

Protéger les cautions contre elles-mêmes !

par André Prüm,

Professeur à la Faculté de droit de Nancy,
Directeur du Centre de Recherche de Droit Privé



vec la loi pour l'initiative économique, du 1^{er} août 2003, (1) (2) le législateur vient d'atteindre une nouvelle fois à l'efficacité des cautionnements que les banques et autres créanciers professionnels peuvent obtenir d'une personne physique (3). Qu'une telle atteinte figure dans une loi destinée à stimuler la croissance économique n'est pas sans surprendre. À vrai dire, le projet initial ne comportait aucune mesure en ce sens. Celles-ci n'ont été introduites qu'au

cours des travaux parlementaires à l'initiative de l'Assemblée nationale, relayée par le Sénat, au motif que l'incitation de l'esprit entrepreneurial auquel tendait le projet requerrait aussi une plus grande sécurité personnelle des entrepreneurs face aux aléas de la vie économique ainsi qu'une meilleure prévention des risques qu'ils assument (4). L'intention est louable, pour autant qu'elle ne tende pas à déplacer le risque d'entreprise sur les prêteurs de derniers. Or, telle semble bien être l'esprit, sinon du moins le résultat des articles 11 et 12 de la loi pour l'initiative économique. Certes les nouvelles mesures protectrices n'ont rien d'extravagant en ce qu'elles consistent essentiellement à étendre le champ d'application de règles existantes. Le dispositif s'articule ainsi autour d'un renforcement de l'obligation d'information des cautions et de leur préservation contre les engagements jugés excessifs. L'on regrettera d'abord que le législateur n'a pas cru utile de circonscrire précisément le champ d'application de cette extension puisque les nouvelles règles concernent *a priori* tous les cautionnements souscrits par des personnes physiques en faveur d'un créancier professionnel, quelle que soit la nature de l'opération couverte et sans discriminer entre les cautions profanes et les autres, spécialement les dirigeants d'entreprises ou les associés avertis. Faut-il déduire de la place qu'occupent les articles L.341-2 à L.341-6 dans le troisième livre du Code de la consommation consacré à l'endettement qu'ils ne s'appliquent pas aux engagements pris par une personne physique dans le cadre de l'exercice de son activité professionnelle ni surtout aux cautions dirigeantes ? Les travaux préparatoires ne donnent aucun signe confortant cette interprétation. Il ne reste donc aux banques qu'à espérer que la jurisprudence comble rapidement la lacune en réservant le bénéfice de la loi aux seules cautions n'agissant pas à titre professionnel. Même restreintes de cette manière, les nouvelles règles introduisent pour les banques un risque autrement plus délicat que celui qu'elles assumaient jusqu'alors pour les crédits à la consommation et immobiliers.

La protection accordée dorénavant aux personnes physiques qui se portent caution envers un créancier professionnel réside d'abord dans le respect impératif d'une mention manuscrite précise par laquelle la caution doit marquer son consentement à la garantie, et qui comporte obligatoirement le montant maximum de son engagement ainsi que sa durée (5). Une formule complémentaire, également manuscrite, est requise dans l'hypothèse fréquente d'un cautionnement solidaire pour s'assurer que la caution soit avertie qu'elle devra le cas échéant s'exécuter sans pouvoir obliger

(1) L. n° 2003-721, 1^{er} août 2003 pour l'initiative économique : JO 5 août 2003, p. 13449. Par une décision du 31 juillet 2003 (décision n° 2003-477 DC : JO 5 août 2003, p. 13464), le Conseil constitutionnel a rejeté le recours introduit contre la loi, recours qui ne visait cependant aucune des dispositions examinées sous la présente chronique, puisqu'il concernait uniquement des règles fiscales (JO 5 août 2003, p. 13466).

(2) Et accessoirement, L. n° 2003-710, 1^{er} août 2003, d'orientation et de programmation pour la ville et la rénovation urbaine : JO 2 août 2003.

(3) V. Pour une analyse plus détaillée de cette loi : chron D. Legeais, *infra*, comm. n° 178.

(4) Cf. dossier de presse du gouvernement présentant la loi sous www.pme-commerce-artisanat.gouv.fr/actualités/dossier-press/dp22072003/

(5) L., art. 11 introduisant un nouvel article L.341-2 dans le Code de la consommation.

Les solutions
ambiguës de la loi
pour l'initiative
économique

Protéger les cautions contre elles-mêmes ! (suite)

le créancier à poursuivre préalablement le débiteur principal (6). Le formalisme protecteur continue ainsi à reposer sur la valeur symbolique attachée au geste de la main. La méthode paraît dépassée depuis que la preuve de tout engagement, même unilatéral, peut être rapportée par un acte dématérialisé et alors que le législateur s'apprête à assimiler pleinement l'acte sous seing privé électronique à celui revêtu d'une signature manuscrite, y compris lorsque l'écrit est exigé *ad validitatem* (7).

Pour le surplus, les deux mentions correspondent mot pour mot à celles imposées en matière de crédit à la consommation et de crédit immobilier (8). L'interprétation jurisprudentielle développée à propos de ces dernières, notamment en ce qui concerne l'exigence d'une limite chiffrée (9), l'inapplicabilité aux actes authentiques (10) et le caractère relatif de la nullité qui y est attachée (11), devrait donc s'imposer également pour les nouvelles dispositions. La mention manuscrite du taux d'intérêt n'étant pas expressément requise s'agissant du cautionnement d'un crédit, il n'y a pas lieu de penser, par ailleurs, que la loi induira un changement de la position désormais uniforme de la Cour de cassation quant à la possibilité de fixer ce taux dans un écrit extérieur à l'acte de cautionnement (12). Pour le surplus, il est permis de douter que de nouvelles exigences formelles permettent d'assurer la protection recherchée alors que les cautions visées se trouvent fréquemment tenues, au moins moralement, à intervenir aux côtés d'un débiteur avec lequel elles entretiennent des liens privilégiés. L'on peut se demander alors si le formalisme n'est pas surtout facteur d'insécurité en permettant aux cautions de mauvaise foi d'y puiser, le cas échéant, un argument pour se délier d'un engagement souscrit en pleine connaissance de cause.

Afin que la caution n'oublie pas ensuite son engagement, le créancier professionnel est tenu de lui rappeler annuellement le montant précis de son risque au 31 décembre de l'année écoulée, le terme de la garantie et, dans l'hypothèse où celle-ci est donnée pour une durée indéterminée, la possibilité de la révoquer à tout instant ainsi que les conditions dans lesquelles cette révocation peut intervenir (13). Les modalités de cette obligation d'information sont calquées sur celles introduites par la loi du 1^{er} mars 1984 d'abord à la charge des établissements de crédits (14) et dont le champ d'application avait déjà été élargi en 1994 aux cautionnements à durée indéterminée souscrits par une personne physique en couverture d'une dette professionnelle d'un entrepreneur individuel (15). Dorénavant, tous les créanciers professionnels doivent assurer cette information quelles que soient la nature de l'obligation garantie, la qualité du débiteur principal ou la durée de la couverture et toujours sous la sanction de perdre les pénalités ou intérêts de retard échus depuis la dernière information. Tout en simplifiant les critères d'application de l'obligation, qui ont alimenté jusqu'à présent un contentieux important, la nouvelle règle en étend sensiblement la portée. La charge ne sera pas négligeable pour les banques même si celles-ci peuvent s'appuyer sur des procédures connues.

Au-delà d'une meilleure information, initiale comme continue, des cautions, le nouveau dispositif de protection tend avant tout à prémunir les personnes physiques contre des engagements jugés excessifs. À cette fin, la loi érige expressément en règle générale l'exigence de proportionnalité posée en matière de crédit à la consommation et de crédit immobilier. De façon plus insidieuse, elle limite également la liberté des parties de convenir d'un cautionnement indéfini de tout ou partie des dettes d'un débiteur principal (cautionnement dit « omnibus »).

L'inefficacité du cautionnement qui ne comporte pas de limite chiffrée résulte d'abord du nouvel article L. 341-5 du Code de la consommation aux termes duquel cette restriction constitue une condition de validité des stipulations de solidarité et de renonciation au bénéfice de discussion (16). Elle tient pour l'ensemble des engagements souscrits envers un créancier professionnel, qu'ils le soient ou non à titre solidaire, à l'exigence pré-mentionnée de l'indication du montant maximum du risque encouru par les cautions personnes physiques, y compris les intérêts et pénalités de retard. Le respect de cette obligation étant sanctionné par la nullité pure et simple du cautionnement.

(6) L., art. 11 introduisant un nouvel article L.341-3 dans le Code de la consommation.

(7) Cf. le Projet de loi pour la confiance dans l'économie numérique portant transposition de la directive sur le commerce électronique.

(8) C. consom., art. L. 313-7 et L. 313-8

(9) Cass. 1^{re} civ., 7 juill. 1998 : RJDA 10/1998 n° 1147.

(10) CA Paris, 1^{er} févr. 2002 : RJDA 6/2002 n° 681.

(11) CA Paris, 17 mai 1996 : JCP G 1997, I, n° 3991. - CA Versailles, 30 janv. 1998 : inédit.

(12) Cass. com., 23 nov. 1999 : RJDA 2/2000, n° 210. - Cass. com., 6 févr. 2001 : RJDA 6/2001, n° 725. - Cass. com., 17 juill. 2001 : RJDA 1/2002, n° 16. - Cass. 1^{re} civ., 22 mai 2002, n° 719 FR-PBR : BRDA 12/2002, n° 16. - Cass. 1^{re} civ., 29 oct. 2002 (2 arrêts) : BRDA 22/2002, n° 13. - V. aussi P. Girard, Le cautionnement en matière civile et commerciale, évolutions récentes et comparées : Rapport de la Cour de cassation pour 2001, p. 271.

(13) L., art. 11 introduisant un nouvel article L. 341-6 dans le Code de la consommation.

(14) C. monét. fin., art. 313-22.

(15) L. n° 94-126, 11 févr. 1994 relative à l'initiative et à l'entreprise individuelle, art. 47-II, al. 2.

(16) Comme l'avait exigé auparavant l'article 47-II de la loi n° 94-126 du 11 février 1994 relative à l'initiative et à l'entreprise individuelle pour les cautionnements d'une dette professionnelle d'une entreprise individuelle.

ment, et non seulement de la clause de solidarité ou de renonciation au bénéfice de discussion, une couverture indéfinie des dettes d'un débiteur principal paraît *a priori* condamnée (17). Sauf à considérer que l'indication d'une limite chiffrée et du terme ne vaut que pour les seuls cautionnements qui en comportent effectivement. L'interprétation a l'avantage de ne pas vider de toute utilité le nouvel article L.341-5 du Code de la consommation (18) ainsi que l'obligation d'information à la charge du créancier professionnel d'un cautionnement à durée indéterminée, prévue par l'article L.341-6 du même code. Au vu des travaux préparatoires, il n'est pas certain que le législateur ait voulu éviter de la sorte la contradiction entre ces articles, surtout que l'article L.341-5 du Code de la consommation n'a été adopté qu'aux termes de discussions peu éclairantes. Qu'elle s'applique aux seuls cautionnements solidaires ou à tous, la restriction apportée à la liberté contractuelle est d'autant plus importante que sa portée est renforcée par l'obligation pour le créancier professionnel de veiller à ne pas profiter d'un cautionnement disproportionné aux biens et aux ressources de la caution.

En posant cette dernière exigence, la loi met un terme définitif à la controverse jurisprudentielle née à propos de l'étendue de l'exigence de proportionnalité. L'on se souviendra de l'arrêt *Macron* (19) par lequel la chambre commerciale de la Cour de cassation avait considéré qu'il s'agissait là d'un principe général au delà de sa consécration expresse à propos des cautionnements couvrant un crédit à la consommation ou un crédit immobilier (20). Bien que cette même chambre ait souhaité revenir ensuite sur sa position pour exclure du bénéfice de cette règle les cautions dirigeantes (21), elle a encore récemment décidé d'en faire profiter des cautions-associés. (22) En même temps, la première chambre civile confirme que l'exigence de proportionnalité ne doit pas être restreinte aux garanties d'un crédit à la consommation ou immobilier (23). Pour autant, le nouvel article L.341-4 du Code de la consommation ne retient pas la sanction prévue par les juges mais celle consacrée déjà par l'article L. 313-10 de ce même code à savoir la déchéance du créancier d'agir contre la caution tant que celle-ci n'est pas en mesure de faire face à son engagement. L'on regrettera que la loi ait retenu une sanction qui manque singulièrement de souplesse par rapport au droit de la responsabilité tout en exposant le créancier à l'aléa d'une appréciation *a posteriori* de l'efficacité de sa garantie par les tribunaux.

Le risque pour les créanciers professionnels de ne pas pouvoir poursuivre une caution personne physique est d'autant plus important que celles-ci bénéficient de voies étendues pour accéder au bénéfice d'une procédure de surendettement ou de rétablissement personnel. Le domaine de ces procédures se trouve élargi tant par la loi pour l'initiative économique (24) que par la loi du 1^{er} août 2003 d'orientation et de programmation pour la ville et la rénovation urbaine (25) qui permettent dorénavant de compter parmi les dettes non professionnelles les engagements assumés en tant que caution ou codébiteur solidaire d'un entrepreneur individuel ou d'une société dont le débiteur requérant n'assure pas la direction, ni en droit ni en fait. Par rapport à la position adoptée par la jurisprudence, la solution profitera à toutes les cautions, tels les conjoints ou associés, susceptibles de tirer un intérêt de leur engagement qui jusqu'à maintenant ne pouvaient en faire état pour démontrer leur surendettement. Elles y trouveront un intérêt accru du fait que la loi permet aux cautions, comme à tout autre débiteur privé, dont la situation est compromise irrémédiablement au point de ne pouvoir se soumettre à une solution de désendettement progressif, de solliciter le bénéfice de la nouvelle procédure de rétablissement personnel instaurée par la loi d'orientation et de programmation pour la ville et la rénovation urbaine (26).

Par deux textes, dont le sujet n'a *a priori* aucun rapport avec le cautionnement, le régime de cette sûreté subit ainsi des modifications profondes. Alertées de cette intervention, les banques ont pu négocier tout juste un report de six mois pour l'entrée en vigueur des nouvelles exigences formelles et des obligations d'information mis à leur charge (27). Mais elles n'auront pas su éviter des solutions largement imparfaites qui risquent de porter un coup fatal aux cautionnements des personnes physiques. Faut-il leur suggérer alors de se retourner vers d'autres formes de sûretés réelles ou personnelles ? Comme l'a observé le rapporteur au Sénat : « à rendre le cautionnement trop difficile, on risque de dissuader les prêteurs d'y avoir recours, ce qui aboutira à un tarissement

(17) Sous la réserve que la caution qui a souscrit une telle obligation pourrait couvrir la nullité prévue pour sa protection en confirmant son engagement.

(18) Sans oublier que l'article 2016 du Code civil permet expressément le cautionnement indéfini.

(19) Cass. com., 17 juin 1997 : Bull. civ. IV, n° 188 ; Defrénois 1997, art. 36703, p. 1424, obs. L. Aynès ; RTD com. 1997, p. 662, obs. M. Cabrillac ; JCP E 1997, II, 1007, note D. Legeais ; JCP G 1998, I, 103, n° 8 obs. Ph. Simler.

(20) C. consom., art. L. 313-10.

(21) Cass. com., 8 oct. 2002, arrêt Nahoum, n° 1573 FP-P : RTD civ. 2003, p. 125, obs. P. Crocq et p. 151, obs. D. Legeais ; RD bancaire et financier 2002, p. 319, obs. D. Legeais.

(22) Cass. com., 11 juin 2003, pourvoi n° Z 00-11.913, arrêt n° 977 FS-P : Juris-Data n° 2003-019474.

(23) Cass. 1^{re} civ., 9 juill. 2003, arrêt n° 1055 FS-P + B ; RD bancaire et financier 2003, comm. n° 180, obs. D. Legeais.

(24) Révisant l'article L. 331-2 du Code de la consommation.

(25) L. n° 2003-710 : JO 2 août 2003, p. 13281.

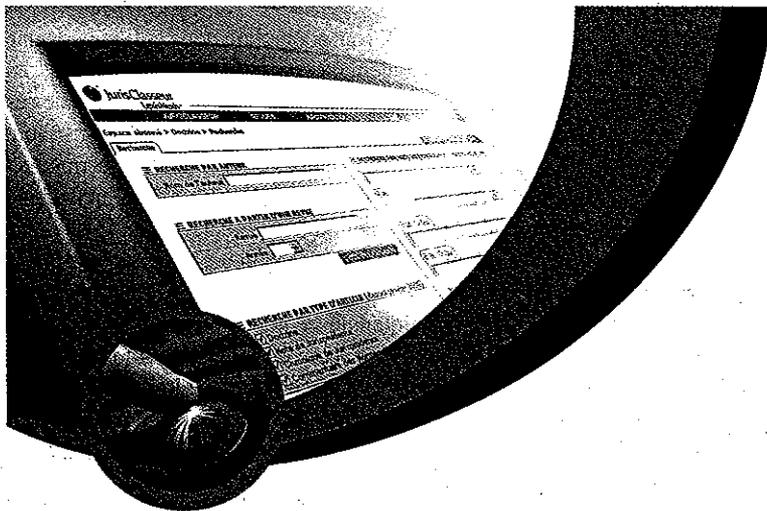
(26) L. n° 2003-710, art. 35.

(27) L. pour l'initiative économique, art. 12 qui diffère de six mois l'entrée en vigueur des articles L.341-2, L.341-3, L.341-5 et L.341-6 du Code de la consommation.

Protéger les cautions contre elles-mêmes! (suite)

du crédit ou à l'utilisation d'autres procédures.» Et l'honorable sénateur de s'interroger « Que se passera-t-il alors ? Soit il y aura co-contrat en solidarité absolue du débiteur, il n'y aura plus de bénéfice de discussion du tout, soit il y aura un engagement à première demande » (28). L'on ose à peine croire que la parade soit aussi facile, ni imaginer que le législateur ait accepté consciemment d'exclure la co-obligation solidaire et surtout les garanties autonomes des mesures adoptées. Mais l'on serait encore plus étonné que la jurisprudence l'entende également ainsi.

(28) Première lecture au Sénat, obs. M. J-J Hiest, rapporteur: compte rendu des débats en séance publique les 25, 26 et 27 mars 2003.



Recherche de Doctrine

www.juris-classeur.com

► Jusqu'à 30 années d'historique, 85 000 articles référencés, près de 100 revues juridiques analysées ... : découvrez sur Internet le service "Recherche de doctrine", une nouvelle source d'information et d'arguments disponible sur le www.juris-classeur.com

Documentation et demande de démonstration :

► **N° Vert 0 800 808 809**

ou relations-clients@juris-classeur.com

 **JurisClasseur**
Groupe LexisNexis

3028 551 029 411 RCS Paris