule perspective d'un recours passablement illusoire contre le débiteur.

Or, le droit français est pétri de cette prise en considération pour le moins ancienne de la gravité du cautionnement.

Un Chapitre entier du Livre des Proverbes appelait déjà le lecteur de l'Ancien Testament à ne jamais se porter caution d'autrui compte tenu de la gravité de ce mécanisme : « *Est court de sens qui tope dans la main et pour son prochain se porte garant* »²¹ y lit-on par exemple.

¹⁹ Ph. Dupichot, *Le pouvoir des volontés individuelles en droit des sûretés*, éd. Panthéon-Assas Paris II, 2005, préf. M. Grimaldi, n° 60 et s. sur l'institutionnalisation du droit du cautionnement.

²⁰ Formule de Ph. Théry, *Sûretés et publicité foncière*, PUF, coll. Droit fondamental, 2^{ème} éd., 1998, n° 10.

²¹ Le Livre des Proverbes recense d'après la tradition juive les maximes de comportement prônées par le roi Salomon. La caution imprudente n'est autre que celle qui s'est engagée à cautionner et à laquelle le roi Salomon implore de se dégager ou de ne pas toper, c'est-à-dire de ne pas s'engager suivant le rite formaliste du « toper là », en vigueur chez les anciens. Extraits pertinents : Livre des Proverbes, 6, 1-5 : « *Mon fils, si tu t'es porté garant envers ton prochain, si tu as topé dans la main en faveur d'un étranger, si tu t'es lié par les paroles de ta bouche, si tu es pris aux paroles de ta bouche, fais donc ceci, mon fils, pour te tirer d'affaire, puisque tu es tombé aux mains de ton prochain : Va prosterner-toi, importune ton prochain, n'accorde ni sommeil à tes yeux ni repos à tes paupières, dégage-toi, comme du filet la gazelle, ou comme l'oiseau de la main de l'oiseleur* » ; Livre des Proverbes, 11, 15 : « *Celui qui cautionne l'étranger se fait du tort, qui répugne à toper est en sécurité* ».

Encore aujourd'hui, le droit du cautionnement est traversé par une politique sociale de prévention de l'endettement pour autrui.

9. Accessorieté d'ordre public de protection – Et on oublie volontiers que le Code civil de 1804 était lui-même empreint d'une profonde volonté de protection des cautions²². Ses rédacteurs n'ont pas voulu qu'un tiers non tenu à la dette puisse être placé dans une situation plus rigoureuse que le débiteur principal : d'où le principe essentiel de l'accessorieté du cautionnement en vertu duquel « *dans son principe et son étendue, la dette de la caution est placée sous la dépendance de l'obligation principale* »²³.

Plus qu'un simple critère de la qualification du cautionnement, l'accessorieté est une règle d'ordre public de protection de la caution ; voilà qui explique que les rédacteurs de 1804 aient consacré pas moins de trois dispositions célèbres à cette accessorieté et ses suites²⁴. Même au nom de l'efficacité économique, il n'est pas possible d'y déroger de peur que le garant ne soit tenu d'une façon excessivement sévère²⁵...

²² Et ceci bien que certaines de ces protections n'aient été que supplétives à l'instar des bénéfiques de discussion, division ou, avant la Loi du 1^{er} mars 1984, de subrogation. En ce sens que le Code civil était empreint d'un fort souci de protection des cautions, V. P. Ancel, *Cautionnement et autres garanties personnelles, État du droit français*, Étude réalisée pour le compte du ministère de la justice, inédit, Juin 1996, n° 56.

²³ L. Aynès et P. Crocq, *Les sûretés, la publicité foncière*, précité, n° 121. Le cautionnement doit reposer sur une obligation valable, ne pas excéder l'étendue de la dette principale - sans quoi l'excès serait réduit sans annulation du cautionnement - tandis que la caution peut classiquement invoquer l'ensemble des exceptions appartenant au débiteur, à l'exception du seul vice d'incapacité.

²⁴ L'alinéa 1^{er} de l'article 2289 indique que « *Le cautionnement ne peut exister que sur une obligation valable* », tandis que les alinéas 1 et 3 de l'article 2290 disposent que « *Le cautionnement ne peut excéder ce qui est dû par le débiteur, ni être contracté sous des conditions plus onéreuses (...). Le cautionnement qui excède la dette, ou qui est contracté sous des conditions plus onéreuses, n'est point nul : il est seulement réductible à la mesure de l'obligation principale* » ; enfin, l'article 2313 ajoute que « *La caution peut opposer au créancier toutes les exceptions qui appartiennent au débiteur principal et qui sont inhérentes à la dette. Mais elle ne peut opposer les exceptions qui sont purement personnelles au débiteur* ». Au contraire, le principe de l'accessorieté n'est nulle part mentionné directement.

²⁵ Comp. cependant, Cass., ch. mixte, 8 juin 2007, n° 03-15.602; Banque et droit juill.-août 2007, p. 48, obs. crit. F. Jacob ; RLDC 2007, 2660, obs. crit. L. Aynès ; Dr. et patrimoine, janv. 2008, p. 85, obs. L. Aynès et Ph. Dupichot : cette décision reconnaît une certaine autonomie au cautionnement (et donc une plus grande efficacité) en affirmant que la caution ne peut opposer les exceptions qui sont purement personnelles au débiteur principal au rang desquelles figure la nullité relative tirée du

10. Encadrement de la volonté de la caution personne physique - A l'heure actuelle, le spectre du surendettement et la volonté de prévenir un endettement inconsidéré pour autrui conduisent à protéger plus particulièrement la caution personne physique lors de la conclusion de la sûreté. : celle-ci engage en effet tout son patrimoine pour autrui²⁶, en dehors de toute contrepartie ou commission, et sans toujours prendre la mesure exacte de la gravité de son engagement.

C'est pourquoi le législateur français est intervenu par strates successives afin d'encadrer la liberté de conclusion du cautionnement souscrit par une personne physique.

D'où, sans prétendre à l'exhaustivité, les interventions suivantes du législateur :

- déjà, une loi n° 85-1372 du 23 décembre 1985 mit fin au pouvoir antérieur de chaque époux d'engager les biens communs par un cautionnement conclu seul²⁷ : l'article 1415 dispose en effet « *chacun des époux ne peut engager que ses biens propres et ses revenus par un cautionnement ou un emprunt, à moins que ceux-ci n'aient été contractés avec le consentement exprès de l'autre conjoint qui, dans ce cas, n'engage pas ses biens propres* » ; assimilant emprunt et cautionnement, l'article 1415 vérifie que toute sûreté personnelle est à l'origine d'un endettement qu'il convient de prévenir lorsqu'il menace comme au cas d'espèce la

dol affectant le consentement du débiteur principal. Avatar d'une politique jurisprudentielle de prévention du débordement du cautionnement par d'autres sûretés non accessoires ?

²⁶ Art. 2284 C. civ. : à l'instar de tout débiteur obligé personnellement, la caution « est tenu de remplir son engagement sur tous ses biens mobiliers et immobiliers, présents et à venir ».

²⁷ Sur cette réforme applicable aux cautionnements conclus après le 1^{er} juillet 1986, Y. Flour, « Le cautionnement et le patrimoine des couples », *Dr. et patrimoine*, n° 92, avr. 2001, p. 80 et s. ; F. Vauvillé, « Article 1415 : les armes du débat judiciaire », *Dr. et patrimoine*, n° 67 janv. 1999, p. 64 et s. ; J.-L. Puygauthier, « Variations sur le cautionnement », *JCP éd. N* 2001, p. 1703 et s. ; F. Jacob et N. Rontchevsky, « L'application de l'article 1415 aux garanties », *Mélanges AEDBF-France*, III, Banque éditeur, 2001, p. 197 et s. ; Ch. Bouffelière, V. de Laval et N. Philippe, « L'article 1415 du Code civil : tentative de synthèse », *Gaz. Pal.*, 6-7 juin 2003, p. 3 et s. *Adde*, avant la réforme, J.-M. Olivier, « La caution et sa famille », *Petites affiches*, 25 avr. 1986, n° 50, p. 23 et s. ; Ch. Mouly, « Le cautionnement donné par une personne mariée », *Defrénois* 1988, art. 34163, p. 227 et s. ; Ch. Mouly, « La mention manuscrite du conjoint », *JCP éd. G* 1995, I, 3836.

communauté ; très concrètement, le mari ne peut engager les biens communs par un cautionnement conclu seul et non autorisé par son épouse ;

- puis, la loi Neiertz n° 98-1010 du 31 décembre 1989 est venue imposer un formalisme *ad validitatem* et une limitation en montant et en durée des cautionnements souscrits par des personnes physiques en garantie de crédits mobiliers ou immobiliers relevant du Code de la consommation²⁸ ;
- ensuite, la loi n° 98-657 du 29 juillet 1998 relative à la lutte contre les exclusions a ajouté que le montant des dettes résultant du cautionnement ne pourrait avoir désormais pour effet de priver la caution personne physique d'un minimum de ressources ou « *reste à vivre* »²⁹, ce dont il résulte une limitation tout à fait remarquable au droit de poursuite du créancier ;
- surtout, dernière pièce à cet édifice restrictif de la liberté contractuelle, la loi « Dutreil » n° 2003-721 du 1^{er} août 2003 « *pour l'initiative économique* » a étendu les exigences issues de la loi Neiertz à toute caution personne physique aux prises avec un créancier professionnel par de nouveaux articles L. 341-2 et L. 341-3 du Code de la consommation qui, de l'aveu même de leurs rapporteurs, tendent à protéger la caution contre un endettement pour autrui inconsidéré. Ainsi, à peine de nullité du cautionnement, la caution personne physique qui s'engage par un acte sous seing privé envers un créancier professionnel doit faire précéder sa signature d'une mention manuscrite spécifique, et ce quel que soit le crédit garanti et donc même s'il ne relève pas du Code de la consommation. La modification est si fondamentale que le cautionnement solennel est devenu pratiquement le droit commun en présence d'un cautionnement

²⁸ Actuels art. L. 313-7 et L. 313-8 Code de la consommation.

²⁹ Art. 2301 C. civ. *in fine*.

sous seing privé d'une personne physique. Et il résulte de cet article L. 341-2 l'exigence que l'engagement de la caution personne physique soit toujours limité impérativement en montant mais aussi en durée, ceci même lorsque le cautionnement sera simple. La limitation en durée du cautionnement paraît s'étendre dans l'esprit du législateur à l'obligation de règlement elle-même afin que la caution ne puisse plus être inquiétée par le créancier professionnel après la date stipulée³⁰. Ces dispositions s'appliquent même au dirigeant caution personne physique de son entreprise, pourtant averti et intéressé ; partant, elles restreignent considérablement la liberté de recourir à des cautionnements sous seing privé *omnibus* et empêchent que le cautionnement épouse l'évolution de la dette garantie³¹. Tout cautionnement sous seing privé d'une caution personne physique au profit d'une banque doit donc, à peine de nullité, être revêtu d'une mention manuscrite spéciale mais aussi limité en montant ainsi qu'en durée...

Ce bref panorama démontre que l'efficacité économique - entendue comme la simplicité et la liberté de constitution - s'incline ici devant la volonté de protéger la personne physique en limitant la portée de son engagement pour autrui.

11. Encadrement indirect de la volonté des cautions personnes morales –
Quid à présent de l'efficacité du droit du cautionnement lorsque la sûreté est consentie cette fois par une personne morale ? L'efficacité économique devrait alors

³⁰ En ce sens, M. Grimaldi et Ph. Dupichot, « Durée et sûretés », RDC 2004/1, n° spécial, p. 95 et s., spéc. n° 10.

³¹ Et même si le cautionnement d'une personne physique était consenti par acte notarié, auquel cas la mention manuscrite ne peut être exigée, l'article L. 341-5 du Code de la consommation n'en serait pas moins applicable qui dispose que « *Les stipulations de solidarité et de renonciation au bénéfice de discussion figurant dans un contrat de cautionnement consenti par une personne physique au bénéfice d'un créancier professionnel sont réputées non écrites si l'engagement de la caution n'est pas limité à un montant global, expressément et contractuellement déterminé, incluant le principal, les intérêts, les frais et accessoires* » : le cautionnement solidaire d'une personne physique envers un créancier professionnel, notarié ou non, se trouve nécessairement limité en montant.

être considérablement accrue : en effet, peu de règles restrictives menacent directement la liberté de cautionner d'une personne morale³².

Mais il faut tenir compte ici de principes fondamentaux du droit des sociétés dont l'articulation avec le cautionnement est difficile. Car les sociétés sont des groupements de personnes dont la finalité est le partage de bénéfices ou la participation à l'économie réalisés grâce à une entreprise commune³³. Loin de conférer à la société caution un avantage d'ordre économique, le cautionnement qui n'est pas rémunéré procure à autrui « *un avantage purement gratuit* ». Pour cette raison, la compatibilité même des notions de cautionnement et de société a pu être mise en doute au motif que « *par leur finalité respective, le cautionnement et la société sont des actes antinomiques* »³⁴. Et pourtant, les sociétés - spécialement les sociétés civiles détenant un immeuble qui comptent pour près d'une société sur deux en France - sont un réservoir de valeur dont il importe de pouvoir tirer crédit.

A l'heure actuelle, le droit français se ressent de ces tiraillements entre contraintes sociétaires et nécessités économiques.

C'est pourquoi le législateur :

- interdit parfois le cautionnement par une société des dirigeants voire des associés et de leurs proches : la loi le fait à l'égard des S.A. (dirigeants, C. com., art. L. 225-43 et L. 225-91) et des S.A.R.L (dirigeants et associés, C. com., art. L. 223-21) ; de tels cautionnement sont ainsi irréfablement présumés contraires à l'intérêt social de la société caution ;

³² On ne peut guère citer en exemples que l'interdiction de toute renonciation au bénéfice de l'article 2314 du Code civil, l'exigence d'une remise d'une offre préalable de crédit mobilier (art. L. 311-8 C. consom), les dispositions relatives au cautionnement d'un bail d'habitation (mention manuscrite *ad validitatem imposée par la loi n° 94-624 du 21 juillet 1994 relative à l'habitat, dont les dispositions ont été insérées dans un article 22-1 de la loi 6 juillet 1989*).

³³ Art. 1832 C. civ. : « *la société est instituée par deux ou plusieurs personnes qui conviennent par contrat d'affecter à une entreprise commune des biens ou leur industrie en vue de partager le bénéfice ou de profiter de l'économie qui pourra en résulter* ».

³⁴ J. Honorat, « Sociétés et cautionnement », Defrénois 1982, art. 32970, p. 1569 et s., spéc. n° 25.

- soumet la conclusion du cautionnement d'une SA à une autorisation préalable du conseil d'administration ou de surveillance (C. com., art. L. 225-35 et L. 225-68).

En l'absence de telles règles spéciales d'interdiction ou d'autorisation, la jurisprudence française est divisée quant aux justifications (on n'ose dire quant à la « cause »...) du cautionnement d'une société civile (une SCI notamment) ou d'une société en nom collectif :

- la première Chambre civile de la Cour de cassation adopte à cet égard une position souple : pour que le cautionnement octroyé par une personne morale soit valable, il suffit qu'il satisfasse à l'une quelconque des trois conditions alternatives suivantes : entrer directement dans l'objet social, résulter du consentement unanime des associés *ou* procéder de l'existence d'une communauté d'intérêts entre la société caution et la personne cautionnée ; c'est là un guide sûr pour les praticiens et certainement efficient de ce point de vue, encore qu'il conduise curieusement à placer sur un même plan des règles de pouvoir (objet social, unanimité) et de contrôle de l'intérêt social (communauté d'intérêts) ;

- mais, « gardienne du temple » du droit des sociétés, la Chambre commerciale retient une position autrement rigoureuse : dans un arrêt en date du 3 juin 2008, elle écarte toute référence à ladite communauté d'intérêts, pour annuler le cautionnement d'une SCI qui obligeait « *la société à réaliser son entier patrimoine pour l'honorer, ce qui était de nature à compromettre son existence même* »³⁵ ; l'arrêt suggère qu'une société se verrait refuser la liberté de « compromettre son existence

³⁵ Cass. com., 3 juin 2008, pourvoi n°07-11.785, non publié au Bulletin, Dr. et patrimoine, oct. 2008, p 98, obs. L. Aynès et Ph. Dupichot : « *Attendu qu'en statuant ainsi, sans rechercher, comme elle y était invitée, si le cautionnement n'était pas contraire à l'intérêt de la SCI, dès lors que le montant de l'engagement était tel qu'en cas de défaillance de M. X..., la société devait réaliser son entier patrimoine pour l'honorer, ce qui était de nature à compromettre son existence même, la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard de l'article 1849 du code civil* ».

même » par un cautionnement, position certainement plus dure et en apparence peu efficiente !

2°) Solvabilité des cautions

12. Rejet des cautionnements manifestement disproportionnés - L'objectif de prévention de l'endettement pour autrui entre donc souvent en conflit ouvert avec l'efficacité économique de la règle de droit du cautionnement : et s'il pèse au premier chef sur les cautions personnes physiques, il n'en concerne pas moins également les cautions personnes morales.

Mais il faut se garder ici d'une vision trop manichéenne : considérations sociales de protection de la caution et considérations économiques peuvent aller de pair. On s'en convaincra en examinant à présent l'épineuse question de la solvabilité de la caution.

Le droit français a en effet peu à peu contraint le créancier à prendre en considération la solvabilité de la caution afin de mettre en garde celle-ci contre un cautionnement manifestement disproportionné à ses biens et revenus, quitte à prononcer la déchéance ou la réduction d'un cautionnement qui serait disproportionné.

Les grandes étapes de cette évolution sont bien connues :

- la loi Neiertz précitée du 31 décembre 1989 institua pour la première fois un lien entre l'efficacité d'un cautionnement et l'importance du patrimoine et des revenus d'une caution : sauf retour à meilleure fortune, l'article L. 313-10 du Code de la consommation prononce la déchéance du cautionnement d'une personne physique dont l'engagement était, lors de sa conclusion, manifestement disproportionné à ses biens et revenus ;

- la Cour de cassation s'inspira de cette exigence pour prononcer dans un arrêt *Macron* du 17 juin 1997 la réduction par compensation de l'aval (cautionnement solidaire d'un effet de commerce) d'un dirigeant considéré comme « *sans aucun rapport* » avec le patrimoine et les revenus de l'avaliste », la banque étant fautive à raison de « *l'énormité de la somme garantie par une personne physique* »³⁶ ;
- puis, la loi Dutreil précitée du 1^{er} août 2003 est venue prononcer la déchéance de tout cautionnement manifestement disproportionné conclu entre un créancier professionnel et une caution personne physique, et ce quelle que soit cette fois la créance garantie ; au cœur de la matière, l'article L. 341-4 du Code de consommation dispose en effet que : « *Un créancier professionnel ne peut se prévaloir d'un contrat de cautionnement conclu par une personne physique dont l'engagement était, lors de sa conclusion, manifestement disproportionné à ses biens et revenus, à moins que le patrimoine de cette caution, au moment où celle-ci est appelée, ne lui permette de faire face à son obligation* » ;
- forte de cette extension législative qu'elle avait elle-même suscitée, la jurisprudence a récemment fait preuve de davantage de retenue quant au domaine et à l'intensité de la règle prétorienne de proportionnalité : le préjudice indemnisable de la caution ne peut être équivalent à la dette toute entière mais seulement à la mesure excédant les biens que celle-ci pouvait proposer en garantie³⁷ ; surtout, la réduction prétorienne ne profite

³⁶ Cass. com., 17 juin 1997, pourvoi n° 95-14.105, *Bull. civ. IV*, n° 188 ; *D. Aff.* 1997, p. 929 ; *Defrénois* 1997, art. 36703, p. 1424, n° 158, obs. L. Aynès ; *Dr. sociétés*, oct. 1997, p. 8, obs. Th. Bonneau ; *RTD com.* 1997, p. 662, obs. M. Cabrillac ; *RD bancaire et bourse* 1997, p. 221, obs. M. Contamyne-Raynaud ; *JCP éd. E* 1997, II, 1007, note D. Legeais ; *D.* 1998, p. 208, note J. Casey ; *Petites affiches*, 27 mai 1998, p. 33, note S. Piedelièvre ; *RTD civ.* 1998, p. 100, obs. J. Mestre ; *RTD civ.* 1998, p. 157, obs. P. Crocq : la Cour procéda alors à une réduction du montant de l'aval par compensation de ce dernier avec la faute mise à la charge du créancier, l'aval subissant une réduction de 15 millions de francs pour n'être plus porté qu'à 5 millions.

³⁷ Cass. 1^{ère} civ., 9 juil. 2003, pourvoi n° 01-14.082, *Bull. civ. I*, n° 167 ; *JCP éd. G* 2003, II, 10167, note J. Casey ; *D.* 2004, p. 204, note Y. Picod ; *RTD civ.* 2004, p. 124, obs. P. Crocq ; *JCP éd. E* 2004, I, 69, n° 4, obs. Ph. Simler ; *Gaz. Pal.* 2004, 23-25 mai 2004, p. 15, obs. S. Piedelièvre - Cass. 1^{ère} civ., 6 avr. 2004, pourvoi n° 01-10.926 ; *D.* 2004, AJ, p. 1232 - Cass. 1^{ère} civ., 20 déc. 2007, pourvoi n° 06-19.313 ; *Bull. civ. I*, n° 393, *D.* 2008, AJ, p. 287, obs. V. Avena-Robardet ; *Dr. et patrimoine*, oct. 2008, p. 92, obs. L. Aynès et Ph. Dupichot.

qu'aux cautions véritablement profanes et non intéressées³⁸ sans pouvoir peser sur les créanciers non professionnels³⁹.

Cette exigence de proportionnalité inflige au banquier un triple devoir tout à la fois de se renseigner sur le patrimoine de la caution, de mettre en garde la caution contre un engagement excessif et de modérer le montant de la sûreté souscrite⁴⁰. Ce fardeau apparaîtrait volontiers inefficace et liberticide...

13. Solvabilité de la caution et efficacité économique - Mais à mieux y regarder, ce devoir contribue davantage à l'efficacité économique du cautionnement qu'il ne la menace.

Rappelons ici que le cautionnement - à l'instar de toute sûreté personnelle - dilue le risque d'insolvabilité du débiteur en le répartissant sur plusieurs patrimoines qui répondent de la dette garantie ; mais, à la différence d'une sûreté réelle, il ne peut

³⁸ Jouant au stade de la conclusion du cautionnement, le devoir de mettre en garde la caution contre un engagement excessif ne profite en principe qu'au garant profane ou non averti (Cass. com., 13 févr. 2007, (Cass. com., 13 févr. 2007, n° 04-19.727 Bull. civ. IV, n° 31, JCP G 2006, I, 195, n° 4, obs. Ph. Simler, relevant que « la caution n'était pas fondée à rechercher la responsabilité de cette banque qui n'était tenue d'aucun devoir de mise en garde à l'égard de cette caution avertie »). Au terme d'une appréciation *in concreto*, la Cour retient qu'engage sa responsabilité la banque qui fait souscrire un engagement disproportionné par un garant profane, étudiant associé d'une modeste SCI (Cass. com., 3 mai 2006, n° 04-19.315, Bull. civ. I, n° 103, RLDC 2006/29, n° 2144), ou encore par une concubine, non dirigeante mais coassociée à part égale du gérant (Cass. com., 6 févr. 2007, n° 04-15.362, Bull. civ. IV, n° 18, RD bancaire et financier 2007, n° 62, obs. D. Legeais, RTD civ. 2007, p. 372, obs. P. Crocq – *Adde*, Cass. com., 3 février 2009, n° **07-19.778**) ; mais elle s'y refuse lorsque la caution, quoique non gérante, est l'unique associée de la société débitrice (Cass. com., 28 nov. 2006, n° 05-13.559, JCP G 2007, I, 158, n° 7, obs. Ph. Simler, RD bancaire et financier 2007, n° 7, obs. D. Legeais). Tout récemment, la Chambre commerciale a confirmé que les dirigeants sont des cautions averties qui ne sauraient en principe se prévaloir du devoir de mise en garde du banquier, sauf à apporter la preuve difficile que la banque aurait eu sur leurs revenus, leur patrimoine ou leur facultés de remboursement raisonnablement prévisibles en l'état du succès escompté de l'entreprise des informations que ces cautions averties auraient ignorées (Cass. com., 17 février 2009, n° 07-20.935 et 08-15.324).

³⁹ Cette construction prétorienne n'est pas applicable au créancier non professionnel, notamment aux époux vendeurs d'un fonds de commerce : Cass. com., 13 novembre 2007, pourvoi n° 06-12.284 ; Bull. civ. IV, n° 236 ; RTD civ. 2008, p. 300, obs. P. Crocq ; Banque et droit, janv. Fév. 2008, p. 52, obs. N. Rontchevsky, Dr. et patrimoine, oct. 2008, p. 92, obs. L. Aynès et Ph. Dupichot.

⁴⁰ Devoir de mise en garde qui confine en réalité au devoir d'abstention comme le remarque justement L. Aynès, in Dr. et patrimoine, déc. 2009, p. 98.

prétendre le supprimer totalement⁴¹ : le créancier ne dispose que d'un droit de poursuite chirographaire à l'encontre du garant qui rend l'examen de la solvabilité de celui-ci déterminant.

Or, les exigences nouvelles de proportionnalité concourent précisément à ce que soit davantage vérifiée la solvabilité du garant. Réduire le cautionnement disproportionné ou déchoir le créancier est en effet une puissante incitation à la prise d'une sûreté personnelle solide et à la vérification de la qualité de la « signature » de la caution. Car un cautionnement manifestement disproportionné n'est d'aucune utilité pour le créancier qui ne sera garanti efficacement que dans la mesure du patrimoine de la caution au jour où elle sera appelée. Puisqu'on ne saurait « tondre un œuf » suivant la sagesse populaire⁴², une pseudo liberté de prendre des cautionnements même disproportionnés menacerait inutilement les cautions d'une exclusion sociale irrémédiable, sans véritable utilité économique pour le créancier⁴³ : à quoi bon permettre à une caution sans le sou de s'engager au nom d'une liberté contractuelle mal comprise à cautionner une dette que, de toute évidence, elle ne pourra jamais acquitter ?

Les nombreuses règles prudentielles qui pèsent cette fois sur les établissements de crédit, cautions professionnelles, participent de ce même esprit. Ces établissements sont soumis à de multiples ratios prudentiels... Or, ces ratios

⁴¹ Voir en ce sens, Voirin in Ch. Beudant, *Cours de droit civil français*, 2^{ème} éd., 1948, par R. Beudant et P. Lerebours-Pigeonnière, t. 13, *Les sûretés personnelles et réelles*, par P. Voirin, n° 52 *in fine* et n° 53, p. 62 : « *Faites intervenir deux, trois, dix cautions, les chances d'insolvabilité diminuent sans doute mais ne sont jamais écartées... Pour obtenir une sécurité complète, il faut recourir aux sûretés réelles* ».

⁴² Comp. les judiciaires obs. de Ph. Théry, sous Cass. com., 8 oct. 2002 ; Defrénois 2003, art. 37691, n° 22, spéc. p. 413 : « une fois qu'il [le créancier] aura tondu la caution « à blanc », la créance qu'il conservera contre elle sera presque aussi virtuelle que les centaines d'années de prison auxquelles on condamne les criminels dans certains États ».

⁴³ A quoi l'on ajoutera que le devoir voisin qui pèse en France sur le prêteur de mettre en garde l'emprunteur profane contre un endettement excessif (v. dernièrement, deux arrêts de Cass., ch. mixte, 29 juin 2007, pourvois n° 06-11.673 et 05-21.104 ; *adde*, A. Le Goff, « Extension de l'obligation de mise en garde aux emprunteurs professionnels », *Dr. & patr.* 2007, n° 163, p. 42 et s.) s'explique par des considérations sociales tout en étant efficient contrairement à une idée reçue ; est-il besoin de rappeler que la crise des *subprimes* est en partie issue d'un laxisme coupable dans l'octroi de crédits excessifs à des débiteurs virtuellement insolubles ?

prennent directement en considération l'octroi de cautionnements ou même de garanties autonomes pour le calcul des exigences de solvabilité exigées de ces établissements bancaires⁴⁴ : ces règles de prudence obligent donc les banques à immobiliser des fonds propres en regard des garanties émises ; ce faisant, elles concourent à la sécurité et donc à l'efficacité économique des crédits cautionnés en général.

Non sans un certain paradoxe, on retrouve ici le sens de l'exigence de solvabilité de la caution légale ou judiciaire inscrite dès 1804 à l'ancien article 2018 du Code civil ! Il s'agit ni plus ni moins de s'assurer que la caution « *ait un bien suffisant pour répondre de l'objet de l'obligation* »⁴⁵, seul de nature à garantir au créancier la sécurité à laquelle il a droit et qui seule permet l'efficacité. Où l'on voit que certaines règles économiquement efficaces puisent leurs racines dans le Code civil de 1804 ou même dans le Code de la consommation !

B - La conclusion des autres sûretés personnelles

14. Plan - Envisageons à présent la conclusion des sûretés personnelles autres que le cautionnement dont l'apparition dans le paysage français est nettement plus récente. Or, de façon certainement efficace, est intervenue une consécration de deux sûretés personnelles issues de la pratique (1) ; mais de façon peut-être moins efficace, les autres techniques de sûretés personnelles font l'objet en droit français d'un quasi contrôle des naissances (2).

1°) Consécration de deux sûretés personnelles issues de la pratique

15. Filles de la liberté contractuelle - On a pu craindre de figer dans le marbre du Code civil des sûretés issues de la pratique, filles de la liberté contractuelle, en

⁴⁴ V. sur la question, notre démonstration in Ph. Dupichot, *Le pouvoir des volontés individuelles en droit des sûretés*, précité, n° 216 et s.

⁴⁵ Art. 2295 C. civ.

les codifiant par l'ordonnance du 23 mars 2006. Bien au contraire, de bonnes raisons imposaient l'insertion de ces sûretés auparavant innommées dans le Titre Premier du Livre IV⁴⁶ : mettre fin aux contentieux sur la qualification de la garantie autonome (a) et de la lettre d'intention (b) en les distinguant mieux du cautionnement et faire savoir que le droit français connaît ces institutions et qu'il leur reconnaît pleine force obligatoire.

Il en résulte une plus grande sécurité et donc une plus grande efficacité d'un droit français des sûretés personnelles qui souffrait auparavant d'une extrême confusion et pouvait à ce titre décourager les investisseurs.

16. a) Garantie autonome : promesse de versement d'une somme - Définie comme « *l'engagement par lequel un tiers s'oblige, en considération d'une obligation, à verser une certaine somme, soit à première demande, soit suivant des modalités convenues* » (C. civ., art. 2321, al. 1^{er}), la garantie autonome fait l'objet dans le Code civil d'un Chapitre 2, malgré d'un unique article 2321. La définition retenue met en exergue l'originalité de la garantie autonome par rapport au cautionnement, qui tient à l'objet de l'obligation du garant, tenu de *verser* une certaine somme et non de satisfaire à la dette du débiteur. Centre de gravité de l'institution, l'inopposabilité des exceptions est énoncée expressément par l'alinéa 3 : « *le garant ne peut opposer aucune exception tenant à l'obligation garantie* ».

Aussi, est-ce une garantie dont l'efficacité économique résulte tout à la fois de sa liberté de constitution qui n'implique aucun formalisme particulier, de son faible coût⁴⁷, de son automaticité modulable à loisir suivant les « modalités convenues »⁴⁸

⁴⁶ V. sur cette consécration, N. Rontchevsky, « Les dispositions relatives au droit des sûretés personnelles », D. 2006, p. 1303 et s. ; D. Houtcieff, « Les sûretés personnelles », JCP G mai 2006, suppl. au n° 20, p. 7 et s. ; J. Stoufflet, « Reconnaissance par l'ordonnance du 23 mars 2006 de deux types de garanties », Rev. sociétés 2006, p. 475 et s. ; A. Prüm, « La consécration légale des garanties autonomes », in Mélanges Ph. Simler, Litec-Dalloz, 2006, p. 409 et s.

⁴⁷ Rien ici sauf une libre négociation sur le montant de la commission du garant.

⁴⁸ Le caractère dorénavant nommé de cette garantie incite d'ailleurs les juges à faire un usage plus mesuré de leur pouvoir de requalification et limite la force d'attraction d'un cautionnement qui n'est plus l'unique sûreté personnelle du Code civil ; un arrêt du 7 juin 2006 affirme ainsi que « *la seule référence, dans le même acte, à l'engagement du garant d'effectuer, s'il en recevait l'ordre, le versement des sommes dont l'entrepreneur serait débiteur au titre de cet acompte, qui n'emportait*

et de sa rigueur d'exécution qui ne cède que devant la démonstration difficile d'une fraude ou d'un abus manifestes du bénéficiaire (art. 2321 al. 2), et ce grâce à l'inopposabilité des exceptions.

La garantie autonome se substitue ainsi avantageusement au *deposit* dont elle l'est héritière⁴⁹ : on se souvient que cette sûreté réelle sur somme d'argent, utilisée au cours des années 1960-1970 dans les marchés internationaux de maîtrise d'ouvrage, fut condamnée économiquement par une immobilisation de trésorerie au coût exorbitant pour le constituant.

Les considérations sociales tenant à la prévention de l'endettement pour autrui ne sont cependant pas totalement absentes ici : le législateur craint en effet que la garantie autonome ne soit utilisée pour contourner les protections dévolues à la caution. Aussi, est-ce afin de tenir certaines personnes à l'abri de l'automatisme de la garantie autonome qu'il a été précisé à l'article L. 313-10-1 du Code de la consommation, qu'elle ne peut être souscrite à l'occasion d'un crédit à la consommation ou d'un crédit immobilier relevant du Code de la consommation⁵⁰ et à l'article 22-1 de la loi du 6 juillet 1989 relatif aux baux d'habitation (L. n° 89-462, 6 juill. 1989, JO 8 juill.), qu'elle ne peut être souscrite qu'aux lieux et places du dépôt de garantie de 1 mois maximum de loyers qui, visé à l'article 22, peut être exigé du locataire⁵¹.

pas pour lui l'obligation de se reporter aux modalités d'exécution du contrat de base pour évaluer sa propre obligation » n'emporte pas requalification d'une garantie sur demande justifiée en cautionnement (Cass. com., 7 juin 2006, n° 05-11.779, RD bancaire et financier 2006, n° 134 et n° 159, obs. D. Legeais ; Dr. et patrimoine, janv. 2008, p 87, obs. L. Aynès et Ph. Dupichot).

⁴⁹ Comp. Ch. Mouly, « L'avenir de la garantie indépendante en droit interne », in Mélanges A. Breton/F. Derrida, Dalloz, 1991, p. 267 et s.).

⁵⁰ Seul un cautionnement est alors envisageable.

⁵¹ *Adde*, l'article 792 alinéa 2 du Code civil issu de la réforme des successions du 23 juin 2006 (L. n° 2006-728, 23 juin 2006, JO 24 juin) qui prévoit l'extinction de la garantie autonome en l'absence de déclaration de sa créance par un créancier d'une succession acceptée à concurrence de l'actif net.

La première Chambre civile a été sensible à ce mouvement qui a décidé fort justement que l'article 1415 du Code civil était applicable (par analogie ou *a fortiori* ?) à la garantie autonome en tant qu'elle est bien une sûreté personnelle⁵² : la diversification des sûretés personnelles appelle en effet un régime primaire, attaché au seul engagement pour autrui.

Mais sous ces quelques réserves, le principe demeure la liberté de recourir à la garantie autonome quel que soit le type de crédit garanti et la qualité du garant – même personne physique – et donc de bénéficier de sa remarquable efficacité.

17. b) Lettre d'intention : promesse de soutenir le débiteur - L'impératif de sécurité juridique a également conduit à faire apparaître l'irréductibilité de la lettre d'intention à un cautionnement. Elle est définie à l'article 2322 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 un créancier* »⁵³, l'émetteur de la lettre s'engageant à apporter, par son action ou son abstention, un soutien au débiteur, renforçant ainsi *indirectement* la situation du créancier⁵⁴.

La liberté de constitution est ici remarquable, les parties déterminant consensuellement et librement l'intensité de l'obligation comportementale de l'émetteur à l'endroit du débiteur principal. Le garant s'y obligera par exemple à surveiller la gestion du débiteur, à ne pas sortir de son capital social, à souscrire à une augmentation de capital ou encore à faire tout le nécessaire pour que le débiteur s'exécute à bonne date voire à lui faire des apports en compte courant d'associé (obligation lourde s'il en est...). L'hypothèse type est celle d'une société mère

⁵² Cass. 1^{re} civ., 20 juin 2006, pourvoi n° 04-11.037, JCP G 2007, I, 158, n° 9, obs. Ph. Simler, RTD civ. 2006, p. 592, obs. P. Crocq ; comp. obs. M. Grimaldi, D. 1995, p. 523, selon qui la solution est « *archi-naturelle* ».

⁵³ Le mécanisme retenu présente de grandes similitudes avec la stipulation pour autrui, l'émetteur promettant au créancier (stipulant) qu'il observera un comportement donné à l'égard du débiteur (bénéficiaire).

⁵⁴ Au contraire, une caution s'exécute envers le créancier et, sous réserve du mécanisme de l'obligation de couverture, elle n'est tenue d'aucune obligation pendant la durée du crédit.

écrivait à son banquier afin de conforter le crédit de sa filiale ; mais on peut imaginer que des parents s'engagent au profit du bailleur de leur enfant locataire à virer chaque mois sur le compte de ce dernier les sommes nécessaires au paiement des loyers dus...

Originale et le plus souvent gratuite, cette sûreté issue de la pratique est une garantie efficiente. Certes, la défaillance du débiteur contraint le bénéficiaire à rapporter la preuve des éléments de toute responsabilité contractuelle - un préjudice du créancier, une faute (présumée ou prouvée) du garant et un lien de causalité. Mais ce n'est pas la marque d'une atteinte à l'efficacité de la lettre d'intention mais une simple suite de sa nature tout à la fois contractuelle et profondément originale.

2°) Contrôle des naissances des sûretés personnelles

18. Rejet du porte-fort d'exécution ; numerus clausus de fait ? – La gamme des sûretés personnelles nommées s'est donc enrichie de deux nouvelles figures contractuelles qui répondent aux critères d'efficacité préalablement dégagés. Mais l'efficacité postule également que les parties soient libres d'imaginer d'autres sûretés personnelles, mieux adaptées à leurs besoins, pour autant que celles-ci présentent une véritable originalité par rapport aux trois figures nommées : cautionnement, garantie autonome et lettre d'intention. Qu'en est-il en droit positif ?

A la veille de la réforme des sûretés, le Professeur Kanayama avait même, au nom de la liberté de création de nouveaux droits personnels, suggéré que soit reconnue une « *obligation de garantir* », transcendant la distinction classique des obligations de faire, ne pas faire et donner⁵⁵.

⁵⁵ N. Kanayama, « De l'obligation de « couverture » à la prestation de « garantir » », Mélanges Ch. Mouly, t. 2, Litec, 1998, p. 375 et s., spéc. p. 385 ; N. Kanayama, « Donner et garantir - un siècle après ou une autre histoire », Mélanges J. Ghestin, LGDJ, 2001, p. 473 et s., spéc. p. 485 ; S. Calot-Foutry, *La nature juridique de l'obligation de garantie*, Mémoire de DEA sous la direction de Ch. Jamin, Université du Droit et de la Santé de Lille 2, 1998-1999 : selon cet auteur qui approuve les théories de M. Kanayama, toute obligation de garantie serait duale et comporterait une obligation de couverture et une obligation de règlement.

Et au lendemain de celle-ci, un auteur a même défendu la possibilité pour les contractants d'aménager de nouveaux contrats de couverture⁵⁶. Il est en tout état de cause manifeste que les textes nouveaux n'énoncent aucun principe de *numerus clausus des sûretés personnelles*, bien au contraire⁵⁷, ce qui va dans le sens de la liberté et de l'efficience.

Pour l'heure cependant, la jurisprudence française se refuse à reconnaître d'autres techniques de garantie personnelle de sorte que l'on assiste en réalité à un contrôle prétorien des naissances de nouvelles sûretés personnelles cautionnement à première demande, constitut, solidarité non intéressée à la dette ou encore porte-fort dit d'exécution ne bénéficient ainsi guère des faveurs de la Cour de cassation⁵⁸... En particulier, la Chambre commerciale persiste, après comme avant⁵⁹ la réforme, à assimiler à un simple cautionnement accessoire un porte-fort d'exécution qui peine à convaincre de la prétendue spécificité de sa nature indemnitaire : ce garant promettrait non la ratification par un tiers de son engagement mais son exécution, et ce prétexte pris des termes généraux de l'article 1120 du Code civil⁶⁰. Or, la Cour de cassation a à nouveau jugé le 18 décembre 2007 que « *celui qui se porte fort de l'exécution d'un engagement par un tiers s'engage accessoirement à l'engagement principal souscrit par le tiers à y satisfaire si le tiers ne l'exécute pas lui-même* »⁶¹ : chacun comprendra que la Haute Cour requalifie ce porte-fort d'exécution en un ordinaire cautionnement défini à l'article 2288 du Code civil...

⁵⁶ V. Mazeaud, « L'obligation de couverture », thèse Paris I, 2009.

⁵⁷ Comp. l'art. 2287-1 C. civ. : « *Les sûretés personnelles régies par le présent titre sont le cautionnement, la garantie autonome et la lettre d'intention* », qui laisse entendre que d'autres sûretés personnelles existent qui ne seraient pas « régies par le présent titre ».

⁵⁸ Pour une étude de ces propositions antérieure à la réforme, Ph. Dupichot, *Le pouvoir des volontés individuelles en droit des sûretés*, précité, n° 349 et s. et spéc. n° 472.

⁵⁹ Cass. com., 13 déc. 2005, pourvoi n° 03-19217 ; Bull. civ. IV, n° 256 ; V. déjà en ce sens, Cass. com., 7 oct. 1986, pourvoi n° 84-14.453 - Cass. 1^{ère} civ., 27 fév. 1990, pourvoi n° 88-16.726.

⁶⁰ Art. 1120 C. civ. : « (...) *on peut se porter fort pour un tiers, en promettant le fait de celui-ci ; sauf l'indemnité contre celui qui s'est porté fort ou qui a promis de faire ratifier, si le tiers refuse de tenir l'engagement* ».

⁶¹ Cass. com., 18 déc. 2007, pourvoi n° 05-14328, non publié au Bulletin, Banque et droit, 2008, p 43, obs. N. Rontchevsky, JCP 2008, I, 152, n°13, obs. Ph. Simler.

19. Un éventail enrichi et sécurisé de sûretés personnelles - L'efficacité économique est-elle véritablement réduite par cette frilosité à l'égard de l'admission de sûretés personnelles nouvelles ? Il n'en est rien, et ce pour plusieurs raisons :

- d'abord, parce qu'un éventail de trois sûretés personnelles nommées contre une seule avant 2006 permet désormais de satisfaire la plupart des aspirations des créanciers ;
- ensuite, parce que les techniques suggérées pèchent souvent par manque d'originalité par rapport aux trois sûretés nommées et, singulièrement, par rapport au cautionnement dont elles prétendent gommer un caractère accessoire pourtant d'ordre public de protection ; tel est en particulier le cas du porte-fort d'exécution ;
- surtout, leur consécration en jurisprudence pourrait réintroduire à nouveau de la confusion dans une matière tout juste rendue plus intelligible : or, la sécurité participe également de l'efficacité économique...

II. EXÉCUTION DES SÛRETÉS PERSONNELLES

20. Effets antérieurs et postérieurs à la défaillance du débiteur - Après le premier temps de la conclusion, l'efficacité économique doit à présent être mesurée au regard de ce second temps de l'exécution des sûretés personnelles, : il embrasse la question des effets de la sûreté tant antérieurs que postérieurs à la défaillance du débiteur garanti.

Je présenterai la question de l'exécution au regard du droit civil, d'une part, (**A**) puis au regard de l'incidence d'une procédure collective sur l'exécution des sûretés personnelles, d'autre part (**B**).

A - L'exécution en droit civil

21. Un créancier doit faire ses devoirs... - De source presque exclusivement conventionnelle, les sûretés personnelles sont naturellement assujetties au devoir général d'exécution des conventions de bonne foi énoncé à l'article 1134 alinéa 3 du Code civil. Législateur et juge ont certes puisé dans cette exigence générale ; mais ils l'ont dépassée de façon *a priori* menaçante pour l'efficacité économique : des devoirs toujours plus nombreux pèsent en effet désormais sur le créancier garanti.

Mais si le devoir d'informer le garant heurte sans doute l'efficacité (1), celui de préserver les intérêts du garant sert paradoxalement celle-ci (2).

1°) Devoir d'informer le garant

22. Devoirs coûteux et d'ordre public - Il n'est pas possible de recenser ici les multiples obligations d'information pesant désormais sur le créancier cautionné⁶².

⁶² Voir not. la présentation faite par L. Aynès et P. Crocq, *Les sûretés, la publicité foncière*, précité, n° 292 et s.

Œuvrant par strates successives et dans une confusion regrettable, le législateur est intervenu de 1984 à aujourd'hui pour protéger la caution à la fois contre un double risque :

- le risque d'oubli de son engagement par une information annuelle sur l'évolution de la dette garantie et, suivant que le cautionnement est à durée déterminée ou indéterminée, sur le terme de son engagement ou la faculté de résiliation lui appartenant ;
- le risque d'ignorance de la défaillance du débiteur, par une information sur le premier incident de paiement du débiteur.

Le manquement du créancier à ce devoir d'information le privera selon le cas totalement⁶³ ou partiellement⁶⁴ de son droit aux intérêts. Or, l'effcience du droit français souffre certainement de cette collection hétéroclite de textes protecteurs qui participe d'un « forçage » du contenu du cautionnement aux inconvénients nombreux.

Il n'est guère ici de place pour la liberté des parties : le créancier ne peut être conventionnellement dispensé de cette obligation impérative⁶⁵ tandis que doit être informé également le dirigeant-caution qui connaît pourtant déjà la situation exacte de la société cautionnée⁶⁶ ! De telles contraintes pourraient aller à l'encontre du besoin légitime des banques - tour à tour cautions et créancières - de se dispenser mutuellement de pareille information par souci d'économie et de simplification. Et le coût de cette kyrielle d'obligations d'informations ponctuelles pèsera en dernier ressort sur le débiteur dont elle renchérit le prix du crédit...

⁶³ Art. 2293 al. 2 C. civ.

⁶⁴ Art. L. 313-22 CMF.

⁶⁵ Cass. com. 14 déc. 1993, pourvoi n° 91-17.928, *Bull. civ.* IV, n° 467 : la caution ne saurait contractuellement en dispenser la banque.

⁶⁶ Cass. com., 27 novembre 2007, pourvoi n° 06-15.128 ; *Bull. civ.* IV, n° 253 - Cass. 1^{ère} civ., 22 janvier 2009, n° 07-12.134.

L'efficacité du cautionnement en est nécessairement affectée.

2°) Devoir de préserver les intérêts du garant

23. Mitigation of damages et chasse au gaspillage inutile de richesses - Or, il est un devoir plus exigeant encore pour le créancier que celui d'informer le garant : celui de préserver les intérêts de celui-ci⁶⁷.

MM. Terré, Simler et Lequette relèvent très exactement que « *le devoir de loyauté du créancier joue également à l'égard du garant. Le créancier doit faire son possible, en exerçant diligemment ses droits à l'encontre du débiteur, pour alléger au maximum le poids de la garantie consentie* »⁶⁸.

A plusieurs reprises, la Cour de cassation a ainsi tenu pour contractuellement responsable envers la caution le créancier laissant inutilement s'accumuler les dettes cautionnées⁶⁹ : ainsi d'un créancier jugé pour fautif d'avoir attendu plus de 13 ans après l'échéance impayée pour poursuivre la caution⁷⁰.

Un tel devoir paraîtrait volontiers contre nature et surtout formidablement anti-économique : il n'en est rien.

Car s'il est vrai que le principe de *mitigation of damages* ou de minimisation du dommage qui a cours dans la *lex mercatoria*⁷¹ est efficace économiquement, il en va *a fortiori* de ce devoir de ne pas aggraver inutilement le sort de la caution : il s'agit ici

⁶⁷ Sur la question, Ph. Dupichot, *Le pouvoir des volontés individuelles en droit des sûretés*, précité, n° 349 et s. et spéc. n° 150 et s.

⁶⁸ F. Terré, Ph. Simler et Y. Lequette, *Les obligations*, Dalloz, 10^{ème} éd., 2009, n° 440. Le devoir de loyauté est en effet avec le devoir de coopération une composante de la bonne foi dans l'exécution des conventions. Or, le premier impose parfois au créancier d'éviter au débiteur des dépenses inutiles.

⁶⁹ Cass. 1^{re} civ., 16 juill. 1998, n° 96-17.476, JCP G 1999, II, 10000, JCP E 1999, p. 129, note B. Fages.

⁷⁰ Cass. com., 20 mai 2006, n° 05-14.323, RD bancaire et financier 2006, D. Legeais, n° 130.

⁷¹ S. Reifegerste, *Pour une obligation de minimiser le dommage*, préf. H. Muir-Watt, PUAM, 2002.

non de céder à une vision angélique des rapports contractuels mais de prévenir un gaspillage inutile des richesses de la caution qui seraient mieux allouées à un autre emploi.

Par ailleurs, lorsque le créancier cautionné est garanti en sus par d'autres sûretés, il n'est plus absolument libre du mode et de l'ordre de réalisation de ses sûretés.

Depuis 1804, le bénéfice de cession d'actions ou de subrogation reconnu à l'actuel article 2314 du Code décharge la caution, dans la mesure du préjudice par elle subi, lorsque le créancier a par sa faute laissé périr les sûretés dans lesquelles la caution pouvait raisonnablement espérer être subrogée.

Or, ce bénéfice auquel la caution ne peut plus renoncer⁷², a progressivement fait l'objet d'une interprétation amplifiante en jurisprudence.

A certains égards, le créancier titulaire de sûretés multiples paraît tenu de privilégier le mode de réalisation le plus efficient et le plus profitable à la caution : à raison de l'efficacité de cette « arme absolue » qu'est l'attribution judiciaire du gage, un arrêt de chambre mixte du 10 juin 2005 suggère que le créancier doive la demander dans l'intérêt de sa caution, et ce à peine de déchéance du cautionnement⁷³ !

Un autre exemple plus remarquable encore procède d'un arrêt de la Chambre commerciale du 3 mai 2006⁷⁴. La Cour de cassation a eu à connaître d'un montage

⁷² Ceci depuis une modification intervenue par la loi n° 84-148 du 1^{er} mars 1984.

⁷³ Cass. ch. mixte, 10 juin 2005, n° 02-21.296, Dr. & patr. 2006, n° 145, p. 124, obs. Ph. Dupichot : la portée de la décision du 10 juin 2005 est toutefois obscurcie par la circonstance que le créancier avait purement et simplement donné mainlevée de son gage. *Adde*, ultérieurement, Cass. com., 17 février 2009, n° 07-20.458 : la négligence du créancier à solliciter l'attribution judiciaire du gage emporte décharge de la caution sur le fondement du bénéfice de subrogation (art. 2314), à concurrence de la valeur des droits perdus.

⁷⁴ Cass. com., 3 mai 2006, n° 04-17283, Bull. civ. IV, n° 104, D. 2006, p. 1364, obs. V. Avena-Robardet ; Dr. et patrimoine, janv. 2008, p. 85, obs. L. Aynès et Ph. Dupichot ; *adde*, Ph. Delebecq, Bénéfice de subrogation et cession de créance, RLDC 2006/9, n° 2188 et L. Aynès, RLDC supplément n° 35, févr. 2007, p. 5. Comp. également, le principe nouveau suivant lequel tout prêteur de deniers « s'oblige » envers sa caution à inscrire le privilège du même nom institué par l'article 2374 du Code civil et dont il est le bénéficiaire naturel : Cass. 1^{er} civ, 3 avr. 2007, n° 06-12.531 Bull. civ. I, n° 138, D. 2007, p. 1572, note D. Houtcieff ; v. plus généralement sur la question, R. Marty,

classique de financement immobilier dans lequel le prêteur était garanti par un cautionnement de l'emprunteur et par une cession à titre de garantie des loyers produits par l'immeuble financé ; or, elle y prononce la libération de la caution au terme d'un raisonnement économique pour le moins inhabituel : en « *s'abstenant d'exercer le droit dont il bénéficiait [cession des loyers], le prêteur a obligé les cautions à payer une dette provoquée par son inaction deux cent fois supérieure* » ; concrètement, le créancier aurait dû appréhender les loyers cédés *avant* d'appeler sa caution pour le solde... C'est dire si le devoir de préserver certains intérêts de la caution masque en réalité un principe d'efficacité dans l'exécution du cautionnement et de chasse au gaspillage : l'appel à la caution par un créancier titulaire de sûretés multiples pourrait être devenu une *ultima ratio*⁷⁵ ; sans doute au motif que les sûretés pour autrui accablent davantage le constituant que les sûretés pour soi...

Pour clore ce panorama, on envisagera à présent l'incidence d'une procédure collective sur l'appréciation de l'efficacité d'exécution des sûretés.

B - L'incidence d'une procédure collective

24. Force d'attraction des procédures collectives - Assises sur le patrimoine d'un tiers contre lequel le créancier dispose d'un droit de poursuite distinct et autonome⁷⁶, les sûretés personnelles ont longtemps été indifférentes à la survenance de la procédure collective du débiteur. La finalité de garantie postule la rigueur de l'exécution au moment précis où la sûreté personnelle doit remplir son office⁷⁷.

Cautionnement et comportement du créancier, JCP E, 2007, I, 2062. Ne s'agit-il pas là encore d'éviter le gaspillage d'une sûreté réelle immobilière de premier rang qui peut présenter un intérêt pour la caution ?

⁷⁵ V. J. Mestre, « Réflexions sur l'abus du droit de recouvrer sa créance », in Mélanges P. Raynaud, Dalloz/Sirey, 1985, p. 439 et s.

⁷⁶ Voir sur ce point, L. Aynès et P. Crocq, *Les sûretés, la publicité foncière*, précité, n° 140 et s.

⁷⁷ Comp. de ce point de vue les propositions faites dans l'Avant-projet : après avoir dispensé une protection raisonnée aux cautions au stade de la conclusion de leur engagement, une restauration de l'efficacité du cautionnement s'impose au moment précis où elle doit remplir sa fonction de garantie ; c'est pourquoi, ledit Avant-projet suggérait que la caution ne puisse se prévaloir

Pourtant, depuis une quinzaine d'années, le législateur a progressivement attiré cautions, coobligés et garants dans le périmètre des procédures collectives, attendant parfois à leur efficience... Un droit des sûretés « spécial » aux procédures collectives s'édifie par couches successives : l'ancienne faillite a progressivement cédé la place à une « médecine d'entreprises »⁷⁸ dont il importe de soigner les maux après une patiente observation du « malade »... Or, les traitements dispensés par le législateur des procédures collectives s'articulent parfois difficilement avec les fondamentaux du droit des sûretés en même temps qu'ils affectent directement la mesure de l'efficacité d'exécution des sûretés personnelles.

25. Vaste alignement du sort des « garants » ; extension aux sûretés personnelles ou réelles pour autrui - La loi de sauvegarde du 26 juillet 2005 a ainsi presque⁷⁹ totalement unifié le sort des cautions, coobligés et garants⁸⁰ dans les procédures collectives.

Trois ans à peine après l'entrée en vigueur de cette dernière, cet alignement se trouve amplifié par l'ordonnance du 18 décembre 2008 qui vient gommer jusqu'aux différences entre sûretés accessoires et non accessoires⁸¹ : l'expression « *personnes coobligées ou ayant consenti une sûreté personnelle ou ayant affecté ou cédé un bien en garantie* » a en effet été substituée systématiquement à celle de « *coobligés et (...) personnes ayant consenti un cautionnement ou une garantie autonome* », en

ni des délais de paiement, ni de l'extinction totale ou partielle de l'obligation pouvant résulter d'un procédure d'insolvabilité, sauf disposition contraire dans la loi organisant cette procédure.

⁷⁸ J. Foyer, « De l'exécution collective des biens du débiteur à la médecine des entreprises », Études P. Azard, Cujas, 1980, p. 55 et s.

⁷⁹ Une différence difficilement justifiable d'ailleurs subsiste : le maintien du droit de poursuite individuelle en dépit de la clôture de la liquidation judiciaire pour insuffisance d'actif profite à la seule caution qui a payé le créancier et non littéralement au garant autonome ou aux donneurs de sûreté pour autrui (art. L. 643-11 II C. com.).

⁸⁰ Voir not. L. Aynès et Ph. Dupichot, Dr. & patr. 2006, n° 145, p. 133 ; N. Rontchevsky, « Les sûretés personnelles à l'épreuve de la loi de sauvegarde des entreprises », Banque et droit 2006, n° 105, p. 17 et s.

⁸¹ Pour une présentation du nouveau dispositif, V. notamment P. Crocq, « L'ordonnance du 18 décembre 2008 et le droit des sûretés », Revue des proc. coll., janv.-fév. 2009, p 75 et s. ; M. Farge et O. Gout, « L'impact du nouveau droit des entreprises en difficulté sur le droit des sûretés », RLDC, mars 2009, p 25 et s. ; D. Legeais, obs. RD bancaire et fin., janv.-fév. 2009, n° 17 et s. ; Ph. Dupichot, « Une ordonnance peut en cacher une autre », Dr. et patrimoine, avril 2009, p 129 et s.

vigueur jusqu'à présent. Égrenée un peu partout dans le Code de commerce (C. com., art. L. 611-10-2, L. 622-26, L. 626-11, L. 631-20), la formule a pris de l'embonpoint et appelle quelques observations préliminaires.

La sûreté personnelle étant « *l'engagement pris envers le créancier par un tiers non tenu à la dette* »⁸², participent nécessairement de cette définition et sont donc concernés par cet alignement de régime : cautionnement, garantie autonome, porte-fort d'exécution, solidarité passive non intéressée à la dette (C. civ., art. 1216), constitut ou encore délégation imparfaite lorsque le délégué ne sera pas tenu de contribuer à la dette (et non le locataire délégué au créancier, par exemple⁸³).

Surtout, les personnes ayant affecté en garantie (gage, nantissement, hypothèque ou antichrèse, etc.) ou cédé (fiducie-sûreté) un bien au terme d'une sûreté réelle pour autrui sont désormais traitées ensemble avec les donneurs de sûretés personnelles comme autant « *de garants du débiteur* » en procédure collective, et ce au terme d'un élargissement considérable de la notion de garant⁸⁴...

Il résulte de ce nouveau dispositif que l'efficience des sûretés personnelles (et au-delà l'efficience des sûretés réelles consenties en garantie de la dette d'autrui...) dépend étroitement de la gravité de la situation du débiteur : car le législateur a pris le parti de dessiner un nouvel équilibre entre objectif de sauvegarde de l'entreprise et efficacité des sûretés.

⁸² Avant-projet, art. 2288, al. 1^{er} précité.

⁸³ Sans doute qualifiée de « sûreté personnelle » (C. civ., art. 2287-1), l'inclusion de la lettre d'intention n'en suscite pas moins certaines réserves, celle-ci n'obligeant qu'à un certain comportement à l'égard du débiteur et non à satisfaire directement le créancier.

⁸⁴ Rapport au président de la République relatif à l'ordonnance n° 2008-1345 du 18 décembre 2008 portant réforme du droit des entreprises en difficulté. De sorte que violemment boutées hors du droit commun des sûretés personnelles (Cass. ch. mixte, 2 déc. 2005, n° 03-18.210, Dr. & patr. 2006, n° 145, p. 128, et nos obs. : « Le cautionnement réel est mort ; vive le cautionnement réel ! »), les « cautions réelles » ressuscitent ici dans un droit des sûretés spécial aux procédures collectives. Par « garant », on entendra ici par conséquent tout donneur de sûreté personnelle ou réelle pour autrui.

Menacée par un sort enviable réservé aux garants lorsque le sauvetage du débiteur paraît possible (1), l'efficacité est au contraire largement assurée lorsque ce sauvetage semble improbable voire impossible (2).

1°) Sauvetage possible

26. Bonne fortune des garants personnes physiques - Le garant personne physique n'est souvent que le dirigeant de l'entreprise cautionnée qui ne doit pas « *craindre les répercussions de l'ouverture de la procédure sur sa situation personnelle* » ou celle de ses proches⁸⁵ : le législateur craint en effet par-dessus tout que le dirigeant ne diffère la déclaration judiciaire de ses difficultés voire de sa cessation des paiements dans le seul but d'échapper à des poursuites immédiates en qualité de caution personnelle de son entreprise ; un tel retard neutraliserait en effet l'objectif d'un traitement anticipé des difficultés du débiteur conçu comme un bénéfice, un refuge pour le débiteur malchanceux.

Un de ces traitements consiste en une procédure de *conciliation* (ex « règlement amiable »), éminemment contractuelle et ouverte aux personnes exerçant une activité commerciale, artisanale voire libérale et qui éprouvent une difficulté juridique, économique ou financière, avérée ou prévisible sans pour autant se retrouver en cessation des paiements depuis plus de quarante cinq jours⁸⁶. Tous les « garants » du débiteur pourront en ce cas se prévaloir des remises de dettes ou des délais convenus dans l'accord de conciliation homologué ou même simplement constaté (art. L. 611-10 al. 3 C. com., rédac. Ord. 18 déc. 2008)⁸⁷, et ce au mépris de la finalité de garantie ; le caractère non accessoire de la garantie autonome est ouvertement méconnu ici puisque le garant autonome peut curieusement exciper de la réduction

⁸⁵ Rapport au président de la République relatif à l'ordonnance n° 2008-1345 du 18 décembre 2008 portant réforme du droit des entreprises en difficulté.

⁸⁶ Dans le délai de 45 jours de la cessation des paiements, le dirigeant peut donc opter entre la conciliation et le redressement judiciaire, alors que la sauvegarde lui est fermée.

⁸⁷ Mais non de la suspension des poursuites individuelles contre le débiteur consécutive à l'homologation ou à la constatation de la conciliation.

de la dette du débiteur ou de son rééchelonnement. L'efficience de la garantie autonome est sur ce point sévèrement méconnue.

Innovation emblématique de la loi du 26 juillet 2005, la procédure de *sauvegarde* est un nouveau traitement judiciaire destiné au débiteur qui, sans être en cessation des paiements, « *justifie de difficultés qu'il n'est pas en mesure de surmonter* » (art. L. 620-1 C. com., rédac. Ord. 18 déc. 2008). Cette procédure tend à faciliter la réorganisation de l'entreprise afin de permettre la poursuite de l'activité économique, le maintien de l'emploi et l'apurement du passif. Or, l'efficacité des sûretés personnelles s'y trouve alors atteinte par une paralysie du droit de poursuite pourtant autonome du créancier : le jugement d'ouverture de cette procédure de sauvegarde suspend en effet provisoirement les poursuites du créancier contre les garants personnes *physiques* jusqu'au jugement arrêtant le plan ou prononçant la liquidation tandis que le tribunal peut ensuite leur accorder des délais ou un différé de paiement dans la limite de deux ans (art. L. 622-28 al. 2 C. com.) . Surtout, les remises et délais qui pourront être consentis au débiteur dans le cadre d'un plan de sauvegarde profiteront aux garants personnes physiques, à l'exclusion donc des garants personnes morales (art. L. 626-11 al. 2 C. com.) ; et il en ira de même de l'arrêt du cours des intérêts dont les garants personnes physiques pourront seuls se prévaloir (art. L. 622-28 al. 1 C. com.)⁸⁸.

L'efficience des sûretés consenties par une personne physique se trouve donc nettement affectée lorsque le sauvetage du débiteur paraît encore possible, soit durant les phases de conciliation et de sauvegarde ; mais elle est nettement mieux assurée à l'égard des garants personnes morales.

2°) Sauvetage improbable ou impossible

27. Compagnons d'infortune - A l'inverse et lorsque le sauvetage de l'entreprise est rendu improbable par la constatation d'une cessation (pérenne) des paiements

⁸⁸ On ajoutera que les créances non déclarées leur sont *inopposables* aux garants personnes physiques pendant l'exécution du plan (art. L. 622-26, al. 2).

du débiteur⁸⁹, l'efficiencia retrouve davantage de force. Il importe logiquement à ce stade de faire prévaloir la finalité de garantie sur toute autre considération.

C'est pourquoi, en phase de *redressement*, les garants personnes physiques partageront la même infortune : ils ne pourront plus se prévaloir de l'arrêt du cours des intérêts (C. com., art. L. 631-14, II C. com.), seule la suspension des poursuites liée au jugement d'ouverture leur restant acquise (art. L. 631-14 al. 1 C. com). Surtout, nul garant – ni personne morale ni même physique - ne pourra plus se prévaloir des délais et remises consentis au débiteur dans le plan de redressement (art. L. 631-20 C. com.) : ici, le mouvement s'inverse et c'est le cautionnement personnel ou même "réel" qui revêt un caractère non accessoire qui en garantit l'efficacité pour le créancier...

Et si tout redressement du débiteur en cessation des paiements paraît manifestement impossible (art. L. 640-1 C. com.), ce qui est de loin l'hypothèse la plus fréquente, la procédure de *liquidation* judiciaire (ultime « traitement judiciaire » concevable) tendra à la réalisation de son patrimoine : le droit commun des sûretés retrouvera alors largement son empire⁹⁰ et avec lui son efficacité.

Alors, le créancier pourra librement exécuter sa sûreté personnelle : la caution ne pourra notamment se prétendre libérée par une clôture de la liquidation pour insuffisance d'actif qui n'entraîne pas d'extinction de la dette du débiteur principal⁹¹. Les exigences d'efficacité sont donc pleinement satisfaites en cas de redressement et de liquidation judiciaires.

⁸⁹ Et que la voie de la conciliation n'a pas été choisie dans les 45 jours de cette cessation des paiements.

⁹⁰ Notamment, aucune suspension des poursuites individuelles même contre les garants personnes physiques ne saurait alors subsister.

⁹¹ Cass. 2^{ème} civ., 17 janv. 2007 et Cass. com., 13 mars 2007, D. 2008, p 576, obs. P.-M. Le Corre. Rappelons également que la non-déclaration des créances n'entraîne plus l'extinction à titre accessoire du cautionnement (V. auparavant, Cass. com., 17 juill. 1990, n° 89-13.439, Bull. civ. IV, n° 214, p. 147, D. 1990, jur., p. 494, note A. Honorat) : l'article L. 622-26 C. com. ne sanctionne plus la non déclaration de créance par leur extinction mais par leur inopposabilité.

28. Conclusion - Notre quête de l'efficacité du droit des sûretés personnelles touche à sa fin. Trois enseignements principaux peuvent en être tirés :

- premièrement, il n'est pas douteux que le droit français soit empreint de considérations sociales de protection de la caution et, plus généralement, des donneurs de sûretés personnelles voire réelles pour autrui : cautionnement et garantie autonome sont en effet à l'origine d'un endettement pour autrui dont la gravité appelle une prévention raisonnée ;
- deuxièmement, une protection circonstanciée du garant, un objectif de sauvetage de l'entreprise ou encore des devoirs d'exécution de bonne foi des sûretés personnelles n'entrent pas nécessairement en conflit avec la quête d'efficacité économique, bien au contraire : considérations politiques, sociales comme économiques se rejoignent par exemple utilement pour veiller à assurer la solvabilité effective de la caution - et donc la solidité du cautionnement - ou encore pour privilégier des modes de réalisation évitant d'inutiles gaspillages de richesses ;

- troisièmement, le nouveau droit français offre aux acteurs un éventail plus large de sûretés personnelles : en principe satisfaisante, leur efficacité économique peut toutefois être affectée par la procédure collective du débiteur garanti ; le caractère non accessoire des garanties autonomes est ainsi curieusement méconnu par un traitement des garanties personnelles unifié à l'excès ; et si les garants personnes physiques bénéficient d'un sort enviable lors des phases de conciliation ou de sauvegarde de nature à inciter les garants dirigeants à anticiper les difficultés de leur entreprise, la finalité de garantie reste largement prioritaire à l'égard des garants personnes morales ; surtout, l'efficacité des garanties personnelles sera d'autant mieux assurée que les chances de sauvetage de l'entreprise seront faibles : c'est semble-t-il la marque d'une efficacité équilibrée du droit français des sûretés personnelles.